

Universiteit
Leiden
The Netherlands

Handhaving van privaatrecht door toezichthouders

Hage, C.A.

Citation
Hage, C. A. (2017, December 13). *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders. Meijers-reeks*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/57986

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/57986

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

Leiden University Repository

The handle http://hdl.handle.net/1887/57986 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Hage, C.A.
Title: Handhaving van privaatrecht door toezichthouders
Issue Date: 2017-12-13

Handhaving van privaatrecht door toezichthouders

Handhaving van privaatrecht door toezichthouders

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 13 december 2017
klokke 16.15 uur

door

Catharinus Adrianus Hage

geboren te Gouda

in 1982

Promotor:	prof. mr. Jac. Hijma
Co-promotor:	mr. dr. I.S.J. Houben
Promotiecommissie:	prof. mr. W.H. van Boom prof. dr. O.O. Cherednychenko (Rijksuniversiteit Groningen) prof. mr. S.J.H. Gijrath prof. mr. M.W. Scheltema (Erasmus Universiteit Rotterdam)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2017 C.A. Hage

Van dit proefschrift verschijnt een handelseditie bij Kluwer te Deventer in de serie Recht en Praktijk, Contracten- en aansprakelijkheidsrecht onder nummer CA-17 met ISBN 978-90-13-14643-1 (978-90-13-14644-8 – E-book)

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Woord vooraf

Een kort woord van dank aan allen die op enigerlei wijze hebben bijgedragen aan de totstandkoming van dit proefschrift. Dit kan zijn op inhoudelijk gebied, maar zeker ook, en net zo belangrijk, op sociaal gebied.

In het bijzonder wil ik noemen Jaap Hijma en Iris Houben voor hun intensieve, betrokken en doortastende begeleiding. Jaap bewaakte de grote civiele lijnen en Iris was (mede) onmisbaar voor haar sectorspecifieke kennis. Door de talloze aanvullingen en opmerkingen is het proefschrift echt beter geworden.

Dank gaat ook uit naar de leden van de promotiecommissie voor het gedane omvangrijke leeswerk en de waardevolle opmerkingen die zijn gegeven.

Een proefschrift schrijven in een goede, gezonde en ook nog gezellige omgeving heb ik als een voorrecht mogen ervaren. Mijn Leidse collega's maken dan ook dat ik met plezier terugkijk op de tijd aan het KOG.

Mijn ouders zijn een onmisbare steun geweest en in het bijzonder bedank ik mijn vader voor het vele leeswerk en meedenken. Woorden schieten hier tekort.

Annelous, wat een geluk dat jij een onlosmakelijk onderdeel van mijn leven uitmaakt. Je vult mij aan en bent een rots in de branding van de onstuimige zee die het leven, waaronder ook begrepen het schrijven van een proefschrift, soms kan zijn. *Tuo per sempre…*

Inhoudsopgave

1 INLEIDING 1

1.1 Toezicht in het algemeen belang 1
1.2 Toezichthouders en privaatrecht 2
1.3 Publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels 4
1.4 Handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders: een schets van de problematiek 5
1.5 Vraagstelling en afbakening 8
1.6 Plan van aanpak 9

2 ACHTERGROND HANDHAVING VAN PRIVAATRECHT DOOR TOEZICHTHOUDERS 13

2.1 Inleiding 13
2.2 Privaatrecht 14
2.2.1 De rol van privaatrecht 14
2.2.1.1 Contractvrijheid 16
2.2.1.2 De *iustum pretium*-leer 17
2.2.2 Handhaving van privaatrecht 18
2.3 Bestuursrecht 22
2.3.1 De rol van bestuursrecht 22
2.3.2 Het algemeen belang 23
2.3.3 Handhaving van bestuursrecht 24
2.4 Scheidslijn tussen het publiekrecht en het privaatrecht 26
2.5 Europese Unie en de interne markt 28
2.6 Toezichthouders 31
2.6.1 Inleiding 31
2.6.2 Beperkingen privaatrecht 32
2.6.2.1 Gebrek aan preventief effect 34
2.6.2.2 Herstel niet altijd mogelijk 35
2.6.2.3 Weinig oog voor publiek belang 36
2.6.2.4 Geen stimulering interne markt 36
2.6.3 Gronden voor toezicht 38
2.6.4 Telecommunicatiemarkt 41
2.6.5 Consumentenbescherming 42
2.6.6 Financiële markten 43
2.7 Knelpunten toezichthouders 44
2.7.1 Inleiding 44
2.7.2 (On)afhankelijkheid van politiek en marktpartijen 44
2.7.3 Het legaliteitsbeginsel en open normen 47

2.7.4 Prioritering door toezichthouders 48
2.7.5 Discretionaire bevoegdheid toezichthouders 49
2.8 Conclusie 50

3 ACM ALS HANDHAVER VAN PRIVAATRECHT IN HET TELECOMMUNICATIERECHT 53
3.1 Inleiding 53
3.2 Achtergrond toezicht op de telecommunicatiemarkt 55
3.2.1 Kenmerken telecommunicatiemarkt 55
3.2.2 Europese invloeden 57
3.2.3 Conclusie 63
3.3 Relevante regelgeving 63
3.3.1 Europese regelgeving 63
3.3.1.1 Kaderrichtlijn 63
3.3.1.2 Specifieke richtlijnen 65
3.3.2 Telecommunicatiewet 66
3.3.2.1 Inleiding 66
3.3.2.2 Markttoegang 67
3.3.2.3 Aanmerkelijke marktmacht 68
3.3.2.4 Maatschappelijke belangen 69
3.3.2.5 Overige onderwerpen 69
3.4 Functie ACM op de telecommunicatiemarkt 70
3.4.1 Inleiding 70
3.4.2 ACM als telecomtoezichthouder 70
3.4.3 Geschilbeslechtende functie ACM in telecomzaken 71
3.4.3.1 Inleiding 71
3.4.3.2 Algemene geschilbeslechtingsregeling van artikel 12.2 Tw 72
3.4.3.3 *Sui generis* besluiten 75
3.4.3.4 Eigenschappen geschilbeslechting 76
3.5 ACM als handhaver op de telecommunicatiemarkt en het contractenrecht 78
3.5.1 Inleiding 78
3.5.2 Precontractuele fase 79
3.5.2.1 Inleiding 79
3.5.2.2 Antenne-opstelpunten 81
3.5.2.3 Interconnectie 84
3.5.2.4 Informatieplichten 89
3.5.2.5 Conclusie 90
3.5.3 Totstandkoming van overeenkomsten 93
3.5.3.1 Inleiding 93
3.5.3.2 Contractvrijheid 93
3.5.3.3 Geen overeenstemming 96
3.5.3.4 Conclusie 102
3.5.4 Inhoud van overeenkomsten 104
3.5.4.1 Inleiding 104

3.5.4.2 Uitleg van overeenkomsten 105
3.5.4.3 Conclusie 112
3.5.5 Einde van overeenkomsten 113
3.5.5.1 Inleiding 113
3.5.5.2 Opzegmogelijkheden in de Telecommunicatiewet 115
3.5.5.3 Conclusie 118
3.6 Prijsvorming in de Telecommunicatiewet 119
3.6.1 Inleiding 119
3.6.2 Redelijke verzoeken antenne-opstelpunten 121
3.6.3 Aanmerkelijke marktmacht 129
3.6.4 Vertraagde reciprociteit 133
3.6.5 Conclusie 137
3.7 Nakoming en handhaving 139
3.7.1 Inleiding 139
3.7.2 Last onder dwangsom of boete 140
3.7.2.1 Last onder dwangsom of boete als middel tot nakoming? 140
3.7.2.2 Derde-belanghebbenden 143
3.7.3 Onverschuldigde betaling 145
3.7.4 Verrekening 148
3.7.5 Onrechtmatige daad 149
3.7.6 Conclusie 150
3.8 Terugwerkende kracht en nietigheid van geschilbesluiten 151
3.8.1 Inleiding 151
3.8.2 Terugwerkende kracht geschilbesluiten 151
3.8.3 Nietige besluiten ex artikel 3:40 BW 156
3.8.4 Conclusie 161
3.9 Conclusie 162

4 ACM ALS HANDHAVER VAN PRIVAATRECHT IN HET CONSUMENTENRECHT 169
4.1 Inleiding 169
4.2 Achtergrond consumentenbescherming 171
4.2.1 Beginfase consumentenbescherming 171
4.2.2 Europees consumentenrecht 172
4.2.3 Consumentenrecht en het beginsel van vrije zelfbeschikking 175
4.2.4 Conclusie 177
4.3 Relevante regelgeving 177
4.3.1 Inleiding 177
4.3.2 Verordening 2006/2004 177
4.3.3 Vervolg; Wet handhaving consumentenbescherming 179
4.3.4 Richtlijn en wet oneerlijke handelspraktijken 180
4.3.5 Conclusie 181
4.4 Functie ACM en consumentenbescherming 181
4.4.1 Inleiding 181
4.4.2 Van Consumentenautoriteit naar ACM 182
4.4.3 Taken ACM 185

4.4.4 Handhavingsbevoegdheden ACM 185
4.4.5 Spanningsveld taken ACM 188
4.4.6 Conclusie 191
4.5 ACM als handhaver van consumentenrecht en contractenrecht 191
4.5.1 Inleiding 191
4.5.2 Precontractuele informatieplichten 192
4.5.2.1 Artikel 3:15d BW 193
4.5.2.2 Artikel 6:227b BW 205
4.5.2.3 Artikel 6:227c BW 209
4.5.2.4 Artikel 6:230m e.v. BW 210
4.5.2.5 Ongevraagde commerciële communicatie 223
4.5.2.6 Artikel 23 Luchtvaartverordening 226
4.5.2.7 Conclusie 230
4.5.3 Wettelijke regeling oneerlijke handelspraktijken 233
4.5.3.1 Open normen 233
4.5.3.2 Oneerlijke handelspraktijken 236
4.5.3.3 Misleidende handelspraktijken 241
4.5.3.4 Agressieve handelspraktijken 268
4.5.3.5 Conclusie 274
4.6 Conclusie 275

5 AFM ALS HANDHAVER VAN PRIVAATRECHT IN HET FINANCIËLE RECHT 283
5.1 Inleiding 283
5.1.1 Afhankelijkheid van financiële markten 283
5.1.2 Ontstaan toezicht financiële markten 284
5.1.3 Privaatrechtelijk geaarde regels in het publiekrecht 285
5.1.4 Plan van behandeling 286
5.2 Achtergrond toezicht op financiële markten 286
5.2.1 Inleiding 286
5.2.2 Kenmerken financiële markten 287
5.2.3 Beginfase financieel toezicht 288
5.2.4 Europees financieel toezicht 289
5.2.5 Europese toezichthouder 293
5.2.6 Conclusie 294
5.3 Relevante Europese regelgeving 294
5.3.1 Inleiding 294
5.3.2 Richtlijn Marktmisbruik 295
5.3.3 Prospectusrichtlijn en prospectusverordening 296
5.3.4 MiFID en de MiFID Uitvoeringsverordening 298
5.3.4.1 Informatievoorziening en het ken-uw-cliënt-beginsel 300
5.3.4.2 *Best execution*-verplichting 302
5.3.4.3 Bewaarplicht 303
5.3.4.4 Inducementregel 303
5.3.4.5 Afronding 304
5.3.5 AIFM-Richtlijn 304

5.4 Relevante Nederlandse wetgeving; Wet op het financieel toezicht 306
5.4.1 Inleiding 306
5.4.2 Wet op het financieel toezicht 306
5.4.2.1 Gedragstoezicht 308
5.4.2.2 Verhouding tot het civiele recht 310
5.4.3 Conclusie 311
5.5 Functie AFM op financiële markten 312
5.5.1 Inleiding 312
5.5.2 Financieel toezicht door AFM 313
5.5.3 Handhavingsbevoegdheden AFM 314
5.5.3.1 Reparatoire sancties 314
5.5.3.2 Punitieve sancties 316
5.5.4 Conclusie 317
5.6 AFM als handhaver op financiële markten en contractenrecht 317
5.6.1 Inleiding 317
5.6.2 Informatieplichten in de precontractuele fase 318
5.6.2.1 Inleiding; terminologie 318
5.6.2.2 Informatieplichten in het civiele recht 320
5.6.2.3 Informatieplichten in de Wft 322
5.6.2.4 Vervolg informatieplichten in de Wft: besluiten AFM 323
5.6.2.5 Wisselwerking civielrechtelijke en bestuursrechtelijke informatieplichten 333
5.6.2.6 Afronding 339
5.6.3 Bijzondere zorgplicht 341
5.6.3.1 Inleiding 341
5.6.3.2 Privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht 342
5.6.3.3 Privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht jegens cliënten en potentiële cliënten 343
5.6.3.4 Dwaling 345
5.6.3.5 Eigen schuld 348
5.6.3.6 Zorgplicht jegens derden 349
5.6.3.7 Zorgplichten in de Wft 350
5.6.3.8 Vervolg zorgplichten in de Wft: besluiten op grond van artikel 4:23 Wft 351
5.6.3.9 Artikel 4:23 Wft: open norm en *principle based* regelgeving 360
5.6.3.10 Afronding zorgplicht artikel 4:23 Wft 365
5.6.3.11 Vervolg zorgplichten in de Wft: besluiten op grond van artikel 4:24 en 4:90 Wft 368
5.6.4 Overkreditering 372
5.6.4.1 Inleiding 372
5.6.4.2 Besluiten AFM op grond van artikel 4:34 Wft en 115 BGfo 372
5.6.4.3 Privaatrechtelijke bescherming tegen overkreditering 383
5.6.4.4 Afronding zorgplicht overkreditering 386
5.6.5 Misleidende informatie 388
5.6.5.1 Inleiding 388

5.6.5.2 Bescherming tegen misleidende informatie in het BW 389
5.6.5.3 Misleidende informatie (artikel 6:193c BW) 390
5.6.5.4 Misleidende informatie (artikel 5:58 Wft) 391
5.6.5.5 Afronding misleidende informatie 400
5.6.6 Aantasting overeenkomsten met derden 401
5.6.6.1 Inleiding 401
5.6.6.2 Artikel 1:75 lid 3 Wft 401
5.6.6.3 Afronding 412
5.6.7 *Iustum pretium* 413
5.6.8 Conclusie 415
5.7 Conclusie 415

6 CONCLUSIES EN SLOTBESCHOUWING 425
6.1 Inleiding 425
6.2 Doel handhaving door toezichthouders van privaatrechtelijk geaarde regels 426
6.2.1 Achtergrond regulering 426
6.2.3 Verschillen in handhaving 428
6.2.4 Doelen privaatrecht en publiekrecht 429
6.3 Handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels en publiekrechtelijke handhaving 431
6.3.1 Inleiding 431
6.3.2 Geabstraheerde handhaving 431
6.3.2.1 Inleiding 431
6.3.2.2 Geabstraheerde handhaving en individuele gevallen 431
6.3.2.3 Verder of minder vergaande bescherming bij informatie- en zorgplichten 432
6.3.3 Open normen 433
6.3.4 *Iustum pretium* 435
6.3.5 (Te) actieve toezichthouders? 437
6.3.6 Tekorten van bestuursrechtelijke handhaving 438
6.3.7 Geschilbeslechting 441
6.3.7.1 Inleiding 441
6.3.7.2 Onderscheid artikel 12.2 lid 1 en 2 Tw 441
6.3.7.3 Precontractuele fase 443
6.3.7.4 Contractuele fase 445
6.4 Hoe nu verder? Een verkenning 446
6.4.1 Inleiding 446
6.4.2 Coherentie 447
6.4.3 Complementariteit 448
6.4.3.1 Coördinatie 448
6.4.3.2 Voordelen van complementariteit 451
6.4.3.3 Bezwaren van (alleen) complementariteit 451
6.4.4 'Hybride' handhaving 454
6.4.4.1 Wat is hybride handhaving? 454

6.4.4.2 Enkele voorbeelden van hybride handhavingsvormen uit binnen- en buitenland 456
6.4.4.3 Hybride vormen van handhaving voor toezichthouders? 460
6.4.4.4 Voordelen van hybride handhaving 462
6.4.4.5 Bezwaren van hybride handhaving 463
6.4.5 Afronding 464

SUMMARY 467
LITERATUUR 477
JURISPRUDENTIE 495
INDEX 509
CURRICULUM VITAE 513

1 Inleiding

1.1 Toezicht in het algemeen belang

> 'Every individual… neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it… he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention.'[1]

Adam Smith, de Schotse moraalfilosoof, merkt in zijn meest bekende werk The Wealth of Nations op dat een onzichtbare hand de vrije markt leidt en dat deze onzichtbare hand het beste voor de maatschappij als geheel oplevert. Adam Smith geeft hiermee aan dat een goede marktwerking in het belang van het individu is en daarmee goed voor het algemene belang.

Ook de doelstelling van de Europese Unie is het bevorderen van een goede marktwerking op de interne markt, wat uiteindelijk goed zou zijn voor iedereen en meer in het bijzonder voor de consument. Voor een goede marktwerking is een *level playing field* noodzakelijk, hetgeen gelijkwaardige marktspelers vereist. 'De onzichtbare hand' werkt echter niet altijd even goed omdat partijen op de markt niet beschikken over gelijke marktmacht. Zo zijn er op de markt zwakke partijen die minder onderhandelingsmacht hebben. Hierbij kan gedacht worden aan consumenten of toetreders tot monopolistische markten. Op de website van de Europese Commissie wordt vermeld dat het bevorderen van mededinging goed is voor de consumenten omdat het meer keuzes mogelijk maakt, lagere prijzen realiseert, hogere kwaliteit bewerkstelligt en innovatie stimuleert.[2] Toezichthouders, opgericht naar publiekrecht, hebben dan ook onder meer tot taak het *level playing field* te creëren en/of te bewaken. Toezichthouders dienen daarmee het algemeen belang, namelijk het bevorderen van een goede marktwerking waaronder het beschermen van de belangen van zwakke partijen op de markt.

In Nederland is een keur aan toezichthouders te vinden. Zo is er de Autoriteit Financiële Markten (AFM). De AFM dient toezicht te houden op de financiële markten met onder andere als doel zwakke partijen te beschermen. In 2013

---

1 A. Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Book IV, Chapter II, New York: MetaLibri 2007, p. 349 (originele editie, p. 456, par. 9).

2 http://ec.europa.eu/competition/consumers/why_en.html

is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) ontstaan uit een fusie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Consumentenautoriteit en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA). De ACM ziet er op toe dat bedrijven eerlijk concurreren met elkaar en dat belangen van zwakke partijen zoals consumenten beschermd worden.

Om de concurrentie te bevorderen, en dus het welzijn van iedereen, zijn onder invloed van de Europese Unie onder meer voormalige nutssectoren geliberaliseerd. Hierbij kan gedacht worden aan het spoor, de telefoniemarkt, de energiemarkt en ook de financiële markten. Voorheen publieke dienstverlening wordt meer en meer door marktwerking beheerst, waardoor publieke taken onderdeel zijn gaan uitmaken van de private markt en dus van het contractenrecht. Toezichthouders zien er op toe dat deze marktwerking in goede banen wordt geleid. Er zijn zodoende twee bewegingen waar te nemen. Enerzijds is er de deregulering en privatisering van overheidsbedrijven. Anderzijds wordt privaatrecht meer en meer gehandhaafd door toezichthouders.

1.2 TOEZICHTHOUDERS EN PRIVAATRECHT

Publiekrechtelijke toezichthouders worden in toenemende mate belast met het toezicht op belangrijke onderdelen van het privaatrecht, met name het contractenrecht. Gedacht kan worden aan de geschilbeslechtende functie van de ACM op grond van de Telecommunicatiewet (Tw), het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken door de ACM en handhaving door de AFM van de zorgplicht die banken hebben jegens cliënten.

De verplichting tot het instellen van onafhankelijke toezichthouders komt veelal voort uit Europese (mededingings)rechtelijke regels. Normaal gesproken wordt privaatrecht gehandhaafd door de civiele rechter met privaatrechtelijke instrumenten en op initiatief van burgers of rechtspersonen zelf. De oorsprong van het handhaven van privaatrecht door publiekrechtelijke toezichthouders ligt in de gedachte dat de handhaving van privaatrecht in bepaalde opzichten tekortschiet. Er is dan sprake van een 'systeemfalen'.[3] Dit tekortschieten zou er dan uit bestaan dat het privaatrecht niet geschikt is voor het realiseren van voldoende bescherming voor de zwakkere partij, het bevorderen van een goede marktwerking en/of het waarborgen van de onafhankelijkheid van voormalige staatsbedrijven.

Dit handhavingstekort wordt onder andere veroorzaakt door drempels die genomen dienen te worden om in het privaatrecht een actie te laten slagen. Zo dient er voor het verkrijgen van schadevergoeding sprake te zijn van

3 Zie voor term 'systeemfalen' I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en publieke handhaving*, Den Haag: BJu 2009, p. 308.

schade, soms van een gestelde en bewezen tekortkoming en zal een afweging gemaakt dienen te worden tussen de kosten van een procedure en het belang dat gemoeid is met de actie.[4]

Een andere verklaring voor het handhavingstekort is te vinden in enkele specifieke kenmerken die het privaatrecht ten opzichte van het bestuursrecht heeft. Privaatrechtelijke regels worden vaak pas achteraf gehandhaafd (ex post). Privaatrechtelijke regels zijn in principe gericht op het herstel van de oorspronkelijke situatie.[5] Hiertegenover staat dat het bestuursrecht overwegend ex ante van karakter is en daarmee heeft bestuursrechtelijke handhaving een preventief karakter.

Met handhaving van privaatrecht zijn in principe alleen de betrokken partijen geholpen en de regels zijn bedoeld voor het specifieke individuele geval. Het bestuursrecht dient echter het algemeen belang en daarmee een breder doel dan slechts het bieden van een oplossing voor een individuele casus. Bestuursrechtelijke handhaving is er op gericht de overtreding te doen staken en is niet in eerste instantie gericht op het beschermen van individuen die lijden onder de overtreding. Het publieke belang is van ondergeschikt belang bij privaatrechtelijke handhaving.[6] In de parlementaire geschiedenis van de Wft is dat als volgt verwoord:

> 'In principe kan het feit dat een bepaald gedrag ook reeds op grond van het civiele recht van een financiële onderneming wordt verlangd een reden zijn om het stellen van publiekrechtelijke regels achterwege te laten. Of dit wenselijk is hangt af van de vraag of het civiele recht het gedrag van de financiële ondernemingen voldoende (duidelijk) normeert en of de effectiviteit daarvan publiek toezicht overbodig maakt. Het regelen van aspecten van de relatie tussen klant en onderneming in publieke toezichtwetgeving biedt immers vergaande mogelijkheden om de naleving van regels af te dwingen.'[7]

Een ander verschil is dat een privaatrechtelijke sanctie in het algemeen pas mogelijk is als er sprake is van benadeling van individuen (ex post handhaving).[8] Een bestuursrechtelijke toezichthouder kan daarentegen overgaan

4 W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (*oratie Rotterdam*), Den Haag: BJu 2006, par 3. In zijn oratie geeft Van Boom drie voorbeelden van tekortschietend privaatrecht; zie par. 3.

5 Van Boom 2006, p. 19; A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis* (preadvies), Deventer: Kluwer 2009, p. 65; F. Cafaggi & H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. xxiv; W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012/2467, p. 3020-3024.

6 Scheltema & Scheltema 2009, p. 56.

7 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 317.

8 Scheltema & Scheltema 2009, p. 56.

tot handhaving zonder afhankelijk te zijn van individuele benadeelden.[9] Als professionele instantie met juridische kennis kan de toezichthouder overtredingen aanpakken en beoordelen.[10]

Handhaving van privaatrecht door publiekrechtelijke toezichthouders dient ertoe de tekorten van privaatrechtelijke handhaving op te vangen.

1.3 Publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels

Om de hiervoor genoemde publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels door publiekrechtelijke toezichthouders te bewerkstelligen, dient een juridische koppeling te worden gemaakt tussen de privaatrechtelijk geaarde regels en de handhavingsmiddelen van het bestuursrecht. Dit kan op twee manieren:

- door privaatrechtelijk geaarde regels te vertalen in zelfstandige bestuursrechtelijke regels in de bestuursrechtelijke wetgeving; en
- door in de bestuursrechtelijke wetgeving een verwijzing naar privaatrechtelijk geaarde regels in het BW op te nemen.[11]

Voorbeelden van een vertaling van privaatrechtelijk geaarde regels naar het bestuursrecht zijn te vinden in afdeling 4.2.3 van de Wft: 'Zorgvuldige dienstverlening'. In artikel 4:23 en 4:24 Wft is het ken-uw-cliënt-beginsel voor beleggingsdiensten te vinden. In artikel 4:24a Wft is zelfs een generieke zorgplicht opgenomen. Deze zorgplichten zijn (mede) afkomstig uit de civiele rechtspraak.[12]

Een voorbeeld van verwijzingen naar privaatrecht is te vinden in de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). In de Whc wordt in de bijlage onderdeel a verwezen naar de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken[13] die is geïmplementeerd in artikel 6:193a e.v. BW. De ACM is bevoegd op grond van artikel 2.2 Whc deze richtlijn te handhaven.

---

9 Het privaatrecht kent overigens wel de regeling van artikel 3:305d BW waarmee het hof Den Haag verzocht kan worden een overtreding uit de Whc te verbieden.

10 Scheltema & Scheltema 2009, p. 57.

11 O.O. Cherednychenko, 'Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht?', *Contracteren special Willem Grosheide* 2011/5.5, p.12. Zie ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 62.

12 Zie voor nadere uiteenzetting O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010/11, p. 66.

13 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* L 149.

Incorporatie en verwijzing zijn twee manieren waarop privaatrechtelijk geaarde regels bestuursrechtelijk gehandhaafd kunnen worden.

De vorm waarin door een toezichthouder invulling wordt gegeven aan de handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels is ook van invloed op de toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels. Bijzondere vermelding verdient in dit kader artikel 12.2 Telecommunicatiewet (Tw). In dit artikel is de zogenaamde geschilbeslechtende functie van de ACM inzake telecomdisputen neergelegd. Op grond van artikel 12.2 Tw kunnen ondernemingen of aanbieders op de telecommunicatiemarkt geschillen voorleggen aan de ACM met betrekking tot bepaalde overtredingen van de Tw. Het besluit van de ACM kan directe gevolgen hebben voor de contractuele relatie van de marktpartijen.

In deze paragraaf is de term 'privaatrechtelijk geaarde regels' geïntroduceerd als begrip voor het type regelgeving dat in dit onderzoek centraal staat. De keuze voor deze term is louter pragmatisch en is bedoeld om daarmee regels aan te duiden, die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat ze naar hun inhoud bezien zijn te rekenen tot het terrein van het materiële (civiele) contractenrecht. Hier en daar spreek ik, tegen dezelfde achtergrond, ook kortweg van (handhaving van) 'privaatrecht'.

1.4 Handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders: een schets van de problematiek

In de literatuur wordt betoogd dat de klassieke scheiding tussen privaatrecht en bestuursrecht niet meer van deze tijd is.[14] Door Europeanisering en internationalisering staat de scheiding tussen publiek- en privaatrecht al enige tijd onder druk.[15] Het nationale recht is niet zomaar meer autonoom te noemen als gevolg van supranationale en internationale verdragen met directe en indirecte werking. Van meer recente datum zijn de sectorspecifieke regelgeving en de aandacht voor de directe of indirecte invloed van bestuursrechtelijke regelgeving op privaatrecht, meer in het bijzonder het contractenrecht.

Zonder de pretentie volledig te zijn, geef ik in deze paragraaf kort aan welke vragen en opvattingen in de literatuur worden aangetroffen met betrekking tot bestuursrechtelijke handhaving en de invloed daarvan op het privaatrecht.

Zo wordt in dit kader de vraag opgeworpen of überhaupt nog gesproken kan worden van een heldere scheiding tussen privaatrecht en bestuursrecht. Privaatrecht dat wordt gereguleerd via bestuursrecht en wordt gehandhaafd

14 W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel, veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 21.

15 Van Gerven & Lierman 2010, p. 9.

door toezichthouders wordt ook wel 'toezichtprivaatrecht',[16] '*regulatory contract law*'[17] of '*competitive contract law*'[18] genoemd. Houben stelt de vraag of er nog wel sprake is van privaatrecht. Zelf concludeert ze van wel en merkt op dat *'regulatory contract law'* tot het contractenrecht behoort zolang dat contractenrecht niet wordt gedenatureerd.[19] Zoals reeds in paragraaf 1.3 opgemerkt hanteer ik in dit boek zoveel mogelijk de term privaatrechtelijk geaarde regels.

Onduidelijk is vervolgens of de handhaving van privaatrecht per sectorspecifieke toezichthouder verschilt en of de toezichthouders rekening houden met de privaatrechtelijke context waarin zij hun functie vervullen. De toezichthouders opereren, zoals in paragraaf 1.2 gesteld, vanuit het algemene belang en vervullen een belangrijke functie om het *level playing field* te waarborgen door hun rol van marktmeester. Maar zoals in paragraaf 1.3 is opgemerkt handhaven zij daarbij ook privaatrecht, althans de bestuursrechtelijke handhaving heeft in ieder geval invloed op het contractenrecht. Een voorbeeld hiervan is het voorschrift dat provisies voor bemiddelaars of adviseurs inzake financiële producten niet onredelijk mogen zijn gezien de aard en reikwijdte van de dienstverlening.[20] De vraag wordt opgeworpen of op deze wijze niet sprake is van de introductie van de *iustum pretium*-doctrine via de bestuursrechtelijke weg.[21]

In de literatuur wordt verder opgemerkt dat de toenemende handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels door publiekrechtelijke toezichthouders met zich meebrengt dat deze toezichthouders rechtsfiguren gaan verlangen die zij kennen uit het bestuursrecht.[22] Hierbij kan gedacht worden aan gedragsregels, klachtenregelingen en vormen van zelfregulering. In het bestuursrecht zijn gedragsregels en klachtenregelingen gangbaar om de verhouding tussen de overheid en burger te stroomlijnen. De verhouding tussen overheid en burger is immers per definitie een ongelijke verhouding. Onder invloed van het publiekrechtelijke toezicht verandert het privaatrecht, omdat toezichthouders ook van private partijen dergelijke uitgebreide gedragsregels en klachtenregelingen verlangen. Eenzelfde gedachte, de bescherming van de

16 O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RM-Themis* 2012/5, p. 223.

17 I.S.J. Houben, 'Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren, alias 'regulatory contract law'', *WPNR* 2013/6998, p. 1085 e.v.

18 H.W. Micklitz, 'The concept of competitive contract law', *Penn State International Law Review* 2005/23, p. 549.

19 Houben 2013, p. 1091.

20 Zie artikel 86 BGfo.

21 Zie O.O. Cherednychenko, 'Provisieafspraken tussen cliënten en financiële dienstverleners: van de privaatrechtelijke contractsvrijheid naar de publiekrechtelijke iustum pretium', *Contracteren* 2012/2.2, p. 45-48.

22 M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013/7.2, p. 188.

consument tegen machtige marktpartijen, is ook de reden achter publiekrechtelijk toezicht.

Een ander probleem is dat open normen en bestuursrechtelijke handhaving op gespannen voet lijken te staan. Het privaatrecht kent veel open normen, zoals redelijkheid en billijkheid en goede trouw, om twee heel bekende te noemen. Een punt van kritiek is dat handhaving van open normen met de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen een spanning oplevert met artikel 7 EVRM (het bepaalbaarheidsgebod). Het bepaalbaarheidsgebod houdt in dat de norm voor de justitiabele voldoende kenbaar en voorzienbaar moet zijn, alvorens bijvoorbeeld een boete of last onder dwangsom kan worden opgelegd.[23] Bij de introductie van de Wet Oneerlijke handelspraktijken, waarin veel open normen zijn opgenomen, is er uiteindelijk voor gekozen om deze mede bestuursrechtelijk te handhaven. In de literatuur wordt opgemerkt dat er onvoldoende handvatten voor invulling van de open normen beschikbaar zijn. De civiele rechter heeft nog enig houvast aan wilsgebreken, het zorgvuldigheidsbeginsel en de jurisprudentie van artikel 6:194 (oud).[24] Dit zou niet gelden voor de ACM en de AFM. Er wordt dan ook gepleit voor meer *guidance* voor de markt door middel van bijvoorbeeld beleidsregels om de open normen zo meer in te vullen.[25] De *guidance* voor de markt moet een eigen op de richtlijn afgestemde consumentvriendelijke uitleg van de normen bevatten.[26] Overigens zijn er ook tegengeluiden waarin juist de wens tot minder *guidance* voor de markt doorklinkt.[27]

Men kan zich tevens afvragen of privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties zomaar over en weer in de verschillende rechtsgebieden ingezet kunnen worden (inwisselbaar zijn).[28] In paragraaf 1.2 zijn de kenmerken van *privaat-* respectievelijk *bestuurs*rechtelijke sancties aangestipt. Het is evident dat rechtsregels en het daarop afgestemde handhavingskader in het ene rechtsgebied niet zomaar in het andere rechtsgebied van toepassing zijn. Onnodige verschillen in uitleg, toepassing of handhaving van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsregels dienen voorkomen te worden in het belang van de rechtseenheid.[29] In de literatuur speelt dan ook de vraag of privaat-

23 EHRM 27 september 1995 (G. v. France), *NJ* 1996/49.

24 C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 388.

25 Pavillon 2011, p. 522.

26 Pavillon 2011, p. 388.

27 T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria, 'De invulling van financieel open normen in een meerlagige rechtsorde', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, BWKJ 28, Deventer: Kluwer 2013, p. 109-121.

28 Scheltema 2013, p. 188.

29 M. Scheltema & M.W. Scheltema, 'Wat kan het privaatrecht leren van het bestuursrecht? Vervagende grenzen tussen bestuurs- en privaatrecht', *JBplus* 2012, p. 139. Zie ook M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht,* Alphen a/d Rijn: Kluwer 2013, hs 1.

rechtelijk geaarde regels buiten de context van het systeem van het privaatrecht kunnen worden geplaatst.[30]

Aan de in de literatuur opgeworpen vraagtekens en kritiek op vermenging van privaatrecht en bestuursrecht in de sectorspecifieke regelgeving liggen ook meer fundamentele vragen ten grondslag. In hoeverre is er nog ruimte voor partijen om contracten naar eigen inzicht in te vullen anders dan door publiekrechtelijke regelingen over te nemen? In hoeverre zijn privaatrechtelijke remedies (on)toereikend om de beoogde doelstellingen te bereiken en in hoeverre worden bij de bestuursrechtelijke handhaving van privaatrecht contractenrechtelijke beginselen nog gerespecteerd?[31] Tot slot, sluiten de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmiddelen goed op elkaar aan of verdwaalt een rechtszoekende in een wirwar van regels en procedures?[32]

1.5 Vraagstelling en afbakening

Dit onderzoek is enerzijds descriptief en anderzijds normatief van aard. De descriptieve vraag is hoe bestuursrechtelijke toezichthouders privaatrechtelijk geaarde regels toepassen. Het uitgangspunt bij deze descriptieve vraag is dat privaatrechtelijk geaarde regels in toenemende mate bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Aan de orde komen vragen als: welke regels van het privaatrecht worden gehandhaafd, waarom door de wetgever is gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving en welke bestuursrechtelijke instrumenten hiervoor gebruikt worden. Ik concentreer mij daarbij in dit onderzoek hoofdzakelijk op het contractenrecht.

Vanuit het antwoord op deze descriptieve vraag komt de normatieve vraag naar voren: in hoeverre lenen privaatrechtelijk geaarde regels zich voor handhaving met bestuursrechtelijke middelen? Deelvragen die hierbij aan bod komen zijn: strijdt de achtergrond en visie van toezichthouders (niet) met het civiele recht en waarom zou bestuursrechtelijke handhaving meer geschikt zijn dan privaatrechtelijke handhaving om de doelstellingen van goede marktwerking en consumentenbescherming te bewerkstelligen? Om deze vragen te beantwoorden worden aan de hand van casestudies besluiten van toezichthouders geanalyseerd en vanuit privaatrechtelijk oogpunt nader geproblematiseerd. Deze analyse en problematisering houden onder meer in een vergelijking van de uitleg en toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels door toezicht-

30 Cherednychenko 2011, p.12. Zie ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 63-64.

31 Dit zijn de voorwaarden die I.S.J. Houben stelt aan regulatory contract law wil het nog voldoen aan de definitie van contractenrecht. Zie Houben 2013, p. 1091.

32 Zie I.S.J. Houben 2013, p. 1091. Zie ook C.A. Hage, 'Telecomtoezicht door de ACM en de handhaving van het contractenrecht', *MvV* 2014/3.1, p. 55 e.v. en Scheltema 2013, p. 188 e.v.

houders met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter, een beoordeling van de wijze waarop bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zich tot elkaar verhouden en suggesties om, waar mogelijk, eventuele fricties te verminderen.

Er is gekozen voor drie onderzoeksgebieden: het telecommunicatierecht, het consumentenrecht en het financiële recht. Aanvankelijk opereerden hier ook drie toezichthouders. Door de totstandkoming van de ACM in 2013 gaat het nu in naam nog om twee toezichthouders. De drie onderzoeksgebieden zijn echter nog wel als drie aparte onderzoeksgebieden aan te duiden omdat de wetgeving op dit punt in essentie ongewijzigd is gebleven.

De reden voor de keuze van deze drie onderzoeksgebieden is gelegen in de verschillende kenmerken van de markten en de daarmee samenhangende verschillen in het toezicht. Het toezicht op het consumentenrecht is generiek en regels uit het BW worden bestuursrechtelijk gehandhaafd. De telecommarkt is een sectorspecifieke (netwerk)markt en het toezicht is mededingingsrechtelijk georiënteerd. Het toezicht op de financiële markten kent een lange geschiedenis en dient ter voorkoming van grote economische gevolgen die voelbaar zijn voor iedereen. Ook zijn in het financiële recht regels te vinden die een sterke gelijkenis (lijken te) kennen met regels uit het privaatrecht.

Door de keuze voor drie verschillende typen markten wordt de waarde van de uit het onderzoek te trekken conclusies verhoogd. Beperking van het onderzoek tot drie markten met vergelijkbare kenmerken zou wellicht meer eenduidige conclusies opleveren (bijvoorbeeld bij de keuze voor drie netwerkmarkten of drie consumentenmarkten), maar dan zouden deze conclusies minder betekenis hebben voor het grotere veld van de handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders.

1.6 Plan van aanpak

In hoofdstuk 2 wordt aandacht besteed aan de achtergrond van de problematiek van handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels door bestuursrechtelijke toezichthouders. De achtergronden en doelstellingen van de handhaving van privaatrecht en bestuursrecht zullen nader worden belicht, alsmede de middelen waarmee in het privaatrecht respectievelijk bestuursrecht wordt gehandhaafd. Tevens wordt belicht waarom toezichthouders zijn ingesteld en wat de functies van deze toezichthouders zijn.

In hoofdstuk 3 wordt het toezicht door de ACM, voorheen OPTA, op de telecommarkt geanalyseerd. Het betreft hier een zogenaamde netwerkmarkt die voorheen werd beheerst door een staatsbedrijf, de Koninklijke PTT Nederland B.V. Vervolgens is de markt geliberaliseerd, maar bleef KPN, als rechtsopvolger van PTT op de telefoniemarkt, als monopolist veel macht houden. Om de toetredingsdrempels voor nieuwkomers te verlagen en om zo de marktwerking te stimuleren, zijn verschillende juridische regels in het leven

geroepen. Voorbeelden van andere geliberaliseerde netwerkmarkten zijn het openbaar vervoer, de energiemarkt en de watermarkt.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 de consumentenbescherming door de ACM onderzocht. Met de inwerkingtreding van de Whc is de Consumentenautoriteit opgericht. Inmiddels is de Consumentenautoriteit opgegaan in de ACM. Op grond van de Whc is de ACM verantwoordelijk voor de handhaving van deze wetgeving. Het doel is een eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten te bevorderen. De wettelijke taken zijn in dat licht het tegengaan van collectieve inbreuken op het consumentenrecht. Het betreft een meer generiek toezicht. De afdeling oneerlijke handelspraktijken uit Boek 6 BW wordt daarbij volledig bestuursrechtelijk gehandhaafd. In deze afdeling staan open normen. Open normen en handhaving door middel van bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen als een boete en last onder dwangsom kunnen, zoals reeds opgemerkt in paragraaf 1.4, op gespannen voet staan met artikel 7 EVRM.

In hoofdstuk 5 komt het toezicht door de AFM aan bod. De AFM is belast met het gedragstoezicht op de financiële markten. Gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. Het publieke belang in de financiële sector is sterk gebaat bij een goede bescherming van de consument. Naast producten die op zichzelf schadelijk zijn voor het goed functioneren van de markt, zoals woekerpolissen, zijn er ook financiële producten die op zichzelf beschouwd niet schadelijk hoeven te zijn voor het publieke belang. Gezien echter het feit dat zij massaal verkocht worden en afhankelijk zijn van factoren met een algemeen karakter, zoals de rentestand, kunnen deze producten wel een risico voor het algemene belang vormen. Hierbij kan gedacht worden aan te hoge leningen.

Om te analyseren hoe toezichthouders privaatrechtelijk geaarde regels handhaven is gekozen voor casestudies, waarbij de toepassing van het contractenrecht centraal komt te staan. Deze analyse wordt gemaakt aan de hand van besluiten van de toezichthouders, uitspraken in beroep van de rechtbank met speciale competentie (de rechtbank Rotterdam) en uitspraken in hoger beroep van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het vertrekpunt is dan ook de besluiten van de toezichthouders. Per onderzoeksgebied worden de kenmerken van de specifieke markt beschreven, evenals de relevante Europese en nationale regelgeving. Vervolgens worden de verschillende relevante uitspraken van de desbetreffende toezichthouder besproken. Hierbij wordt telkens getracht een koppeling te maken naar het reguliere privaatrecht.

Een externe rechtsvergelijking met buitenlands recht zal in dit boek niet worden gemaakt. De reden hiervoor is dat onder meer al een vergelijking gemaakt wordt tussen privaatrecht en bestuursrecht en ook in andere rechtsstelsels verschillen bestaan tussen definities van privaatrecht en publiekrecht. Het voert te ver om dergelijke verschillen eerst in kaart te brengen om vervolgens het recht te kunnen vergelijken.

Tot slot worden in hoofdstuk 6 de bevindingen weergegeven in relatie tot de vraag hoe bestuursrechtelijke toezichthouders privaatrechtelijk geaarde regels handhaven en in hoeverre privaatrechtelijk geaarde regels zich lenen voor handhaving met bestuursrechtelijke middelen. Ook zullen op de daarvoor in aanmerking komende plaatsen aanbevelingen worden gedaan om te voorzien in de in dit boek gesignaleerde handhavingsproblemen. In paragraaf 6.4 wordt, op basis van de bevindingen uit de casestudies, gezocht naar een denkrichting die behulpzaam kan zijn bij het vinden van oplossingen aangaande de onderhavige problematiek. Zo zal in het kort aandacht worden besteed aan pogingen om het privaatrecht en publiekrecht beter op elkaar af te stemmen (complementariteit) en aan handhavingsvormen waarbij de sterke kanten van privaatrechtelijke respectievelijk bestuursrechtelijke handhavingsvormen worden gecombineerd in een hybride vorm. Het zal hier bij een aanzet moeten blijven; een uitwerking vereist nader onderzoek.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juli 2017. Wetgeving, rechtspraak en literatuur van na die datum is in beginsel niet meer verwerkt.

2 Achtergrond handhaving van privaatrecht door toezichthouders

2.1 INLEIDING

Van oudsher worden twee rechtsgebieden onderscheiden: het privaatrecht en het publiekrecht. Besproken wordt hoe deze rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden en of en hoe zij zich van elkaar onderscheiden. Daarbij zal blijken dat deze rechtsgebieden al geruime tijd niet meer als autonome rechtsgebieden worden aangeduid. Het internationale verdragenrecht heeft een enorme groei doorgemaakt en het Europese supranationale recht is de kinderschoenen ontgroeid.[1] Richtlijnen en verordeningen beïnvloeden zowel het privaatrecht als het publiekrecht. Binnen het privaatrecht is het consumentenrecht een voorbeeld van een rechtsgebied dat voor een groot gedeelte gestoeld is op Europese regelgeving. Toch is het goed om in het kort terug te gaan naar de basis van het onderscheid van het publiek- en het privaatrecht (paragraaf 2.2). Het privaatrecht en het publiekrecht hebben historisch gezien verschillende uitgangspunten en daarmee verschillende doelstellingen. Gezien deze verschillen moeten deze rechtsgebieden in principe als twee te onderscheiden rechtsgebieden worden bezien.[2] Een goed begrip van deze uitgangspunten is van belang voor de achtergrond van de onderliggende problematiek van het onderzoek. Vervolgens wordt aandacht besteed aan het verschil in handhavingsmiddelen binnen deze rechtsgebieden (paragraaf 2.2 en 2.3). Daarna wordt stilgestaan bij de verwevenheid van privaatrecht en publiekrecht (paragraaf 2.4). Ook wordt de vraag besproken waarom toezichthouders zijn ingesteld (paragraaf 2.5). Ten slotte zal de kritiek worden geanalyseerd die op het functioneren van toezichthouders bestaat (paragraaf 2.6).

---

1 W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel, veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 21.

2 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 14-16. Zie ook M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 5.

2.2 PRIVAATRECHT

2.2.1 De rol van privaatrecht

In het privaatrecht gaat het om de verhouding tussen burgers onderling.[3] Bij burgers kan in dit verband mede aan rechtspersonen worden gedacht alsook aan de overheid die als medeburger kan optreden. Waar privaatrecht eindigt en waar publiekrecht begint is een vraagstuk waar men zich al vanaf de oudheid mee bezig heeft gehouden. Het private kan worden gezien als de tegenhanger van het publieke. Een breed geaccepteerde interpretatie van de omschrijving die Aristoteles geeft over het private wordt gegeven door Swanson:

> '1) as distinct and separate from the public;
> 2) as corresponding to the household;
> 3) as serving only individual and species survival; and
> 4) as justifying 'force and violence (…), because they are the only means to master necessity – for instance by ruling over slaves.'[4]

De beschrijving van Aristoteles van het private omvat zowel het huisgezin als de privésfeer en het private in de zin van 'het eigen' ten opzichte van 'het publieke'.[5] Veel privaatrechtelijke concepten zijn terug te voeren op Griekse denkers en het Romeinse recht.

Het liberale concept van het private, afgeleid van twee bekende verlichtingsfilosofen Locke en Hobbes, heeft zich meer ontwikkeld in de zin van privacy als (levens)sfeer.[6] De 19de -eeuwse denker Mill, mede bekend door zijn scherpe onderscheid tussen de persoonlijke levenssfeer en de sociale levenssfeer, merkt in zijn werk 'On Liberty' op dat er geen ruimte is voor interventie door de publieke autoriteiten in geval de daden van een persoon een ander niet schaden, tenzij die ander dit zelf wil.[7] Uiteindelijk heeft een individu zelf het grootste belang bij zijn eigen welzijn. Het belang van een ander bij het welzijn van het individu is van ondergeschikt belang, net als het belang van de maatschappij bij hem als individu.[8] De maatschappij kan alleen ingrijpen in iemands plannen en bedoelingen met zijn eigen leven op grond van algemene veronderstellingen; veronderstellingen die verkeerd zijn of als ze juist zijn in individuele gevallen verkeerd zullen worden toegepast

3 Zie ook T.G. Watkin, *An historical introduction to modern civil law*, Aldershot: Ashgate 1999, p. 1.
4 J.A. Swanson, *The Public and the Private in Aristotle's Political Philosophy*, London: Cornell University Press 1992, p. 9.
5 Swanson 1992, p. 4-5.
6 Swanson 1992, p. 2.
7 J.S. Mill, *Over vrijheid*, vertaling van W.E. Krul, Amsterdam: Boom 2009, p. 127.
8 Mill 2009, p. 127.

door mensen die met de omstandigheden van zulke gevallen niet goed vertrouwd zijn.[9] Voor het gedrag van mensen onderling dienen algemene regels te bestaan zodat mensen weten waar zij op kunnen rekenen, maar iemand heeft het recht in zijn persoonlijke zaken ongemoeid zijn eigen spontaniteit te volgen.[10]

Dat er geen ruimte is voor interventie bij daden van een individu zolang dit individu anderen niet schaadt, betekent ook dat hij met zijn eigendom mag doen wat hij wil.[11] De gedachte dat een individu het volledige zelfbeschikkingsrecht over zijn eigendom heeft zolang dit anderen niet schaadt, is in het hedendaagse privaatrecht terug te vinden in concepten als contractvrijheid, autonomie van partijen en de verbindende kracht van overeenkomsten. Een meer recente visie op privaatrecht wordt gegeven door Weinrib: het mooie van het privaatrecht is dat het twee partijen direct verbindt met elkaar door het fenomeen aansprakelijkheid.[12] Hij bedoelt hiermee dat procedureel gezien aansprakelijkheid in het privaatrecht de vorm heeft van een aanspraak die strikt beperkt is tot de beoordeling van de bipolaire relatie in het licht van het aansprakelijkheidsvraagstuk, zodat de daarbuiten gelegen belangen niet worden meegewogen.[13]

Het privaatrecht heeft als veronderstelling of uitgangspunt dat partijen onderling ten opzichte van elkaar een gelijke positie hebben. Dit beeld dient wel genuanceerd te worden aangezien er (deel)rechtsgebieden zijn, zoals het huurrecht, consumentenrecht en arbeidsrecht, waarin rekening wordt gehouden met ongelijkheid van partijen. Huurders, consumenten en werknemers worden over het algemeen gezien als zwakkere, afhankelijke partijen. Getracht wordt om de gelijkheid door middel van aanvullende regelgeving te herstellen. Dat neemt niet weg dat contractvrijheid nog steeds één van de belangrijkste uitgangspunten is van het contractenrecht. In de volgende twee subparagrafen wordt dan ook nader ingezoomd op contractvrijheid en de daarmee samenhangende afwijzing van de *iustum pretium*-leer. De reden dat de *iustum pretium*-leer hier wordt besproken is gelegen in het feit dat deze leer van belang is voor het onderzoek, meer in het bijzonder in de casestudy van de ACM als geschilbeslechter in telecomzaken en de AFM bij financiële zaken.[14]

9 Mill 2009, p. 128.
10 Mill 2009, p. 128.
11 Mill 2009, 127-128.
12 E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1995, p. 1-2.
13 Weinrib 1995, p. 1-2.
14 Zie par. 3.6 en 5.6.7.

2.2.1.1 Contractvrijheid

Contractvrijheid is één van de pijlers van het contractenrecht en dus ook van het civiele recht.[15] Zelfverwerkelijking van individuen wordt gezien als het hart van de contractvrijheid. Het privaatrecht staat of valt met de erkenning van het recht op zelfbeschikking.[16] De contractvrijheid kent drie aspecten: de vrijheid om te contracteren met wie men wil, wanneer men wil en wat men wil.[17]

De kern van het contractenrecht is zelfontplooiing door samenwerking met anderen. Deze contractvrijheid is echter niet onbegrensd. Een overeenkomst is nietig als sprake is van een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsbepaling (artikel 3:40 lid 2 BW). Een overeenkomst is eveneens nietig als de inhoud of de strekking ervan in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (artikel 3:40 lid 1 BW). Als de inhoud of strekking van een rechtshandeling in strijd is met de wet dan kan, met inachtneming van de geldende jurisprudentie,[18] op grond van artikel 3:40 lid 1 BW de rechtshandeling nietig zijn vanwege strijd met de openbare orde of goede zeden.

De contractvrijheid wordt verder ingeperkt door fundamentele rechten, anti-discriminatiewetgeving en verordeningen en richtlijnen van Europese oorsprong.[19]

De bescherming van de (economisch) zwakke partij tegen het overwicht van zijn wederpartij kan eveneens een reden zijn voor de inperking van de contractvrijheid.[20] De bescherming van de zwakkere partij hangt, in economische zin, nauw samen met het algemeen belang. Een juiste balans tussen de 'macht' van partijen op de markt zorgt voor een betere marktwerking aangezien 'zwakkere' partijen dan meer vertrouwen hebben in de markt. Hondius heeft ook wel gezegd dat het contractenrecht zowel de contractvrijheid als de bescherming van de zwakke partij dient.[21] Klassieke terreinen waarop de zwakke partij wordt beschermd zijn huurrecht, pachtrecht en arbeidsrecht. Van meer recente datum is het consumentenrecht.

---

15 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 6; T. Hartlief, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractsvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer: 1999, p. 14.

16 Nieuwenhuis 1979, p. 63.

17 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

18 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191 (TM). Zie ook HR 16 november 1984, *NJ* 1985/624, m.nt. C.J.H. Brunner (*Buena Vista*) en HR 1 juni 2012 ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*).

19 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/53 e.v. en ook T. Hartlief, 'Contractvrijheid; een inleiding', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 393.

20 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/53.

21 E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387.

Het Europese recht heeft ook grote invloed op de contractvrijheid in het kader van het bevorderen van vrije mededinging en het vrije goederen- en personenverkeer. Dit creëert nieuwe 'zwakke' rechtsactoren zoals toetreders tot de telecommarkt. In sommige gevallen kan men zelfs stellen dat er in het geheel geen contractvrijheid meer bestaat voor bepaalde partijen.[22] Dit geldt met name bij prestaties die voor een ieder een voorwaarde zijn om maatschappelijk te kunnen functioneren (bijvoorbeeld de levering van telefoon-, gas-, water- en electravoorzieningen).

2.2.1.2 De iustum pretium-leer

In het kader van de contractvrijheid verdient ook de *iustum pretium*-leer de aandacht, althans de afwijzing van deze leer in het contractenrecht. Zowel bij de casestudy betreffende de telecommunicatieregelgeving als betreffende de financiële markten zal aandacht worden besteed aan de *iustum pretium*-leer (paragrafen 3.6 en 5.6.7).

Een eenduidige definitie van de *iustum pretium*-leer is niet zomaar te geven. Letterlijk betekent *iustum pretium* rechtvaardige, redelijke of juiste prijs. De *iustum pretium*-leer veronderstelt dat er een evenredige prijs of wederdienst bestaat voor elk(e) dienst of goed. Als de daadwerkelijke prijs te veel verschilt van de evenredige prijs, dan zou het contract nietig zijn, althans de benadeelde partij zou in staat gesteld moeten worden om het contract aan te tasten.

Over de vraag wat een rechtvaardige prijs is, bestaat al eeuwenlang discussie. Thomas van Aquino verbond het begrip van *iustum pretium* met de ruilrechtvaardigheid van Aristoteles.[23] Deze ruilrechtvaardigheid houdt in dat men na een transactie niet meer of minder mag bezitten, maar precies zo veel moet bezitten als men ervoor had.[24] Wat deze gelijkwaardigheid vervolgens weer inhoudt, is echter niet eenduidig.

Voorstanders van de *iustum pretium*-leer in Nederland hanteren een bredere interpretatie en geven aan deze leer de betekenis dat voor de geldigheid van overeenkomsten vereist is dat tussen de prestaties van partijen een zekere mate van gelijkwaardigheid of evenredigheid bestaat.[25] De vrijheid om te contracteren met wie men wil en met welke inhoud dan ook, zou niet zo'n grote reikwijdte moeten hebben dat dit kan leiden tot een disproportionele benade-

---

22 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, zie m.n. de paragrafen over contractdwang in hoofdstuk 2, 3, 4, 5, 6 en 7.

23 J.W. Baldwin, *The Medieval Theories of The Just Price. Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, Philadelphia: The American Philosophical Society 1959, p. 71.

24 Aristotles, *Ethica Nicomachea. Vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door Christine Pannier en Jean Verhaeghe*, Groningen: Historische Uitgeverij 1999, Boek V, hoofdstuk 7 en 8.

25 Zie F.W. Grosheide, 'Iustum Pretium', enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid', *WPNR* 1996/6227, p. 436.

ling van één van de partijen.[26] Beide partijen zouden in gelijke mate moeten profiteren van het tussen hen gesloten contract.[27] De tegenstanders van de *iustum pretium*-leer zijn van mening dat de *iustum pretium*-leer niet hanteerbaar is omdat een strikt equivalent vereist is.[28] Prestaties dienen exact aan elkaar gelijk te zijn maar een strikt equivalent is moeilijk te vinden. De gelijkwaardige tegenprestatie, vereist in de *iustum pretium*-leer, wordt door de tegenstanders dan ook op deze wijze enger uitgelegd dan door de voorstanders.

Tot op de dag van vandaag wordt in Nederland de *iustum pretium*-leer over het algemeen afgewezen omdat deze teveel inbreuk maakt op de contractvrijheid.[29] In het Interbellum is discussie geweest over de vraag of de *iustum pretium*-doctrine in Nederland weer geïntroduceerd diende te worden. De tegenstanders van de herintroductie waren in de meerderheid. Als doorslaggevend argument gold dat wanneer een partij zichzelf benadeelt door een overeenkomst te sluiten waarbij hij geen gelijkwaardige tegenprestatie krijgt, dit geheel aan hem is te wijten.[30] Als sprake is van (onaanvaardbare) ongelijkheid, dan kan dit bovendien met open normen als redelijkheid en billijkheid, dwaling of misbruik van omstandigheden worden opgelost.[31] Cherednychenko merkt op dat hoewel *de iustum pretium*-doctrine niet geaccepteerd is in het Nederlandse civiele recht, deze leer toch via het publieke recht weer zijn intrede doet.[32] In de paragrafen 3.6 en 5.6.7 komt deze observatie over de *iustum pretium*-doctrine nader aan de orde. Vanuit privaatrechtelijk oogpunt zullen prijsvaststellingen door de toezichthouder in deze paragrafen nader worden geanalyseerd.

2.2.2 Handhaving van privaatrecht

Het privaatrecht kent vooral reparatoire sancties. Reparatoire sancties zijn bedoeld om de toestand te herstellen zoals deze was voor de overtreding.

Het privaatrecht kent met name de volgende sancties: nietigheid of vernietigbaarheid van de rechtshandeling, nakoming van de verbintenis, ontbinding na wanprestatie, opschorting, schadevergoeding na wanprestatie, schadevergoeding na onrechtmatige daad en gebod- en verbodsacties. Enkele van de voor dit onderzoek relevante sancties worden nu kort besproken. Aandacht wordt

26 R. Feenstra & M. Ahsmann, *Contract: aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1988, p. 26.
27 Feenstra & Ahsmann 1988, p. 27.
28 Zie hierover I.H. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden* (diss. OU), Heerlen: Brave New Books 2013, p. 45.
29 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/56.
30 Grosheide 1996, p. 436.
31 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/56.
32 O.O. Cherednychenko, 'Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht?', *Contracteren special Willem Grosheide* 2011/5.5, p. 14.

ook besteed aan de collectieve actie. De collectieve actie is een vreemde eend in de privaatrechtelijke bijt, aangezien zij niet een individuele casus betreft, maar een rechtsvordering ingesteld namens een groep.

Nietigheid
In welk geval een rechtshandeling nietig is, is met name te vinden in artikel 3:40 BW. Op grond van artikel 3:40 lid 2 BW is een rechtshandeling nietig wanneer het verrichten van de rechtshandeling zelf in strijd is met de wet, tenzij de bepaling strekt ter bescherming van een van de partijen. In dat geval is de bepaling vernietigbaar door de beschermde partij. Dit geldt, tenzij de wetsbepaling er niet toe strekt om de geldigheid van de rechtshandeling aan te tasten (artikel 3:40 lid 3 BW). Op grond van artikel 3:40 lid 1 BW zijn rechtshandelingen waarvan de inhoud of strekking in strijd is met de openbare orde of goede zeden nietig. Nietigheid houdt in dat de door partijen beoogde rechtsgevolgen niet intreden.[33] De rechter kan de nietigheid, in het algemeen belang, zelf vaststellen.

In hoofdstuk 3 zal nader worden ingegaan op nietigheid in relatie tot besluiten die de ACM op grond van de Tw neemt.[34]

Vernietigbaarheid
Rechtshandelingen zijn vernietigbaar op grond van (onder meer) de wilsgebreken genoemd in artikel 3:44 BW en artikel 6:228 BW. De wet noemt in artikel 3:44 BW bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden, waarbij de wil weliswaar overeenstemt met de geopenbaarde verklaring, maar de wil op onregelmatige wijze tot stand is gekomen. In artikel 6:228 BW wordt dwaling in de wet als vierde wilsgebrek genoemd. Dwaling speelt, in het kader van dit onderzoek, een rol bij de schending van de zorgplichten van financiële instellingen. Bij de casestudy van de AFM zal hier nader op worden ingegaan.[35]

Een vernietigbare rechtshandeling heeft aanvankelijk dezelfde rechtsgevolgen als een geldige rechtshandeling. Deze geldigheid kan zij echter met terugwerkende kracht verliezen wanneer de rechtshandeling wordt vernietigd (artikel 3:53 lid 1 BW). De rechtshandeling wordt, nadat zij is vernietigd, geacht er vanaf het moment dat zij werd verricht nietig te zijn geweest.

Schadevergoeding na onrechtmatige daad
Een buitencontractuele grond voor het verhalen van schade is gelegen in artikel 6:162 BW, de onrechtmatige daad. Artikel 6:162 lid 1 BW bepaalt dat degene die jegens een ander een onrechtmatige daad heeft gepleegd die hem kan worden toegerekend, de schade als gevolg daarvan dient te vergoeden. Van

33 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/604.
34 Zie par. 3.8.
35 Zie par. 5.5.3.

een onrechtmatige daad is sprake bij inbreuk op een recht of een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt, tenzij daarvoor een rechtvaardigingsgrond is (artikel 6:162 lid 2 BW). Er bestaat geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming van de geleden schade (artikel 6:163 BW).

Een voor dit onderzoek relevant voorbeeld uit het BW zijn de oneerlijke handelspraktijken, te vinden in de artikelen 6:193a e.v. BW. Een oneerlijke handelspraktijk is een onrechtmatige daad (artikel 6:193b BW). Een oneerlijke handelspraktijk kan misleidend zijn of zelfs agressief. Zoals in hoofdstuk 4 zal worden belicht, worden oneerlijke handelspraktijken ook bestuursrechtelijk gehandhaafd door de ACM.

Gebod- en verbodsactie

Op grond van artikel 3:296 BW kan een rechthebbende ook een gebods- en/of verbodsactie instellen bij de rechter. In dit artikel is immers bepaald dat hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten door de rechter daartoe, op vordering van de gerechtigde veroordeeld kan worden. Als de rechter heeft vastgesteld dat de verwerende partij bepaalde handelingen moet nalaten zal de rechter, behoudens de in artikel 3:296 BW genoemde uitzondering, een verbod dienen op te leggen. Vaak zal de rechter gevraagd worden een dwangsom of boete te verbinden aan het niet opvolgen van een rechterlijk gebod of verbod (artikel 611a-i Rv). Een gebod of verbod zal in veel gevallen voor de voorzieningenrechter in kort geding worden opgelegd. Een gebods- of verbodsactie heeft overigens meer een preventief karakter dan de hiervoor beschreven privaatrechtelijke sancties.[36] Dit geldt ook voor de collectieve actie.

Collectieve actie

In de artikelen 3:305a tot en met 3:305d BW is de collectieve actie geregeld. Op grond van artikel 3:305a BW kan een stichting of vereniging een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Deze belangenbehartiging dient wel te blijken uit de statuten van de stichting of vereniging. De vordering kan echter geen collectieve actie tot schadevergoeding inhouden (lid 3).[37] Op grond van artikel 3:305d lid 1

36 Zie nader B. Hoyng, 'Collectieve privaatrechtelijke handhaving van het intellectuele eigendomsrecht ondersteund door de overheid', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh & S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund. Doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2007, p. 20. En ook W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012/2467, p. 3020-3024.

37 Er is overigens op 7 juli 2015 een voorontwerp van een wetsvoorstel Afwikkeling van massaschade in een collectieve actie ingediend. Het wetsvoorstel is op 16 november 2016

sub a BW kan een stichting of vereniging die op grond van haar statuten bepaalde belangen behartigt, aan het hof Den Haag een verzoek doen tot een gebod tot staking van een overtreding genoemd in onderdeel a van de bijlage bij de Whc.[38] Op grond van lid 1 sub b kan het hof Den Haag, op verzoek, ook een overtreding van de oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193a tot en met 193i BW), verbieden.

Afronding: Privaatrechtelijke handhaving legt het initiatief bij de burger
Het privaatrecht geeft over het algemeen regels waar partijen van kunnen afwijken. Het laat partijen vrij om hun onderlinge relaties te regelen. Een partij wordt in beginsel niet verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met een ander (contractvrijheid). In deze paragraaf zijn de privaatrechtelijke handhavingsmiddelen beschreven. De privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zijn meestal herstelsancties, bedoeld om de toestand te herstellen zoals deze was voor de overtreding. Het privaatrecht kent met de gebods- en verbodsacties echter ook sancties met een preventief karakter. Het initiatief tot de handhaving van privaatrecht ligt bij de burger. Een rechter beoordeelt dan in principe ook slechts het aan hem voorgelegde geval. De individuele belangen van partijen staan voorop. Het algemeen belang doet in beginsel niet ter zake.

De collectieve actie is een uitzondering op de genoemde handhavingsmiddelen. Organisaties komen op voor de belangen van groepen mensen. Van een collectieve actie kan ook een preventieve werking uitgaan. De eventuele schade van een vastgestelde overtreding dient echter wel op individueel niveau te worden bepaald.

---

naar de Tweede Kamer gestuurd. https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/11/16/wetsvoorstel-afwikkeling-van-massaschade-in-een-collectieve-actie.

38 *Kamerstukken II* 2011/12, 33622, nr. 3, p. 65: "Met het afschaffen van het duale stelsel is artikel 305d van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek geherformuleerd. Inhoudelijk zijn daarbij twee wijzigingen doorgevoerd. De eerste wijziging betreft het schrappen van de bevoegdheden van de ACM en de AFM. Dit is nodig, omdat door de AFM en ACM voortaan bestuursrechtelijk kan worden toegezien op de houder van een gedragscode (zie ook artikel XVI, onderdeel AD). De tweede inhoudelijke wijziging betreft de reikwijdte van de bevoegdheid van een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, die krachtens haar statuten tot taak heeft de bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, om een verzoek in te dienen bij het gerechtshof Den Haag. Deze bevoegdheid ziet op het vernieuwde onderdeel a van de bijlage van de Whc. Dit betekent dat deze stichting of vereniging straks ook verzoeken kan doen ten aanzien van voorschriften waar voorheen uitsluitend bestuursrechtelijk op werd toegezien."

2.3 BESTUURSRECHT

2.3.1 De rol van bestuursrecht

De essentie van het publiekrecht is de relatie tussen de overheid en haar onderdanen. Zonder het 'publieke' is er geen reden

> 'to have legal rules to protect and develop the wealth of physical resources (territory, population) and spiritual values (liberty, human rights) that a people inherits from its ancestors and wishes to bequeath to its descendants'.[39]

Cicero was de eerste auteur die het 'publieke' gedefinieerd heeft als iets gemeenschappelijks voor iedereen door iedereen: '*res publica, res populi*'.[40] Zoals reeds aangegeven in paragraaf 2.2.1, heeft Mill opgemerkt dat regels nodig zijn om individuen naast elkaar te laten samenleven.[41] Zoller merkt op dat zonder het publieke er geen staatsinrichting is, de *res publica* is wat mensen samenbindt; het vormt de *raison d'etre* van de wil om samen te leven, met andere woorden om een samenleving te vormen.[42] Zonder hier een beschouwing te willen geven over wat nu precies publiekrecht is, wil ik hiermee de kern aangeven van het verschil tussen privaatrecht en publiekrecht. Het private gaat over het in vrijheid nastreven van het eigen geluk of belang, terwijl het publieke betrekking heeft op het gemeenschappelijke geluk of welvaart.[43]

Publiekrecht wordt gewoonlijk ingedeeld in strafrecht, bestuursrecht en staatsrecht.[44] Het bestuursrecht regelt de verhouding tussen burger en bestuur, de overheid. De overheid beschikt over een bijzondere positie en beschikt over bijzondere bevoegdheden. Hierdoor heeft de overheid doorgaans een machtspositie ten opzichte van de burger.[45]

Het bestuursrecht geeft regels omtrent het bestuur en de controle op de uitoefening van de bevoegdheden door de bestuursrechtelijke organen. In de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zijn de algemene bestuursrechtelijke regels te vinden waarbinnen bestuursorganen, waaronder ook toezichthouders, dienen te opereren. De verdere bevoegdheden van de bestuursorganen zijn uitgewerkt

---

39 E. Zoller, *Introduction to Public Law: a Comparative Study*, Leiden: Koninklijke Brill NV 2008, p. 3.
40 Cicero, *De la République*, edited by A. Fouillée, Parijs: Delagrave 1868, p. 12.
41 Mill 2009, p. 127.
42 Zoller 2008, p. 4.
43 Zoller 2008, p. 7.
44 Zie bijv. H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 410 en Watkin 1999.
45 M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 4.

in bijzondere wetgeving. Bestuursorganen[46] hebben geen eigen belangen, maar worden geacht te handelen in het belang van de burgers.[47] Bestuursorganen behartigen het publieke belang. Welke belangen dit zijn, wordt door de wetgever bepaald op grond van de door de wetgever toegekende bestuursbevoegdheden. Bestuursorganen worden op grond van artikel 1.1 lid 1 Awb ingedeeld in zogenaamde a- en b-organen. A-organen zijn rechtspersonen ingesteld krachtens publiekrecht. Zo is bijvoorbeeld de gemeente een rechtspersoon ingesteld krachtens artikel 123 lid 1 Grondwet. De ACM is ook een a-orgaan en ingesteld op grond van artikel 2 lid 2 Instellingswet ACM. B-organen zijn een andere persoon of een ander college, met enig openbaar gezag bekleed. Zo vallen bijvoorbeeld overheidsstichtingen buiten de categorie van de a-organen. Deze stichtingen zijn namelijk opgericht naar privaatrecht. Materieel gezien zijn het wel bestuursorganen.[48] Een voorbeeld hiervan is de AFM. Deze autoriteit, belast met toezicht op de financiële markten, heeft de rechtsvorm van een stichting.[49]

2.3.2 Het algemeen belang

Het publiekrecht ziet op het algemene belang. Wat hier precies mee wordt bedoeld zal per geval verschillen. Gedacht kan worden aan economische of politieke perspectieven. In relatie tot het onderhavige onderzoek kan het algemene belang worden gedefinieerd, zoals verwoord door Feintuck, als de rechtvaardiging voor gereguleerd ingrijpen in private activiteiten, het limiteren van de privaatrechtelijke vrijheid, in het voordeel van de gemeenschap.[50]

Er wordt, vanuit economisch perspectief, wel onderscheid gemaakt tussen de zogenaamde '*public choice*' en de '*public interest*'.[51] De *public choice*-theorie zoekt de rechtvaardiging van het algemene belang in de voorkeuren van het individu, er van uitgaande dat het gemiddelde van deze voorkeuren het beste is voor de samenleving.[52] Ingrijpen door de overheid geschiedt alleen wanneer er sprake is van marktfalen dat gecorrigeerd dient te worden om een deugdelijke marktwerking te garanderen.[53] Individuele voorkeuren komen terug in

46 Artikel 1.1, eerste lid, Awb bepaalt dat '*onder een bestuursorgaan wordt verstaan: a) een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b) een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed*'.

47 R.J.N. Schlössels e.a., *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag BJu 2013, p. 29.

48 Schlössels e.a. 2013, p. 45.

49 Zie de statuten van de AFM op https://www.afm.nl/nl-nl/over-afm/organisatie. Zie ook Schlössels e.a. 2013, p. 46.

50 M. Feintuck, *The Public Interest' in Regulation*, New York: Oxford University Press 2007, p. 6.

51 Zie bijvoorbeeld Feintuck 2007, A.I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Portland: Hart Publishing 2004, p. 59.

52 Zie bijvoorbeeld Feintuck 2007, p. 8, Ogus 2004, p. 58.

53 Feintuck 2007, p. 8.

marktgedrag. De *public choice*-theorie kan worden gezien als een subspecies van de *public interest*-theorie.[54] Het accent van de twee verschilt wel; daar waar *public interest* één of meer verschillende manieren om het algemene belang te bewaken benadrukt, stelt *public choice* de uitkomst van de gezamenlijke individuele belangen voorop. De fundamentele rol van *public choice* is het bewerkstellingen van economische vrijheid, de vrijheid om te produceren, te verkrijgen, te gebruiken of consumeren wat men ook maar wil.

Er is niet veel voorstellingsvermogen voor nodig om te begrijpen dat een optelsom van individuele voorkeuren niet zal leiden tot een perfecte samenleving. Het gewicht van het publieke belang kan de gezamenlijke individuele belangen ruim overstijgen. Gedacht kan worden aan milieuzaken, infrastructuur en welstand. Daarnaast is marktwerking gebaseerd op een aantal aannames die niet altijd opgaan.

Het marktdenken veronderstelt eerlijke en perfecte mededinging, hetgeen inhoudt dat er een markt bestaat met veel vraag en aanbod, met een homogeen product, zonder toetredingsdrempels en met volledig geïnformeerde kopers.[55] Andere aannames zijn het 'individualisme', inhoudende dat individuele welvaart gelijk staat aan sociale welvaart en dat individuen zich rationeel gedragen bij het maken van keuzes.[56] Een perfecte markt bestaat echter niet. Een markt kent altijd wel imperfecties zoals de aanwezigheid van een monopolist of een oligopolie, consumenten die geen rationele keuzes maken, producten die niet homogeen zijn of consumenten die onvoldoende geïnformeerd zijn. Gebrek aan informatie voor marktpartijen, waaronder met name consumenten, betekent dat zij niet in de positie zijn om hun behoeften volledig te bevredigen. Dit leidt tot tekortkomingen in de marktwerking. Marktwerking en informatievoorziening zijn daarom twee onderwerpen die hoog op de agenda van de Europese Unie staan (zie ook paragraaf 2.5).[57] Ingrijpen door de overheid in het algemeen belang is dan ook noodzakelijk om markten (bij) te sturen.

2.3.3 Handhaving van bestuursrecht

De regels over handhaving in het bestuursrecht zijn te vinden in hoofdstuk 5 van de Awb. Dit hoofdstuk bevat algemene regels over toezicht op handhaving en sanctionering van overtredingen van gedragingen in strijd met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Artikel 5:2 Awb onderscheidt drie typen sancties: de bestuurlijke sanctie, de herstelsanctie en de bestraffende

54 Feintuck 2007, p. 8 en 9.
55 A. Jones & B. Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 7.
56 Ogus 2004, p. 24.
57 Zie ook artikel 3 VEU.

sanctie. Een bestuurlijke sanctie is een door een bestuursorgaan wegens overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak (sub a). De bestuursrechtelijke sanctie is nader uitgewerkt in de beschikking en de inhoud ervan verschilt per overtreding. Een herstelsanctie, in de zin van dit artikel, is bedoeld om de overtreding ongedaan te maken of te beëindigen, om herhaling van de overtreding te voorkomen dan wel om de gevolgen van de overtreding weg te nemen of te beperken (sub b). De bestraffende sanctie is bedoeld om leed toe te voegen aan de overtreder (sub c). In Titel 5.3 zijn de herstelsancties nader uitgewerkt: de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. In Titel 5.4 is de bestraffende sanctie uitgewerkt: de bestuurlijke boete. In Titel 5.2 zijn nadere procedureregels gegeven voor toezichthouders.[58]

Last onder bestuursdwang
Artikel 5:21 Awb definieert de last onder bestuursdwang als een herstelsanctie die inhoudt een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding en de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de last door feitelijk handelen zelf ten uitvoer te leggen, als niet tijdig aan de last wordt voldaan. De last onder bestuursdwang dient de herstelmaatregelen te omschrijven, evenals de periode waarin deze dienen te worden uitgevoerd. Daarnaast dient de last onder bestuursdwang op juiste wijze aan de overtreder, aan de rechthebbende op het gebruik van de zaak waarop de last ziet en aan de aanvrager bekend gemaakt te worden (artikel 5:24 Awb). De kracht van de last onder bestuursdwang berust mede op de bevoegdheid om de kosten van de bestuursdwang op de overtreder te verhalen.

Op grond van artikel 5:7 Awb kan het bestuursorgaan de herstelsanctie al opleggen op het moment dat het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt. Hiermee gaat een grote preventieve werking uit van dit middel.

Last onder dwangsom
Een last onder dwangsom is een herstelsanctie die inhoudt dat de overtreding geheel of gedeeltelijk moet worden hersteld. Wordt hier niet aan voldaan, dan ontstaat een verplichting tot betaling van de dwangsom (artikel 5:31d Awb).

Bestuurlijke boete
De bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie die, onder meer door de afschrikwekkende werking, wordt gezien als efficiënt en effectief.[59] De bestuurlijke boete is geregeld in artikel 5:40, eerste lid, Awb. In de Memorie van Toelichting bij dit artikel wordt vermeld dat deze sanctie sterke trekken heeft van een strafrechtelijke sanctie. Toch wordt er nog gesproken over een be-

58 Aangezien deze regels voor het onderzoek verder niet van belang zijn laat ik die onbesproken.
59 Schössels e.a 2013, p. 251.

stuursrechtelijke sanctie omdat deze wordt opgelegd door een bestuursorgaan.[60]

Afronding: bestuursrechtelijke handhaving in het algemeen belang
Het bestuursrecht geeft regels omtrent de verhouding tussen burgers en de overheid. Bestuursorganen worden geacht te handelen in het belang van burgers, oftewel het algemeen belang. Het algemene belang kan (gezamenlijke) individuele belangen overstijgen. Het initiatief van de handhaving ligt bij de bestuursorganen. Bij handhaving wordt door de bestuursorganen niet in de eerste plaats rekening gehouden met de individuele belangen.

Bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen kennen zowel herstel- als punitieve sancties. De punitieve sancties hebben naast het bestraffende karakter ook een preventief karakter. Dit geldt in het bijzonder voor de last onder bestuursdwang.

2.4 Scheidslijn tussen het publiekrecht en het privaatrecht

De vraag waar privaatrecht ophoudt en waar publiekrecht begint of vice versa houdt de gemoederen zowel op bestuursrechtelijk vlak[61] als op privaatrechtelijk vlak bezig.[62] Het is een vraag die ook niet (zomaar) beantwoord kan worden.[63]

In 1970 heeft Van der Hoeven in het artikel 'De magische lijn. Verkenning op de grens van publiek- en privaatrecht', een overzicht gegeven van verschillende visies op het onderscheid publiek- en privaatrecht.[64]

In de tijd van het artikel van Van der Hoeven (1970) was de 'oude' rechtsleer nog volop aanwezig: privaatrecht was het algemeen geldende recht en het publiekrecht de uitzondering.[65] Met de emancipatie van het bestuursrecht en de komst van de Awb, een algemene bestuursrechter en een nieuw BW is het belang van de vraag waar de scheiding loopt toegenomen. De vraag waar

60 *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 129.
61 Zie bijv. G. Jurgens, 'Publiekrecht en privaatrecht: naar een herbezinning op het onderscheid', *NTB* 2014/1, p. 1-3; F. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk', *NTB* 2014/30, p. 248-252.
62 Zie bijv. Scheltema & Scheltema 2013; L.F. Wiggers-Rust, 'Roeien tegen de stroom in?', *NJB* 2013/1299, p. 1374-1383.
63 Zie J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 201.
64 Van der Hoeven 1970, p. 201. Zie ook een overzicht in Wiggers-Rust 2013 en J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst: de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, hs. 7.
65 D.A. Lubach & R.D. Lubach, 'De 'magische lijn' 40 jaar later', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Publiek/privaatrecht: vervlechten of ontvlechten? Handelingen van het oprichtingscongres van het Netherlands Institute for Law and Governance 2009,* Antwerpen: Intersentia 2010, p. 42.

de scheiding tussen privaat- en publiekrecht loopt hangt ook samen met de competentievraag bij geschilbeslechting.[66]

De rechtvaardiging van het onderscheid wordt mede gevonden in de rechtsbescherming. Jurgens merkt op dat de twee in het oog springende doelen van het maken van onderscheid tussen publiek- en privaatrecht zijn: de inrichting van rechtsbescherming en de normering die op een bepaald soort handelen of rechtssubject van toepassing zijn.[67] Het recht dient, aldus Jurgens, anders om te gaan met een speler die eenzijdig de rechtspositie van anderen in de samenleving kan bepalen.[68] Op dit openbare bestuur is een bijzondere categorie van recht van toepassing, er is een eigen rechter en een eigen procedure.[69] Regels van privaatrecht en regels van bestuursrecht zijn geschreven voor verschillende verhoudingen.[70] Micklitz stelt:

> 'Public law historically sets a regulatory frame and private law historically gets the already established market going'.[71]

De discussie richt zich daarbij ook op de vraag in hoeverre de overheid zich mag bedienen van privaatrecht.[72] Eén van de vragen die hierbij opkomt, is in hoeverre bestuursrechtelijke regels in privaatrechtelijke verhoudingen doorwerken en of dit gewenst dan wel noodzakelijk is.[73] Met de sturende regelgeving vanuit Europa is de verwevenheid van privaat- en publiekrecht toegenomen. Van Gerven en Lierman merken op dat niet meer gesproken kan worden van autonome rechtsgebieden.[74] Gemeenschappelijke beginselen voor zowel het privaat- als het publiekrecht, hebben wellicht een verschillende uitwerking, maar berusten toch op een gemeenschappelijke basis.[75] Ook Scheltema en Scheltema nemen aan dat er gemeenschappelijke beginselen voor beide rechtsgebieden bestaan. Wel nemen zij tot uitgangspunt dat, gezien de verschillen tussen bestuursrecht en privaatrecht, de rechtsgebieden ten opzichte van elkaar toch als zelfstandige rechtsgebieden moeten worden gezien.[76]

---

66 Lubach & Lubach 2010, p. 45. Zie ook Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 410.
67 Jurgens 2014, p. 1 en 2.
68 Jurgens 2014, p. 2.
69 Jurgens 2014, p. 3.
70 Scheltema & Scheltema 2013, p. 5.
71 H.W. Micklitz, 'The Concept of Competitive Contract Law, *Penn. State Internatinal Law Review*, 2004/05, p. 559.
72 Zie onder meer Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, hs. 9 en Scheltema & Scheltema 2013, p. 12.
73 Scheltema & Scheltema 2013, p. 12.
74 Van Gerven & Lierman 2010, p. 9.
75 Van Gerven & Lierman 2010, zie hs. 9.
76 Scheltema & Scheltema 2013, p. 5. Steun hiervoor vinden zij in de Memorie van Toelichting op de Awb, waarin de wetgever een paragraaf heeft gewijd aan de verhouding tussen de Awb en het BW. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 13 e.v.

Hoewel privaat- en publiekrecht van elkaar verschillen moet er wel aangeknoopt worden bij de behoefte aan eenheid in het rechtssysteem als geheel:

> 'verschillen tussen rechtsregels moeten berusten op argumenten en niet voortvloeien uit het feit dat ieder rechtsgebied eigen regels ontwikkelt zonder acht te slaan op hetgeen in een ander deel van het eigen recht geldt.'[77]

Voorkomen dient te worden dat bestuurs-, privaat en strafrechtjuristen ieder slechts met hun eigen terrein bezig zijn en onvoldoende op de hoogte zijn van de ontwikkelingen op de andere terreinen.[78] Dit geldt nog sterker als rechtsvragen verschillende rechtsgebieden doorkruisen. Meer aandacht en bewustwording is van belang om buiten de kaders van de rechtsgebieden en dus over de grenzen van de verschillende rechtsgebieden heen te kijken.[79]

De toegenomen vervaging van de scheidslijn tussen privaat- en publiekrecht staat in nauw verband met de Europese wil om een interne markt te creëren. In de volgende paragraaf zal hier aandacht aan worden besteed.

2.5 Europese Unie en de interne markt

In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de ontwikkeling van een gemeenschappelijke interne Europese markt. Het streven naar een interne competitieve markt is een verklaring voor de toegenomen invloed van toezichthouders.

Het ontstaan van de Europese Unie heeft historische, politieke en economische redenen. Een gemeenschappelijke markt is altijd één van de oorspronkelijke doelen geweest van de Europese Unie en haar voorgangers. Het verdrag van Rome tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (1957) geeft in artikel 2 weer:

> 'De Gemeenschap heeft tot taak, door het instellen van een gemeenschappelijke markt en door het geleidelijk nader tot elkaar brengen van het economisch beleid van de Lid-Staten te bevorderen de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een gestadige en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit, een toenemende verbetering van de levensstandaard en nauwere betrekkingen tussen de in de Gemeenschap verenigde Staten.'

Dit artikel is door de jaren heen gewijzigd en de reikwijdte is in de latere verdragen vergroot. In artikel 3 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is bepaald:

---

77 Scheltema & Scheltema 2013, p. 7.

78 M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996/33, p. 1355 e.v. en specifiek op p. 1356.

79 Wiggers-Rust 2013.

> 'De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. De Unie bevordert de wetenschappelijke en technische vooruitgang.'

Het doel van het mededingingsrecht en de interne markt stelde ook meer en meer het consumentenbelang voorop. Mario Monti verbreedde, als Eurocommissaris Mededinging, in 2001 in Londen in een speech het mededingingsbeleid tot het streven naar optimale welvaart voor consumenten:

> 'The goal of competition policy, in all its aspects, is to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common market. Competition should lead to lower prices, a wider choice of goods, and technological innovation, all in the interest of the consumer.'[80]

Welvaart voor consumenten als een van de doelstellingen van het mededingingsrecht staat nog steeds op de website van de Europese Commissie:

> 'When companies are forced to compete with each other, consumers win. New, better products are developed. Prices go down.'[81]

Het vergroten van effectieve mededinging binnen de Europese Unie wordt gezien als een van de sleutels tot individuele welvaart en het bereiken van een optimale verdeling van goederen. Bedacht dient echter te worden dat mededinging, samen met de vrijheid van het verkeer van goederen, diensten en personen, oorspronkelijk in het Verdrag was opgenomen om de Europese samenwerking en interne markt te bevorderen.[82] Hiermee onderscheidt de doelstelling van het Europese mededingingsrecht zich ten opzichte van andere mededingingssystemen.[83] Naast de optimale verdeling van bronnen is het Europese mededingingsrecht uitgebreid met de bescherming van de consument en de kleinere bedrijven tegen grotere economische machten, zoals monopolies, of andere vormen van samenwerking die de mededinging negatief beïnvloeden.[84] Na het verdrag van Lissabon is consumentenbescherming nog meer geaccentueerd doordat in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) in artikel 12 is bepaald:

---

80 M. Monti, The Future of Competition Policy in the European Union, Londen 9 juli 2001, http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.
81 http://ec.europa.eu/competition/consumers/index_en.html.
82 Jones & Sufrin 2014, p. 39.
83 Jones & Sufrin 2014, p. 39.
84 P. Craig & G. De Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 1001.

> 'Met de eisen terzake van consumentenbescherming wordt rekening gehouden bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en het optreden van de Unie op andere gebieden.'

Het consumentenrecht beperkt zich als gevolg van de bemoeienis van de Europese Commissie niet langer tot sociale bescherming die marktregulering legitimeert door het herstellen van de balans tussen de macht van partijen, maar is ook een economisch instrument om de interne markt te verwezenlijken.[85] De Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten dienen dan ook samen te werken. Het mededingingsrecht is echter geen remedie tegen alle consumentenongelijkheid in de markt. Vereisten voor ingrijpen door de mededingingsautoriteit zijn machtsmisbruik of dominantie. Alumnia, de voormalige Eurocommissaris voor Mededinging, heeft aangegeven dat het mededingingsrecht niet altijd toereikend is om misstanden op de markt te voorkomen. Het mededingingsrecht kan worden ingezet tegen marktpartijen met een dominante positie die andere partijen illegaal toegang tot de markt weigeren. Maar het mededingingsrecht is ontoereikend om marktpartijen zonder een dominante marktpositie, die er bijvoorbeeld oneerlijke handelspraktijken op nahouden of consumenten onvoldoende informeren, aan te pakken. Voor dergelijke problemen zal een oplossing in het contractenrecht gezocht moeten worden.[86] In zijn toespraak noemt Alumnia met name de digitale economie, zoals de telecomsector en internetverkoop. De financiële sector wordt echter ook genoemd als een terrein waar controle op de mededinging van toenemend belang is voor consumenten.[87]

Door de Europese wetgever wordt het privaatrecht, naast het mededingingsrecht, dan ook gezien als middel om de markt te ordenen om zo de consument te beschermen en een goed werkende interne markt te bewerkstelligen. Het privaatrecht is echter onvoldoende geschikt om de markt te ordenen en te reguleren. De Europese wetgever heeft dit ook ingezien. Daarom wordt het privaatrecht met behulp van bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen versterkt om de handhavingstekorten van het privaatrecht te verhelpen, althans om de doelen van de Europese Unie, consumentenbescherming en goede marktwerking op de interne markt, via het privaatrecht te verwezenlijken.[88] In dit kader wordt ook gesproken over *regulatory private law*.[89]

---

85 Micklitz 2004, p. 553 en F. Wilman, *Private Enforcement of EU Law before National Courts; The EU Legislative Framework, Cheltenham (UK): Edward Elgar 2015, par. 5.01 e.v.*

86 J. Alumnia, *Competition, What's in it for Consumers*, Poznan: 24 november 2011, p. 4, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-803_en.htm?locale=en.

87 Alumnia 2011, p. 5.

88 O.O. Cherednychenko, 'Public and Private Enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges, *ERPL* 2015/4, p. 485. Zie ook Asser/Houben 7-X 2015/31.

89 A. Ogus, 'The Regulation of Services and the Public-Private Divide', in: F. Cafaggi en H.M. Watt (red.), *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 14. Zie ook H.W. Micklitz, 'The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Consideration, *ERPL* 2015/4, p. 496. Zie ook Asser/Houben 7-X 2015/31.

Het reguleren van contractenrecht in verschillende markten voor specifieke diensten, met name ten behoeve van het algemeen belang, is nodig om verschillende redenen.[90] Twee soorten van regulering kunnen worden onderscheiden: economische regulering en sociale regulering.

Economische regulering ziet met name op interventie op markten in de zin van het tegengaan van praktijken die de mededinging belemmeren.[91] Zo kan er sprake zijn van te weinig mededinging in bepaalde dienstensectoren omdat er sprake is van natuurlijke monopolies. Hierbij kan gedacht worden aan de energie-, telecom- en transportsector.[92]

Sociale regulering heeft betrekking op consumenten die gebruik maken van diensten maar te weinig informatie krijgen, zodat het voor de consumenten niet mogelijk is om keuzes te maken waarvan zij de gevolgen overzien. Daarnaast kunnen deze diensten zogenaamde externe effecten hebben, zoals milieueffecten.

Voorts is een combinatie van sociale en economische regulering mogelijk in gevallen waarin de uitkomsten van de markt door beleidsmakers als onwenselijk worden gezien, omdat die bijvoorbeeld sociaal onrechtvaardig zouden zijn.[93] Voorbeelden hiervan zijn onderwijs en gezondheidszorg, terreinen die als essentieel worden gezien voor de welvaart. De gemeenschap behoort deze diensten voor minderbedeelden te vergoeden. Ook kan gedacht worden aan gevallen waarin de consument niet voor ogen heeft wat op de lange termijn het beste voor hem is.

In de hoofdstukken 3 tot en met 5 komt bij de verschillende toezichthouders nader aan bod op welke wijze getracht is de handhavingstekorten van het privaatrecht met behulp van bestuursrechtelijke middelen te verhelpen.[94]

2.6 TOEZICHTHOUDERS

2.6.1 Inleiding

Zoals hierboven uiteengezet zijn de doelstellingen van privaatrecht en publiekrecht verschillend. De handhavingsmiddelen zijn daarom ook verschillend. Deze verschillen zijn van invloed op de effectiviteit van de handhavingsmiddelen. Zoals beschreven in paragraaf 2.2.2 werken de civielrechtelijke handhavingsmiddelen met name ex post en zien ze in principe op herstel van de rechtsverhouding in individuele gevallen. Bestuursrechtelijke sancties kunnen

90 Ogus 2009, p. 4.
91 Ogus 2009, p. 12.
92 Micklitz 2015, p. 496.
93 Ogus 2009, p. 10.
94 Zie par. 3.2, 4.2 en 5.2.

daarentegen ook punitief van aard zijn en daarmee ex ante werken omdat er een preventief effect van uitgaat (paragraaf 2.3.3).

Of een sanctie effectief is hangt af van de vraag of een potentiële overtreder afziet van de overtreding, als hij zich realiseert wat de sanctie voor deze overtreding zal zijn.[95] Voor de keuze om via de privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke weg te reguleren zal de effectiviteit van sancties een belangrijke rol kunnen spelen. Naast effectiviteit zullen ook de kosten van een procedure een rol spelen. Privaatrechtelijke procedures zijn een kostbare aangelegenheid, kunnen daarnaast lang duren en de uitkomst is niet altijd voorspelbaar.[96] Hiermee komt de effectiviteit van de privaatrechtelijke sancties onder druk te staan.

Het streven naar een gemeenschappelijke interne Europese markt dient gerealiseerd te worden via een concurrerende markt. Het Europees mededingingsrecht heeft consumentenbescherming tot een van zijn hoofddoelen verheven: een vrije markt dient de consumenten en leidt tot verhoogde welvaart en tot een betere verdeling van de middelen. In een goed functionerende markt met volledige mededinging zijn geen toezichthouders nodig, privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zijn afdoende. De keuze voor bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen heeft dan ook tot doel marktimperfecties weg te nemen, althans tegen te gaan. In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de tekorten van het privaatrecht in bepaalde gevallen.

2.6.2 Beperkingen privaatrecht

Geen enkele geïndustrialiseerde samenleving is uitsluitend gebaseerd geweest op uit de wet voortvloeiende privaatrechtelijke uitgangspunten.[97] Deze stelling van Ogus laat weinig ruimte over voor de veronderstelling dat volledige mededinging op markten, zonder interventie, bestaat. De vraag dringt zich op waarom privaatrecht in bepaalde gevallen niet toereikend is.

Van Boom noemt in zijn Rotterdamse oratie een aantal voorbeelden van gevallen waarin privaatrecht ontoereikend is gebleken. Zo noemt hij de Sabine Colson-zaak als voorbeeld.[98] In deze zaak is een vrouwelijke sollicitante afgewezen puur op discriminatoire gronden. De verwijzende Duitse rechter geeft de vrouw gelijk, maar omdat er geen arbeidsovereenkomst tussen de sollicitan-

95 A.H. Scheltema en M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis* (preadvies), Deventer: Kluwer 2009, p. 46. Zie ook F. Weber & M. Faure, 'The Interplay Between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective, *ERPL* 2015/4, p. 525-549. Zie in het bijzonder par. 3.

96 F. Cafeggi, 'Introduction' in: F. Cafeggi en H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. xxiv.

97 Ogus 2004, p. 27.

98 HvJ EG 10 april 1984, ECLI:EU:C:1984:153, (*Sabine Colson & Elisabeth Kamann v. land Nordrhein-Westfalen*), [1984].

te en de werkgever bestond, was de vraag of de schade inderdaad uit louter haar reiskosten bestond. Het Hof bevestigt dit oordeel, aangezien de Europese wetgever de sancties aan de lidstaten heeft overgelaten. De betreffende richtlijn[99] eist niet dat een werkgever de gediscrimineerde sollicitante dient aan te stellen. Van Boom stelt dat dit een typisch geval is waarin de wet discriminatie verbiedt, maar waarin geen passende sanctie voorhanden is.[100]

Van Boom noemt naast dit voorbeeld nog drie gevallen waarin privaatrechtelijke handhaving niet effectief is. Ten eerste in een geval waarin het verlies zeer klein is voor een individuele contractant, de winst voor de wederpartij daarentegen zeer groot is omdat de wederpartij veel van dit type contracten heeft afgesloten. De individuele contractant zal dan geen procedure beginnen omdat zijn te behalen winst te klein is.[101] Een tweede geval betreft het schenden van de informatieplicht. Als zich een risico verwezenlijkt waarover een contractant geïnformeerd had moeten worden, is de vraag in hoeverre de contractant anders zou hebben beslist als hij de risico's wel zou hebben gekend. Het derde geval betreft het preventieve karakter van civiele handhavingsmiddelen. Een individuele contractant kan wellicht zijn schade verhalen, maar hiermee wordt nog niet zomaar bewerkstelligd dat door de wederpartij maatregelen worden genomen om herhaling bij andere contractanten in de toekomst te voorkomen.[102]

Uit deze gevallen blijkt dat privaatrecht voornamelijk een facilitaire functie heeft.[103] Het geeft regels waarmee individuen hun welvaart kunnen vormgeven in hun doen en laten met anderen.[104] Privaatrecht geeft met name regels over de wijze waarop partijen met elkaar contracten kunnen sluiten op verschillende markten. Handhaving van het privaatrecht is overgelaten aan het individu dat op eigen initiatief een procedure kan starten. Hierdoor werken privaatrechtelijke regels niet altijd preventief, leiden zij in de praktijk niet altijd tot herstel van schade, dienen zij niet altijd het algemeen belang en bewerkstelligen zij niet per definitie een goed werkende interne markt met volledige mededinging.[105]

---

99 Richtlijn 76/207/EEG van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *Pb* L 39/40.

100 W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, p. 17.

101 Zie bijv. ook H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 87.

102 Van Boom 2006, p. 19.

103 Zie ook Weber & Faure 2015, p. 528.

104 Ogus 2004, p. 2.

105 Ogus 2004, p. 2.

2.6.2.1 Gebrek aan preventief effect

Zoals onder andere de Sabine Colson-zaak illustreert, hebben privaatrechtelijke sancties over het algemeen weinig preventief effect. Dit ligt aan het ex post karakter van privaatrechtelijke sancties.[106] Het privaatrecht stelt centraal wat partijen zouden moeten doen of wat partijen hebben gedaan, wat daar niet goed, onacceptabel of onvolledig aan is. Privaatrecht biedt weinig handvatten om herhaling te voorkomen. Ook geldt dat, naarmate er meer tijd zit tussen de overtreding en de bestraffing van de overtreding, het preventieve karakter van de sanctie afneemt.[107] Dit is bijvoorbeeld het geval met asbestgevallen, waarvan de gevolgen pas decennia later bekend kunnen zijn. Ook kunnen privaatrechtelijke procedures vele maanden, zo niet jaren, in beslag nemen, hetgeen betekent dat het preventieve effect niet groot zal zijn.

Het gebrek aan ex ante effect van privaatrechtelijke sancties is ook duidelijk zichtbaar bij het gebruik van open normen in het privaatrecht, zoals redelijkheid en billijkheid.[108] Open normen laten ruimte voor interpretatie in verschillende gevallen en zijn daarom minder geschikt voor gedragssturing. Wanneer men het privaatrecht mede als instrument van gedragsbeïnvloeding ziet, doet men er goed aan om de gedragsregels en de daaraan verbonden sancties op voorhand zo duidelijk mogelijk te maken.[109] In de literatuur wordt bepleit om het compensatie-element van het aansprakelijkheidsrecht te omarmen.[110] Het privaatrecht is nu gericht op vergoeding van de schade en niet op handhaving. Het handhavingstekort van het privaatrecht zou door het opnemen van een compensatie-element worden weggenomen.[111] Aan de andere kant wordt ook gepleit voor een ex ante werking die het privaatrecht wel degelijk zou (moeten) hebben.[112] Het herstelkarakter van het aansprakelijkheidsrecht brengt automatisch een preventief effect met zich mee. Handhaving en herstel zijn geen tegenpolen; immers compenserende schadevergoeding dient tevens de rechtshandhaving.[113]

Hoewel enig preventief effect hiervan niet kan worden ontkend, is in het algemeen de preventieve werking van deze sancties beperkt. Het gebrek aan

106 Van Boom 2006, p. 18 e.v. Zie ook over de doelen van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmiddelen nader: Weber & Faure 2015, p. 528.
107 Van Boom 2006, p. 20.
108 Van Boom 2006, p. 20.
109 A.L.M. Keirse, 'De schade voorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2009, p. 100.
110 J. Kortmann, *The Tort Industry* (oratie Amsterdam VU), Amsterdam: Vossiuspers 2008, p. 23. Zie ook *ERPL* 2009/5, p. 789 e.v.
111 I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2009, p. 309.
112 Giesen 2009, p. 310.
113 Giesen 2009, p. 310.

preventief effect op de drie te onderzoeken terreinen komt in het bijzonder in de casestudies aan bod.[114]

2.6.2.2 Herstel niet altijd mogelijk

Sancties in het privaatrecht zijn, zoals hierboven opgemerkt, voornamelijk gericht op herstel. Er dient alsnog conform het geldende recht gehandeld te worden en voor zover dat niet meer mogelijk is, dient de geleden schade vergoed te worden. Herstel is echter, voornamelijk met betrekking tot de financiële markten, in een aantal gevallen niet mogelijk.[115] Zo is herstel niet mogelijk wanneer de wederpartij daartoe niet in staat is door bijvoorbeeld een faillissement. Een wederpartij is soms ook niet meer op te sporen. Eveneens werkt de herstelfunctie van het privaatrecht niet goed bij risico-overeenkomsten. Het betreft in het bijzonder overeenkomsten, met vaak een lange looptijd, waaraan een onzekere toekomstige uitkomst is verbonden. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld effectenleaseovereenkomsten. Zolang het risico zich niet verwezenlijkt, is er geen sprake van schade en kan of zal de contractant de schadelijke overeenkomst niet ongedaan (kunnen) maken.

Bij schending van een informatieplicht zal ook geen herstel plaatsvinden als de contractant met de beschikking over de benodigde informatie dezelfde keuze zou hebben gemaakt. Dit is inherent aan de op herstel gerichte sancties. Immers wanneer een contractant, met de benodigde informatie, alsnog was overgegaan tot het sluiten van de overeenkomst is herstel niet noodzakelijk. De schending van de informatieplicht blijft dan echter zonder gevolgen voor de overtreder.

Het herstelkarakter van de privaatrechtelijke handhaving is evenmin bruikbaar als sprake is van massaliteit van risicovolle producten. De massaliteit kan een maatschappelijk risico vormen, maar de overeenkomsten zullen louter individueel beoordeeld kunnen worden door de civiele rechter. Dit geldt bijvoorbeeld voor woekerpolissen, hypotheekconstructies en effectenleaseovereenkomsten. Een uitzondering hierop vormt de collectieve actie op grond van artikel 3:305a e.v. BW, maar de hoogte van de schade zal alsnog individueel beoordeeld dienen te worden, zodat deze actie daarvoor geen remedie biedt.

Voorts kan een gebrek aan voldoende bewijs in een procedure of het ontbreken van een causaal verband tussen de schade en de overtreding meebrengen dat een herstelvordering niet wordt toegewezen.[116]

---

114 Zie par. 3.2, 4.2 en 5.2.

115 Scheltema & Scheltema 2009, p. 47-52.

116 Zie nader Van Boom 2006, p. 21. Zie ook E.F.D. Engelhard, 'Handhaven van en door het privaatrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2009, p. 21 en Collins 1999, p. 89.

2.6.2.3 *Weinig oog voor publiek belang*

Zoals reeds opgemerkt ligt het initiatief van privaatrechtelijke handhaving bij de individuele contractanten. Deze individuele contractanten maken hun eigen afweging om al dan niet over te gaan tot het instellen van een actie.[117] Hier komt nog bij dat individuen soms niet eens op de hoogte zijn van hun rechten. Dit geldt zowel voor consumenten als voor ondernemers. Er is dan sprake van een informatiegebrek.[118] Daarnaast geldt dat er een afweging wordt gemaakt tussen de kosten en het eventueel te behalen voordeel in de privaatrechtelijke procedure.[119]

Een civiele uitspraak geldt vervolgens uitsluitend voor de rechtsverhouding tussen de procederende partijen.[120] Een uitspraak heeft dus geen rechtsgevolg voor eventuele gelijke gevallen. Op grond van artikel 3:305a tot en met d BW is het wel mogelijk om een collectieve actie in te stellen.[121] Belangenbehartigers kunnen hun klachten bundelen en in een procedure voor de rechter brengen.

Aangezien privaatrecht in essentie alleen oog heeft voor de belangen van individuen, worden overwegingen die het algemeen publiek belang raken, in beginsel niet meegenomen.[122] Hierbij kan gedacht worden aan het milieu, de volksgezondheid en algehele veiligheid van derden. Een ander groot publiek belang is de economische welvaart. Deze welvaart dient onder meer bereikt te worden door het creëren van één Europese interne markt. Het privaatrecht heeft niet tot doel de realisatie van deze interne markt.

2.6.2.4 *Geen stimulering interne markt*

Zoals reeds aangestipt in paragraaf 2.5, is de verwezenlijking van één Europese interne markt nauw verbonden met het publiek belang en consumentenbescherming. In een perfect werkende markt is aan regulering geen behoefte omdat de contractuele vrijheid in volle omvang aanwezig is.[123] Een perfecte markt bestaat echter niet en verwezenlijking van een Europese interne markt kent dan ook de nodige obstakels. Aan de voorwaarden voor een perfecte markt wordt namelijk niet voldaan. Deze voorwaarden zijn volledige mededinging, individualisme, volledige informatie, afwezigheid van externe factoren en

117 Scheltema & Scheltema 2009, p. 50.
118 Weber & Faure 2015, p. 537.
119 Weber & Faure 2015, p. 530.
120 Collins 1999, p. 70 en 90.
121 Zie par. 2.2.2.
122 Uit bijvoorbeeld artikel 3:12 BW volgt dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen de publieke belangen wel meegewogen kunnen worden. Zie ook Collins 1999, p. 75-76.
123 F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2006, p. xxiv.

volledige behoeftebevrediging. Geen enkele markt zal voldoen aan deze voorwaarden. Sommige markten kennen monopolies, er is niet altijd sprake van volledige mededinging, er zijn externe factoren, consumenten beschikken niet altijd over de benodigde informatie zodat zij geen optimale keuzes kunnen maken en partijen stellen hun eigen belang boven het algemene belang.[124] Dit marktfalen is niet te voorkomen met privaatrechtelijke handhaving. Ogus merkt op dat wanneer marktfalen wordt vergezeld van het falen van privaatrechtelijke handhaving, (bestuursrechtelijke) regulering in het algemeen belang noodzakelijk is.[125]

Een andere Europese dimensie die in gedachten moet worden gehouden, is de privatisering van voormalige overheidsmonopolies. Deze privatisering staat in nauw verband met de verwezenlijking van de interne markt. Deze voormalige nutsbedrijven hebben echter een sterke publieke functie, waardoor specifieke regelgeving noodzakelijk is. Gedacht kan worden aan de energiesector, het vervoer, de telecommunicatiesector en de bankensector. Micklitz ziet een sterke relatie tussen privatisering en de deregulering van publieke ondernemingen aan de ene kant en de toenemende invloed van het privaatrecht aan de andere kant.[126] Via het privaatrecht dient de mededinging gestimuleerd te worden. Deze link is ook terug te vinden in bijvoorbeeld Richtlijn 2002/21/EC (de Kaderrichtlijn voor de telecommunicatiemarkt):

> 'Het huidige regelgevingskader voor de telecommunicatie heeft het mogelijk gemaakt de voorwaarden te scheppen voor daadwerkelijke mededinging in de telecommunicatiesector tijdens de overgang van een monopolistische situatie naar volledige mededinging.'[127]

Het privaatrecht geeft regels omtrent het sluiten en afhandelen van overeenkomsten op de markt. Toezicht is daarbij noodzakelijk wanneer publieke belangen in het geding zijn als gevolg van het sluiten van overeenkomsten op de vrije markt.[128] Dit gedrag dient dan gestuurd te worden. Zo dient het toezicht consumenten en andere zwakkere partijen te beschermen tegen sociaal onwenselijke overeenkomsten. Dit is één van de redenen waarom de Europese Unie toezichthouders ingesteld wil hebben.

---

124 Zie ook W.H. Van Boom, S.D. Lindenberg & S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund; Doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2007, p. 9.

125 Ogus 2004, p. 30.

126 Micklitz 2004, p. 556.

127 Overweging 1 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *Pb.* L 108/33.

128 Scheltema & Scheltema 2009, p. 43.

2.6.3 Gronden voor toezicht

Hierboven zijn de beperkingen van het privaatrecht beschreven, althans situaties waarin private handhavingsmiddelen niet de beoogde doelen bereiken, zoals deze onder meer zijn gesteld door de Europese Unie. De oprichting van toezichthouders hangt nauw samen met deze beperkingen. Zoals Cafaggi opmerkt:

> '(…) regulation gains ground where ever private law proves impotent to steer markets, by ensuring adequate competitiveness or by pursuing wider distributive concerns.'[129]

Voor de Europese Commissie is het Witboek: de voltooiing van de interne markt[130] nog steeds de legitimatie voor de initiatieven op het vlak van marktregulering, waaronder het instellen van toezichthouders.[131] Per sector kan de reden van het toezicht verschillen. De Commissie stelt in dit kader richtlijnen op die in de nationale wetgeving geïmplementeerd dienen te worden. Deze richtlijnen worden vooral als regulerend bestuursrecht gezien omdat de lidstaten de geadresseerden zijn en de beoogde regelgeving los staat van het contractenrecht.[132] Toch, en dit is belangrijk voor het onderwerp van dit boek, is de gedachte dat de Europese richtlijnen het contractenrecht ongemoeid zouden laten de halve waarheid, aldus Micklitz. Hij stelt dat Europese richtlijnen en verordeningen, vooral in het consumentenrecht, de betekenis van aanbod en aanvaarding in het contractenrecht *downgraden*, onder meer door het leggen van allerlei informatieverplichtingen op de verkoper.[133] Deze geïmplementeerde regelgeving wordt vervolgens (mede) gehandhaafd door publiekrechtelijke toezichthouders.

Voor publiekrechtelijk toezicht kunnen economische en niet-economische gronden worden aangevoerd.[134]

---

129 Cafaggi & Watt 2009, p. xii.

130 COM (1985) 314 final, 23.7.1985.

131 H.W. Micklitz, 'Regulatory Strategies on Services Contracts in EC Law', in: F. Cafaggi & H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2009, p. 16.

132 Micklitz 2004, p. 560.

133 Micklitz 2004, p. 564.

134 Ogus 2004, p. 29 e.v. Zie ook C. Graham, *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford: Hart Publishing 2000, p. 27-33. Graham maakt eenzelfde onderscheid, maar noemt het primaire en subsidiaire doelen.

Economische gronden voor toezicht

Toezicht wordt noodzakelijk geacht om de mededinging op de markt te bevorderen.[135] Zo kunnen monopolies, naast fusies en overnames, ook door geografische of technische omstandigheden vanzelf ontstaan. Monopolies zijn op zichzelf niet verboden, maar misbruik van de machtspositie is dat wel. Misbruik van machtspositie kan een negatief effect hebben op de mededinging, bijvoorbeeld door het creëren van toegangsdrempels. Misbruik kan ook leiden tot sociaal onwenselijke uitkomsten. Hierbij kan gedacht worden aan consumenten die geen gebruik kunnen maken van de diensten van de monopolist omdat dit onrendabel is voor de monopolist of te duur voor de consumenten. Voorbeelden zijn het openbaar vervoer, post en telecomdiensten.

Als de zorg voor publieke goederen als infrastructuur of veiligheid alleen aan de markt wordt overgelaten, leidt dat tot problemen. Voor individuen is het als regel te kostbaar om dergelijke (publieke) voorzieningen te realiseren en in stand te houden. Verder zou het in strijd zijn met het publieke karakter van deze voorzieningen om niet-betalers van gebruik uit te sluiten. Vóór de recente liberalisatiegolf waren in Europa de natuurlijke monopolies zoals de energie- en transportsector in overheidshanden. De gedachte achter de overheidsbemoeienis was dat kwaliteit en een eerlijke prijs bereikt konden worden doordat een winstoogmerk ontbrak en de politiek rechtstreeks betrokken was.[136] Daarom zijn na de privatisering veel van dergelijke natuurlijke (overheids)monopolies sterk gereguleerd. Toezicht is immers nodig om te garanderen dat aan de redelijke vraag van individuen naar (essentiële) diensten kan worden voldaan, maar ook dat de aanbieders dit kunnen bekostigen.[137]

Regulering is ook nodig om externe omstandigheden te ondervangen. Met externe omstandigheden worden onder meer bedoeld kosten die een producent maakt, maar die niet bij de door hem in rekening gebrachte prijs zijn inbegrepen. Zo wordt bijvoorbeeld in een private relatie niet betaald voor gemeenschapskosten als vervuiling of afvalverwerking. Deze kosten worden wel gemaakt. Dit zal dus overkoepelend geregeld moeten worden. Vervuiling kan immers grote gevolgen hebben voor het ecosysteem, maar dergelijke vervuiling is niet altijd terug te voeren op de producent. Andere externe omstandigheden zijn weerscondities, ongevallen en andere denkbare gevallen waarover men geen controle heeft.

---

135 Zie ook Graham 2000, p. 28. Zie ook M. van Campen, 'Privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh & S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund. Doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2007, p. 38.

136 A.I. Ogus, 'Regulation of Services and the Public-Private Divide', in: F. Cafaggi & H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 5.

137 Graham 2000, p. 28.

Een andere economische grond voor toezicht is de efficiënte verdeling van producten.[138] Om een efficiënte verdeling te bewerkstelligen dienen consumenten en andere marktpartijen over volledige informatie te beschikken.[139] Partijen op de markt zijn echter niet allemaal op gelijke wijze geïnformeerd, maar maken wel op basis van de beschikbare informatie voor hen rationele keuzes.[140] Toezicht is nodig om eventuele ongelijkheid van partijen in informatievoorziening te herstellen.

De keuzes van consumenten dienen voorts gestroomlijnd te worden door het opstellen van algemene regels. Gedacht kan worden aan voorschriften met betrekking tot de inhoud van regels, gewichtseenheden of vormvoorschriften.[141]

Marktinterventie door toezichthouders kan ook noodzakelijk zijn in uitzonderlijke marktomstandigheden. Hierbij kan worden gedacht aan oorlogssituaties of macro-economische interventie. Voorkomen dient te worden dat bijvoorbeeld banken omvallen of prijzen torenhoog worden.

Niet-economische of sociale gronden voor toezicht

Naast deze economische gronden zijn er ook sociale gronden waarop toezicht noodzakelijk wordt geacht. Het streven naar welvaart kan worden geschaard onder de economische gronden, maar de visie op wat welvaart is, hangt af van de inrichting van de samenleving en politieke opvattingen. Zo hebben liberalen een andere visie op maximalisatie van welvaart dan socialisten. Met de politieke visie op welvaart hangt ook samen in hoeverre er van overheidswege dient te worden ingegrepen in het marktproces. Het ingrijpen in de vrijheid van een persoon door de overheid wordt gerechtvaardigd onder verwijzing naar welvaart, geluk, gezondheid, veiligheid of het belang van iemand zelf.[142] Een voorbeeld is de verplichting tot het betalen van pensioenpremie. De AFM houdt vervolgens weer toezicht op de pensioenuitvoerders om te zien of zij zich aan de wettelijke verplichtingen houden.

Ten slotte zijn gemeenschappelijke waarden een niet-economische grond voor bestuursrechtelijke interventie. Het milieu in zijn algemeenheid bijvoorbeeld, veiligheid en het opkomen voor kwetsbaren in de samenleving. Het zijn belangen die individuen niet per se voor zichzelf willen of kunnen behartigen, maar die de samenleving als geheel betreffen.

Consumentenbescherming is ook een belangrijke (sociale) reden voor toezicht. Het doel is om de consumentenwelvaart in de breedste zin van het

138 Ogus 2004, p. 38. Zie ook B. Tieben, 'Naar marktgerichte regulering van netwerksectoren', *TvT* 2015/1.4, p. 38.

139 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2004/05, 29827, nr. 3, p. 3.

140 Scheltema & Scheltema 2009, p. 50. Zie ook bijv. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken, overweging 14.

141 Ogus 2004, p. 42.

142 Ogus 2004, p. 50.

woord te bevorderen zowel op korte als op de lange termijn.[143] Graham schaart deze doelstelling onder de *secundairy duties* (vergelijkbaar met de term sociale gronden als gebruikt door Ogus).[144]

Deze doelstelling hangt echter wel nauw samen met de economische benadering. Een goede marktwerking met een gelijk speelveld voor alle marktpartijen en een sterke positie voor consumenten, zijn in Europa de uitgangspunten voor marktregulering.[145] Daarom kan niet worden volstaan met alleen het uitgangspunt dat partijen zelf verantwoordelijk zijn voor het naleven van de regels, maar is een sterke overheid vereist om een gelijkwaardige positie van zwakke partijen te beschermen en andere niet-economische doelen te realiseren.[146]

Afronding

De gronden voor het instellen van toezichthouders zijn zowel van economische als niet-economische aard. De taak van de toezichthouder is niet alleen om een juiste balans te vinden in de belangen van de marktspelers, maar ook in het omgaan met de nadelige uitkomsten van een competitieve markt afgewogen tegen sociaal gezien onwenselijke uitkomsten.[147] Het bevorderen van mededinging en het versterken van de positie van consumenten zijn de voornaamste redenen van het toezicht. In de volgende (sub)paragrafen besteed ik aandacht aan de redenen waarom specifiek op de drie te onderzoeken gebieden toezichthouders zijn ingesteld.

2.6.4 Telecommunicatiemarkt

In de meeste Europese landen was de telecommunicatiemarkt tot voor kort een door de staat gecontroleerde markt met een overheidsmonopolie. Het is een van de eerste sectoren die na de aanname van de Single European Act zijn geprivatiseerd.[148] Om de markt te liberaliseren hanteerde de Commissie een gemengde aanpak bestaande uit het eerst openbreken van de markt door een beroep op de mededingingsartikelen uit het EU-verdrag om vervolgens

143 Markttoezichthoudersberaad (2011) *Effectief markttoezicht. Inbreng van Markttoezichthoudersberaad voor de herziening van de Kaderstellende Visie op Toezicht (KVOT III)*, 5 september 2011, p. 6.

144 Graham 2000, p. 30.

145 *Kamerstukken II* 2003/04, 29454, nr. 3, p. 7. Zie ook C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: BJu 2012, p. 32; H.W. Micklitz e.a (red.), *Consumer Law*, Oxford Hart Publishing 2010, p. 3; Mededeling van de Commissie aan de Raad: Een nieuwe impuls voor het beleid inzake consumentenbescherming van 26 juni 1985, COM (85) 314, p. 8.

146 Ibid.

147 Graham 2000, p. 32.

148 Micklitz 2004, p. 559.

de markt te reguleren en om te vormen via secundaire EU-wetgeving.[149] In overweging 25 van Richtlijn 2002/21/EG beschrijft de Commissie dat er een noodzaak bestaat voor ex ante verplichtingen in bepaalde omstandigheden om de mededinging op de markt te (blijven) garanderen.

De verschillende richtlijnen met betrekking tot telecommunicatie worden gekenmerkt door een mix van publiekrechtelijke (mededinging) en privaatrechtelijke (contracten) instrumenten die de basis zijn voor de telecommunicatiemarkt. De diverse secundaire regelgeving ziet voornamelijk op contractuele relaties. Deze richtlijnen zijn weliswaar gericht tot de lidstaten, maar hebben een indirect effect op de contractuele relatie.

In Nederland is bij wet de OPTA opgericht om de richtlijnen en wetgeving te handhaven. In 2013 is de OPTA samengegaan met de consumentenautoriteit en de NMa en opgegaan in de ACM. De doelstellingen van de ACM, in relatie tot de telecommunicatiemarkt, zijn het bevorderen van de mededinging en het vergroten van het vertrouwen van de consumenten in de communicatiesector. De ACM onderzoekt prijsvaststellingen, de mogelijkheden voor nieuwe partijen om toe te treden tot de telecommunicatiemarkt en stagnatie van de telecommunicatiemarkt. De ACM heeft verschillende bevoegdheden om marktpartijen met aanmerkelijke marktmacht regels op te leggen en voorts monitort de ACM of marktpartijen in overeenstemming met de Telecommunicatiewet handelen in het belang van consumenten. In hoofdstuk 3 zal hier nader op worden ingegaan.

2.6.5 Consumentenbescherming

Een van de kerndoelstellingen van de Europese Unie is de bescherming van de zwakkere partijen, in het bijzonder consumenten. De rechtvaardiging hiervoor wordt gevonden in het idee dat consumenten, als zwakke partij, bescherming nodig hebben tegen professionele partijen omdat de onderhandelingspositie van consumenten zwakker is.[150] Als een open en evenwichtig *level playing field* ontbreekt, is de keuze van aanbieders beperkt. Daarnaast heeft de consument zelden invloed op de keuzes die aanbieders maken. De consument heeft slechts beperkte invloed op de contracten die hij zelf sluit. Ook geldt dat de consument niet altijd kan afzien van het sluiten van overeenkomsten, omdat consumeren onvermijdelijk is. Ook na de liberalisering van verschillende markten bestaat nog openlijke en verborgen marktmacht.[151] Dit resulteert in beperkte keuzemogelijkheden, te hoge prijzen en onvoldoende informatie omtrent producten. De keuzes van de consument worden ook beïnvloed en beperkt door marketing, advertenties en verschillende verkoop-

149 Richtlijn 2002/22/EG, zie overweging 1.
150 J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *AA* 2009/6, p. 380.
151 Rinkes 2009, p. 381.

technieken. Consumenten hebben daardoor vaak te weinig economische macht om de inhoud van de overeenkomsten naar eigen inzicht te bepalen. Het consumentenrecht is er dan ook op gericht om de belangen van de consumenten te beschermen en de balans tussen de 'machtige' aanbieder en de 'zwakke' consument te herstellen.[152] Dit is ook terug te vinden in overweging 2 van Verordening 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad.[153] In deze overweging is neergelegd dat de bestaande nationale handhavingsregelingen niet voldoende zijn ter bescherming van de belangen van de consument en daarom onvoldoende geschikt om de handhavingsproblemen op de interne markt op te lossen.[154]

In Nederland zijn er verschillende toezichthouders die opkomen voor de belangen van consumenten. Daarbij dient een onderscheid gemaakt te worden tussen generieke en marktspecifieke toezichthouders. Zo komt de AFM op de financiële markten en tot 2013 de OPTA op de telecommunicatiemarkt onder meer op voor de belangen van de consumenten op die specifieke markt. De Consumentenautoriteit, opgericht in 2007 en in 2013 opgegaan in de ACM, heeft een meer generieke functie. De handhaving ziet op verschillende markten en kent algemenere voorschriften. Zo ziet de handhaving van de ACM afdeling consumentenzaken voornamelijk op regelgeving die is gebaseerd op Verordening 2006/2004. Deze regelgeving zal worden besproken in paragraaf 4.3.2.

2.6.6 Financiële markten

Het ingrijpen in de financiële markten wordt gerechtvaardigd door de gedachte dat de handhaving van privaatrecht tekortschiet als het gaat om de bescherming van zwakkere partijen.[155] Dit is de reden waarom publiekrechtelijke instrumenten zoals bestuurlijke boetes en last onder dwangsom worden ingezet. In de Vierde nota van wijzigingen bij de Wft wordt opgemerkt dat de noodzaak van het inzetten van publiekrechtelijke handhavingsmiddelen afhangt van de vraag of civiel recht het gedrag van een financiële onderneming effectief en efficiënt regelt.[156]

Scheltema en Scheltema merken in relatie tot het goed functioneren van de financiële markten op dat gedragstoezicht het publieke belang dient. Dit

---

152 J.G.J. Rinkes, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector: een consumentenrechtelijke perspectief* (preadvies), Vereniging voor Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2010, p. 11.

153 Verordening (EG) Nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming ('verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming').

154 Verordening 2006/2004, overweging 2.

155 Cherednychenko 2011, p. 12.

156 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, Vierde nota van Wijzigingen, nr. 19, p. 317.

betekent niet per se de bescherming van individuele consumenten tegen elk mogelijk risico van de markt, maar het consequent creëren van zodanige omstandigheden dat de markt goed opereert en consumenten niet in een nadelige positie terecht komen. Hiervoor dienen lidstaten competente toezichthouders in te stellen. Deze toezichthouders zijn tevens het contactpunt voor de Europese toezichthouder ESMA.[157] ESMA is een onafhankelijke Europese toezichthouder die dient bij te dragen aan de stabiliteit van het financiële systeem in de Europese Unie door het vergroten van de integriteit, transparantie, effectiviteit en het optimaal werken van financiële markten. Ook geeft ESMA bindende adviezen bij grensoverschrijdende conflicten tussen toezichthouders.

In Nederland is de AFM samen met De Nederlandsche Bank verantwoordelijk voor het toezicht op de financiële markten. Voor de AFM houdt dit in dat de AFM toezicht houdt op het gehele spectrum van de financiële markten zoals de verzekeringsmarkt, leningen, investeringen, aandelen en opties.

2.7 KNELPUNTEN TOEZICHTHOUDERS

2.7.1 Inleiding

In deze paragraaf worden enkele potentiële knelpunten met betrekking tot toezichthouders beschreven. Aandacht zal worden besteed aan de onafhankelijkheid van toezichthouders, het legaliteitsbeginsel in relatie tot open normen, het aandachtsgebied van toezichthouders in relatie tot de financiële middelen en ten slotte de discretionaire bevoegdheid van toezichthouders.

2.7.2 (On)afhankelijkheid van politiek en marktpartijen

Onafhankelijkheid van toezichthouders is het sleutelwoord in relatie tot het garanderen en beschermen van de belangen van de consumenten op de vrije markt.[158] Onafhankelijkheid bevat, aldus Ottow, twee elementen, namelijk onafhankelijkheid van de marktpartijen en onafhankelijkheid van de politiek.[159]

---

157 Verordening (EU) nr. 1095/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/77/EG van de Commissie.

158 Markttoezichthoudersberaad (2011) *Effectief markttoezicht. Inbreng van Markttoezichthoudersberaad voor de herziening van de Kaderstellende Visie op Toezicht (KVOT III)*, 5 september 2011, p. 3.

159 A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 62-66. Zie ook A.T. Ottow, 'Onafhankelijkheid van toezichthouders', *TvT* 2010/3.7, p. 78-86.

Het eerste element van onafhankelijkheid is terug te vinden in de Europese richtlijnen en is door het Europese Hof van Justitie bevestigd in de jurisprudentie. Volgens het Europese Hof van Justitie kan de wettelijke basis voor onafhankelijkheid van toezichthouders worden gevonden in de directe toepasselijkheid van de mededingingsrechtelijke bepalingen uit het EU-Verdrag (nu artikel 4 VEU en artikelen. 101, 102 en 106 VWEU).[160] Het Hof overweegt met betrekking tot toezicht op de telecommunicatiemarkt dat onvervalste mededinging slechts kan worden gegarandeerd als voor gelijke kansen wordt gezorgd voor marktdeelnemers. De instandhouding van de mededinging en het waarborgen van doorzichtigheid dienen te worden bewerkstelligd door:

> '(…) een eenheid die onafhankelijk is van de openbare of particuliere bedrijven die concurrerende goederen of diensten op telecommunicatiegebied aanbieden.'[161]

Dat onafhankelijkheid essentieel is, wordt eveneens door de toezichthouders zelf onderstreept. In de 'Kaderstellende Visie op Toezicht' wordt opgemerkt dat het bij de uitoefening van hun taken van groot belang is dat er sprake is van onafhankelijkheid.[162] Toezichthouders staan in nauw contact met de onder toezicht staande ondernemingen en een goede relatie is noodzakelijk om informatie te vergaren over de markten en om adviezen te geven. Door dit contact kan de onafhankelijkheid van een toezichthouder worden beïnvloed. De positie van de toezichthouder brengt mee dat zijn onafhankelijkheid per definitie in een spanningsveld verkeert.

Onafhankelijkheid van de politiek is een vereiste van later datum. Onafhankelijkheid van de politiek ligt gevoelig omdat deze een directe inmenging van de Europese wetgever oplevert met het institutionele, democratische bestel van de lidstaten.[163] De Europese Commissie, een groot voorstander van absolute onafhankelijkheid van de politiek, heeft in meerdere richtlijnen het belang van (politieke) onafhankelijkheid onderstreept.[164]

Dat onafhankelijkheid van de politiek verlangd wordt, blijkt ook uit het arrest van het Europese Hof van Justitie in de zaak Commissie/Duitsland.[165] Het gaat in dit arrest om een toezichthouder die is ingesteld op grond van de privacyrichtlijn. In Duitsland valt deze toezichthouder onder overheidstoezicht. Het handelen van het bestuursorgaan kan worden gecontroleerd door

---

160 HvJ EU 19 maart 1991, C-202/88, ECLI:EU:C:1991:120 (*France v. Commission*) en HvJ EU 27 oktober 1993, C-69/91, ECLI:EU:C:1993:853 (*Decoster*).

161 HvJ EU 27 oktober 1993, C-69/91, ECLI:EU:C:1993:853 (*Decoster*), zie par. 19.

162 Markttoezichthoudersberaad (2011) *Effectief markttoezicht. Inbreng van Markttoezichthoudersberaad voor de herziening van de Kaderstellende Visie op Toezicht (KVOT III)*, 5 september 2011, p. 17.

163 A.T. Ottow & S.A.C.M. Lavrijssen, 'Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders', *TvT* 2011/3.3, p. 36.

164 Zie onder meer artikel 3, tweede lid, Richtlijn 2002/21/EG en artikel 35 van Richtlijn 2009/72/EG.

165 HvJ EU 9 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:125 (*Commissie/Duitsland*).

een hoger bestuursorgaan. Het Europese Hof van Justitie overweegt dat er geen directe of indirecte invloed mag zijn van overheidswege.[166] Dit is, aldus het Europese Hof van Justitie, niet in strijd met het democratische beginsel.

Ottow vraagt zich af welke consequenties deze uitspraak heeft voor Nederland.[167] Algemeen wordt aangenomen dat door de bevoegde minister wel algemene instructies gegeven mogen worden aan de toezichthouder, maar dat hij zich dient te onthouden van enige bemoeienis met individuele zaken. Ottow meent dat er door de formulering in bijvoorbeeld de telecommunicatie- en energierichtlijnen ten aanzien van onafhankelijkheid een verschil lijkt te bestaan met de onafhankelijkheid van de toezichthouder in de privacyrichtlijn.[168] De richtlijnen betreffende telecommunicatie en energie lijken (wel) ruimte te bieden voor beleidsregels. Het standpunt van Ottow lijkt bevestigd te worden door een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) waarin een beleidsregel van de minister aan de Energiekamer onrechtmatig wordt geacht omdat het geen algemene regels betrof. De beleidsregel, aldus het CBB, bevatte concrete parameters en tarieven.[169] Ministers mogen wel via beleidsregels sturen, mits deze op voldoende afstand blijven van het concrete beleid van de toezichthouders.[170] Een duidelijk criterium ter bepaling van de grens van de ministeriële bemoeienis ontbreekt vooralsnog.

Ook de toezichthouders zelf pleiten voor volledige onafhankelijkheid van de politiek.[171] Deze onafhankelijkheid is in het bijzonder relevant in gevallen waar de staat (groot)aandeelhouder is van een marktpartij die onder toezicht staat. Deze politieke betrokkenheid zou echter geen gevolgen mogen hebben voor de besluitvorming van de toezichthouder.

De onafhankelijkheid van toezichthouders blijft echter een fragiel punt en kan onder druk komen te staan wanneer marktpartijen, de wetgever of de politiek eigen belangen hebben.[172] Zo zijn boetes, opgelegd door toezichthouders, inkomsten voor de overheid. In het regeerakkoord van 2012 is opgetekend dat de ACM in 2014 75 miljoen euro aan boetes had moeten opleggen, oplopend tot 125 miljoen euro in 2017.[173] De ACM heeft deze 75 miljoen euro niet gehaald en de 125 miljoen euro in 2017 is van tafel, maar de politiek is van mening dat de boetes te laag zijn.[174]

---

166 HvJ EU 9 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:125 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 25.
167 Ottow 2010, p. 85.
168 Ottow 2010, p. 86.
169 CBb 29 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470 (*GTS v. NMa*). Zie ook Ottow & Lavrijssen 2011, p. 34.
170 Ottow 2010, p. 86.
171 Markttoezichthoudersberaad (2011) *Effectief markttoezicht. Inbreng van Markttoezichthoudersberaad voor de herziening van de Kaderstellende Visie op Toezicht (KVOT III)*, 5 september 2011, p. 17.
172 Ottow & Lavrijssen 2011, p. 34-50.
173 NRC zaterdag 11 april 2015, '*Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek*'.
174 Ibid.

Onafhankelijkheid gaat hand in hand met transparantie. Deze transparantie wordt gerealiseerd door het periodiek rapporteren van de resultaten, het informeren van de politiek en de markt over de wijze waarop het toezicht wordt uitgevoerd en het creëren van mogelijkheden voor evaluatie.[175]

Dat onafhankelijkheid van de markt en de politiek voor toezichthouders een spanningsveld is, zal met name in hoofdstuk 4 en 5 verder aan de orde komen.[176]

2.7.3 Het legaliteitsbeginsel en open normen

Het legaliteitsbeginsel in het bestuursrecht houdt in dat voor elk publiekrechtelijk ingrijpen een wettelijke basis is vereist. De achterliggende gedachte is het waarborgen van de rechtszekerheid. Zo bepaalt artikel 4:23 lid 1 Awb voor subsidies dat een bestuursorgaan slechts subsidie verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. Het standaardarrest op dit gebied is het Fluorideringsarrest van de Hoge Raad.[177] In dit arrest gaat het om het toevoegen van fluoride aan het drinkwater zonder dat hiervoor een wettelijke basis bestaat. De achterliggende gedachte is dat een bestuursorgaan niet buiten zijn door de wetgever verleende bevoegdheden mag treden. Deze grenzen dienen te worden gerespecteerd.

Het legaliteitsbeginsel houdt verder in dat handhaving door bestuursorganen en daarmee door toezichthouders voorzienbaar dient te zijn. Wanneer dit overheidshandelen op vage normen gebaseerd is, kan de rechtszekerheid in gevaar komen. Vage normen laten veel vrijheid aan de overheid waardoor de basis voor de bescherming van de burger tegen overheidshandelen zwak wordt. De voorspelbaarheid van het overheidshandelen wordt dan immers uitgehold.[178] Open of vage normen kunnen, om aan het legaliteitsbeginsel tegemoet te komen, worden ingevuld door beleidsregels. Beleidsregels zijn bij besluit vastgestelde algemene regels die de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan weergeven (artikel 1:3 lid 4 Awb).

Een strikte interpretatie van het legaliteitsbeginsel leidt, met betrekking tot handhaving door toezichthouders, tot nauw omschreven wettelijke normen.[179] Het nadeel van deze strikte omschrijving is echter dat afbreuk wordt gedaan aan het karakter van de open normen; de norm wordt immers zijn

175 Markttoezichthoudersberaad (2011), *Effectief markttoezicht. Inbreng van Markttoezichthoudersberaad voor de herziening van de Kaderstellende Visie op Toezicht (KVOT III)*, 5 september 2011, p. 17.
176 Zie onder meer par. 4.5.3.3, nr. 1 en 4.5.2.6, nr. 2, 5.6.3.8, nr. 4 en 5.6.3.8, nr. 5.
177 HR 22 juni 1973 *AB* 1973/187.
178 Ottow 2006, p. 20.
179 Ottow 2006, p. 20.

flexibiliteit ontnomen. Van de wetgever in het algemeen kan evenmin worden verwacht dat hij op alle toekomstige ontwikkelingen kan inspelen. Ottow pleit dan ook voor een niet te strikte interpretatie van het legaliteitsbeginsel.[180] Danopoulos zoekt de oplossing bij de wetgever en is van mening dat de wetgever zelf een duidelijk toetsingskader dient te schetsen. Het kan daarbij voorkomen dat de wetgever aangeeft dat aan het bestuursorgaan een ruime bevoegdheid is toegekend.[181] De (bestuurs)rechter controleert uiteindelijk het bestuursorgaan, waarmee de wettelijke waarborgen zijn gegarandeerd.

Met betrekking tot punitieve sancties zijn de artikelen 5.4 Awb en 7 EVRM relevant. In deze artikelen is het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel neergelegd. Een toezichthouder dient, voordat hij overgaat tot beboeting, er zeker van te zijn dat de norm voor de justitiabele voldoende bepaalbaar is.[182] De rechtszekerheid vraagt van de wetgever dat delicten zo nauwkeurig mogelijk omschreven worden.[183] Met betrekking tot open normen kan dit problemen opleveren, aangezien open normen niet (altijd) eenduidig zijn. Open normen beogen namelijk om flexibel te zijn, zodat zij op meerdere situaties van toepassing zijn. Beleidsregels opgesteld door toezichthouders kunnen richting geven aan marktpartijen over de wijze waarop de toezichthouders de (open) normen interpreteren. Toch blijft hier discussie over. Zo pleit Pavillon voor meer *guidance*[184] en Van Tuyll betoogt dat een beroep op het bepaalbaarheidsverbod vaker zou moeten slagen bij boeteoplegging zonder tussenkomst van de rechter.[185] Anderzijds geven Dijkhuizen en Caria de voorkeur aan minder *guidelines* (voor de AFM) bij de invulling van de open normen.[186] In de casestudies van de AFM en de ACM zal hier nader aandacht aan worden besteed.[187]

2.7.4 Prioritering door toezichthouders

In paragraaf 2.7.2 is beschreven dat toezichthouders onafhankelijk dienen te zijn en hun eigen beleid moeten voeren. Handhaving kost geld en aangezien

180 Ottow 2006, p. 20.
181 A. Danopoulos, *Geschilbeslechting door de OPTA. Een voorbeeld voor geschilbeslechting in het bestuursrecht?* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 176.
182 EHRM 27 september 1995 (*G v. France*), *NJ* 1996/49. Zie ook HR 31 oktober 2000, *NJ* 2000/14, r.o. 3.4.
183 HR 31 oktober 2000, *NJ* 2000/14, r.o. 3.4.
184 C.M.D.S. Pavillon, 'Legaliteit en evenredigheid van de sancties op de schending van de open normen uit de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2013/2, p. 72.
185 C.F.J. van Tuyll, 'Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod', *O&O* 2012/977, afl. 2, p. 37.
186 T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria, 'De invulling van financieel open normen in een meerlagige rechtsorde', in: C.G. Breedveld-De Voogd e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, BWKJ 28, Deventer: Kluwer 2013, p. 109-121.
187 Zie par. 4.5.3.1 en 5.5.

de middelen van de toezichthouders niet onbeperkt zijn zal een toezichthouder prioriteiten dienen te stellen.

Zo heeft de AFM voor 2015 een zogenaamde 'doelenboom' opgesteld.[188] Hierin wordt een negental aandachtsgebieden en projecten genoemd. Effectiviteit van kredietwaarschuwingen en de invloed van informatieuitingen op beleggingsbeslissingen zijn twee van de negen punten.

De ACM kiest ervoor om het toezicht in de belangrijkste zaken uit te oefenen op grond van drie criteria: de kwestie moet de consument kunnen schaden, handhaving moet haalbaar zijn en handhaving moet relevant voor de maatschappij zijn.[189] Andere zaken worden 'weggeprioriteerd'. Voor 2014 en 2015 heeft de ACM een werkplan opgesteld.[190] Consumenten in de zorg, overstapdrempels in de energie en de zorg en investeringsbereidheid in de telecomnetwerken zijn drie voorbeelden uit het werkplan van de ACM 2014-2015. De aandachtsthema's bij de ACM zijn tot stand gekomen naar aanleiding van klachten op Consuwijzer,[191] een website waar consumenten klachten kunnen indienen, gesprekken met bedrijven en consumentenorganisaties en signalen uit de media.[192]

Als gevolg van onder meer beperkte financiële middelen strekt de rechtsbescherming zich niet uit over het gehele werkgebied van de toezichthouders.

2.7.5 Discretionaire bevoegdheid toezichthouders

Toezichthouders zijn bestuursorganen en bestuursorganen kunnen taken opgelegd krijgen die weinig of geen ruimte laten voor interpretatie, maar ook taken die wel ruimte laten om naar eigen inzicht in te vullen. Dit laatste is de zogenaamde discretionaire bevoegdheid van bestuursorganen.

De discretionaire bevoegdheid vormt een verschil met de handhaving door de civiele rechter. Een civiele rechter gaat immers niet op eigen initiatief over tot handhaving maar beoordeelt de aan hem voorgelegde feiten en stellingen. Bij deze beoordeling geeft de civiele rechter ook invulling aan open normen, maar wel binnen de kaders door partijen gepresenteerde stellingen en feiten.

Twee termen, 'beoordelingsvrijheid' en 'beleidsvrijheid', spelen een rol bij de discretionaire bevoegdheid van een bestuursorgaan.

Beoordelingsvrijheid houdt in dat aan het bestuursorgaan is overgelaten om zelfstandig te beoordelen of de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening van zijn recht of bevoegdheden in concreto zijn vervuld. Hierdoor kan rechts-

188 http://www.afm.nl/nl-nl/over-afm/aandachtsgebieden.
189 NRC 11 april 2015, 'Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek'.
190 https://www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visie-strategie/acm-agenda-2014-2015/acm-agenda-2014-15/.
191 Consuwijzer.nl
192 https://www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visie-strategie/acm-agenda-2014-2015/acm-agenda-2014-15/.

onzekerheid ontstaan, omdat niet altijd duidelijk zal zijn wanneer een bestuursorgaan van oordeel is of is voldaan aan deze voorwaarden.

Beleidsvrijheid houdt in dat het een bestuursorgaan vrijstaat om van gebruik van een recht of bevoegdheid af te zien.[193] Dit betekent echter niet dat een bestuursorgaan zomaar mag bepalen wat het wel of niet wil. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur staan hieraan in de weg, zoals het verbod van willekeur (*détournement de pouvoir*), het motiveringsbeginsel en de redelijke afweging van belangen.[194]

Beleidsvrijheid kan ook inhouden dat door het bestuursorgaan vage normen worden ingevuld. Deze invulling kan geschieden op basis van beleidsregels die door het bestuursorgaan zelf worden opgesteld. Het bestuursorgaan beoordeelt vervolgens deze beleidsregels weer in het kader van bijvoorbeeld een overtreding. Zo kan de vrees bestaan dat de beleidsregels tot de enige norm worden verheven bij de invulling van de open of vage norm.[195] Toezichthouders beoordelen en interpreteren hun eigen beleidsregels. De toezichthouder heeft hierbij een zekere beoordelingsvrijheid. Deze beoordelingsvrijheid kan rechtsonzekerheid met zich meebrengen omdat niet altijd duidelijk zal zijn wanneer een open of vage norm is overtreden. In de casestudies zal deze problematiek nader aan de orde komen.[196]

2.8 Conclusie

Privaatrecht en publiekrecht kennen verschillende doelstellingen. De doelstelling van privaatrecht is de verhouding tussen burgers onderling te regelen. Het bestuursrecht regelt de verhouding tussen burgers en de overheid. Het bestuursrecht beoogt het publieke belang te behartigen, terwijl het privaatrecht de individuele belangen centraal stelt.

De grens tussen publiek- en privaatrecht is niet eenvoudig te trekken.[197] Zeker met de toenemende sturende Europese regelgeving is de verwevenheid van privaat- en publiekrecht groter geworden.

Het privaatrecht en het publiekrecht kennen hun eigen handhavingsmiddelen.[198] De privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zijn, behoudens de gebod- en verbodsacties, meestal herstelsancties en bedoeld om de toestand te herstel-

193 Zie voor definities: W. Duk, 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid', *RM Themis* 1988/4, p. 157.
194 Zie artt. 3:2-3:4 Awb.
195 Zie onder andere Dijkhuizen & Caria 2013, p. 118-119 en E.P. Roelofsen, 'Overkreditering na de aangepaste Gedragscode: much ado about nothing', *FR* 2011/7-8, p. 200. Zie meer algemeen in dit kader ook J. Black, 'Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation', *CMLJ* 2008, p. 446.
196 Zie bijv. par. 4.5.3.2, 5.6.3.9 en 5.6.4.
197 Zie par. 2.4.
198 Zie par. 2.2.2 en 2.3.3.

len zoals deze was voor de overtreding. Dit kan onder meer resulteren in schadevergoeding. Het bestuursrecht kent naast herstelsancties ook punitieve of bestraffende sancties. Punitieve sancties hebben tot doel de overtreder (financieel) nadeel toe te brengen. Ook hebben punitieve sancties tot doel afschrikwekkend te werken. Bestuursrechtelijke herstelsancties hebben daardoor eveneens een preventieve werking. Onder de definitie van bestuursrechtelijke herstelsancties valt ook het voorkomen van herhaling van de overtreding. Hierbij kan gedacht worden aan de last onder dwangsom, die daarmee ook een preventieve functie vervult.

Privaatrechtelijke sancties kennen (echter) hun beperkingen. Zo zullen veelal de privaatrechtelijke sancties tekortschieten met betrekking tot het preventieve effect, is herstel van de oorspronkelijke situatie niet altijd mogelijk en wordt niet beoogd het publieke belang te dienen met privaatrechtelijke handhaving.[199] Bestuursrechtelijke sancties worden, in relatie tot het onderwerp van dit boek, dan ook als een aanvulling gezien op privaatrechtelijke sancties.

Het toegenomen belang van toezichthouders is een gevolg van de Europese eenwording.[200] De doelstellingen van de Europese Unie verschillen van de bestuursrechtelijke doelstellingen op nationaal niveau. Een interne markt, consumentenbescherming en eerlijke mededinging zijn doelstellingen van het Europese (mededingings)recht. Privatisering van voormalige overheidsbedrijven dient de mededinging op de verschillende markten te bevorderen. Op de vrije interne markt voldoen de privaatrechtelijke handhavingsmiddelen echter niet om de beoogde doelstellingen te verwezenlijken. Om de mededinging te bevorderen, de vrije interne markt te stimuleren en consumenten te beschermen worden aanvullende bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen ingezet. Toezichthouders zijn ingesteld om deze beoogde doelstellingen te realiseren.[201]

Op het functioneren van toezichthouders bestaat wel kritiek.[202] Vooral de onafhankelijkheid van de toezichthouders ten opzichte van marktpartijen en van de politiek is een kwetsbaar punt.[203] Dit geldt in het bijzonder in relatie tot overheidsondernemingen. Een nadeel van handhaving door toezichthouders is ook dat dit de overheid geld kost. Als gevolg van een beperkt budget dienen toezichthouders prioriteiten te stellen.[204] Dit heeft tot gevolg dat toezichthouders keuzes dienen te maken welke overtredingen wel of niet worden aangepakt. Een ander kritiekpunt is dat het legaliteitsbeginsel en handhaving van open normen met elkaar op gespannen voet staan.[205] Open normen zijn vaag en het is niet altijd duidelijk hoe gehandhaafd zal worden.

199 Zie par. 2.6.
200 Zie par. 2.5.
201 Zie par. 2.6.3.
202 Zie par. 2.7.
203 Zie par. 2.7.2.
204 Zie par. 2.7.4.
205 Zie par. 2.7.3.

Dit kan tot gevolg hebben dat een marktpartij niet altijd weet wanneer hij in overtreding is. De discretionaire bevoegdheid van bestuursorganen kan aanleiding geven tot rechtsonzekerheid omdat een bestuursorgaan daardoor de vrijheid heeft om zelfstandig te beoordelen of de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening van zijn recht of bevoegdheden in concreto zijn vervuld (beoordelingsvrijheid).[206] Om rechtsonzekerheid weg te nemen heeft het bestuursorgaan de bevoegdheid om open en vage normen door middel van beleidsregels in te vullen (beleidsvrijheid). Deze beleidsregels worden vervolgens wel weer door het bestuursorgaan zelf beoordeeld.[207]

In de volgende drie hoofdstukken wordt aan de hand van besluiten van toezichthouders de in paragraaf 1.5 geformuleerde vraagstelling onderzocht en vanuit privaatrechtelijk oogpunt nader geproblematiseerd.

206 Zie par. 2.7.5.
207 Zie voor voorbeelden van deze problematiek onder andere par. 4.5.3.2 en 5.6.3.9.

3 ACM als handhaver van privaatrecht in het telecommunicatierecht

3.1 INLEIDING

Communiceren is zo oud als de mens is. 'Communiceren' betekent 'contact hebben, gemeenschap, verbinding, verkeer'.[1] Het Griekse woord 'tèle' betekent 'ver'. Communiceren op afstand bestaat al sinds eeuwen in verschillende vormen. Men kan denken aan rooksignalen van indianen, het gebruik van postduiven of het inschakelen van bodes. Een bekend verhaal is de geschiedenis van Pheidippides die van Marathon naar Athene rende om een belangrijke boodschap over te brengen, de overwinning van de Grieken op de Perzen na de slag bij Marathon rond 490 voor Christus.[2] Na aankomst en het uitspreken van zijn boodschap *Nenikekamen* zou hij ter plekke zijn overleden. Hoeveel er waar is van het verhaal en of Pheidippides inderdaad degene was die deze boodschap bracht staat niet vast. Het tekent wel het feit dat mensen al eeuwen over lange afstanden wensen te communiceren en ook communiceren.

Na de uitvinding van de telegraaf en de telefoon zijn in de negentiende en in het begin van de twintigste eeuw infrastructurele netwerken aangelegd die sterk hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van nijverheid, industrie en handel. Vanaf 1852 was er reeds sprake van een Telegraafwet. Omdat de Hoge Raad in 1902 en 1903[3] besliste dat de telefoon niet onder deze wet viel, is deze wet in 1904 vervangen door de Telegraaf- en Telefoonwet.[4] In 1989 werd de wet opgevolgd door de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (WTv).[5] Vervolgens heeft in de jaren negentig de telecommunicatie, met de opkomst van internet en de mobiele telefoon, een nieuwe onstuimige ontwikkeling en groei doorgemaakt.

De telecommunicatiemarkten in de landen van de Europese Unie werden al die tijd gedomineerd door (natuurlijke) monopolies. Slechts één onderneming was verantwoordelijk voor het in stand houden en het verzorgen van een netwerk in een bepaalde lidstaat. Deze onderneming was ook bevoegd diensten

1 Van Dale Woordenboek, www.vandale.nl.
2 http://www.ancientgreekbattles.net/Pages/People/Pheidippides.htm.
3 HR 24 december 1902 W. 7849 en HR 1 mei 1903 W. 7919.
4 Telegraaf- en Telefoonwet van 11 januari 1904, *Stb*. 1904, 7.
5 Wet op de Telecommunicatievoorzieningen van 25 september 1988, *Stb*. 1989, 520.

te verlenen via dit netwerk.[6] Onder de WTv had de Koninklijke PTT Nederland N.V. een exclusieve licentie voor de aanleg, instandhouding en exploitatie van de telecommunicatie-infrastructuur (artikel 13 i WTv). PTT Telecom B.V. voerde als dochter van Koninklijke PTT Nederland N.V. deze telecommunicatiediensten uit. De rechtvaardiging voor een dergelijk monopolie was de idee dat telecommunicatie een publieke dienst is die voor een ieder onder redelijke voorwaarden toegankelijk diende te zijn. Om een hoge kwaliteit te waarborgen diende daarom één onderneming verantwoordelijk te zijn voor de verzorging van de telecommunicatie.[7] Een netwerk is veel waardevoller als er meer afnemers zijn aangesloten op het netwerk (het netwerkeffect dat het *any to any-beginsel* wordt genoemd) en tevens nemen de kosten af als dit netwerk slechts eenmaal hoeft te worden aangelegd.

Mede onder Europese invloed is in 1998 de Telecommunicatiewet[8] geïntroduceerd en vervolgens is de wet in 2004, ook onder Europese invloed, sterk gewijzigd.[9] Met de introductie van de Telecommunicatiewet in 1998 is ook de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) als toezichthouder voor de telecommunicatiemarkt ingesteld door middel van de Wet OPTA.[10] Overigens is de Telecommunicatiewet (Tw) in 2012 wederom gewijzigd in verband met cookies en netneutraliteit[11] en de Roamingverordening.[12] Per 1 april 2013 is OPTA, samen met de NMa en de Consumentenautoriteit, opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM).[13]

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van jurisprudentie onderzocht hoe de ACM privaatrechtelijk geaarde regels toepast, in het bijzonder met betrekking tot het contractenrecht (paragraaf 3.5). Om tot beantwoording van de normatie-

6 P. Nihoul & P. Rodford, *EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, New York: Oxford University Press 2011, p. 4.

7 J.A. Tempelman, 'Dutch Telecommunications. A Period of Transition', *Telecommunications Policy*, 1997, Vol. 21, no 8, p. 733.

8 Wet van 19 oktober 1998, *Stb*. 1998, no. 610.

9 Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Stb*. 2004, 189.

10 Wet van 5 juli 1997 houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt (Wet OPTA), *Stb*. 1997, 320, gewijzigd *Stb*. 2007, 274.

11 Wet van 10 mei 2012 tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen, *Stb*. 2012, 235

12 Verordening (EU) nr. 531/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie, *Pb EU* 2012, L 172. Deze richtlijn is gewijzigd met Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en –diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie, *PbEU* L 310.

13 Waar het besluiten van voor 1 april 2013 betreft zal worden verwezen naar OPTA. Waar het de autoriteit in het algemeen betreft, zal worden verwezen naar ACM.

ve hoofd- en deelvragen te komen wordt naast deze beschrijving ook het verschil in uitleg en toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders en de civiele rechter geduid, wordt de wijze waarop de verschillende handhavingsmethoden zich tot elkaar verhouden beoordeeld en worden suggesties gedaan om, waar mogelijk, eventuele fricties te verminderen. Eerst wordt echter de achtergrond van het toezicht op de telecommunicatiemarkt geschetst. Voor een goed begrip van dit hoofdstuk is het nodig om de specifieke kenmerken van de telecommunicatiemarkt uiteen te zetten. Vervolgens dienen de Europese invloeden te worden belicht. Daarna wordt een introductie op de Tw gegeven waarbij aandacht wordt geschonken aan de relevante Europese richtlijnen (paragraaf 3.3). De ACM als toezichthouder en zijn bijzondere functie als geschilbeslechter op grond van de Tw zal eveneens worden besproken (paragraaf 3.4). In de casestudy komt de interpretatie door ACM van privaatrechtelijk geaarde regels aan bod (paragraaf 3.5). Een belangrijk aspect van de geschilbeslechting door ACM, de prijsbepaling, zal worden behandeld in de daarop volgende paragraaf (paragraaf 3.6). Na een geschilbesluit dient een partij zijn recht nog te krijgen. Onderzocht zal worden welke wegen daartoe bewandeld dienen te worden (paragraaf 3.7). Ten slotte staat de vraag centraal wat de gevolgen zijn als de ACM een (nog te sluiten) overeenkomst in strijd acht met de Tw (paragraaf 3.8).

Concluderend zal een antwoord gegeven worden op de vraag in hoeverre de huidige wettelijke kaders zich lenen voor handhaving van privaatrecht door de ACM en wat hierbij opvalt uit privaatrechtelijk oogpunt (paragraaf 3.9).

3.2 ACHTERGROND TOEZICHT OP DE TELECOMMUNICATIEMARKT

3.2.1 Kenmerken telecommunicatiemarkt

De telecommunicatiemarkt is een netwerkmarkt en onderscheidt zich van andere markten door een aantal specifieke kenmerken. Deze kenmerken zijn de volgende: historisch een monopolistische oorsprong, hoge verzonken kosten, snelle technologische ontwikkelingen, gelaagde structuur (infrastructuur en diensten), noodzaak van toegang en koppeling van netwerken, gecombineerd gebruik door dienstaanbieders, gekoppelde netwerkbeheerders en gebruikers en schaalvoordelen.[14]

Aangezien sprake is van hoge verzonken kosten, waarbij te denken valt aan kosten van telefoonkabels en antenne-opstelpunten, is het niet lonend om een netwerk of bepaalde delen van een netwerk opnieuw aan te leggen.

14 Zie E.J. Dommering, 'Een nieuw maatpak voor netwerkmarkten. Institutionele vormgeving van netwerken', *Informatie & Informatiebeleid* (I&I) 2002/4, p. 24-33 ook te vinden op www.ivir.nl/publicaties/download/1310 En A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 47-48.

Eveneens is over het algemeen sprake van een monopolie op het aansluitnetwerk,[15] waardoor deze monopolist anderen zal dienen toe te laten tot het netwerk. Nieuwkomers op de markt zijn dan ook in hoge mate afhankelijk van de *incumbent* (de voormalige monopolist). Zonder de medewerking van de *incumbent* kunnen nieuwkomers vaak geen diensten aanbieden. Dit doet zich met name voor bij de zogenaamde interconnectie (koppeling van netwerken) en de toegang tot onderdelen van het netwerk.[16] Voorts wordt telecommunicatie gezien als een universele dienst, hetgeen inhoudt dat bepaalde basisvoorzieningen, waaronder telecommunicatie, voor iedere burger tegen redelijke tarieven beschikbaar dienen te zijn.[17]

Gezien de bovenstaande kenmerken van de telecommunicatiemarkt kan men zich afvragen of er gesproken kan worden van een 'gewone markt'.[18] Met een 'gewone markt' zou dan bedoeld worden een markt waarop aanbieders en vragers elkaar in vrijheid ontmoeten zodat vrije prijsvorming ontstaat. De markt die uitgaat van de vrijheid van de op die markt optredende personen (veelal rechtspersonen) om economisch te handelen, te ondernemen, te kopen, te verkopen, te investeren, te desinvesteren en zelfs om failliet te gaan, onverminderd ieders verantwoordelijkheid voor de wet.[19] Omdat er over het algemeen vanuit wordt gegaan dat geen sprake is van een 'gewone markt' zou een bepaald toezicht nodig zijn om marktdeelnemers zoveel mogelijk in vrijheid te kunnen laten onderhandelen. Over de vraag hoe dat toezicht vormgegeven dient te worden lopen de meningen uiteen.

Zo wordt aan de ene kant gesteld dat de gedragingen van de *incumbent* erop gericht zullen zijn om het liberaliserings- en harmoniseringsproces te vertragen, althans het de nieuwkomers niet gemakkelijk te maken om zich te vestigen op de telecommunicatiemarkt.[20] De markt is dan wel als ordeningsprincipe gekozen maar door de specifieke kenmerken van deze markt kunnen nieuwkomers niet in vrijheid onderhandelen omdat zij afhankelijk zijn van de *incumbent*.[21] Een toezichthouder dient dan ook nieuwkomers de mogelijkheid te bieden om zich eveneens te begeven op deze markt.

Aan de andere kant kan men de vraag stellen of deze argumentatie voldoende rechtvaardiging biedt voor het ingrijpen in de contractvrijheid van partijen.[22] Het toezicht waar het over gaat heeft tot doel de markten goed te laten functioneren en de marktdeelnemers in staat te stellen zoveel mogelijk

15 Dommering 2002, p. 24-33.
16 A.T. Ottow, 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie', in: B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, *Toezicht op markten*, Den Haag: BJu, 2003, p. 145.
17 *Kamerstukken II* 1996/97, 25533, nr. 3, p. 6 en 7, tevens artikel 9.1 Tw.
18 Ottow 2006, p. 48.
19 H.J. de Ru, 'Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden.' Ccommentaar op de preadviezen voor de VAR 2003 over: Toezicht op markten, in *M&M* 2003/5, p. 178.
20 Ottow 2003, p. 145.
21 Ottow 2006, p. 48, zie voetnoot 103.
22 De Ru 2003, p. 178.

in vrijheid te handelen.[23] De markt is als ordeningsprincipe gekozen en dus zal een aanbieder die te hoge prijzen vraagt, worden afgestraft door nieuwkomers.[24] Als de concurrentie niet meer in de kinderschoenen staat, dient het ingrijpen van toezichthouders slechts te zien op de markt en niet op het gedrag van marktpartijen en de naleving van de in regels opgenomen verplichtingen die de overheid aan marktdeelnemers heeft opgelegd.[25]

Vanuit een privaatrechtelijk oogpunt staat de contractvrijheid voorop en zal elke inbreuk hierop uitzondering moeten zijn. Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt valt toezicht in de vorm van het ondersteunen van (nieuwe) marktpartijen wellicht meer te rechtvaardigen. Het valt naar mijn mening niet te ontkennen dat, in geval men van een monopolie naar een meer gewone markt wenst te gaan, dit gezien de kenmerken van de telecommunicatiemarkt niet vanzelf zal gaan. De gedachte achter de regulering is dat de concurrentie zich dusdanig zal ontwikkelen dat de markt voor elektronische communicatie uiteindelijk volledig kan worden geregeld door het mededingingsrecht.[26] Kortom, van veel (corrigerend) toezicht naar een vrije markt. Of dit doel haalbaar is gezien de specifieke kenmerken van een netwerkmarkt, valt te betwijfelen.[27] Het blijft namelijk gezien de Nederlandse rechtspraak, zoals in de casestudy zal blijken, moeilijk voor nieuwe toetreders om toegang te verkrijgen tot bepaalde netwerkaansluitpunten van gereguleerde marktpartijen.[28]

3.2.2 Europese invloeden

De telecommunicatiemarkt is, zoals beschreven in de paragraaf 3.1, van oorsprong een monopolistische markt. Op initiatief van de Europese Commissie diende de markt voor telecommunicatie, vanwege de ontwikkeling van de interne markt, meer competitief te worden. De Commissie presenteerde in dit kader in 1987 een zogenaamd Green Paper. In dit Green Paper met als

23 De Ru 2003, p. 178.
24 De Ru 2003, p. 178 en 179.
25 De Ru 2003, p. 179.
26 Zie overweging 5 van Richtlijn 2009/140/EG, O.J. 2009, L. 337/11.
27 Beantwoording van de vraag of een netwerkmarkt, gezien zijn specifieke kenmerken, wel geschikt is voor liberalisatie en volledige marktwerking of dat er altijd bepaald toezicht en ondersteuning van (nieuwe) marktpartijen nodig zal zijn die beperkingen van de contractvrijheid rechtvaardigen, voert voor dit boek te ver. Zie bijv. A. Jones & B. Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 52-54; D. Gabathuler & E. Martinez Rivero, 'Communications', in: J. Faull & A. Nikpay (red.), *The EU Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 1660-1663 en 1668 e.v.; G. Bellantuono, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Energy and Telecommunications Sectors', *ERPL* 2015/4, p. 649-688.
28 CBb 23 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522 en CBb 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1. Zie ook S.J.H. Gijrath, 'Telecommunicatierecht in het digitale tijdperk 3.0: interoperabilitieit, innovatie, internationalisering & een imploderende soufflé' (oratie Leiden),17 maart 2014, p. 6.

titel '*Towards a dynamic European economy*'[29] legde de Europese Commissie veel nadruk op de liberalisering van de telecommunicatiemarkt:

> 'Generally the network must be opened, under fair competitive conditions, to service providers from the Member States. This is a pre-condition for implementation of the Internal Market for the community's future service economy.'[30]

Dit Green Paper kan worden gezien als de basis voor het huidige Europese beleid in de telecommunicatiesector.[31] Het Green Paper beoogde een gemeenschappelijke telecommunicatiemarkt te creëren door middel van harmonisatie van de regelgeving en liberalisatie van de nationale markten. Het doel is als volgt geformuleerd:

> 'to develop the conditions for the market to provide European users with a greater variety of telecommunications services, of better quality and at lower cost, affording Europe the full internal and external benefits of a strong telecommunications sector'.[32]

Via drie lijnen diende de telecommunicatiemarkt te worden opengebroken: via liberalisering, harmonisering en via het algemene mededingingsrecht. Liberalisering houdt in dat de bijzondere en exclusieve rechten van monopolisten in de telecommunicatiesector worden afgeschaft om vervolgens volledige mededinging te realiseren.[33] Onder harmonisering wordt verstaan het creëren van een gemeenschappelijk juridisch kader in de telecommunicatiesector voor de verschillende lidstaten, of te wel het creëren van een *level playing field*.[34] Een *level playing field* is een situatie op de markt waarbij de concurrentie op de markt tot ontwikkeling kan komen door de reeds op de markt aanwezige partijen, die hun positie hebben opgebouwd op basis van bijzondere en exclusieve rechten, de plicht op te leggen om andere partijen toegang tot en gebruik van die voorzieningen en diensten aan te bieden ten aanzien waarvan zij over een positie van aanmerkelijke marktmacht beschikken.[35]

---

29 European Commission, '*Towards a Dynamic European Economy*', Green Paper On The development of The Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6.1987).

30 European Commission, summery report concerning '*Towards a Dynamic European Economy*', Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6. 1987), p. 17.

31 A. Danopoulos, *Geschilbeslechting door de OPTA. Een voorbeeld voor geschilbeslechting in het bestuursrecht?* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 34.

32 European Commission, summery report concerning '*Towards a Dynamic European Economy*', Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6. 1987), p. 3.

33 Danopoulos 2009, p. 37.

34 Danopoulos 2009, p. 39.

35 *Kamerstukken II* 1996/97, 25533, nr. 3, p. 11.

De redenen voor het hervormen van de telecommunicatiemarkt zijn onder meer gelegen in economische, sociale en culturele ontwikkelingen.[36] Economisch gezien neemt de telecommunicatiesector een belangrijke plaats in de Europese economie in, daarnaast betekent goede communicatie een betere toegankelijkheid tot marktpartijen en geeft een effectieve informatiestroom een impuls aan het productieproces. Ook heeft telecommunicatie een grote invloed op de levensstijl van mensen. Daarnaast wilde Europa concurreren met de Japanse en Amerikaanse markt.[37] Kortom, telecommunicatie wordt van groot belang geacht en de gevolgen van de ontwikkelingen van de telecommunicatie raken een ieder privé of zakelijk.

Ondanks verzet van de lidstaten zette de Europese Commissie toch door met de introductie van verschillende richtlijnen ter bevordering van de liberalisering, harmonisering en regulering van de markten. De voornaamste Europese richtlijnen zijn de volgende liberalisatierichtlijnen: de Randapparatuurrichtlijn[38] en de Dienstenrichtlijn.[39] Daarnaast zijn er de volgende harmonisatierichtlijnen: de ONP-kaderrichtlijn,[40] de ONP-huurlijnenrichtlijn,[41] de Vergunningenrichtlijn,[42] de Interconnectierichtlijn,[43] de Telecommunicatie Privacy-

36 European Commission, presentation of the Green Paper, '*Towards a Dynamic European Economy*', Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6. 1987), p. 2.

37 European Commission, presentation of the Green Paper, '*Towards a Dynamic European Economy*', Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services and Equipment, Brussels, COM (87) 290 (30.6. 1987), p. 2.

38 Richtlijn 88/301/EEG van de Commissie van 16 mei 1988 betreffende de mededinging op de markten van telecommmunicatie-eindapparatuur, (Randapparatuurrichtlijn) (*PbEG* 1988, L 131/73). Deze richtlijn is later nog gewijzigd door Richtlijn 94/46/EG van de Commissie van 13 oktober 1994 tot wijziging van Richtlijn 88/301/EEG en Richtlijn 90/388/EEG, met name met betrekking tot satellietcommunicatie (*PbEG* 1994, L 268/15).

39 Richtlijn 90/388/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor de telecommunicatiediensten, (*PbEG* 1990, L 192/10), deze richtlijn is later gewijzigd door Richtlijn 95/51/EG van de Commissie van 18 oktober 1995 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie inzake de opheffing van de beperkingen op het gebruik van kabeltelevisienetten voor het verrichten van reeds geliberaliseerde telecommunicatiediensten, (Kabeltelevisierichtlijn) (*PbEG* 1995, L 256/49), door Richtlijn 96/2/EEG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie (*PbEG* 1996, L 20/59) en door Richtlijn 96/19/EG van de Raad van 22 maart 1996 betreffende de wijziging van Richtlijn 90/388/EEG betreffende de mededinging op de markten voor de telecommunicatiediensten, (*PbEG* 1996, L 74/13).

40 Richtlijn 1990/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) (*PbEG* 1990, L 192/1).

41 Richtlijn 92/44/EG van de Raad van 5 juni 1992 betreffende de toepassing van Open Network Provision (OPN) op huurlijnen, (*PbEG* 1992, L 165).

42 Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten, (*PbEG* 1997, L 117/15).

richtlijn,[44] de ONP-spraakrichtlijn[45] en de Richtlijn Nummerportabiliteit.[46] Ten slotte is er nog de Verordening Ontbundelde Toegang.[47] Als juridische basis voor deze richtlijnen diende het huidige artikel 106 leden 1 en 2 VWEU (artikel 86 EG-verdrag oud). Deze richtlijnen zien voornamelijk op het openen, op last van de Commissie, van de netwerken die werden beheerst door monopolisten. Het belangrijkste doel was hierbij de interconnectie van netwerken tussen de verschillende lidstaten.[48]

Het bovenstaande pakket is in 1999 geëvalueerd en heeft geleid tot het zogenaamde Nieuw Regelgevend Kader.[49] De basis van dit Nieuw Regelgevend Kader wordt gevormd door de Kaderrichtlijn,[50] de Toegangsrichtlijn,[51] de Machtigingsrichtlijn,[52] de Universele Dienstenrichtlijn,[53] de Richtlijn Privacy en Elektronische Communicatie[54] en Richtlijn Mededingingsrecht.[55]

---

43 Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP), (PbEG 1997, L199/32).

44 Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, (*PbEG* 1997, L 024/1).

45 Richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzak de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat, (*PbEG* 1998, L101/24).

46 Richtlijn 98/61/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1998 tot wijziging van Richtlijn 97/33/EG wat betreft nummerportabiliteit tussen exploitanten en carriervoorkeuze, (*PbEG*, 1998, L 268/37).

47 Verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, (*PbEG* 2000, L 336/4).

48 Nihoul & Rodford 2011, p. 8.

49 http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/l24216_nl.htm.

50 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn, (*PbEG* 2002, L 108/33).

51 Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische- communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), (*PbEG* 2002, L 108/7).

52 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), (*PbEG* 2002, L 108/21).

53 Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universele dienstrichtlijn), *PbEG* 2002, L 108/51).

54 Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (*PbEG* 2002, L 201/37).

55 Richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten elektronische-communicatienetwerken en -diensten, (PbEG 2002, L 249).

Belangrijke reden voor dit nieuwe pakket aan richtlijnen waren de snelle technische ontwikkelingen op de telecommunicatiemarkt.[56] Hieraan moest de regelgeving worden aangepast. De convergentie van de televisie-, telecommunicatie- en informatiesector brengt een ingrijpende verandering met zich mee.[57] Het Nieuw Regelgevend Kader is dan ook niet alleen meer van toepassing op uitsluitend telecommunicatie, maar eveneens op (draadloze) radio- en televisieomroepnetwerken en op kabeltelevisie. Dit geldt zowel voor telecommunicatiediensten als voor transmissiediensten op netten die voor omroep worden gebruikt. Kortom, de wetgeving is van toepassing op de gehele elektronische communicatie-infrastructuur. Ook wenste de Europese regelgever de coördinatie tussen de harmonisatie en liberalisatierichtlijnen te bevorderen. Het pakket richtlijnen uit 1998 zag voornamelijk op het openbreken van de telecommunicatiemarkt door zogenoemde ex ante verplichtingen op te leggen aan de voormalige monopolisten. In 2002, toen het tweede pakket werd geïntroduceerd, lag de nadruk meer op het in stand houden van de concurrentie en op het eventueel noodzakelijk corrigerende optreden.[58] Er wordt ook meer aangesloten bij het gewone mededingingsrecht.[59] Deze richtlijnen uit 2002 zijn nog steeds van kracht.

Inmiddels zijn alweer nieuwe richtlijnen geïntroduceerd die een aantal van bovenstaande richtlijnen aanpassen. De Toegangsrichtlijn, de Kaderrichtlijn en de Machtigingsrichtlijn zijn gewijzigd door de zogenaamde Richtlijn Betere Regelgeving.[60] De Universele Dienstenrichtlijn, de Richtlijn privacy en Elektronische Communicatie alsmede Verordening 2006/2004 zijn aangepast door de Richtlijn Burgerrechten.[61] Deze twee richtlijnen zien op wijzigingen die betrekking hebben op het frequentiebeleid, de door toezichthouders te nemen maatregelen, privacy en internetveiligheid, teleconsumentenbescherming en de samenwerking tussen toezichthouders.[62] Verder is Verordening 1211/

56 Nihoul & Rodford 2011, p. 9.
57 Nihoul & Rodford 2011, p. 9.
58 Ottow 2006, p. 49. Zie ook P.C. Knol e.a., *Inleiding Telecommunicatierecht*, Leiden: eLaw Leiden 2011, p. 18.
59 Knol e.a. 2011, p. 18.
60 Richtlijn 2009/140/EG van het Europese Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetmerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatie-netwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2009, L 337/37).
61 Deze twee Richtlijnen zijn gewijzigd door Richtlijn 2009/136/EG tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruiksrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegeven en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (*PbEG* 2009, L 337/11).
62 Knol e.a. 2011, p. 6.

2009[63] aangenomen die een nieuw samenwerkingsorgaan van nationaal regelgevende instanties introduceert, het zogenaamde BEREC. Ook is er een verordening betreffende *roaming* aangenomen.[64] Verdergaande maatregelen betreffende *roaming*, netneutraliteit en bescherming van eindgebruikers zijn in middels in een verordening vastgelegd. De Commissie heeft in 2013 een voorstel aangenomen voor een Verordening Connectief Continent.[65] De verordening is uiteindelijk in afgezwakte vorm aangenomen.[66] Belemmeringen voor het leveren van elektronische communicatienetwerken en -diensten binnen de Unie dienen te worden geslecht.

De telecommunicatiemarkt is een markt waarop de ontwikkelingen elkaar zeer snel opvolgen. Zo snel dat wetgeving en toezicht achter de feiten aan kunnen lopen. Deze ontwikkelingen liggen dan ook mede ten grondslag aan de introductie van het Nieuw Regelgevend Kader en derhalve ook aan de wijzigingen van de (hierna te bespreken) Tw in 2004.[67] Verder is er steeds meer sprake van convergentie van de verschillende sectoren te weten telecommunicatie, omroep en informatietechnologie. Vroeger waren de onderliggende netwerken geschikt voor één soort dienst, maar deze worden steeds meer geschikt voor verschillende soorten diensten.[68] Vanwege deze toenemende convergentie is in het Nieuw Regelgevend Kader het begrip 'elektronisch(e) communicatienetwerk' opgenomen. Dit begrip heeft een bredere reikwijdte dan het begrip 'telecommunicatienetwerk'.[69]

---

63 Verordening nr. 1211/2009 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 november 2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie en het Bureau (*PbEG* 2009, L 337/1).

64 Verordening nr. 531/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2012 betreffende roaming op openbare mobile communicatienetwerken binnen de Unie (*PbEU* 2012, L 172/10). Deze Verordening is gewijzigd met Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende de open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie, *PbEU* L 310.

65 Voorstel tot een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van maatregelen inzake de Europese interne markt voor elektronische communicatie om een connectief continent tot stand te brengen alsmede tot wijziging van Richtlijnen 2002/20/EG, 2002/21/EG en 2002/22/EG en Verordening nr. 1211/2009 en (EU) nr. 531/2012, Com (2013) 627 (final), (Verordening), *PbEU* 2013/0309 (COD), 11.09.2013).

66 Op 25 november 2015 is de Verordening 2015/2120 tot vaststelling van maatregelen betreffende open internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en Verordening (EU) nr 531/2012 betreffende roaming op openbare mobilecommunicatienetwerken binnen de Unie (PbEU 2015, L 310) vastgesteld. Deze verordening is van toepassing met ingang van 30 april 2016.

67 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 4.

68 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 4.

69 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 7.

3.2.3 Conclusie

Concluderend kan worden opgemerkt dat markten waarop aanzienlijke en niet-tijdelijke toetredingsbelemmeringen aanwezig zijn, die dynamische aspecten hebben en waarop het algemene mededingingsrecht niet toereikend is, gereguleerd dienen te worden. Vanuit Europa is de regulering ingegeven door het bevorderen van de interne markt. Om dit doel te bereiken is er toezicht en regelgeving nodig. Het doel van de sectorspecifieke ex ante regelgeving is overigens wel dat, naarmate de concurrentie in de markt zich ontwikkelt, elektronische communicatie uiteindelijk volledig wordt geregeld door het mededingingsrecht (zie onder meer overweging 5 van Richtlijn 2009/140/EG).[70] Dat is het streven, maar zolang volledige mededinging niet is bereikt is regulering noodzakelijk om een dergelijke markt te realiseren.

3.3 Relevante regelgeving

3.3.1 Europese regelgeving

In 1999 is de Europese Commissie er toe over gegaan om het Europese regelgevingskader voor de telecommunicatiesector te hervormen. De Kaderrichtlijn is van algemene strekking en de Toegangsrichtlijn, de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie, de Universele dienstrichtlijn en de Machtigingsrichtlijn zijn meer specifiek. In 2009 zijn enkele aanpassingen doorgevoerd. Hieronder zullen de richtlijnen kort worden besproken.

3.3.1.1 Kaderrichtlijn

De Kaderrichtlijn[71] vormt de basis van het Nieuw Regelgevend Kader. In artikel 1 van de Kaderrichtlijn worden de doelstellingen weergegeven. Het doel is de regelgeving te harmoniseren voor de elektronische-communicatiediensten, netwerken en bijbehorende faciliteiten. Een elektronische-communicatienetwerk,[72] de technische voorzieningen, dient te worden onderscheiden

70 O.J. 2009, L 337/11.

71 O.J. 2002, L 108/33.

72 Definitie in artikel 2 sub a van de richtlijn: 'de transmissiesystemen en in voorkomend geval de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen, waaronder netwerkelementen die niet actief zijn, die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen waaronder satellietnetwerken, vaste (circuit- en pakketgeschakelde, met inbegrip van internet) en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetten voor zover voor overdracht van signalen worden gebruikt, netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken, ongeacht de aard van de overgebrachte informatie;'. Deze definitie is met inbegrip van de wijziging als doorgevoerd na Richtlijn 2009/140/EG.

van een elektronische netwerkdienst,[73] het eigenlijke verzorgen van de communicatie. Eveneens legt de richtlijn de taken vast van de Nationaal Regelgevende Instanties (NRI's).[74] In Nederland is de ACM de aangewezen NRI.

Om de verwezenlijking van het doel van de richtlijn, harmonisatie van de regelgeving, te realiseren dienen NRI's te worden opgericht in de verschillende lidstaten. Een NRI wordt gedefinieerd als één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in de Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd (artikel 2 sub g). In hoofdstuk 2 van de richtlijn worden de regels omtrent de instelling van de NRI's weergegeven. De lidstaten dienen de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie te waarborgen (artikel 3 lid 2 en 3). De taken en doelstellingen van de NRI staan in hoofdstuk 3 van de richtlijn. De doelstelling van de NRI's is drieledig (artikel 8): het bevorderen van de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten (lid 2); het bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt (lid 3); en het bevorderen van de belangen van de burgers van de Europese Unie (lid 4).

Het bevorderen van de concurrentie vindt plaats doordat NRI's ervoor zorgen dat de gebruikers maximaal kunnen profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit. Ook zien zij er op toe dat er geen verstoringen of beperkingen zijn van de concurrentie, dat efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur worden aangemoedigd, evenals innovatie en de bevordering van efficiënt gebruik. Daarnaast wordt er toegezien op efficiënt gebruik van de radiofrequenties en de nummervoorraad.

De interne markt dient te worden bevorderd door middel van het opheffen van resterende belemmeringen voor het aanbieden van elektronische-communicatiewerken op Europees niveau, het aanmoedigen van het opzetten en ontwikkelen van trans-Europese netwerken en de bevordering van interoperabiliteit van pan-Europese diensten en voorts eind-tot-eind connectiviteit. Verder zorgen NRI's ervoor dat er sprake is van non-concurrentie in de behandeling van ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken en -diensten aanbieden en werken zij met elkaar en met de commissie op transparante wijze samen om zo goede regelgeving te ontwikkelen.

---

73 Definitie in artikel 2 sub c van de richtlijn: 'een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. Hij omvat niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van Richtlijn 98/34/EG, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken'.

74 In het Engels NRA's National Regulatory Autorities. De Nederlandse vertaling is ongelukkig aangezien de NRI's niet regelgevend zijn. Zie onder meer Ottow 2006, p. 62 en haar verwijzingen.

De NRI's dienen de consumentenbelangen te bevorderen door te bewerkstelligen dat alle burgers toegang hebben tot een universele dienst, dat de consument een hoog niveau van bescherming heeft bij transacties met leveranciers, dat de verstrekking van duidelijke informatie wordt bevorderd met name ten aanzien van tarieven, dat de integriteit en veiligheid van openbare communicatienetwerken wordt gewaarborgd en door de bescherming van persoonsgegevens.

Een belangrijke taak van de NRI's, mede om voornoemde doelstellingen te bewerkstellingen, is geschilbeslechting. De juridische basis hiervan is te vinden in hoofdstuk 4 van de Kaderrichtlijn, meer specifiek in artikel 20. Artikel 21 handelt ten slotte over grensoverschrijdende geschilbeslechting. Als er sprake is van een grensoverschrijdend geschil dienen de NRI's van de desbetreffende lidstaten, om een oplossing te vinden, hun werkzaamheden te coördineren ex artikel 21 lid 2 van de Kaderrichtlijn.

In hoofdstuk 4 van de Kaderrichtlijn worden voorts nog enkele algemene bepalingen gegeven. Een belangrijke bepaling is de definitie van 'aanmerkelijke marktmacht'. Artikel 14 lid 2 bepaalt dat een onderneming wordt geacht

> 'een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, alleen of samen met een andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie, dit wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.'

Eveneens is de procedure bepaald voor het definiëren van de markt (artikel 15). Er wordt in dit kader aangesloten bij het 'gewone' mededingingsrecht.

3.3.1.2 Specifieke richtlijnen

Naast de Kaderrichtlijn zijn er enkele specifieke richtlijnen van belang voor de telecommarkt. De Machtigingsrichtlijn gaat over voorwaarden voor de toegang tot de markt. De Toegangsrichtlijn handelt over de toegang tot en de interconnectie met elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten. Investeringen in netwerken op de telecommunicatiemarkt zijn veelal groot van omvang. Het realiseren en onderhouden van netwerken is kostbaar en niet elke onderneming zal dit kunnen bewerkstelligen.[75] Als gevolg hiervan dienen faciliteiten en andere noodzakelijke diensten te worden gedeeld in het belang van de mededinging en economische efficiëntie.[76] In de Toegangsrichtlijn wordt bepaald dat exploitanten van openbare communicatienetwerken, als daarom verzocht wordt door daartoe gemachtigde ondernemingen, verplicht zijn om te onderhandelen over interconnectie met als doel algemeen beschikbare elektronische communicatiediensten aan te bieden om zo de

75 Nihoul & Rodford 2011, p. 16.
76 Nihoul & Rodford 2011, p. 16.

interoperabiliteit te waarborgen in de Europese Unie (artikel 4 lid 1 Toegangsrichtlijn).

De Universele Dienstenrichtlijn reguleert de relatie tussen eindgebruikers en ondernemers. Het was noodzakelijk om deze relaties te reguleren door de fundamentele veranderingen die hebben plaatsgevonden in de sector. Elektronische communicatie werd in de meeste lidstaten met name verzorgd vanwege door de staat gecontroleerde monopolies. Hierdoor hadden gebruikers weinig individuele rechten omdat de diensten uitsluitend in het belang van de gehele samenleving werden geleverd.[77] De Kaderrichtlijn, de Toegangsrichtlijn, de Machtigingsrichtlijn en de Universele Dienstenrichtlijn scheppen samen een kader voor de relatie tussen de verschillende actoren op de telecommunicatiemarkt.[78] Een belangrijk aspect is de bescherming van de eindgebruikers. Deze is geregeld in de Universele Dienstenrichtlijn. Speciale aandacht is er voor de privacy en in het bijzonder voor de bescherming van persoonlijke datagegevens. De bescherming hiervan is neergelegd in de Richtlijn privacy en elektronische communicatie. In 2009 zijn met Richtlijn 2009/140/EG[79] de Kaderrichtlijn, de Toegangsrichtlijn en de Machtigingsrichtlijn gewijzigd. Deze wijzigingen zien met name op de netneutraliteit. Het doel hiervan is het handhaven van het open en neutrale karakter van het internet. Met Richtlijn 2009/136/EG, de zogenaamde Burgerrechtenrichtlijn,[80] zijn de Universele Dienstenrichtlijn, de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie en Verordening 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming gewijzigd. Belangrijke wijzigingen zijn de bescherming van de privacy en de voorafgaande toestemming inzake cookies.

3.3.2 Telecommunicatiewet

3.3.2.1 Inleiding

De Telecommunicatiewet (Tw) dateert van 19 mei 2004[81] en is, zoals hierboven besproken, gebaseerd op een pakket aan Europese richtlijnen. In de huidige Tw zijn nog grotendeels de hoofdonderdelen terug te vinden van de oude Tw van 1998. Deze hoofdonderdelen zijn: de toetreding tot de markt, de regels voor marktgedrag, maatschappelijke belangen en overige onderwerpen.[82]

77 Nihoul & Rodford 2011, p. 16.
78 Nihoul & Rodford 2011, p. 17.
79 O.J. 2009, L 337/37.
80 O.J. 2009, L 337/11.
81 Inwerkingstredingsdatum: 19 mei 2004, *Stb*. 2004, 189.
82 *Kamerstukken II* 1996/97, 25533, nr. 3, p. 5. Zie ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 4 e.v.

In de volgende subparagrafen zal nader op deze hoofdonderdelen worden ingegaan.

3.3.2.2 Markttoegang

De Tw heeft als uitgangspunt dat het aanbieden van elektronische communicatienetwerken en diensten zo laagdrempelig mogelijk moet zijn om de ontwikkeling van nieuwe elektronische communicatiediensten mogelijk te maken. Daarnaast heeft de wet tot doel het bevorderen van pan-Europese communicatienetwerken om consumenten te laten profiteren van de schaalvoordelen van de interne markt.[83] Overheidsingrijpen vooraf dient dan ook zo beperkt mogelijk te zijn. Ten aanzien van de schaarse middelen als frequenties en nummers is voorafgaande toestemming nodig. Dit is geregeld in hoofdstuk 3 van de Tw. Eveneens worden in dit hoofdstuk houders van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte bestemd voor openbare telecommunicatienetwerken of -diensten verplicht te voldoen aan redelijke verzoeken tot medegebruik van antenne-opstelpunten. In hoofdstuk 2 van de Tw is vastgelegd dat aanbieders van diensten en netwerken daarvan mededeling moeten doen, gevolgd door een registratie, aan de ACM. Onder markttoegang worden ook verstaan de graafrechten en gedoogplichten in verband met het aanleggen van kabels (hoofdstuk 5 van de Tw).

Markttoegang hangt ook samen met het thema interoperabiliteit en interconnectie, hetgeen is geregeld in hoofdstuk 6 van de Tw. Interoperabiliteit leidt ertoe dat eindgebruikers kunnen communiceren met eindgebruikers van andere dienstenaanbieders. Hier staat tegenover het belang van de dienstenaanbieder. Dienstenaanbieders zijn erbij gebaat om zelf te bepalen welke functionaliteit de dienst heeft, welke zij wensen aan te bieden en welke prijs hiervoor gevraagd kan worden.[84] Er zullen aanbieders zijn die de interoperabiliteit van hun diensten willen beperken en aanbieders die juist wel een grotere operabiliteit wensen. Deze twee wensen staan tegenover elkaar. Partijen die een grotere interoperabiliteit willen aanbieden zijn daarvoor afhankelijk van andere partijen. In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat op het beginsel van onderhandelingsvrijheid een uitzondering kan worden gemaakt als het algemeen belang dat eist.[85] In dat geval moet van bepaalde aanbieders kunnen worden verlangd dat zij voor interoperabiliteit zorg dragen, ook als zij daar zelf niet voor willen kiezen.[86] Dit is dan ook de reden dat gekozen is voor een systeem waarbij bij algemene maatregel van bestuur openbare diensten kunnen worden aangewezen met een beginselplicht tot interoperabiliteit. Volgens de Minister houdt interoperabiliteit niet in dat A op verzoek van

83 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 15.
84 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 35.
85 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 37.
86 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 37.

B zijn netwerk beschikbaar stelt, zodat B zijn diensten ook kan aanbieden aan de klanten van A. B handelt namelijk in dat geval niet in het belang van de eigen gebruikers, maar primair om de exploitatie van zijn dienst uit te breiden. Als dit het geval is, is er geen sprake van interoperabiliteit maar een andere vorm van toegang.[87] In paragraaf 3.5.2 zal nader worden ingegaan op de onderhandelingsplicht en de toegang tot netwerken om interoperabiliteit mogelijk te maken.

3.3.2.3 Aanmerkelijke marktmacht

Om op alle markten van de elektronische communicatiesector daadwerkelijke concurrentie te bewerkstelligen en te bevorderen, kunnen op grond van hoofdstuk 6a Tw verplichtingen worden opgelegd aan marktpartijen met aanmerkelijk marktmacht. Voordat hiervan sprake kan zijn, dient een aantal stappen te zijn doorlopen: het bepalen van de relevante markten waarop asymmetrische ex ante verplichtingen gerechtvaardigd kunnen zijn, het onderzoeken van deze markten om vast te stellen of hierop aanbieders actief zijn die beschikken over aanmerkelijke marktmacht en, zo ja, welke verplichtingen, gelet op de omstandigheden op de desbetreffende markt, voor deze aanbieders passend zijn.[88]

In hoofdstuk 6a Tw is omschreven hoe de relevante markt bepaald dient te worden. Hiervoor wordt aangesloten bij het algemene mededingingsrecht. Van belang is of producten met elkaar te vergelijken zijn om te bepalen of ze met elkaar concurreren en dus of de ondernemingen die deze producten of diensten aanbieden met elkaar concurreren. Zo kunnen bijvoorbeeld vaste en mobiele telefonie met elkaar concurreren als blijkt dat deze diensten uitwisselbaar zijn. Als de relevante markt is afgebakend kan het marktaandeel van een aanbieder worden bepaald. Daarbij wordt met meer factoren rekening gehouden dan alleen het marktaandeel.[89] Bepalend is in hoeverre een marktpartij zich onafhankelijk kan gedragen, bijvoorbeeld door het verhogen van zijn prijzen zonder daar negatieve gevolgen van te ondervinden. Het marktaandeel speelt hierbij wel een grote rol. Vaak zal bij een marktaandeel van meer dan 40% ervan worden uitgegaan dat er sprake kan zijn van een machtspositie en bij meer dan 50% dat er sprake is van een aanmerkelijke machtspositie.[90] Het hebben van een aanmerkelijke machtspositie is op zichzelf genomen niet ongeoorloofd, het kan alleen leiden tot het gebruiken van deze positie om het marktaandeel nog meer te vergroten. Daarnaast betekent dit dat de markt niet concurrerend genoeg is.

Als dit is geconstateerd, kunnen maatregelen worden opgelegd. Volgens artikel 6a.2 lid 1 Tw dienen deze maatregelen en/of verplichtingen passend

87 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 7, p. 33.
88 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 18.
89 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 20.
90 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 20.

te zijn. Een maatregel is passend als deze is gebaseerd op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 (concurrentiebevordering, interne markt en consumentenbelangen) proportioneel en gerechtvaardigd is (artikel 6a.2 lid 3 Tw). In tegenstelling tot het mededingingsrecht gaat het hier om ex ante verplichtingen.[91] Er is echter wel een verschil met markten die nog in een beginfase zitten. Marktpartijen die nieuw zijn op een beginnende markt kunnen snel een groot marktaandeel verwerven. Aangezien deze ondernemingen grotere risico's nemen en zij de markten openbreken, dienen hier niet te snel ex ante verplichtingen te worden opgelegd.[92] In de paragrafen 6a.2 tot en met 6a.7 Tw worden de verschillende verplichtingen besproken. Het gaat daarbij om onder meer verplichtingen met betrekking tot de toegang tot de markt (transparantie, non-discriminatie, gescheiden boekhouding, toegang en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten, prijscontrole en kostentoerekening), verplichtingen op eindgebruikersniveau, carrier(voor)keuze op vaste openbare telefoonnetwerken[93] en het minimumpakket van huurlijnen.

3.3.2.4 Maatschappelijke belangen

De relevante regelgeving omtrent de maatschappelijke belangen is terug te vinden in de hoofdstukken 7, 9, 11, 13 en 14 Tw. Hoofdstuk 7 gaat over de bescherming van de belangen van eindgebruikers, hoofdstuk 9 over de universele dienstverlening terwijl de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt geregeld in hoofdstuk 11 en de bescherming van de openbare orde en veiligheid in de hoofdstukken 13 en 14. Naast hoofdstuk 7, dat specifiek ziet op de bescherming van de belangen van eindgebruikers, worden de belangen van eindgebruikers tevens beschermd door middel van de regels omtrent de nummerportabiliteit (hoofdstuk 4), interoperabiliteit (hoofdstuk 6), aanmerkelijke marktmacht (hoofdstuk 6a), de universele dienst (hoofdstuk 9), privacy (hoofdstuk 11) en alternatieve geschillenbeslechting (hoofdstuk 12). In hoofdstuk 9 wordt, nu de markt geliberaliseerd is, de beschikbaarheid en betaalbaarheid van een aantal basisvoorzieningen gewaarborgd. Hoofdstuk 7 ziet onder meer op informatieplichten en opzegging door eindgebruikers.

3.3.2.5 Overige onderwerpen

Voorts bevat de Tw nog regels over geschillen, te vinden in hoofdstuk 12. Dit onderwerp zal in paragraaf 3.4.3 worden besproken. Hoofdstuk 15 handelt

91 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 21.
92 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 22.
93 Carrierkeuze houdt in dat een abonnee door middel van het kiezen van een additionele korte code oproepen kan laten verzorgen door een andere aanbieder dan waarbij hij abonnee is. Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 34.

over handhaving, hoofdstuk 16 over vergoedingen die verschuldigd zijn als gevolg van toezicht. Hoofdstuk 17 bevat één artikel dat gaat over beroep en hoofdstuk 18 kent enkele bepalingen over verschillende onderwerpen. De hoofdstukken 19 en 20 bevatten ten slotte overgangsbepalingen.

3.4 FUNCTIE ACM OP DE TELECOMMUNICATIEMARKT

3.4.1 Inleiding

Zoals beschreven in paragraaf 3.3.1.1 dienen de lidstaten een zogenaamde NRI in te stellen die toeziet op de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijnen. In Nederland is destijds OPTA als onafhankelijke regulator ingesteld bij de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (Wet OPTA). In 2013 is de OPTA opgegaan in de ACM. ACM is een orgaan van een rechtspersoon die is ingesteld krachtens publiekrecht en derhalve een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 sub a Awb (zie artikel 2 lid 2 Instellingswet ACM). Conform de Europese richtlijnen dienen de lidstaten de onafhankelijkheid van de NRI te waarborgen. In artikel 11 van de Instellingswet ACM 4 Wet OPTA wordt de verhouding tussen de ACM en de Minister van Infrastructuur en Milieu, (hierna de 'Minister') ingevuld. In deze paragraaf zal nader worden bekeken wat de taak van de ACM als toezichthouder op de telecommarkt inhoudt. Onderdeel van deze taak is ook een unieke geschilbeslechtingsfunctie. Op deze geschilbeslechtende functie zal apart worden ingegaan in paragraaf 3.4.3, omdat deze functie van belang is voor dit onderzoek.

3.4.2 ACM als telecomtoezichthouder

De taak van de ACM bestaat uit het concurrerend maken van de markt door middel van het creëren van een *level playing field* met de mogelijkheid voor ondernemingen tot toetreding tot de markt.[94] Het gaat om een dynamische markt waarin de ACM snel en onafhankelijk dient te kunnen opereren, handelen en beslissen.[95] Artikel 15.1 lid 2 Tw omschrijft de taken van de ACM, zijnde het houden van toezicht op de naleving van de bepalingen in de Tw. De ACM heeft daarom niet de bevoegdheid om de Mededingingswet rechtstreeks toe te passen.

De ACM vervult eveneens belangrijke taken met betrekking tot het frequentiebeleid en -beheer en inzake het nummerbeleid en –beheer (hoofdstuk 3 Tw). Met betrekking tot geschillen over het delen van antenne-opstelpunten heeft de ACM een geschilbeslechtende functie. Zie hierover nader paragraaf 3.4.3.

94 Danopoulos 2009, p. 50.
95 Danopoulos 2009, p. 51.

In hoofdstuk 6 en 6a van de Tw zijn de zogenaamde interoperabiliteit van (communicatie)diensten op *wholesale* niveau omschreven, alsmede de maatregelen die kunnen worden opgelegd aan aanbieders met een aanmerkelijke marktmacht. Met *wholesale* worden overeenkomsten tussen aanbieders van openbare elektronisch communicatienetwerken en -diensten onderling bedoeld. In artikel 6.1 Tw is een onderhandelingsplicht neergelegd in het kader van de interoperabiliteit. Op grond van artikel 6.1 lid 3 kan de ACM regels voorschrijven omtrent de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd dienen te worden. Voorts kan, als de onderhandelingen niet resulteren in een overeenkomst, de ACM op basis van artikel 6.2 Tw op verzoek van één van de partijen of ambtshalve de andere aanbieder verplichten de gewenste eind- tot eindverbinding tot stand te brengen onder door de ACM te bepalen voorwaarden. In het kader van aanmerkelijke marktmacht bepaalt de ACM het marktaandeel van een aanbieder en de ACM bepaalt de eventueel op te leggen maatregelen. Deze bevoegdheid wordt het aanwijzingsinstrument genoemd.[96]

Hoofdstuk 15 van de Tw is getiteld 'handhaving'. Op grond van artikel 15.2 lid 2 Tw juncto artikel 15.1 lid 3 Tw kan de ACM bestuursdwang toepassen. In artikel 15.4 lid 2 Tw zijn de gronden opgenomen waarop de ACM een boete aan een aanbieder van een communicatiedienst of -netwerk kan opleggen. Overtredingen van de in hoofdstuk 6a Tw gestelde voorschriften worden beboet (sub a) net als overtredingen van een op grond van artikel 12.2 Tw genomen besluit.

In hoofdstuk 17 is bepaald dat rechtstreeks beroep bij het CBB kan worden ingesteld op grond van besluiten van onder meer hoofdstuk 6 (interconnectie) en hoofdstuk 12 (geschilbeslechting). In de casestudy zal in voorkomende gevallen daarom de beroepsinstantie het CBB zijn en niet de rechtbank Rotterdam.

3.4.3 Geschilbeslechtende functie ACM in telecomzaken

3.4.3.1 Inleiding

De juridische basis voor geschilbeslechting tussen aanbieders en ondernemingen is te vinden in artikel 20 van de Kaderrichtlijn. De regels inzake het beslechten van geschillen tussen aanbieders waren in de oude Tw van 1998 opgenomen in de hoofdstukken 3, 6 en 8. Kort gezegd hadden deze hoofdstukken betrekking op geschillen over het delen van antenne-opstelpunten, antennesystemen of antennes, interconnectie en toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen.[97] In de hoofdstukken 7 en 12 van de oude Tw uit 1998 waren de regels te vinden met betrekking tot geschillen waarbij gebruikers, zoals consu-

96 Ottow 2006, p. 124.
97 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 50.

menten en andere eindgebruikers, waren betrokken.[98] In de Tw van 2004 is de geschilbeslechtende bevoegdheid van de ACM, met uitzondering van interconnectie en geschillen met betrekking tot de aanleg en instandhouding van kabels, in één algemeen artikel samengevoegd, namelijk artikel 12.2 Tw.[99]

In artikel 6.2 Tw is daarnaast met betrekking tot interconnectie een specifieke geschilbeslechtende bevoegdheid voor de ACM neergelegd. Zoals hierboven beschreven, dienen partijen met betrekking tot interconnectie met elkaar in onderhandeling te treden omtrent toegang teneinde tot het sluiten van een overeenkomst te komen. De ACM kan op verzoek van één van de partijen een aanbieder van elektronische communicatiediensten voorschriften geven met betrekking tot de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd moeten worden. Als de onderhandelingen niet resulteren in een overeenkomst als bedoeld in artikel 6.1 Tw, kan op grond van artikel 6.2 Tw het geschil vervolgens worden voorgelegd aan de ACM. De ACM kan dan één van de partijen verplichten de door de aanvrager gewenste eind- tot eindverbinding tot stand te brengen en te waarborgen, onder door de ACM te stellen voorwaarden.

3.4.3.2 Algemene geschilbeslechtingsregeling van artikel 12.2 Tw

Naast deze specifieke geschilbeslechtingsbevoegdheid van hoofdstuk 6 Tw is in hoofdstuk 12 Tw de hiervoor al genoemde algemene geschilbeslechtingsbevoegdheid opgenomen. Het belangrijkste artikel met betrekking tot geschilbeslechting is artikel 12.2 Tw. Artikel 12.2 lid 1 Tw:

> 'Indien er tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een op een houder van een vergunning, een aanbieder of een onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten, openbare elektronische communicatiediensten of programmadiensten aanbiedt op grond van een bij of krachtens deze wet of bij de roamingverordening rustende verplichting, kan het college op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten, tenzij de beslechting van dat geschil op grond van deze wet aan een andere instantie is opgedragen.'

Kortom, artikel 12.2 lid 1 Tw geeft een regeling voor de situatie dat tussen partijen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een verplichting die op één of meer van hen rust bij of krachtens de Tw. Op verzoek van één van de partijen kan de ACM dat geschil beslechten. Verplichtingen op grond van de Tw betreffen, zoals in de casestudy zal worden besproken, onder meer het ingaan op redelijke verzoeken met betrekking tot het aangaan van overeenkomsten tot het verlenen van toegang tot netwerken of verzoeken tot medegebruik

98 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 50.
99 Danopoulos 2009, p. 99.

van antenne-opstelpunten. De toetsing door de ACM vindt plaats in het kader van de precontractuele fase en kan civielrechtelijke gevolgen hebben. De ACM kan namelijk regels stellen met betrekking tot de te sluiten overeenkomst(en).

Artikel 12.2 lid 2 Tw breidt de bevoegdheid van de ACM uit tot partijen die reeds een overeenkomst met elkaar hebben gesloten. Partijen kunnen aan de ACM een geschil voorleggen omtrent bepalingen uit de overeenkomst waarvan zij denken dat die strijdig zijn met hetgeen is bepaald in de Tw. Artikel 12.2 lid 2 Tw:

> 'Onder een geschil als bedoeld in het eerste lid, wordt mede verstaan een geschil inzake de vraag of, indien de in dat lid bedoelde houders van een vergunning, aanbieders, aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk ondernemingen een overeenkomst hebben gesloten op basis van een bij of krachtens deze wet op een of meer van hen rustende verplichtingen, de ter zake daarvan tussen hen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die verbintenissen worden nagekomen strijdig zijn, onderscheidenlijk strijdig is met het bij of krachtens deze wet bepaalde.'

In de literatuur is het onderscheid tussen artikel 12.2 lid 1 en 2 Tw onderwerp van discussie geweest evenals de verhouding van artikel 12.2 Tw tot artikel 6.3 Tw (oud). Artikel 12.2 Tw is met de wetswijziging van 2004 in de plaats gekomen van artikel 6.3 Tw (oud). Kroes en Braeken hebben aangetoond dat het onderscheid tussen de leden 1 en 2 van artikel 6.3 Tw (oud) aanvankelijk niet duidelijk werd gemaakt in de jurisprudentie.[100] In de uitspraak KPN/Versatel heeft het CBB aan deze onduidelijkheid echter een einde gemaakt.[101] In deze uitspraak stelde het CBB vast dat er geen overstemming bestond over de door Versatel aan KPN in rekening gebrachte tarieven voor KPN-gesprekken, afgewikkeld door Versatel (interconnectie). OPTA had volgens het CBB ten onrechte marginaal getoetst of de tarieven redelijk waren (waarmee ten onrechte het criterium van het tweede lid werd gehanteerd). Het CBB overwoog:

> (…) 'het feit dat OPTA tot taak heeft desgevraagd de regels te stellen die tussen partijen gelden onderscheidenlijk het geschil te beslechten (artikel 12.2 eerste lid TW) brengt mee dat OPTA niet moet beoordelen of de door Versatel gevraagde tarieven zodanig zijn dat OPTA dient in te grijpen, maar dat OPTA de FTA-tarieven die Versatel in rekening mag brengen zelfstandig moet vaststellen.'

Omdat artikel 12.2 lid 2 Tw niet van toepassing is op dit geschil staat niet ter beoordeling of de door Versatel gevraagde interconnectietarieven redelijk zijn en evenmin of die tarieven al dan niet in strijd zijn met de Tw.[102]

---

100 Q. Kroes & B. Braeken, 'Telecom-geschilbeslechting: een jurisprudentie-update', *Mediaforum* 2009/4, p. 147.

101 CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789 (*KPN/Versatel*).

102 CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789 (*KPN/Versatel*), zie r.o. 6.2.2.

In de uitspraak van het CBB van 27 september 2006[103] stond het criterium van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud), het huidige 12.2 lid 2 Tw, eveneens centraal. De toets die het CBB voor lid 2 aanlegde in die zaak is strenger dan voor lid 1. OPTA is pas bevoegd tarieven vast te stellen wanneer sprake is van strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. OPTA heeft alleen dan de bevoegdheid om de overeenkomst aan te vullen of te wijzigen. In die zaak was er echter geen sprake van onredelijke tarieven en OPTA mocht dan ook geen (nadere) tarieven vaststellen. Dit in tegenstelling tot het eerste lid op grond waarvan OPTA, nadat partijen voldoende hebben onderhandeld maar niet tot overeenstemming zijn gekomen, wel de bevoegdheid heeft regels te stellen.

Bij de invoering van artikel 12.2 Tw is er discussie geweest of de jurisprudentie van artikel 6.3 Tw (oud) nog van toepassing was.[104] Het CBB verwijst in zijn uitspraak van 2 december 2008 tussen KPN en Tele2[105] echter uitdrukkelijk naar de uitspraak van KPN versus Versatel, gewezen onder het artikel 6.3 Tw (oud).[106] Het CBB overweegt, onder verwijzing naar de voornoemde uitspraak, dat wanneer geen sprake (meer) is van wilsovereenstemming, OPTA op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw bevoegd is regels te stellen. De stelling van Tele2 dat OPTA op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw slechts de hoogte van de tarieven mag beoordelen, is ongegrond nu er geen wilsovereenstemming (meer) bestaat.[107] Daarmee lijkt de discussie beslecht en is buiten twijfel dat de jurisprudentie gewezen onder artikel 6.3 Tw (oud) nog steeds relevant is.[108]

Het CBB heeft in de zaak tussen Tele2 en KPN[109] uit 2009 het verschil tussen lid 1 en 2 nog nader toegelicht. Partijen die ertoe zijn overgegaan een overeenkomst te sluiten op basis van een ingevolge de Tw op hen rustende verplichting, hebben daarmee de mogelijkheid om de ACM te vragen een oordeel te geven over hun verschillen van inzicht, prijsgegeven. Daarop bestaat echter een uitzondering, namelijk de situatie waarin geoordeeld moet worden dat de uit die overeenkomst voorvloeiende verbintenissen of de wijze waarop zij worden nagekomen, in strijd zijn met hetgeen bij of krachtens de Tw is bepaald.[110] De ACM zal dus steeds eerst dienen te beoordelen of er sprake is van een overeenkomst of niet. Als sprake is van een overeenkomst, kan de ACM alleen regels stellen wanneer bepalingen uit de overeenkomst in strijd zijn hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw.

---

103 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.

104 Er wordt met name gedoeld op de discussie rondom artikel 12.2 Tw door Verweij en Sauren en Meijer in Mediaforum: J. Verweij en E. Sauren, 'Geschilbeslechting door OPTA', *Mediaforum* 2007/2, p. 34-41 en A.Th. Meijer in noot bij OPTA en CPS v. KPN, CBb 15 maart 2007, *Mediaforum* 2007/5, p. 166-170.

105 CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756.

106 CBb 16 juni 2005, ECLI:NLCBB:2005:AT7789.

107 CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, zie r.o. 6.1.1 en 6.1.2.

108 Kroes & Braeken 2009, p. 148.

109 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, m.nt. G.J.M. Cartigny.

110 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 6.4.1.

Ondanks bovenstaande jurisprudentie is het onderscheid tussen lid 1 en lid 2 niet altijd even gemakkelijk te maken. In elk geval past de ACM de verschillende criteria niet altijd juist toe.[111] De ACM overweegt namelijk dat voor de bevoegdheid van de ACM onder artikel 12.2 Tw vereist is dat er sprake is van een op één of meer marktpartijen bij of krachtens de Tw rustende verplichting, het criterium van lid 2.[112] Ook in geval er slechts sprake is van een aanbod, waarover partijen van mening verschillen en de ACM zich bevoegd zou mogen achten op grond van lid 1, legt de ACM niettemin het criterium aan dat sprake moet zijn van strijdigheid met een verplichting bij of krachtens de Tw.[113] Dit is echter nu juist het strenge criterium van lid 2, hoewel er dan nog geen sprake is van een overeenkomst en de bevoegdheid van ACM berust op lid 1, dat dit vereiste niet stelt.[114]

3.4.3.3 Sui generis besluiten

De geschilbeslechtende bevoegdheid van de ACM op grond van artikel 6.1 Tw (interconnectie) of artikel 12.2 Tw houdt in dat de ACM een beslissing kan nemen in een geschil tussen twee marktpartijen die een overeenkomst met elkaar hebben gesloten of een overeenkomst willen of hadden willen sluiten. De beslissing van de ACM is een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, aangezien het besluit wordt genomen op grond van artikel 12.2 Tw. Een geschilbeslechtende bevoegdheid van een bestuursorgaan in deze vorm is bijzonder te noemen voor het Nederlandse bestuursrecht.[115] Danopoulos noemt geschilbesluiten zogenaamde *sui generis* besluiten.[116] Een bestuursorgaan richt zich normaal gesproken op geschillen tussen een bestuursorgaan en een bezwaarmakende partij en niet op een geschil tussen twee civielrechtelijke entiteiten. Geschillen tussen contractuele partijen worden doorgaans voorgelegd aan een onafhankelijke rechter of arbiter.

Opvallend, voor het bestuursrecht, is ook dat er bij de beoordeling van deze geschillen invulling wordt gegeven aan open normen, die vaak niet uitgekristalliseerd zijn en die een ingewikkelde economische beoordeling en afweging tussen de conflicterende belangen van bijvoorbeeld verschillende stakeholders vereisen voordat zij op de feiten kunnen worden toegepast.[117] In het bijzonder speelt dit bij de vaststelling van redelijke vergoedingen. In paragraaf 3.6 zal hier nader op worden ingegaan.

---

111 OPTA 16 februari 2007, OPTA/TN/2007/200197, zie ook OPTA 11 maart 2009, OPTA/AM/2009/200537, 08.0271.21.

112 OPTA 16 februari 2007, OPTA/TN/2007/200197, r.o. 21 en 22.

113 OPTA 7 november 2008, OPTA/AM/2008/201824, 07.0250.21, r.o. 66.

114 Kroes & Braeken 2009, p. 149.

115 Zie ook Ottow 2006, p. 144.

116 Danopoulos 2009, p. 170.

117 S.A.C.M. Lavrijssen-Hijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: BJu 2006, p. 125.

3.4.3.4 Eigenschappen van de geschilbeslechting

Het geheel eigen karakter van de geschilbeslechting door de ACM komt tot uiting in vier eigenschappen.[118] Ten eerste heeft de ACM de functie van arbiter waarbij de ACM boven de partijen staat en als onafhankelijk, deskundig orgaan een bindend eindoordeel geeft over een voorgelegd geschil. Er zijn echter wel verschillen met arbitrage. Bij arbitrage sluit men in beginsel de rechter uit en is er geen sprake van een alternatief. Een rechtsgang naar de civiele rechter staat echter hier in beginsel nog wel open, ook als de ACM al een besluit heeft genomen op grond van artikel 12.2 Tw.[119] Dit wordt onderstreept door artikel 20 lid 5 van de Kaderrichtlijn waarin staat:

> 'De procedure van de leden 1, 3, en 4 (de geschillenregeling uit de Kaderrichtlijn) laat het recht van elk der partijen om bij de rechterlijke instanties een procedure in te leiden, onverlet.'

Ook artikel 112 van de Grondwet bepaalt dat de berechting van burgerlijke geschillen door de civiele rechter dient te geschieden.[120] De ACM blijft voorts ook bevoegd als er alternatieve geschilbeslechting overeen is gekomen.[121]

Een tweede kenmerk is het contradictoire karakter van het geschil. In 'normale' bestuurszaken staat de vraag centraal of een bestuursorgaan een besluit correct heeft genomen en zal de geldigheid van een besluit worden getoetst. Bij de geschilbeslechtende functie van de ACM is hiervan geen sprake, want het betreft een inhoudelijk oordeel over een geschil tussen twee partijen. Voorts zal bij een beroepsprocedure het geschil zich met name toespitsen op de ACM en de aanbieder die sancties opgelegd heeft gekregen.[122] Dit, terwijl in de procedure voor de ACM, voorafgaand aan de beroepsprocedure, nog sprake was van een geschil tussen twee marktpartijen.[123]

Het derde kenmerk betreft de door de ACM eventueel opgelegde verplichtingen. Deze verplichtingen dienen in een overeenkomst tussen de betrokken marktpartijen te worden uitgewerkt. De ACM bepaalt aldus een gedeelte van de inhoud van een overeenkomst tussen twee partijen. Dit maakt deze geschilbeslechtende functie uniek.[124]

---

118 Zie Ottow 2006, p. 142 e.v.
119 Danopoulos, 2009, p. 144.
120 Zie voor geschilbeslechting door OPTA naast rechtspraak door de civiele rechter en artikel 112 Grondwet, Danopoulos 2009, par. 5.9.
121 Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5334, zie ook CBb 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064 (*Nozema en BNT*).
122 Zie Ottow 2006, p. 142 e.v.
123 Ottow 2006, p. 143.
124 Ottow 2006, p. 144.

De vierde kenmerkende eigenschap is dat de maatregelen en verplichtingen die de ACM in een besluit oplegt, worden beschouwd als ex ante verplichtingen.[125] Ex ante verplichtingen zijn maatregelen die vooraf, dus zonder dat sprake is van overtreding van een wettelijke bepaling, aan marktpartijen opgelegd kunnen worden om de markt concurrerend te maken. Danopoulos en Lavrijssen stellen daarom dat geschilbeslechting van de ACM naar haar aard een ex ante concreet regulerende bevoegdheid is.[126] Dit wordt onderbouwd met de stelling dat het gaat om het opstellen van voorschriften waarnaar partijen dienen te handelen. De vraag is of ook sprake is van ex ante handhaving als partijen niet tot overeenstemming komen. Er is dan sprake van het niet naleven van de verplichting tot onderhandelen, zodat men zich kan afvragen of het dan niet gaat om ex post handhaving. Partijen hebben dan immers een geschil dat opgelost dient te worden.[127]

Vanuit privaatrechtelijk perspectief is het opmerkelijk te noemen dat geschilbeslechting het karakter draagt van ex ante handhaving. Geschilbeslechting is immers normaal gesproken bij uitstek ex post handhaving, omdat geen sprake is van het voorkomen van een geschil, maar van handhaving na een overtreding. Met name in relatie tot artikel 3:24 jo 12.2 Tw (antenne-opstelpunten) is de term ex ante zeker niet zonder meer adequaat, omdat er pas achteraf, nadat door één van de partijen hierom is verzocht, maatregelen kunnen worden opgelegd door de ACM.[128]

Het is overigens de vraag hoe vaak de situatie zich in de praktijk zal voordoen dat partijen geen overeenkomst bereiken zonder dat daarbij sprake is van strijd met de wet. Aanbieders dienen immers in te gaan op een redelijk verzoek. Aanbieders die meer vragen dan de toegestane redelijke prijs lopen het risico dat de wederpartij na totstandkoming van de overeenkomst de prijs ter beoordeling aan de ACM voorlegt op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw. Als er nog geen overeenkomst is gesloten, is te verwachten dat partijen bij de onderhandelingen altijd streven naar de maximale redelijke prijs. Dus alleen als de afnemer de gevraagde, maar wettelijk toegestane redelijke prijs, te hoog acht, bestaat er een situatie waarin partijen geen overeenkomst sluiten maar is er geen sprake van handelen in strijd met de Tw. Ik vraag mij dan ook af hoe realistisch de veronderstelling is dat partijen geen overeenstemming bereiken zonder dat er sprake is van strijd met de wet, omdat de discussie zich zal toespitsen op de vraag of een prijs redelijk is in de zin van de Tw en niet of een partij bereid is een prijs te betalen of niet. Gezien de kenmerken van de markt heeft een afnemer niet het alternatief om met andere partijen een overeenkomst te sluiten.

125 Ottow 2006, p. 143 e.v.
126 Danopoulos 2009, p. 162 en Lavrijssen 2006, p.126.
127 Danopoulos 2009, p. 162.
128 CBb 25 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB4187. Zie ook Danopoulos 2009, p. 162.

Onduidelijk is of met de introductie van artikel 12.2 Tw het besluit van de ACM nu in de plaats komt van de overeenkomst, althans de leemte ontstaan door het niet totstandkomen van de overeenkomst, invult. In de Memorie van Toelichting staat hierover slechts dat met de introductie van artikel 12.2 Tw de ACM de bevoegdheid heeft om het geschil te beslechten. De formulering 'bevoegdheid om geschillen te beslechten'[129] is meer in overeenstemming met het doel – het komen tot een materiële oplossing van het geschil – van geschilbeslechting dan de formulering 'het stellen van regels' zoals de formulering van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) luidde. Verweij en Sauren stellen dat, na de introductie van artikel 12.2 Tw, geschilbesluiten mogelijk niet langer rechtstreeks tussen partijen zullen gelden (en dus niet rechtstreeks doorwerken in de overeenkomst).[130] Tegen deze gedachte kan worden ingebracht dat de wetgever heeft aangegeven dat met de wetswijziging niet is beoogd om in de Tw wijzigingen aan te brengen in de bestaande bevoegdheden van de ACM om geschillen te beslechten en handhavend op te treden.[131] Het hof Den Haag[132] heeft echter gekozen voor de opvatting dat de uitspraak van de ACM uitgewerkt dient te worden in de overeenkomst en dat zou meebrengen dat besluiten van de ACM niet direct doorwerken in de overeenkomst.[133] De ACM oordeelt in de zaak tussen Novec en Alticom dat het de taak van de civiele rechter is om te oordelen wat de gevolgen zijn van een geschilbesluit. De ACM acht zichzelf namelijk niet bevoegd in te grijpen in civiele verhoudingen.[134] In de casestudy wordt hier nader op ingegaan (in de paragrafen 3.5.4 en 3.6.2). Partijen zullen zich, ongeacht bovenstaande onduidelijkheid, in ieder geval dienen te houden aan het geschilbesluit, zoals volgt uit artikel 12.6 Tw.

3.5 ACM ALS HANDHAVER OP DE TELECOMMUNICATIEMARKT EN HET CONTRACTENRECHT

3.5.1 Inleiding

Zoals hierboven is uiteengezet, heeft de ACM een geschilbeslechtende bevoegdheid die gevolgen kan hebben voor de privaatrechtelijke verhoudingen van marktpartijen. Immers, deze geschilbeslechting heeft betrekking op geschillen tussen (twee) partijen die een contractuele relatie hebben of die willen verkrijgen. De ACM geeft in dit kader invulling aan (open) normen als 'kostenoriëntatie' en 'redelijke tarieven'. In deze paragraaf zal worden stil gestaan bij

129 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 166.
130 Verweij & Sauren 2007, p. 35.
131 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 99.
132 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.
133 Het hof oordeelt anders dan de kantonrechter op dit punt: Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035.
134 OPTA 10 november 2010, OPTA/AM/2010/203269, 10.0328.22.

verschillende begrippen die privaatrechtelijk van betekenis zijn. Het begrip 'overeenkomst' speelt bij zowel artikel 6.1 Tw als bij artikel 12.2 Tw een grote rol. Bekeken zal worden hoe de ACM de precontractuele fase beoordeelt, hoe de ACM het begrip overeenkomst hanteert en in hoeverre de ACM daarbij rekening houdt met de bedoeling van partijen. Verder wordt aandacht besteed aan de '*iustum pretium*-leer'. Voorts zal worden nagegaan hoe de ACM omgaat met de invulling van het begrip 'redelijkheid'. Dit begrip neemt immers ook een belangrijke plaats in bij de besluitvorming in het kader van tarieven. Bij geschillen rondom tarieven spelen ook vragen inzake 'terugwerkende kracht' en 'onverschuldigde betaling' een rol. Ten slotte zal worden gekeken naar 'handhaving' dan wel 'nakoming' van geschilbesluiten en informatieplichten richting eindgebruikers.

3.5.2 Precontractuele fase

3.5.2.1 Inleiding

In het privaatrecht staat de contractvrijheid centraal. Partijen zijn vrij om met elkaar in onderhandeling te treden of niet. De precontractuele fase is relevant voor het geval dat er inderdaad een overeenkomst tot stand komt en voor het geval waarin de onderhandelingen voortijdig worden afgebroken. Het arrest Plas/Valburg heeft ons de drie fasen gebracht waaruit de onderhandelingen globaal bestaan en geeft antwoord op de vraag wanneer men zich nog zonder schadevergoeding te voldoen aan de wederpartij kan terugtrekken uit de onderhandelingen.[135] In het latere arrest CBB/JPO worden deze drie fases minder scherp onderscheiden, maar benadrukt de Hoge Raad wel dat ieder der partijen vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.[136]

Marktpartijen op de telecommunicatiemarkt hebben echter zonder meer een onderhandelingsplicht met betrekking tot de toegang tot antenne-opstelpunten (artikel 3.24 Tw) en interconnectie (artikel 6.1 Tw). In artikel 3.24 lid 1 Tw is bepaald dat het daarbij gaat om het voldoen aan

> 'redelijke verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten.'

Een vergelijkbare bepaling is te vinden in het vierde lid over de houders van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte bestemd voor omroepzendnetwerken. In artikel 3.11 lid 4 Tw (oud, geldend tot 2004) was expliciet

135 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723 (*Plas/Valburg*).
136 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/457 (*CBB/JPO*).

opgenomen dat als partijen geen overeenstemming konden bereiken zij het geschil konden voorleggen aan de ACM. Nu kan dit via artikel 12.2 lid 1 Tw.

Op grond van artikel 6.1 lid 1 Tw dient op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten een andere aanbieder, die de toegang tot eindgebruikers controleert, met hem in onderhandeling te treden.[137] Artikel 6.1 Tw is het resultaat van de implementatie van artikel 4 van de Toegangsrichtlijn. Het Europese Hof van Justitie oordeelt over de onderhandelingsplicht in dit kader dat de verplichting er niet vanaf hangt of de betrokken onderneming aanmerkelijke markmacht bezit, noch dat zij de verplichting inhoudt om een interconnectieovereenkomst te sluiten, maar enkel de verplichting met zich brengt om over een dergelijke overeenkomst te onderhandelen.[138]

De Memorie van Toelichting op de Tw merkt op dat het beginsel van contractvrijheid een belangrijke grondslag is van het algemene verbintenissenrecht.[139] Partijen hebben de vrijheid om al dan niet een overeenkomst te sluiten. Deze vrijheid is echter wel aan bepaalde regels gebonden, onder andere die van de redelijkheid en billijkheid.[140] Ook verwijst de Memorie van Toelichting naar de drie fasen die grofweg zijn te onderscheiden in het kader van gewekte verwachtingen gedurende een onderhandelingstraject.[141] In beginsel zijn aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten vrij om te bepalen met wie zij een overeenkomst sluiten.[142] Hier geldt echter wel een beperking: anders dan doorgaans in het verbintenissenrecht het geval is, hebben partijen zelden de vrijheid om te bepalen met wie zij in onderhandeling treden en kan een verzoek om te onderhandelen niet zomaar worden afgewezen. Wel dient een verzoeker een redelijk belang te hebben bij de gewenste interconnectie:

> 'In de onderhandelingsplicht ligt besloten dat de aanbieder op wie de verplichting tot onderhandelen rust, dient in te gaan op het verzoek met het doel het verzoek

137 Artikel 6.1 lid 1 Tw: 'Een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, treedt op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten met die aanbieder in onderhandeling met het oog op het sluiten van een overeenkomst op basis waarvan de nodige maatregelen worden genomen, waaronder zo nodig door middel van interconnectie van de betrokken netwerken, opdat eind-tot eindverbindingen tot stand worden gebracht.'

138 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2009:696, *Jur* 2009, p. I-10717, *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman , p. 144-157 (*TeliaSonera Finlang Oyj*), r.o. 36.

139 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, 104.

140 HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*).

141 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, 104. Verwezen wordt onder meer naar de arresten HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/ 723 (*Plas/Valburg)*, HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/1017 (*Vaessen-Schoenmaker/Shell*), HR 12 juni 1996, *NJ* 1997/481 (*MBO/De Ruiterij*), HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*).

142 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 104.

tot interoperabiliteit van diensten, als dat redelijk is, te honoreren en daarover een overeenkomst te sluiten.'[143]

De onderhandelingsplicht gaat daarmee verder dan de verplichting om door te onderhandelen in het verbintenissenrecht. Slechts in het geval dat het verzoek aantoonbaar onredelijk is, kan de aanbieder zich vrij achten om niet (verder) te onderhandelen. Een afwijzing dient goed gemotiveerd te zijn.[144] Van niet-naleving van de onderhandelingsplicht is ook sprake wanneer een aanbieder, na een verzoek daartoe, in het geheel niet wenst te onderhandelen.[145] Uit de Memorie van Toelichting kan worden afgeleid dat de privaatrechtelijke regels met betrekking tot de precontractuele fase wel van toepassing zijn, al kent het privaatrecht de plicht tot onderhandelen niet in deze mate.

3.5.2.2 Antenne-opstelpunten

De ACM is, in het kader van antenne-opstelpunten, pas bevoegd om te beslissen over een geschil op grond van artikel 12.2 Tw lid 1 als partijen eerst voldoende hebben onderhandeld. Dit is op grond van artikel 3:11 Tw (oud geldend tot 2004) overwogen in de zaak tussen Dutchtone en KPN.[146] Uit de te bespreken zaken volgt dat de vraag of er voldoende is onderhandeld, wordt beantwoord op basis van de bewijsmiddelen ten aanzien van de vraag wat tussen partijen is besproken tijdens de onderhandelingen.

(1) Dutchtone/KPN

Casus. Het geschil tussen Dutchtone en KPN betreft het medegebruik van antenne-opstelpunten.[147] Dutchtone stelt dat de vergoedingen die de gebruiker van een antenne-opstelpunt verlangt van een medegebruiker, kostengeoriënteerd dienen te zijn, zelfs als de antenne-opstelpunten niet als '*essential facilities*' gezien mogen worden. KPN stelt met betrekking tot het verzoek van Dutchtone dat dit prematuur is. KPN is van mening dat, zoals ook de (pre)contractuele goede trouw voorschrijft, partijen zich ten minste redelijkerwijs dienen in te spannen om met elkaar tot overeenstemming te komen over voorwaarden zoals die tussen partijen zullen gelden, voordat een partij een dergelijk verzoek aan OPTA richt.[148] KPN stelt verder dat zij altijd bereid is geweest om te onder-

143 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 105.
144 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 105.
145 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 106.
146 Artikel 3.11 Tw (oud geldend tot 2004) kende een ander lid 4: '*Indien de houders, bedoeld in het eerste lid (…), onderling geen overeenstemming bereiken over het medegebruik van het college op aanvraag van een der partijen de regels vaststellen die tussen hen zullen gelden*.' Dit lid is verdwenen in verband met de invoering van artikel 12.2 Tw, zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 97.
147 OPTA 2 april 1999, OPTA/I/99/2027 (*Dutchtone-KPN/OPTA*).
148 OPTA 2 april 1999, OPTA/I/99/2027 (*Dutchtone-KPN/OPTA*), zie r.o. 4.

handelen over de geschilpunten. Omtrent de tarieven hebben partijen zelfs in het geheel nog geen gesprekken gevoerd.

Besluit. Bij besluit van 13 november 1999 bepaalt OPTA dat er:

> 'nog sprake was van een situatie waarin partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over de voor het medegebruik van antenne-opstelpunten te vragen redelijke vergoeding.'

Dit betekent dat OPTA niet bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. Desondanks stelt OPTA regels omtrent de hoogte van de voor het medegebruik te vragen vergoeding: omdat er een verplichting tot toepassing van kostenoriëntatie ontbrak, dient men onder een redelijke vergoeding ex artikel 3.11, derde lid, Tw (oud geldend tot 2004) te verstaan een vergoeding gebaseerd op werkelijk gemaakte kosten (de zogenaamde 'regel 6').

Bezwaar. Bij besluit van 3 november 1999 zijn de bezwaren door OPTA merendeels ongegrond verklaard.[149]

Beroep. De rechtbank Rotterdam oordeelt in beroep bij uitspraak van 13 september 2000[150] dat dit onderdeel, het stellen van regels, van het besluit:

> 'voor vernietiging in aanmerking komt omdat artikel 3.11 (oud, geldend tot 2004, rh) van de Tw thans nog geen grondslag biedt om ten aanzien van de vergoedingen een regel vast te stellen. Nu tussen eiseressen 1 en eiseres 2 terzake van de vergoedingen nog geen sprake is van een geschil – zoals verweerder zelf in het bestreden besluit opmerkt – was verweerder immers nog niet bevoegd ten aanzien van de vergoedingen voor het medegebruik van antenne-opstelpunten regels te stellen.'

Hoger beroep. In hoger beroep bij het CBB stelt OPTA als verweerder dat zij met 'regel 6' slechts enkele vingerwijzingen heeft gegeven voor de wijze waarop deze geschillen in de toekomst kunnen worden afgewikkeld. OPTA heeft hiermee beoogd duidelijkheid te verschaffen omtrent de wezenlijke bouwstenen voor een redelijk tarief, zulks ten behoeve van toekomstige beslissingen.[151] Het CBB bevestigt echter het standpunt van de rechtbank Rotterdam.[152] Voorts voegt het CBB hieraan toe:

> 'dat wellicht bij sommigen behoefte bestond aan een – wat OPTA noemt – vingerwijzing voor de wijze waarop geschillen in de toekomst kunnen worden afgewikkeld, kan hieraan niet afdoen.'

149 OPTA 3 november 1999 (Dutchtone/KPN).
150 Rb. Rotterdam 13 september 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA8568. Zie ook *Computerrecht* 2000/303.
151 CBb 25 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1647, *Mediaforum* 2001/6, nr. 28, r.o. 3.
152 CBb 25 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1647, *Mediaforum* 2001/6, nr. 28.

Kortom, OPTA was niet bevoegd tot het stellen van regels aangezien er onvoldoende was onderhandeld in de zin van artikel 12.2 lid 1 Tw. Daarom mocht OPTA evenmin regels stellen ten aanzien van een redelijke vergoeding.

(2) Broadcast Newco Two/ Nozema

Casus. Het betreft een tweetal geschillen tussen Broadcast Newco Two en Nozema omtrent antenne-opstelpunten in Rotterdam[153] en Hilversum.[154] Het gaat in deze zaken om nieuw te bouwen antenne-opstelpunten.

Besluit. De plicht tot onderhandelen in relatie tot antenne-opstelpunten houdt volgens OPTA in dat

> 'een redelijke uitleg van artikel 3.11 lid 1 Tw (oud geldend tot 2004 (rh)) meebrengt dat de houder van een antenne-opstelpunt niet op voorhand mag weigeren om mee te werken aan een redelijk verzoek tot herschikking van een antenne-opstelpunt om zo deling van de mast mogelijk te maken."

OPTA oordeelt:

> 'bij de beoordeling van de redelijkheid van een verzoek zullen met name relevant zijn de invloed van de nieuwe indeling (van de opstelpunten) op de bedrijfsvoering van de houder van de antennemast en de bereidheid van degene die het verzoek tot mede gebruik doet bij te dragen in de kosten van de herschikking.'

In deze zaken oordeelt OPTA dat over een aantal zaken nog onvoldoende overleg heeft plaatsgevonden om te spreken van een situatie waarin geen overeenstemming is bereikt. Met betrekking tot de antennemast in Rotterdam dient bij de zaak eerst nog een deskundige betrokken te worden voordat overeenstemming bereikt kan worden.

Vervolg. In 2002 staan partijen wederom tegenover elkaar over een mast in Hilversum.[155] In dit geval acht OPTA zich wel bevoegd omdat er voldoende onderhandeld is over een redelijk verzoek. OPTA stelt dat partijen, zonder resultaat, meerdere malen getracht hebben om tot overeenstemming te komen, onder meer door bemiddelingspogingen van de Staatssecretaris.[156] Partijen hebben in 2001 al een samenwerkingsovereenkomst gesloten met daarin de uitgangspunten voor het medegebruik van de antenne-opstelpunten. Ook hebben partijen reeds afspraken gemaakt over de randvoorwaarden waaraan de prijs voor medegebruik dient te voldoen. Partijen hebben echter geen overeenstemming kunnen bereiken over de prijs, ondanks bemiddelingspogin-

153 OPTA 16 november 2000, OPTA/G.6.00/2000/203055.
154 OPTA 16 november 2000, OPTA/G.16.00/2000/203055.
155 OPTA 29 juli 2002, OPTA/I/99/2072.
156 OPTA 29 juli 2002, OPTA/I/99/2072, r.o. 96.

gen.[157] Door OPTA worden dan ook uitgangspunten voor de onderhandeling vastgesteld.

(3) BTD & BDN/Novec & Omroepmasten B.V.

Casus. BTD en BDN hebben op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw juncto artikel 3:24 lid 4 Tw bij de ACM een verzoek tot geschilbeslechting ingediend ten behoeve van het medegebruik van hoge antenne-opstelpunten van Novec en Omroepmasten. BTD is aanbieder van elektronische communicatienetwerken en -diensten. BDN levert de dienst zendernetwerkbeheer. BDN heeft BTD gevraagd om ten behoeve van de doorgifte van de commerciële radioprogramma's voor de bouw en exploitatie van DAB+ (digitaal radio luisteren) zorg te dragen. Daarvoor heeft BTD medegebruik gevraagd van de masten waarover Omroepmasten het beheer heeft. BTD is al een contractpartij van Omroepmasten ten behoeve van analoge FM-distributie. Omroepmasten wil alleen BDN als contractspartij aanvaarden. Omroepmasten hanteert het vereiste dat een verzoeker alleen een verzoek om het medegebruik kan indienen

> 'indien zij houder is van een vergunning voor het gebruik van de frequentieruimte of van de houder van zodanige vergunning de nodige rechten heeft gekregen voor het aanbieden van elektronische communicatiediensten of –netwerken'.

Omroepmasten wil daarnaast aanvullende zekerheden voor geval er schade optreedt.

Besluit. De ACM oordeelt dat de eis van Omroepmasten dat alleen BDN en niet in plaats van BTD contractspartij wordt, in strijd is met artikel 3.24 lid 4 Tw. Artikel 3.24 lid 4 Tw stelt geen specifieke eisen aan de verzoeker. Daarnaast is BTD in staat voor verspreiding van de programma's te zorgen. De ACM oordeelt echter dat het verzoek tot medegebruik van BTD niet redelijk is.[158] De verplichting tot het verlenen van medegebruik gaat niet zo ver dat Omroepmasten geheel niet meer gerechtigd zou zijn om voorwaarden te stellen ten aanzien van haar verhaalsmogelijkheden voor het eventuele geval BTD aansprakelijk is voor schade gelden door Omroepmasten in het kader van de uitvoering van de overeenkomst. Het verzoek tot medegebruik van BTD is pas redelijk indien op reële wijze recht wordt gedaan aan de verhaalpositie van Omroepmasten.

3.5.2.3 Interconnectie

In het kader van interconnectie is de onderhandelingsplicht neergelegd in artikel 6.1 Tw. Deze onderhandelingsplicht geldt voor elke exploitant van een

157 OPTA 29 juli 2002, OPTA/I/99/2072, r.o. 99.

158 ACM 17 december 2013, ACM/DTVP/2013/204296_OV, inzake BTD& BDN vs. Novec & Omroepmasten.

openbaar communicatienetwerk ongeacht of sprake is van aanmerkelijke marktmacht of niet.[159] De onderhandelingsplicht wordt geschonden wanneer een onderneming zonder aanmerkelijke marktmacht een andere onderneming interconnectie aanbiedt tegen eenzijdige voorwaarden die de ontwikkeling van een door concurrentie gekenmerkte detailhandelsmarkt belemmert. Dat is het geval wanneer de voorwaarden de klanten van een onderneming door middel van concurrentiebeperkende voorwaarden beletten om gebruik te maken van de diensten van deze onderneming.[160] De onderhandelingen dienen in een sfeer van goede trouw plaats te vinden.[161] De NRI (nationaal regelgevende instelling) kan ook opleggen aan partijen om op deze wijze te onderhandelen, aldus het Hof van Justitie van de EU in de zaak TeliaSonera Finland. Uit de volgende zaken blijkt hoe de ACM artikel 6.1 Tw invult.

(1) Yarosa/T-Mobile

Casus. In een geschil omtrent interconnectie tussen Yarosa en T-Mobile staat centraal of T-Mobile verplicht kan worden met Yarosa te onderhandelen.[162] Yarosa heeft T-Mobile verzocht om abonnees van T-Mobile de mogelijkheid te bieden om SMS-berichten te verzenden die worden verwerkt door een SMS-centrale van Yarosa. OPTA heeft in een voorlopig besluit partijen opgelegd te onderhandelen over de voorwaarden waarop de toegang zou kunnen plaatsvinden.[163] Deze onderhandelingen hebben echter niet geleid tot eind-tot-eindverbindingen.

Besluit. OPTA is van oordeel dat partijen de onderhandelingen niet juist hebben gevoerd en partijen worden dan ook terugverwezen naar de onderhandelingstafel.[164] Het uitgangspunt van de wetgever is dat afspraken over interoperabiliteit zoveel mogelijk door commerciële onderhandelingen tot stand dienen te komen. OPTA dient terughoudend te zijn bij het stellen van regels en daarom moet het ook duidelijk zijn waarom afspraken door de onderhandelingen niet tot stand kunnen komen. Partijen dienen dan ook te onderbouwen waarom de onderhandelingen mislukt zijn. Dit dient onder meer te gebeuren aan de hand van onderhandelingsverslagen. In casu blijkt dat partijen te veel aan hun standpunten hebben vastgehouden.[165] Ook zijn tariefvoorstellen niet onderbouwd en zijn er geen afspraken gemaakt over het uitwisselen van informatie.

159 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2009:696, Jur 2009, p. I-10717, *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman, p. 144-157 (*TeliaSonera Finlang Oyj*). Zie ook HvJ EG 13 november 2008, nr. C-227/07, Jur 2008, p. I-08403 (*Commissie/Polen*).

160 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2009:696, Jur 2009, p. I-10717, *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman, p. 144-157 (*TeliaSonera Finlang Oyj*), r.o. 55.

161 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2009:696, Jur 2009, p. I-10717, *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman, p. 144-157 (*TeliaSonera Finlang Oyj*), r.o. 62.

162 CBb 24 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004: AR6450 (*Yarosa/T-Mobile*).

163 OPTA 28 november 2003, OPTA/JUZ/2003/204074.

164 OPTA 20 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202117, r.o. 45 e.v.

165 OPTA 20 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202117, r.o. 46.

Dit is, aldus OPTA, in strijd met het uitgangspunt dat er onderhandeld dient te worden met het oog op de totstandkoming en realisatie van een interoperabiliteitsovereenkomst. Onderhandelingen zijn anders immers gedoemd te mislukken. OPTA is van oordeel dat partijen onvoldoende hebben onderhandeld. Met een aantal uitgangspunten voor de (her)nieuwde onderhandelingen worden partijen verplicht opnieuw een poging te doen om tot overeenstemming te komen. OPTA plaatst één en ander voorts in het licht van de doelstellingen van de Tw, het bevorderen van concurrentie.

Beroep.[166] Zowel Yarosa als T-Mobile is in beroep gegaan bij het CBB. Het CBB oordeelt dat geen sprake is van interconnectie en dat er dan ook geen onderhandelingsplicht geldt.[167] Ook volgt uit deze uitspraak dat de onderhandelingsplicht in het kader van de interconnectie alleen geldt als deze onderhandelingsplicht ziet op het verbeteren van communicatie- of bereikbaarheidsmogelijkheden voor eigen gebruikers.[168]

(2) Orange, Tele2, Telfort, T-Mobile & Vodafone/KPN

Casus. Verschillende partijen hebben OPTA verzocht om regels vast te stellen die tussen hen en andere aanbieders dienen te gelden ter zake van tarieven die in rekening gebracht mogen worden aan hen door de andere aanbieders op het mobiele netwerk (MTA-tarieven). Zo heeft KPN zich tot OPTA gewend en op grond van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) verzocht om regels vast te stellen voor de door Orange, Tele2, Telfort, T-Mobile en Vodafone bij haar in rekening gebrachte tarieven. Verizon en Versatel hebben zich later tot OPTA gewend met het verzoek om zich bij geschilbesluit uit te spreken over de MTA-tarieven die KPN, Orange, Tele2, T-Mobile en Vodafone bij hen in rekening brengen. Er is echter geen directe interconnectie tussen de netwerken van Verizon en Versatel met de andere aanbieders. Om de gesprekken toch te kunnen leveren, maken Verizon en Versatel gebruik van de transitdiensten van KPN Telecom. Er is dus sprake van zogenaamde indirecte interconnectie.

Besluit. Bij besluit van 10 september 2002[169] heeft OPTA beslist dat de door Orange, Tele2, Telfort, T-Mobile en Vodafone bij KPN Telecom in rekening gebrachte MTA-tarieven onredelijk hoog waren. Door OPTA zijn lagere tarieven vastgesteld. Bij besluit van 23 september 2002 heeft OPTA beslist op de verzoeken van Verizon en Versatel. De in rekening gebrachte tarieven zijn onredelijk hoog.[170]

166 Er is direct beroep ingesteld bij het CBb zie OPTA 20 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202117, p. 15.
167 CBb 24 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR6450.
168 CBb 24 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR6450, r.o. 4.1.1.
169 Zie onder meer OPTA 10 september 2002, OPTA/IBT/2002/202576 inzake Tele2. Zie ook vergelijkbare en niet besproken zaken OPTA inzake Tele2 tegen O2 OPTA/IBT/2002/202641 en OPTA inzake Ben tegen O2 OTPA/IBT/2002/202642.
170 Zie onder meer OPTA 23 september 2002, OPTA/IBT/2002/202903 inzake Versatel.

Bezwaar. Bij besluit van 6 oktober 2004 heeft OPTA op alle bezwaren beslist.[171] OPTA heeft de bezwaren van de mobiele aanbieders gegrond verklaard en wat betreft de periode vanaf 1 december 2002 lagere MTA-tarieven vastgesteld dan in de primaire besluiten.

Beroep. De rechtbank overweegt dat OPTA de bestreden besluiten ten onrechte heeft gebaseerd op artikel 6.3 lid 2 Tw (oud), omdat de partijen volgens de rechtbank geen overeenstemming hebben bereikt over de aan de orde zijnde tarieven. Omdat er geen overeenkomsten zijn is artikel 6.3 lid 1 TW (oud) daarom van toepassing en dient OPTA dient zelfstandig redelijke tarieven vast te stellen. OPTA had de tarieven niet zonder inhoudelijke beoordeling mogen vaststellen op het door de betrokken mobiele aanbieders gewenste niveau. OPTA heeft, aldus de rechtbank, zelf verklaard dat de aan KPN in rekening gebrachte tarieven te hoog zijn. Hierdoor valt niet in te zien waarom zij zich in de bestreden besluiten niettemin op het standpunt heeft gesteld dat deze zelfde tarieven redelijk zijn en dat deze tarieven tussen partijen zullen gelden. De rechtbank verklaart de beroepen van KPN dan ook gegrond.[172] Ook de beroepen van Versatel en Verizon zijn om deze reden gegrond verklaard.[173]

Hoger beroep. Het CBB stelt vast dat het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud) geen voorschriften bevat over de te hanteren MTA-tarieven jegens KPN. Het CBB kan KPN niet volgen in het standpunt dat de tarieven redelijk dienen te zijn. Partijen zijn vrij om de tarieven overeen te komen die tussen hen zullen gelden. Een inperking hiervan zou een ingrijpende beperking zijn van de contractvrijheid. Een toets op grond van artikel 12.2 Tw zou dit niet anders maken.[174] OPTA had geen regels mogen stellen omdat de in rekening gebrachte MTA-tarieven niet in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud). De bezwaren tegen het primaire besluit inzake de geschillen met KPN worden gegrond verklaard.

Met betrekking tot Verizon en Versatel overweegt het CBB dat van belang is dat interoperabiliteit tot stand komt.[175] Tussen de netwerken van Verizon en Versatel enerzijds en de netwerken van de mobiele aanbieders anderzijds is sprake van (indirecte) interconnectie, maar niet van een overeenkomst. Daarom kunnen de door Verizon en Versatel gewenste rechtstreekse onderhandelingen met de mobiele aanbieders over hun MTA-tarieven niet worden beschouwd als onderhandelingen om te komen tot overeenkomsten op basis waarvan diezelfde interconnectie tot stand komt. Dit omdat uit artikel 6.1 lid 1 Tw (oud) volgt dat de verplichte onderhandelingen dienen om te komen tot (directe) interconnectie. Omdat er echter nog geen sprake is van een overeenkomst is OPTA ook niet bevoegd een inhoudelijke beoordeling te geven op grond van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud). In dit geval vallen partijen tussen de onderhandelingsplicht en de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA in.

171 Kenbaar uit CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.
172 Rb. Rotterdam 10 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6070.
173 Rb. Rotterdam 13 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6087.
174 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, r.o. 5.11.4 en 5.11.5.
175 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, r.o. 5.12.2

Er wordt, in tegenstelling tot de oude Tw, in de huidige Tw geen onderscheid meer gemaakt tussen directe of indirecte interconnectie.[176]

(3) KPN/CM-Telecom

Casus. CM exploiteert een sms-platform en biedt aan onder andere banken, ziekenhuizen en energiebedrijven sms-diensten aan. Het netwerk van CM is gekoppeld met het netwerk van onder meer KPN. Klanten van CM kunnen per sms communiceren met de eindgebruikers op het netwerk van KPN en omgekeerd. CM neemt dan ook sms-diensten af van KPN. Tot 2011 behoorden deze diensten tot de zogenaamde Premium MO sms-diensten. De beëindiging van deze Premium MO sms-dienst was voor CM aanleiding om met KPN in overleg te treden over een door KPN aan CM te betalen vergoeding per sms afkomstig van eindgebruikers op het netwerk van KPN en gericht aan klanten van CM. Partijen kunnen echter niet tot overeenstemming komen.

Besluit. OPTA begrijpt het verzoek van CM zo, dat zij vraagt om op grond van artikel 6.2 lid 1 Tw KPN te verplichten onder door OPTA te bepalen voorwaarden eind- tot eindverbindingen (interoperabiliteit) tussen het netwerk van KPN en het platform van CM tot stand te brengen en te waarborgen.[177] In het besluit van 2012 beslist OPTA dat KPN een vergoeding dient te betalen aan CM van € 0,035 per standaard MO sms-bericht dat CM op haar platform afwikkelt.

Beroep. Het CBB overweegt dat uit artikel 6.2 lid 1 Tw kan worden afgeleid dat de ACM voorwaarden kan stellen in geval partijen door onderhandelingen niet tot een overeenkomst kunnen komen zoals bedoeld in artikel 6.1 Tw. Het doel van artikel 6.1 Tw is het tot stand brengen en waarborgen van eind- tot eindverbindingen. In het onderhavige geval is er al sprake van interconnectie en zijn de bestaande eind- tot eindverbindingen gewaarborgd. Deze onderhandelingen kunnen derhalve niet worden beschouwd als onderhandelingen in de zin van artikel 6.2 jo 6.1 Tw. De aan partijen toekomende contractvrijheid verzet zich tegen een ruime uitleg van artikel 6.2 Tw in die zin dat de ACM niet de bevoegdheid heeft om in gevallen waarin de wettekst niet uitdrukkelijk voorziet interoperabiliteitsvoorwaarden waaronder tarieven aan marktpartijen op te leggen.[178] Wel kan het CBB de ACM volgen in het standpunt dat een beroep op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw van toepassing is op de aanvraag van CM. Niet duidelijk is echter gemaakt wat in dit geval sprake is van strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. In het bijzonder is niet gebleken van een verplichting voor KPN om een (redelijke) vergoeding te betalen aan mobiele aanbieders die van haar netwerk afkomstige sms-berichten afwikkelen op hun sms-platform. Deze verplichting ontbreekt en daarom is de conclusie dat er niet in strijd is gehandeld met een bij of krachtens de Tw op haar rusten-

176 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 38.
177 OPTA 5 juni 2012, OPTA/AM/2012/200724.
178 CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:323, r.o. 6.3.

de bepaling.[179] Wat rest is de vraag of artikel 12.2 lid 2 Tw toepassing is. Een beroep hierop slaagt evenmin.[180]

Commentaar. Omdat reeds sprake is van feitelijke interconnectie is de ACM niet bevoegd om op grond van artikel 6.2 Tw regels te stellen met betrekking tot de *totstandkoming* van interconnectie. Het CBB verwijst in deze uitspraak ook naar de uitspraak van 27 september 2006 tussen Orange e.d. met een vergelijkbare uitkomst.[181] Volgens het CBB dienen geschillen over de vergoeding voor interconnectie op grond van artikel 12.2 Tw te worden beslecht en niet op grond van artikel 6.2 juncto 6.1 Tw. In de zaak Orange e.d. oordeelt overigens het CBB dat artikel 12.2 lid 1 Tw niet van toepassing is, omdat er op KPN geen verplichting rust om een vergoeding te betalen aan aanbieders van een SMS-platform. In de (vervolg) uitspraak van eveneens 14 augustus 2014 tussen KPN en CM-Telecom oordeelt het CBB dat op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw dat er geen sprake is van strijd met de Tw.[182] Het CBB overweegt dat partijen een geschil over uitleg van bepalingen uit de overeenkomst dienen voor te leggen aan de civiele rechter. Deze twee zaken tussen KPN en CM-Telecom illustreren niet alleen dat de bevoegdheidsverdeling tussen de ACM en de civiele rechter niet altijd even duidelijk is, maar ook dat onduidelijk is op welke grondslag partijen hun verschillen van inzicht omtrent interconnectieovereenkomsten kunnen voorleggen aan de ACM.

3.5.2.4 Informatieplichten

Een aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst heeft de verplichting om, in het geval van consumentenovereenkomsten, voor of bij het sluiten van de overeenkomst een aantal gegevens te verstrekken (artikel 7.1 lid 1 en 2 Tw). Deze gegevens dienen in de overeenkomst te zijn opgenomen. Het betreft onder meer de naam en het adres van de vestiging van de aanbieder, de te verstrekken diensten en wachttijd, het kwaliteitsniveau, onderhoudsdiensten, tarieven, de duur, verlenging en beëindiging van de overeenkomst, schadevergoeding en restitutie en geschillenbeslechting.

Bij elektronische en op afstand gesloten overeenkomsten kunnen ook de informatieplichten van artikel 3:15d en artikel 6:227a e.v. BW (elektronische handel) en 6:230m e.v. (koop op afstand) van toepassing zijn. Momenteel zijn er nog geen uitspraken van de ACM bekend over deze bepalingen.

179 CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:323, r.o. 8.3.
180 CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324. Zie voor nadere bespreking par. 3.5.4.2.
181 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, besproken in par. 3.5.2.3, nr. 2
182 CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324, *AB* 2014/424, m.nt. W. Sauter. Zie voor bespreking par. 3.5.4.2, nr. 4.

3.5.2.5 Conclusie

De verplichting om te onderhandelen kan worden beschouwd als een beperking van de contractvrijheid. Een dergelijke vergaande verplichting kent het privaatrecht niet. Immers, contractvrijheid houdt ook de keuzemogelijkheid in om in het geheel niet te contracteren en de vrijheid om zelf de contractspartij te kiezen. Er bestaan in het contractenrecht wel (gerechtvaardigde) verplichtingen tot het sluiten van contracten, maar er is geen verplichting om onderhandelingen te starten.[183]

Wanneer een partij haar onderhandelingsplicht niet nakomt, kan de andere partij de bestuursrechtelijke weg volgen en de ACM vragen om regels te stellen (artikel 6.1 lid 3 Tw voor interconnectie en artikel 12.2 Tw voor het delen van antenne-opstelpunten). Het gaat daarbij met name om procedurele voorschriften voor de te voeren onderhandelingen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Yarosa/T-Mobile zaak. De ACM kan echter pas deze regels voorschrijven als partijen voldoende hebben onderhandeld. Partijen dienen aan te tonen dat zij voldoende hebben onderhandeld.

Partijen dienen voorts te onderhandelen volgens de normen van de redelijkheid en billijkheid (artikel 3:12 BW).[184] Dit volgt uit het algemene verbintenissenrecht, maar ligt ook ten grondslag aan de onderhandelingsplicht met betrekking tot interconnectie.[185]

Maar wat te doen als er sprake is van een weigering tot onderhandelen door één van de partijen? De Memorie van Toelichting vermeldt dat in dat geval naast de bestuursrechtelijke weg ook de privaatrechtelijke weg openstaat.[186] Het privaatrechtelijke jurisprudentiekader van afgebroken onderhandelingen is volgens de Memorie van Toelichting hierop van toepassing. Dit is een opmerkelijke constatering, aangezien deze weigering, tot onderhandelingen tot medegebruik van antenne-opstelpunten en tot het bewerkstelligen van interconnectie, kan leiden tot de situatie dat een partij die geconfronteerd wordt met een weigering kennelijk (eerst) een procedurele gang naar de civiele rechter dient te maken. Partijen zijn immers pas ontvankelijk bij de ACM als voldoende is onderhandeld. Daarnaast gaat de civiele rechter bij het leerstuk van de precontractuele fase uit van een heel ander vertrekpunt: er is immers in het privaatrecht normaliter geen sprake van een onderhandelingsplicht. Binnen het privaatrecht zal het leerstuk van de precontractuele fase, in relatie tot de onderhandelingsplicht, in zo'n geval wel in het licht van de Tw geïnterpreteerd moeten worden. Doet de civiele rechter dat niet dan kan ik mij

183 S.J.H. Gijrath, *Interconnection Regulation and Contract Law* (diss. Tilburg), Amstelveen: deLex B.V. 2006, p. 269.

184 HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*).

185 HvJ EG 12 november 2009, nr. C-192/08, ECLI:EU:C:2008:696, Jur. 2009, p. 10717 , *Computerrecht* 2010/3, m.nt. J. Tempelman, p. 144-157 (*TeliaSonera Finlang Oyj/Imez Ab*).

186 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 106.

voorstellen dat de civiele rechter geneigd zal zijn zich onbevoegd te verklaren of de vordering zal afwijzen en partijen naar de bestuursrechtelijke weg zal verwijzen.[187] In het bestuursrechtelijke traject bestaat echter het risico dat geoordeeld zal worden dat partijen niet voldoende hebben onderhandeld, op grond waarvan de ACM zich onbevoegd zal verklaren.[188]

Gijrath betoogt dat een partij in geval van weigering tot onderhandelen bij de civiele rechter een veroordeling tot verder onderhandelen kan afdwingen, en/of regels kan laten opstellen voor interconnectie dan wel schadevergoeding.[189] Gijrath merkt verder op dat gezien de onderhandelingsplicht in de Tw het eenvoudig moet zijn om een rechter te overtuigen van de plicht tot verder onderhandelen.[190] Een rechter zou bij zijn beoordeling dan dienen mee te nemen, ongeacht in welke fase de onderhandelingen zich ook bevinden, hoe groot het verschil in onderhandelingsmacht is en of sprake is van een bijzondere positie van een marktpartij, of van andere specifieke belangen en op welke wijze de onderhandelingen hebben plaatsgevonden.[191] De vraag is of en hoe deze aspecten in de privaatrechtelijke jurisprudentie geïncorporeerd kunnen worden, aangezien het algemene verbintenissenrecht anders dan de Tw geen onderhandelingsplicht kent. Op de telecommunicatiemarkt geldt voor partijen geen vrije keuze om onderhandelingen te starten. Als een partij in 'fase 3' van Plas/Valburg de onderhandelingen wil afbreken, gaat de rechtvaardiging voor deze contractdwang, te weten dat hij vrijwillig in fase 3 terecht is gekomen, niet op.[192] De civiele rechter zal mijns inziens met deze afwijking van het algemene verbintenissenrecht rekening dienen te houden. De onderhandelingsplicht in de Tw is immers ingegeven door de bedoeling dat de toezichthouder partijen stimuleert tot het sluiten van een overeenkomst.[193] Als de doctrine van de precontractuele fase één op één door de civiele rechter zou worden toegepast, bieden de arresten Plas/Valburg en CBB/JPO geen oplossing voor het geval één marktpartij de onderhandelingen

187 Of de civiele rechter zich niet bevoegd acht, dan wel partijen niet-ontvankelijk zal verklaren hangt af van de visie van de civiele rechter op de onderhavige problematiek. Zal de civiele rechter overwegen dat de ACM bevoegd is op grond van art. 6.1 lid 3 Tw (interconnectie) of art. 12.2 Tw (antenne-opstelpunten) dan zal de civiele rechter zich niet bevoegd achten. De ACM dient dan immers te oordelen over het geschil tussen partijen. Acht de civiele rechter zich wel bevoegd, maar overweegt de civiele rechter dat er, gezien het leerstuk van de precontractuele fase, geen plicht tot onderhandelen bestaat, dan zal de civiele rechter de vordering van (één van de de) partijen afwijzen. In dit laatste geval past de civiele rechter art. 6.1 lid 3 of art. 12.2 Tw dan ook niet toe.

188 In de zaken Dutchtone/KPN (par. 3.5.2.2, nr. 1) en Broadcast Newco Two/Nozema (par. 3.5.2.2, nr. 2) overweegt de ACM dat zij niet bevoegd is regels te stellen in de zin van art. 12.2 lid 1 Tw.

189 S.J.H. Gijrath, 'De onderhandelplicht in het telecommunicatierecht en onderhandelingen volgens het algemene verbintenissenrecht', *Contracteren* 2007/1, p. 12.

190 Gijrath 2007, p.13.

191 Gijrath 2007, p.13.

192 Gijrath 2007, p. 11.

193 Gijrath 2006, p. 270.

onnodig rekt.[194] Op grond van de Tw hebben marktpartijen immers, ongeacht in welk stadium van de onderhandelingen zij zich bevinden, een plicht tot onderhandelen. Of slechts een verzoek is gedaan om in onderhandelingen te treden dan wel partijen in een vergevorderd stadium van de onderhandelingen zijn, doet in het licht van de Tw niet ter zake. Ook de overweging uit het arrest CBB/JPO dat onvoorziene omstandigheden van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of het afbreken van onderhandelingen is toegestaan, zal in het licht van de Tw (dus afwijkend van het privaatrecht) uitgelegd dienen te worden.[195] Het als gevolg van onvoorziene omstandigheden terugkeren uit een fase waarin afbreken van de onderhandelingen niet meer vrij stond naar een fase waarin afbreken wel weer vrijstaat, zal beoordeeld moeten worden vanuit het uitgangspunt van de Tw dat een partij op grond van de Tw een onderhandelingsplicht heeft. Wanneer marktpartijen bijvoorbeeld afspraken hebben gemaakt over de randvoorwaarden waaraan de prijs voor medegebruik dient te voldoen, maar nog geen definitieve overeenstemming hebben kunnen bereiken over de prijs en één van de randvoorwaarden wijzigt, bijvoorbeeld als gevolg van technologische ontwikkelingen, dan zou in het licht van CBB/JPO en MBO/Ruiterij,[196] een beroep kunnen worden gedaan op onvoorziene omstandigheden waardoor de onderhandelingen kunnen worden afgebroken zonder schadevergoedingsplicht of dooronderhandelingsplicht. Op grond van de Tw zullen partijen echter toch naar nieuwe oplossingen moeten zoeken en verplicht zijn door te onderhandelen.

In het privaatrecht heeft een partij het recht om niet aan de onderhandelingstafel terug te keren, op grond van de Tw is een partij verplicht door te onderhandelen. Mijns inziens leidt de gelijkstelling van de onderhandelingsplicht uit de civielrechtelijke jurisprudentie met de onderhandelingsplicht uit de Tw tot onverenigbare uitkomsten. Ik ben van daarom mening dat, als een (door)verwijzing naar de civiele rechter daadwerkelijk de bedoeling is, nieuwe jurisprudentie ontwikkeld dient te worden die recht doet aan de onderhandelingsplicht uit de Tw. De civiele rechter zal de onderhandelingsplicht uit de Tw tot uitgangspunt dienen te nemen. Het staat partijen daardoor niet vrij om onderhandelingen te weigeren. In een sfeer van goede trouw zal naar overeenstemming gezocht moeten worden. Een weigering tot onderhandelen is alleen bij onredelijke (in de zin van de Tw) voorstellen geoorloofd. Wanneer een partij toch weigert om te onderhandelen, is het aan de (civiele) rechter (procedurele) regels op te stellen om te onderhandelen.

Overigens acht ik de verwijzing, zoals gesuggereerd in de Memorie van Toelichting, naar de civiele rechter onwenselijk. Zoals hiervoor reeds aangegeven, kan een partij kan dan tussen wal en schip raken als er privaatrechtelijk geen mogelijkheden aanwezig worden geacht en de partij bij de ACM pas

194 Gijrath 2007, p. 11.
195 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467, r.o. 3.6
196 HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, *NJ* 1997/481 (MBO/De Ruiterij).

ontvankelijk is als er voldoende is onderhandeld. Dit kan niet de bedoeling zijn van de wetgever. Ook dien te worden vermeden dat een partij na een afwijzing bij de ACM, een procedure dient te starten bij de civiele rechter om (verdere) onderhandelingen af te dwingen. Wanneer deze onderhandelingen dan mislukken, zal nu een nieuw verzoek bij de ACM moeten worden ingediend om regels voor interconnectie op te stellen op grond van artikel 6.1 Tw. Deze gang van zaken is tijdrovend, kostbaar en omslachtig voor marktpartijen.

3.5.3 Totstandkoming van overeenkomsten

3.5.3.1 Inleiding

Zoals hierboven is beschreven, is in het kader van artikel 12.2 Tw van belang dat de ACM vaststelt of er overeenstemming is ten aanzien van bijvoorbeeld toegang en interconnectie. Als er overeenstemming is, dan is de ACM bevoegd op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw. Op grond van het oude artikel 6.3 lid 2 Tw diende de ACM terughoudend te toetsen en slechts te beoordelen of strijdigheid bestond met de Tw. Als er geen overeenstemming is, dan is de ACM bevoegd op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw. Op grond van het oude artikel 6.3 lid 1 Tw was de ACM bevoegd om dan zelf regels te stellen en die op te leggen aan partijen. De bevoegdheid om zelf regels te stellen zou veel verder ingrijpen in de contractvrijheid dan het terughoudend toetsen van een overeenkomst op strijdigheid met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. In paragraaf 3.4.3 is al aangegeven dat er discussie bestaat over de vraag of de jurisprudentie omtrent het onderscheid tussen de leden 1 en 2 van het oude artikel 6.3 Tw ook nog van toepassing is op het huidige artikel 12.2 Tw. Daar is geconcludeerd dat deze jurisprudentie en daarmee het voornoemde onderscheid nog steeds van belang zijn.

In het privaatrecht komt een overeenkomst tot stand als er een aanbod is gedaan dat vervolgens is aanvaard door de andere partij (artikel 6:217 jo 3:33 jo 3:35 BW). De contractvrijheid staat hierbij voorop. Een partij is vrij een aanbod te accepteren, een tegenbod te doen dan wel het aanbod te verwerpen. Deze contractvrijheid kan onder meer worden ingeperkt door wettelijke voorschriften, goede zeden of openbare orde (artikel 3:40 BW). Artikel 3:37 lid 1 BW bepaalt dat het sluiten van een overeenkomst in beginsel vormvrij is. In deze subparagraaf zal worden bekeken hoe de ACM het begrip overeenkomst interpreteert en hoe deze interpretatie zich verhoudt tot het privaatrecht.

3.5.3.2 Contractvrijheid

(1) Verizon e.a./KPN

Casus. In de zaak tussen KPN en aanbieder van CPS (carrier(pre)selectie-aanbieders) gaat het om klachten over slamming. Slamming is: het zonder instemming

van de eindgebruiker overzetten van een eindgebruiker van de ene naar de andere telecomaanbieder. KPN en aanbieders van CPS hebben hierover afspraken gemaakt. KPN ontvangt echter klachten van eindgebruikers. KPN besluit om alleen nog medewerking te verlenen aan het overstappen na een schriftelijke wilsuiting van een eindgebruiker. Het gaat om de vraag of KPN om een dergelijke schriftelijke wilsuiting mag vragen nu er reeds afspraken zijn gemaakt met de aanbieders van CPS.

Besluit en bezwaar. OPTA oordeelt dat het een geschil betreft op basis van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud). Het gaat immers om gemaakte afspraken.[197] OPTA overweegt dat partijen reeds hebben onderhandeld over maatregelen tegen slamming. Uitgangspunt hierbij is steeds geweest dat aanbieders vrij zijn in de keuze voor vastlegging van een wilsuiting.[198] Hierbij is een aantal afspraken gemaakt. Deze afspraken zijn niet in strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. Het voorstel van KPN om een schriftelijke wilsuiting van de eindgebruiker te verlangen, is dan ook onredelijk. Wel legt OPTA enkele maatregelen op aan partijen hoe in onderling overleg slamming beter kan worden voorkomen. Bij besluit op bezwaar zijn de gronden ongegrond verklaard.

Beroep. In beroep worden de bezwaren van KPN gegrond verklaard.[199] De rechtbank is van oordeel dat met het vragen van een schriftelijke wilsverklaring wordt gewaarborgd dat slamming wordt voorkomen.

Hoger beroep. Het CBB stelt ter onderbouwing van het onderscheid tussen lid 1 en 2 van artikel 12.2 Tw dat de wetgever de contractvrijheid van marktpartijen voorop heeft gesteld, ook als het overeenkomsten over gereguleerde diensten betreft.[200] Door partijen gemaakte afspraken mogen door OPTA niet licht terzijde geschoven worden als één van de partijen deze niet langer wil nakomen. In het bijzonder staat ingevolge artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) niet ter beoordeling van OPTA of door marktpartijen gemaakte afspraken al dan niet redelijk zijn, maar alleen of deze afspraken in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud). OPTA heeft, aldus het CBB, terecht geoordeeld dat het een geschil betreft op basis van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud). Het gaat immers om gemaakte afspraken. Beoordeeld dient dan alleen te worden of de gemaakte afspraken in strijd zijn met de Tw. Pas als dat het geval is kan OPTA regels stellen. Er zijn geen regels (noch artikel 25 Besluit ONP Huurlijnen en Telefonie (Boht oud) noch artikel 7.1 Tw) op grond waarvan KPN in kennis gesteld dient te worden omtrent de overstap van eindgebruikers. OPTA heeft dan ook, aldus het CBB, terecht geoordeeld dat het kunnen tonen van een schriftelijke wilsuiting van eindgebruikers niet als voorwaarde mag worden gesteld om medewerking te verlenen aan een overstap.

197 OPTA 20 februari 2004, OPTA/IBT/2004/200690. Besluit op bezwaar, OPTA 28 oktober 2004, OPTA/JUZ/2004/202142.
198 OPTA 20 februari 2004, OPTA/IBT/2004/200690, r.o. 47.
199 Rb. Rotterdam 28 oktober 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AV9491.
200 CBb 15 maart 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA0744, *Mediaforum* 2007/5, m.nt. A.Th. Meijer, p.166-170, r.o. 3.3.1.

Commentaar. Bij deze uitspraak valt op dat de contractvrijheid voorop gesteld wordt. Dit gebeurt echter vrij formeel waardoor voorbij wordt gegaan aan het uiteindelijke oogmerk van de Tw, marktregulering en bescherming van eindgebruikers. In het privaatrecht kunnen partijen zich eventueel nog beroepen op de tussentijdse wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW) of kunnen leemten in het contract worden ingevuld met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Het bestuursrecht toont zich (in dit geval) formalistischer dan het privaatrecht.

Dat het CBB de contractvrijheid vooropstelt wordt ook bevestigd in een andere zaak tussen KPN en verschillende aanbieders van mobiele diensten:[201]

> 'een verplichting inzake te hanteren tarieven vormt een ingrijpende beperking van de contractvrijheid waarvoor een duidelijke wettelijke grondslag aangewezen moet kunnen worden.'[202]

Aangezien de bij KPN Telecom in rekening gebrachte MTA-tarieven niet in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud), had OPTA geen regels mogen stellen over deze tarieven en had zij de verzoeken van KPN Telecom moeten afwijzen.

In zijn noot onder de zaak Verizon e.a./KPN merkt Meijer op dat vanuit bestuursrechtelijk oogpunt de ACM zich dient af te vragen of de aanvullende voorwaarden zozeer bezwarend zijn voor marktpartijen, dat het stellen van die voorwaarden feitelijk gelijk staat aan het weigeren van toegang. Hiervan zal niet zo snel sprake zijn. Het betreft in dat geval meer een reguleringstoets: in hoeverre belemmeren voorwaarden de toegang tot de markt.

(3) KPN/Versatel (Tele2)

Casus. Er is een interconnectieovereenkomst gesloten tussen Versatel (Tele2) en KPN. Op grond van de interconnectieovereenkomst wikkelt Versatel (Tele2) het door KPN aangeboden verkeer af op haar vaste openbare telefoonnetwerk. Versatel (Tele2) wil de tarieven verhogen en de vraag is of dat mag. Bij besluit van 21 december 2005 is Versatel (Tele2) aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht op haar eigen vaste netwerk. Hierbij zijn aan Versatel (Tele2) onder meer tariefverplichtingen opgelegd.

KPN verzoekt OPTA om een besluit te nemen over de vraag of Versatel al dan niet in strijd handelt met hetgeen bepaald is bij of krachtens de Tw door aan KPN nationale afgiftetarieven in rekening te brengen, alsmede over de vraag of de vier punten (switches) waarop KPN verkeer aflevert, behoren tot het Versatel-netwerk waarvoor tariefverplichtingen gelden.

Besluit. OPTA is van oordeel dat er geen geschil is in de zin van artikel 12.2 lid 1 of 2 Tw.[203] OPTA overweegt dat zij niet bevoegd is omdat de betreffende

201 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.
202 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, r.o. 5.11.4.
203 OPTA 25 mei 2007, OPTA/TN/2007/201107.

tariefbepaling in de overeenkomst niet in strijd is met hetgeen bij of krachtens de Tw is bepaald. OPTA verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar de uitspraak van het CBB van 27 september 2006.[204] In deze uitspraak heeft het CBB geoordeeld dat OPTA niet bevoegd is om regels te stellen wanneer er niet (voldoende) is onderhandeld en evenmin kan OPTA op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw een besluit nemen aangezien er geen sprake is van een overeenkomst.

Beroep. Het CBB onderschrijft dat OPTA slechts bevoegd is regels te stellen als er sprake is van een artikel 12.2 lid 1 Tw situatie.[205] Het CBB acht de onderbouwing van OPTA, dat er geen geschil is inzake artikel 12.2 lid 1 Tw, echter niet juist. Volgens het CBB verleent artikel 12.2 lid 1 Tw OPTA de bevoegdheid om geschillen inzake de nakoming van verplichtingen uit de Tw te beslechten. Het tweede lid breidt die bevoegdheid uit tot beslechting van geschillen inzake de vraag of de ingevolge een overeenkomst tussen marktpartijen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop zij worden nagekomen, strijdig zijn met het bij of krachtens de Tw bepaalde. Het CBB begrijpt dit als volgt: wanneer partijen ertoe overgaan om een overeenkomst te sluiten op basis van verplichtingen die voorvloeien uit de Tw, hebben zij de mogelijkheid om OPTA te vragen hun verschillen van inzicht daarover te beslechten, prijsgegeven. Daarop is echter een uitzondering, namelijk de situatie waarin geoordeeld moet worden dat de uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenissen of de wijze waarop deze worden nagekomen, 'in strijd zijn met hetgeen bij of krachtens de Tw is bepaald'.[206] OPTA wordt, aldus het CBB, opgeroepen een uitspraak te doen over de vraag of een overeenkomst al niet in strijd is met het bij of krachtens de Tw bepaalde.[207] Partijen kunnen zelf de inhoud van het contract bepalen. OPTA is alleen bevoegd te oordelen als de inhoud van de overeenkomst niet in overeenstemming is met de Tw.

3.5.3.3 Geen overeenstemming

In de praktijk doen partijen veelal reeds zaken met elkaar en procederen zij vervolgens over de prijs, waarover nog geen overeenstemming was bereikt,[208] of waarover wederom overeenstemming moet worden bereikt. De vraag is dan of sprake is van een zogenaamd eerste of tweede lid-geschil van artikel 12.2 Tw. Met andere woorden de vraag is dan of er al dan niet moet worden uitgegaan van een overeenkomst tussen partijen.

204 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879. Zie par. 3.5.2.3, nr. 2 voor de bespreking van deze uitspraak.
205 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112.
206 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, r.o. 6.4.1.
207 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, r.o. 6.4.2.
208 Kroes & Braeken 2009, p. 148.

(1) KPN/Versatel

Casus. In deze zaak – er zijn meer, vergelijkbare, zaken[209] – is in het verleden al meerdere malen overeenstemming bereikt over de prijs, maar elk jaar wordt opnieuw onderhandeld over een nieuwe prijs. Naar het oordeel van KPN is geen overeenstemming bereikt over de FTA-tarieven die Versatel in rekening brengt vanaf 1 juni 2002. Versatel is van mening dat een gebrek aan wilsovereenstemming niet impliceert dat de door haar gevraagde FTA-tarieven niet zouden gelden.

Besluit. OPTA oordeelt dat er geen reden is de FTA-tarieven die Versatel van 1 juni 2002 tot 24 september 2003 bij KPN in rekening heeft gebracht onredelijk te achten.[210] Het beoordelen van de tarieven van Versatel, in rekening gebracht aan KPN vanaf 24 september 2003, acht OPTA wel onredelijk. Versatel wordt opgedragen om een tariefvoorstel te doen aan KPN dat in overeenstemming is met de beleidsregels. OPTA acht zich dan ook bevoegd op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw om een oordeel te vellen over de redelijkheid van de tarieven.

Beroep. Het CBB oordeelt, na voorstellen tot (eenzijdige) verhoging van de prijzen, dat er geen overeenstemming bestaat over de prijs omtrent de interconnectie.[211] Het CBB overweegt dat door partijen niet is weersproken dat jaarlijks opnieuw overeenstemming bereikt dient te worden tussen partijen over de te hanteren FTA-tarieven en

> 'omdat geen sprake is van een overeenkomst tussen Casema en KPN over de hoogte van de FTA-tarieven van Casema in de hier aan de orde zijnde periode, het tweede lid van artikel 12.2 Tw niet van toepassing is en het verzoek van KPN met ingang van 19 mei 2004 moet worden beschouwd als een aanvraag in de zin van artikel 12.2, eerste lid, Tw om het bestaande geschil te beslechten.'[212]

Noch de tarieven van Versatel, noch die van KPN gelden. Zolang er geen overeenstemming is of zolang OPTA geen FTA-tarieven heeft vastgesteld, gelden er geen tarieven. OPTA mag, volgens het CBB, dan ook de tarieven vaststellen in plaats van zich te beperken tot de vraag of strijd is met de Tw.

(2) Tele2 (Versatel)/KPN

Casus. Tele2 (Versatel) en KPN staan wederom tegenover elkaar omtrent FTA-tarieven in de volgende zaak. Tele2 is van mening dat zij de tarieven rechtsgeldig heeft verhoogd op grond van een ongetekende interconnectieovereenkomst

209 Zie ook CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, *AB* 2005/326 (*Casema/KPN*).
210 OPTA 2 november 2004, OPTA/IBT/2004/203636.
211 CBb 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50 en CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, *AB* 2005/326.
212 CBb 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, r.o. 6.1.2. CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, *AB* 2005/326, zie r.o. 6.2.

uit 1998, zoals ook zou blijken uit een brief van KPN uit 2001. Tele2 (Versatel) heeft bij brief van 12 juni 2007 aan KPN meegedeeld dat zij haar FTA-tarieven voor verkeer per 1 juli 2007 zal verhogen. KPN heeft te kennen gegeven dat zij hier niet mee instemt.

Besluit. Bij besluit heeft OPTA geoordeeld dat KPN en Tele2 (Versatel) geen overeenstemming hebben bereikt over de verhoging van de FTA-tarieven van Tele2 (Versatel) en besloten dat de FTA-tarieven van Tele2(Versatel) jegens KPN met ingang van 1 juli 2007 niet hoger mogen zijn dan het niveau van de Beleidsregel conform vertraagde reciprociteit van 13 februari 2007 van OPTA.[213]

Beroep. In beroep stelt Tele2 (Versatel) zich op het standpunt dat OPTA op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw had moeten oordelen of het nieuwe tarief in strijd is met de Tw. KPN stelt echter dat Tele2, net als in de zaak uit 2005,[214] niet heeft betwist dat er geen overeenstemming is. Partijen dienen elk jaar opnieuw over de tarieven te onderhandelen en zij hebben onenigheid over de tarieven vanaf 1 juli 2007. Het CBB volgt dit standpunt en oordeelt dat er niet langer gesproken kan worden van wilsovereenstemming.[215] Er is sprake van een geschil op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw. Het geschil kan niet worden beoordeeld op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw omdat dat ziet op geschillen waarin wilsovereenstemming bestaat, maar partijen verschillen over de vraag of het resultaat van die wilsovereenstemming al dan niet in strijd is met het bij of krachtens de Tw bepaalde.[216]

Commentaar. Uit deze zaak volgt dat het feit dat partijen al zaken met elkaar doen, maar nog geen overeenstemming hebben bereikt met betrekking tot de vergoeding voor de interconnectie, ook kan leiden tot de situatie dat noch artikel 6.1 (6.1 lid 6 Tw), noch artikel 12.2 lid 1 noch lid 2 Tw van toepassing zijn zodat de ACM niet bevoegd is om kennis te nemen van het geschil. Een vergelijkbaar geval is de reeds in paragraaf 3.5.2.3, nr. 2 besproken, uitspraak Orange, Tele2, Telfort, T-Mobile & Vodafone/KPN. Er is geen overeenkomst en evenmin een bevoegdheid voor de ACM om regels te stellen aangezien er reeds sprake is van feitelijke interconnectie. Dit houdt in dat noch op grond van artikel 12.2 lid 1 noch op grond van lid 2 Tw een geschil door de ACM beslecht kan worden. Partijen zouden zich tot de civiele rechter kunnen wenden, maar ik sluit niet uit dat de civiele rechter zich eveneens onbevoegd zal verklaren omdat het stellen van regels met betrekking tot interconnectie tot de bevoegdheid van de ACM behoort. De ACM zal daarom mijns inziens haar bevoegdheid breder dienen op te vatten (zie hierover nader paragraaf 3.5.3.4).

213 OPTA 2 november 2004, OPTA/IBT/2004/203636 (KPN/Versatel).
214 CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, *AB* 2005/326.
215 CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, *AB* 2009/138, m.nt. van G.J.M. Cartigny, r.o. 6.1.1.
216 CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, *AB* 2009/138, m.nt. van G.J.M Cartigny.

(3) Orange/KPN, Verizon & Versatel

Casus. Het betreft in deze zaak een geschil tussen Verizon en Versatel enerzijds en een aantal mobiele aanbieders, waaronder Orange, anderzijds omtrent indirecte interconnectie en de daarbij behorende MTA-tarieven.[217] Er is reeds sprake van interconnectie en daar wordt ook voor betaald.

Besluit en bezwaar. OPTA heeft de tarieven die door Orange in rekening werden gebracht onredelijk hoog bevonden en lagere tarieven vastgesteld. In bezwaar zijn de beroepen gegrond verklaard en zijn lagere tarieven vastgesteld.[218]

*Beroep***.** De rechtbank overweegt dat OPTA ten onrechte haar besluit heeft gebaseerd op artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) aangezien partijen geen overeenstemming hebben bereikt over de aan de orde zijnde tarieven. In deze situatie is artikel 6.3 lid 1 Tw (oud) van toepassing en dient OPTA zelfstandig redelijke tarieven vast te stellen. De tarieven van 1 januari 2002 tot 1 januari 2004 hadden niet zonder inhoudelijke beoordeling mogen worden vastgesteld.[219]

Hoger beroep. Het CBB overweegt dat de onderhandelingsplicht in dit geval niet aan de orde is evenmin als artikel 6.3 lid 1 Tw (oud) (artikel 12.2 lid 1 Tw). Orange voert aan dat zij overeenkomsten met Verizon en Versatel heeft gesloten, waarin afspraken zijn gemaakt over de MTA-tarieven. Verizon en Versatel stellen echter (onweersproken) dat in deze overeenkomst uitdrukkelijk is bepaald, dat, indien OPTA bij geschilbesluit andere dan de door partijen afgesproken tarieven vaststelt, de door OPTA vastgestelde tarieven zullen gelden. Het CBB gaat ervan uit dat de overeenkomst tussen partijen een voorlopige regeling inhoudt die niet afdoet aan het (voort)bestaan van de geschillen tussen genoemde partijen.[220] Het CBB overweegt dat de door Verizon en Versatel met Orange getroffen regeling, zoals Verizon en Versatel zelf ook hebben benadrukt, niet kan worden aangemerkt als overeenkomst waarbij (definitief) overeenstemming is bereikt over de MTA-tarieven van Orange. Artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) (artikel 12.2 lid 2 Tw) is derhalve evenmin van toepassing aangezien daarvoor een overeenkomst vereist is. De rechtbank had in beroep nog geoordeeld dat er wel een overeenkomst is en dat OPTA bevoegd is om over het onderhavige MTA-geschil te oordelen.[221]

Commentaar. Net als in de zaak Tele2 (Versatel)/KPN is het onduidelijk waar partijen wel terecht zouden kunnen met hun geschil omtrent de tarieven.

217 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.
218 Kenbaar uit CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879.
219 Rb. Rotterdam 10 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6070.
220 CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, r.o. 5.3 en 5.12.2.
221 Rb. Rotterdam 13 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6087.

(4) KPN/BT & Verizon

Casus. OPTA heeft bij besluit in 2000 KPN aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht (AMM) op de markt voor huurlijnen. Op 26 september 2002 en 23 september 2003 hebben Verizon respectievelijk BT een interconnectieovereenkomst gesloten met KPN. Verizon en BT hebben aangegeven zich niet te kunnen verenigen met de door KPN gehanteerde tarieven. Op 11 juli 2003 en 20 november 2003 hebben Verizon respectievelijk BT op grond van artikel 6.3 lid 2 Tw (oud) OPTA verzocht regels te stellen over het door KPN ter beschikking stellen van interconnectie.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 15 december 2003 inzake Verizon en 26 februari 2004 inzake BT heeft OPTA gewijzigde tarieven vastgesteld. De aangevoerde verweren van KPN zijn in bezwaar ongegrond verklaard (respectievelijk 24 januari en medio juni 2005).[222]

Beroep. De rechtbank verklaart het beroep van KPN gegrond. De gedingen zijn er niet op gericht een oordeel van de rechtbank te verkrijgen over de vraag of de in rekening gebrachte tarieven correct zijn vastgesteld, maar de geschillen beperken zich tot de vraag of OPTA terecht heeft besloten dat KPN jegens Verizon en BT reeds vanaf 1 oktober 2002 de gewijzigd vastgestelde kostengeoriënteerde tarieven dient te hanteren.[223] KPN wordt niet gevolgd in haar standpunt dat OPTA zich enkel mag uitspreken over tarieven in de toekomst. Nu Verizon en BT van meet af aan hebben aangegeven dat zij niet instemden met de berekende tarieven waaronder KPN interconnectie aanbood, mag OPTA zich omtrent de tarieven uitlaten. Omdat OPTA echter tariefverplichtingen heeft opgelegd aan KPN, kan OPTA alleen tarieven vaststellen per 1 oktober 2002 die KPN niet in een nadeligere positie brengen dan het tariefbesluit.

Hoger beroep. In de uitspraak van het CBB d.d. 18 juli 2008 tussen KPN enerzijds en Verizon en BT anderzijds blijkt het CBB in een dergelijk geval *mede* te kiezen voor artikel 12.2 lid 2 Tw. Deze uitspraak betreft een geschil over het ontbreken van overeenstemming over de voorwaarden waaronder de interconnectie geleverd kan worden (lees: tarieven).[224] Over die voorwaarden bestaat tussen partijen geen overeenstemming. Verizon en BT hebben uitdrukkelijk tegen de door KPN gepresenteerde voorwaarden geprotesteerd. Het CBB acht het in een dergelijk geval toelaatbaar dat interconnectie wel tot stand wordt gebracht voordat overeenstemming wordt bereikt over de voorwaarden. Met een geschilprocedure kan overeenstemming alsnog achteraf worden bereikt (derhalve via lid 1).[225]

222 Kenbaar uit CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, *AB* 2008/295.
223 Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ0135.
224 CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, *AB* 2008/295.
225 CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, *AB* 2008/295, r.o. 7.1.

Commentaar. Opmerkelijk is dat het CBB er vanuit gaat dat het geschil *mede* onder artikel 12.2 lid 2 Tw valt.[226] Dit, terwijl er geen sprake is van overeenstemming. Kroes en Braeken achten het moeilijk met elkaar te verenigen dat een geschil zowel onder het eerste als het tweede lid valt.[227] Ik acht het eveneens moeilijk voor te stellen dat men kan zeggen dat er zowel sprake is van overeenstemming als van ontbreken van overeenstemming. Dit geldt temeer nu de criteria van lid 1 en lid 2 van artikel 12.2 Tw verschillen. Wel zouden bepalingen waarover overeenstemming is bereikt kunnen vallen onder lid 2 en bepalingen waarover geen overeenstemming is bereikt onder lid 1.

Uit de bovenstaande uitspraken volgt dat voor partijen die al zaken met elkaar doen, terwijl zij nog geen overeenstemming hebben bereikt of weer overeenstemming moeten bereiken over tarieven, artikel 12.2 lid 1 Tw, mits tijdig protest is aangetekend, de aangewezen weg is om een geschil aan de ACM voor te leggen.[228] Dit geldt eveneens als over de overige voorwaarden wel overeenstemming bestaat. Niet geheel duidelijk is echter wat in de uitspraak van KPN/BT & Verizon wordt bedoeld met een geschil dat *mede* onder lid 2 valt.

Wat opvalt is dat de ACM niet de wijze van totstandkoming van de oude overeenkomst onderzoekt en evenmin acht slaat op wat de overige omstandigheden en gedragingen van partijen zijn. Dit is ook het geval in de hierna te bespreken zaak KPN & Telfort/ Vodafone.

(5) KPN & Telfort/Vodafone

Casus. Vodafone heeft bij OPTA een verzoek tot prijsvaststelling ingediend nu het niet mogelijk is gebleken om met KPN overeenstemming te bereiken over MTA-tarieven. Het betreft het ontbreken van overeenstemming in een periode die ligt tussen twee periodes (Convenant I en Convenant II) waarover wel overeenstemming is bereikt.[229] Ook in dit geschil, aanhangig gemaakt op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw, tussen KPN en Telfort enerzijds en Vodafone anderzijds verschillen partijen van mening over de MTA-tarieven.[230]

Besluit. OPTA oordeelt dat Vodafone en KPN/Telfort geen overeenstemming hebben bereikt over het MTA-tarief gedurende de periode van 1 december 2006 tot 15 augustus 2007. Het tarief wordt vastgesteld op € 0,110 per minuut. OPTA heeft dit besluit genomen op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw. OPTA heeft overwogen dat uit de onderhandelingen die tot Convenant II hebben geleid geen overeenstemming kan worden afgeleid over de hoogte en de ingangsdatum van het MTA-tarief van Telfort in de geschilperiode.

226 CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, *AB* 2008/295, r.o. 7.2.1. Zie ook Kroes & Braeken 2009, p. 148.
227 Kroes & Braeken 2009, p. 148.
228 Zie ook Kroes & Braeken 2009, p. 148.
229 OPTA 21 januari 2010, OPTA/AM/2009/202776, 09.0255.21, zie r.o. 107.
230 OPTA 21 januari 2010, OPTA/AM/2009/202776, 09.0255.21.

Beroep. Het CBB overweegt dat een directe contractuele relatie tussen Vodafone en Telfort niet tot stand lijkt te zijn gekomen.[231] Niets wijst erop dat de aanbieders uitlatingen hebben gedaan over het feit dat er in de gewraakte periode overeenstemming bestond. De ACM was daarom op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw bevoegd tot beslechting van het geschil.[232]

Civiele rechter. KPN en Telfort hebben de vraag, of er een overeenkomst is, ook voorgelegd aan de civiele rechter.[233] De civiele rechter stelt zichzelf de vraag of dit antwoord al niet wordt gegeven door het CBB. De civiele rechter overweegt dat het er om gaat of het CBB bij de beoordeling van het door KPN ingestelde beroep een oordeel zal geven over de vraag of tussen Vodafone en KPN een overeenkomst tot stand is gekomen voor de desbetreffende periode. Een andersluidend uitgangspunt van het CBB zou tot doorkruising leiden van een uitspraak van de civiele rechter en dat moet voorkomen worden. De rechtbank acht het ondenkbaar dat het CBB geen inhoudelijk oordeel zal geven over de vraag of er een overeenkomst was of niet. KPN en Telfort zijn dan ook niet-ontvankelijk.

Toch geeft de rechtbank ten overvloede haar visie. De rechtbank oordeelt dat er voor de desbetreffende periode wel een overeenkomst tot stand is gekomen. Dit blijkt uit de mededeling die is gedaan door partijen tijdens de zitting van 14 juni 2006 bij het CBB. Deze overeenkomst houdt in dat partijen de in Convenant I vastgelegde MTA-tarieven niet zouden verhogen. Daarnaast overweegt de rechtbank dat deze overeenkomst geen verbintenis op KPN en/of Telfort legt terzake van het verlagen van de MTA-tarieven.

Commentaar. De civiele rechter is dus terughoudend aangaande de eigen bevoegdheid nu het CBB bevoegd is en naar haar inschatting zal oordelen over de vraag of er overeenstemming is bereikt of niet. De rechtbank beoordeelt in haar ten overvloede gegeven overweging de vraag of er een overeenkomst is bereikt, ruimer dan het CBB. Een overeenkomst is immers vormvrij en het is heel gebruikelijk dat er binnen de civielrechtelijke kaders gekeken wordt naar alle omstandigheden die kunnen bepalen of er sprake is van wilsovereenstemming.

3.5.3.4 Conclusie

Of een geschil beoordeeld dient te worden aan de hand van artikel 12.2 lid 1 of lid 2 Tw dient de ACM te bepalen aan de hand van de vraag of er overeenstemming is tussen partijen. Het verschil tussen deze leden is volgens de ACM relevant.[234] Om te bepalen of de ruimere toets van lid 1 dient te worden

231 CBb 25 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:90, r.o. 6.4.2.
232 CBb 25 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:90, r.o. 6.4.3.
233 Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0869.
234 OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/20120/201351, r.o. 60. De vaste lijn in de jurisprudentie is te vinden in de uitspraken van CBb, 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, r.o. 6.2.2, CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, r.o. 6.1.1-6.2.1 en CBb 12 januari 2009,

toegepast dan wel de terughoudende toets van lid 2, moet allereerst worden vastgesteld of er een overeenkomst is gesloten die betrekking heeft op een verplichting op grond van de Tw (artikel 12.2 lid 2 Tw).

Het verschil tussen de leden 1 en 2 van artikel 12.2 Tw is relevant omdat de ACM het belang van de contractvrijheid vooropstelt. Dit wordt onderstreept door de stellingname dat niet licht voorbij mag worden gegaan aan gemaakte afspraken. Het verschil tussen de leden 1 en 2 van artikel 12.2 Tw zou dit tot uitdrukking brengen. Bij de toepassing van lid 2 rijst de vraag of ook in het kader van lid 2, bij geconstateerde strijd met de Tw, regels gesteld mogen worden, zoals bij lid 1 het geval is. Strijdigheid met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw is immers het criterium van het tweede lid, maar regels stellen kan alleen op grond van lid 1. Immers, als geen sprake is van bijvoorbeeld een redelijk tarief, oordeelt de ACM dat er strijd is met de Tw (artikel 12.2 lid 2 Tw). Het tarief dient dan alsnog te worden vastgesteld.

Het CBB legt het verschil tussen lid 1 en lid 2 als volgt uit.[235] Het CBB stelt dat partijen die ervoor kiezen een overeenkomst te sluiten op basis van een ingevolge de Tw op hen rustende verplichting, daarmee de mogelijkheid prijsgeven om de ACM te vragen hun geschillen van inzicht daarover te beslechten. Het tweede lid zou daarop dan een uitzondering zijn, namelijk om de ACM te vragen of de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen in strijd zijn met hetgeen bepaald bij of krachtens de Tw.

De ACM is bij een verschil van inzicht over de te hanteren prijzen over het algemeen van oordeel dat er geen overeenstemming (meer) is. Dit geldt bijvoorbeeld ook bij eenzijdige wijzigingen in relatie tot de prijs, ervan uitgaand dat de overeenkomst niet voorziet in een regeling voor dat geval. Men kan zich afvragen of de ACM in een dergelijk geval bevoegd zou moeten zijn om via lid 1 te toetsen. Civielrechtelijk zou immers betoogd kunnen worden dat er wel sprake is van overeenkomst, zodat lid 2 in beeld komt. Ook kan men zich afvragen hoe groot de contractvrijheid is, als de ACM, na geconstateerde strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw, via lid 2 alsnog regels stelt waaraan partijen zich moeten houden.[236]

Een ander aspect is dat partijen, gezien de snelle ontwikkelingen in de branche, al vaak zaken met elkaar doen voordat er daadwerkelijk overeenstemming over de prijs is bereikt. Een partij die het niet eens is met de voorwaarden en toch samen met de andere partij daarvoor al interconnectie tot stand brengt, dient wel tijdig te protesteren en aan te geven dat zij het niet eens is met de voorwaarden waaronder de interconnectie tot stand komt. Het CBB gaat hier

---

ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AWB* 07/491, r.o. 6.4.1.

235 CBb 15 maart 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA0744, *Mediaforum* 2007/5, m.nt. A.Th. Meijer, p. 166-170, r.o. 3.3.1. Zie voor bespreking par. 3.5.3.2, nr. 1.

236 Zie voor de gevolgen van geconstateerde strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw par. 3.8.3.

blijkens de hiervoor besproken jurisprudentie echter niet altijd even consequent mee om.[237]

Een ander verschil in benadering tussen de ACM en de civiele rechter, zoals volgt uit KPN & Telfort/Vodafone,[238] is dat de civiele rechter niet alleen beoordeelt of er een schriftelijke overeenkomst is, maar ook de overige omstandigheden van het geval meeweegt om te beoordelen of er wilsovereenstemming is tussen partijen. De civiele rechter stelt zich echter terughoudend op indien hij van oordeel is dat de ACM dient te beslissen over het al dan niet bestaan van een overeenkomst, aangezien hij tegenstrijdige uitspraken wil vermijden.

Naar mijn mening zou gewenst zijn dat de ACM de civielrechtelijke benadering met betrekking tot het tot stand komen van overeenkomsten zou hanteren bij de vraag of er overeenstemming tussen partijen bestaat of niet. Dit betekent dat ook de omstandigheden van het geval, zoals verklaringen en gedragingen van partijen, meegewogen zouden worden. Immers op grond van artikel 3:33 jo 3:35 en 6:217 BW zijn wilsverklaringen vormvrij. De ACM zou dan eerder tot de conclusie kunnen komen dat er sprake is van overeenstemming, dus niet slechts in het geval dat een getekende schriftelijke overeenkomst bestaat. Deze benadering zou meer recht doen aan de bedoeling van partijen en daarmee aan de contractvrijheid. Ook kunnen hiermee mogelijke competentieproblemen tussen de ACM en de civiele rechter hiermee vermeden worden.

3.5.4 Inhoud van overeenkomsten

3.5.4.1 Inleiding

Een overeenkomst heeft de rechtsgevolgen die zijn overeengekomen (artikel 6:248 lid 1 BW). Dit volgt uit de contractvrijheid. Voorts worden de rechtsgevolgen bepaald door de wet, de gewoonte en de eisen van de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 en 2 BW). Primair komt het aan op de afspraken die partijen hebben gemaakt. Vaak komt de uitleg van de tekst van de geschreven overeenkomst overeen met de bedoeling van partijen. De uitleg van overeenkomsten is echter niet altijd onproblematisch. Geschreven woorden kunnen voor meer dan één uitleg vatbaar zijn. De wil van partijen zal in dergelijke gevallen vastgesteld dienen te worden aan de hand van de wilsvertrouwensleer (artikelen 3:33 en 3:35 BW). Uit het Haviltex-arrest[239] volgt dat bij de uitleg van een overeenkomst niet kan worden volstaan met een taalkundige benadering, maar dat het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomsten mochten toekennen en op

237 CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, *AB* 2008/295.
238 Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0869.
239 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*).

hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De mate van gewicht, zo volgt uit het Haviltex-arrest, die wordt toegekend aan de taalkundige betekenis van contractuele bepalingen hangt dus af van de betekenis die partijen er zelf aan geven, alsmede van de omstandigheden van het geval.[240] Dit neemt niet weg dat bij een schriftelijk contract de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoording vaak wel van groot belang zal zijn. Maar ook wanneer de taalkundige betekenis groot gewicht heeft, kunnen de overige omstandigheden nog tot een afwijkende uitleg leiden, waarbij de Haviltex-norm bepalend blijft.[241]

Aan hetgeen partijen rechtsgeldig kunnen overeenkomen zijn in de wet grenzen gesteld. Zo mag het overeengekomene niet in strijd zijn met de goede zeden of openbare orde (artikel 3:40 BW). Ook de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan beperkingen meebrengen. Als er echter sprake is van leemten in de overeenkomst, dan kan de redelijkheid en billijkheid ook een aanvullende werking hebben.

In de vorige paragraaf is beschreven dat de ACM en in hoger beroep het CBB, ook als partijen reeds zaken doen met elkaar en er een overeenkomst gesloten is omtrent bijvoorbeeld interconnectie, bij onenigheid over de wijzigingen van de tarieven toch oordeelt dat er sprake is van een geschil op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw. Men kan zich afvragen of deze visie, vanuit privaatrechtelijk oogpunt, juist is. Er is immers sprake van een overeenkomst, maar (één van de) partijen wenst het tarief te wijzigen of de overeengekomen periode te verlengen onder andere tariefvoorwaarden. De overeenkomst voorziet blijkbaar niet in een mogelijkheid tot tariefswijziging of aanpassing. Met toepassing van de Haviltex-formule zal de bedoeling van partijen uitgelegd dienen te worden om de vraag te beantwoorden hoe de tariefsverhoging binnen het bestaande contract is geregeld. Lacunes in het contract kunnen op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aangevuld worden.

3.5.4.2 Uitleg van overeenkomsten

In deze paragraaf zal worden bekeken hoe de ACM de uitleg van de overeenkomst hanteert. Met name wordt aandacht besteed aan de uitleg van de overeenkomst, gewijzigde omstandigheden en aanvulling van de overeenkomst.

240 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/372.

241 Zie HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*) resp. HR 5 april 2013, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

*Business-to-business*overeenkomsten

(1) Tele2/KPN

Casus. Tele2 (Versatel) heeft aangekondigd dat zij per 1 juli 2007 een tariefsverhoging met betrekking tot de FTA-tarieven gaat doorvoeren. De interconnectierelatie tussen KPN en Tele2 (Versatel) wordt beheerst door een ongetekende overeenkomst. In een vaststellingsovereenkomst van 2002 hebben partijen vastgelegd dat de interconnectieovereenkomst overigens wel geldt. In de overeenkomst is opgenomen dat een verzoek tot wijziging met betrekking tot de tarieven kan worden gedaan binnen zes weken na het eindigen van de 'vaste periode'. De 'vaste periode' is gesteld op één jaar.

Besluit. OPTA gaat, op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw over tot het vaststellen van de tarieven.[242] OPTA overweegt dat de afgesproken tarieven een geldigheid hebben van één jaar. OPTA begrijpt hieruit dat partijen telkens voor één jaar tarieven overeenkomen en dat de tarieven daarna opnieuw onderhandelbaar zijn.

Beroep. Het CBB gaat er in beroep ook van uit dat de tarieven niet langer uit de interconnectieovereenkomst voortvloeien.[243]

Commentaar. Een onderzoek naar de wil van partijen, rondom de contractsluiting, lijken OPTA noch het CBB te verrichten. OPTA stelt de tarieven conform haar beleidsregels vast. Dit zou als aanvulling van de overeenkomst gekwalificeerd kunnen worden.

Naar mijn mening heeft OPTA ook in de hierboven besproken zaak tussen KPN en Versatel,[244] waarover ook de civiele rechter zich heeft uitgelaten, geen nader onderzoek gedaan naar de wil van partijen.[245] OPTA, en later ook het CBB beslissen dat, in de tussenliggende periode tussen twee overeenkomsten, geen overeenstemming bestaat. Dit, terwijl de civiele rechter juist alle omstandigheden meeneemt en op grond daarvan overweegt dat wel sprake is van overeenstemming in de tussenliggende periode. Ten tijde van de uitspraak van de civiele rechter was er nog geen oordeel van het CBB terwijl het CBB, aldus de civiele rechter, diende te oordelen over de vraag of er een overeenkomst bestond of niet. De overwegingen betreffen dan ook slechts de visie van de civiele rechter. De civiele rechter heeft partijen immers niet-ontvankelijk verklaard in het verzoek om te bepalen of er sprake was van een overeenkomst in de tussenliggende periode, aangezien volgens de civiele rechter de beantwoording van deze vraag was voorbehouden aan de ACM.

---

242 OPTA 12 oktober 2007, 07.0170.21.

243 CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, *AB* 2009/138.

244 OPTA 21 januari 2010, OPTA/AM/2009/202776, 09.0225.21, besproken in par. 3.5.3.3 onder nr. 5.

245 Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0869, besproken in par. 3.5.3.3 onder nr. 5 onder commentaar.

Opgemerkt moet wel worden dat OPTA, in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van het CBB van 2 december 2008, een brief van KPN d.d. 6 juli 2001, waarop Tele2 (Versatel) zich beroept en die volgens Tele2 (Versatel) zou inhouden dat KPN op voorhand met (elke) tariefswijziging instemt, beoordeelt als een onwaarschijnlijke uitleg van de bedoeling van KPN en meent dat deze brief dient te worden bezien in het licht van onder meer de marktomstandigheden van 2001. Deze overweging zou wel kunnen worden gekwalificeerd als uitleg van de overeenkomst.[246]

(2) Tele2/KPN

Casus. Er is een interconnectieovereenkomst uit 1998 tussen KPN en Tele2. KPN heeft in deze kwestie betoogd dat de omstandigheden dusdanig zijn gewijzigd dat de overeenkomst niet meer ziet op de nieuwe feiten en dat deze interconnectieovereenkomst aangepast dient te worden. KPN wikkelde destijds, om interconnectie mogelijk te maken, haar verkeer af via zogenaamde PoP's[247] van Tele2 (ongeveer 20 stuks). Partijen zijn overeengekomen dat KPN, als zij zonder noodzaak een gesprek aflevert bij een PoP in een andere Access Area dan waar de abonnee van Tele2 (Versatel) gevestigd is, het landelijk gespreksafgiftetarief betaald moet worden, terwijl bij aflevering op de juiste PoP het regionale tarief van toepassing is. In de periode van 31 maart 2005 tot 31 januari 2006 heeft KPN het medegebruik van twintig PoPs opgezegd. Tijdens de procedure leverde KPN haar verkeer nog slechts af op de vier PoPs van Tele2. Daarnaast is er op 1 januari 2006 een nieuw marktanalysebesluit van kracht geworden op grond waarvan Tele2 (Versatel) gespreksafgifte dient aan te bieden tegen regionale afgiftetarieven in plaats van tegen de hogere nationale afgiftetarieven. KPN wenst dan ook wijziging van de overeenkomst. Er bestaat, volgens KPN, geen overeenstemming tussen KPN en Tele2 over de voorwaarden(tarieven) waaronder Tele2 ten behoeve van gespreksafgifte op haar netwerk toegang dient te verlenen tot de vier switches.

Besluit. OPTA oordeelt dat zij niet bevoegd is om uitspraak te doen op het verzoek van KPN.[248] OPTA overweegt dat de interconnectieovereenkomst niet in strijd is met het bepaalde bij of krachtens de Tw, meer specifiek met de marktanalyse en de beleidsregels inzake vertraagde reciprociteit van 18 april 2003 en later vervangen door de regels van 2007.

Beroep. KPN stelt dat OPTA ten onrechte heeft overwogen dat overeenstemming bestaat tussen KPN en Tele2 over de tarieven die Tele2 in rekening mag brengen voor het verkeer dat KPN aflevert op de vier switches van Tele2. Door de

246 Kroes & Braeken 2009, p. 150.

247 Point of Presence is een toegangspunt voor het internet. Dit is een inbelpunt waar de abonnees van een internet service provider op in bellen om toegang te krijgen tot het internet. De meeste providers hebben in iedere regio een inbelpunt, zodat tegen lokaal tarief kan worden ingebeld, http://www.telecomabc.nl/p/pop.html.

248 OPTA 24 mei 2007, G.05.07, in hoger beroep CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112.

wijziging van de feitelijke situatie is artikel 1.4.4.10 van Annex 1 bij de overeenkomst niet meer van toepassing. Ten tijde van de het tot stand komen van artikel 1.4.4.10 van Annex 1 leverde KPN nog verkeer af op 20 PoP's; nu nog op slechts vier. KPN heeft daarom dan ook verzocht om wijziging van de overeenkomst. Omdat geen overeenstemming meer bestond tussen KPN en Tele2 had OPTA op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw regels moeten stellen, aldus KPN.[249] Het CBB stelt vast dat Tele2 het standpunt van KPN, omtrent de obsolete overeenkomst, niet deelt. Het CBB oordeelt dat als partijen niet tot overeenstemming kunnen komen de civiele rechter een beslissing dient te nemen. Het is niet aan het CBB om te beslissen of er al dan niet overeenstemming bestaat en daarom moet van de interconnectieovereenkomst van 1998 worden uitgegaan.[250]

Commentaar. Cartigny vraagt zich bij deze uitspraak af of OPTA wel een beslissing had kunnen nemen als Tele2 en KPN het wel eens waren geweest over de vraag of de overeenkomst gewijzigd had moeten worden.[251] Volgens hem bedoelt het CBB wellicht dat – als beide partijen van mening zijn dat een tussen hen gesloten overeenkomst obsoleet is geworden – het bepaalde in artikel 12.2 lid 1 Tw van toepassing is en OPTA regels zou kunnen stellen.[252] Kroes en Braeken pleiten voor een doorbreking van de lijn van deze uitspraak, aangezien het toepassen van leerstukken als aanbod en aanvaarding of de aanvullende dan wel beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het verlengde liggen van artikel 12.2 Tw.[253] OPTA kan niet beoordelen of er overeenstemming is zonder deze leerstukken daarbij te betrekken. Dat deze leerstukken niet buiten beschouwing gelaten kunnen worden, zij het dat dit gebeurt binnen de 'veilige' marge van een ondertekend document, wordt in mijn ogen bevestigd door de nu te bespreken zaak tussen Barablu en KPN.[254]

(3) Barablu/KPN

Casus. KPN en Barablu hebben met betrekking tot interoperabiliteit verschillende overeenkomsten gesloten. Deze overeenkomsten strekken er onder meer toe de verplichting van het tot stand brengen en waarborgen van eind- tot eindverbindingen nader in te vullen. Het betreft een modelovereenkomst. Op 14 december 2007 hebben Barablu en KPN een *side letter*, behorende bij de modelovereenkomst, ondertekend. In artikel 4.3 van de *side letter* wordt de maximale hoogte van de tarieven voor mobiele gespreksafgifte die Barablu bij KPN in rekening mag brengen geregeld. Partijen verschillen van mening over in hoever-

249 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, r.o. 4.1.
250 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, r.o. 6.1.3.
251 G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, zie punt 5.
252 G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, zie punt 5.
253 Kroes & Braeken 2009, p. 151.
254 OPTA 11 maart 2009, OPTA/AM/2009/200537, 08.0271.21.

re over artikel 4.3 van die *side letter* overeenstemming is bereikt en een overeenkomst tot stand is gekomen.

Besluit. Barablu stelt dat geen overeenstemming bestaat over een artikel uit een *side letter* met betrekking tot de verhoging van tarieven. OPTA oordeelt dat de *side letter* is ondertekend door beide partijen. Barablu heeft weliswaar vóór ondertekening per fax en e-mail geprotesteerd, maar toch de *side letter* zonder voorbehoud getekend. Barablu heeft niet geprotesteerd op het moment van daadwerkelijke facturering en daarnaast pas na 10 maanden een procedure bij OPTA aangespannen.[255] Op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw oordeelt OPTA dat er geen strijd is met het bij of krachtens de Tw bepaalde.

Commentaar. Met Cartigny ben ik eens dat de grens tussen de gevallen waarin de ACM een geschil kan beslechten en de gevallen waarin men zich tot de civiele rechter dient te wenden vaag is.[256] Het lijkt mij bovendien onwenselijk dat een partij eerst naar de civiele rechter dient te gaan voor uitleg, wijziging of aanvulling van een overeenkomst, om vervolgens een procedure bij de ACM te starten om te laten beoordelen of er sprake van strijd met hetgeen is bepaald in de Tw.

(4) KPN/CM-Telecom

Casus. CM exploiteert een sms-platform en biedt aan onder andere banken, ziekenhuizen en energiebedrijven sms-diensten aan. Klanten van CM kunnen per sms communiceren met de eindgebruikers op het netwerk van KPN en omgekeerd. CM neemt dan ook sms-diensten af van KPN. De beëindiging van deze Premium MO-sms-dienst was voor CM aanleiding om met KPN in overleg te treden over een door KPN aan CM te betalen vergoeding per sms afkomstig van eindgebruikers op het netwerk van KPN en gericht aan klanten van CM. Partijen kunnen echter niet tot overeenstemming komen.[257] In een eerder besluit van 5 juni 2012 heeft OPTA geoordeeld dat OPTA niet bevoegd is om kennis te nemen van het geschil op grond van artikel 6.2 Tw (regels stellen omtrent interconnectie).[258] Er is reeds sprake van interconnectie. Naar aanleiding van het besluit van 5 juni 2012 heeft KPN met toepassing van artikel 13.04 van de tussen CM en KPN geldende Raamovereenkomst de abonnementskosten voor shortcodes verhoogd van € 230 naar € 380 per maand. CM heeft onder protest de verhoging aanvaard. In deze procedure wordt het geschil tussen CM en KPN aan OPTA voorgelegd op grond van artikel 12.2 Tw.

Besluit. CM heeft OPTA verzocht te beslissen dat de tariefverhogingen ongedaan moeten worden gemaakt omdat KPN in strijd handelt met de op grond van

255 OPTA 11 maart 2009, OPTA/AM/2009/200537, 08.0271.21, r.o. 58 e.v.
256 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, m.nt. G.J.M. Cartigny, zie punt 5.
257 Zie ook par. 3.5.2.3 voor deze uitspraak. Het betreft hier echter een tweede vervolg beroep bij het CBb.
258 OPTA 5 juni 2012, OPTA/AM/2012/200724. Zie ook par. 3.5.2.3.

de Tw en in het bijzonder op grond van het besluit van 5 juni 21012 op haar rustende verplichtingen inzake operabiliteit. Bij besluit van 16 mei 2013 heeft OPTA beslist op het verzoek van CM.[259] OPTA heeft beslist op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw dat KPN niet heeft gehandeld in strijd met bij of krachtens de Tw op haar rustende verplichtingen. Het verzoek van CM om te beslissen dat de tariefsverhogingen ongedaan gemaakt moeten worden is dan ook afgewezen.

Beroep. Deze zaak bij het CBB is een vervolg op de uitspraak van het CBB gedaan op dezelfde dag met betrekking tot artikel 6.1 en 6.2 Tw.[260] In die uitspraak heeft het CBB geoordeeld dat de (inmiddels) ACM op grond van artikel 6.2 Tw niet bevoegd is om prijzen vast te stellen omdat de interconnectie reeds gewaarborgd is. De vraag die in deze uitspraak centraal staat is of op grond van artikel 12.2 lid 1 of 2 Tw een oordeel gegeven moet worden over de tariefsverhoging.

In beroep betoogt CM dat de ACM niet op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw had mogen oordelen over het geschil. De ACM is er ten onrechte vanuit gegaan dat sprake is van overeenstemming over de MO-vergoeding in de vorm van de Raamovereenkomst tussen partijen, aldus CM. De ACM had, volgens CM, het geschil moeten beslechten op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw of artikel 6.2 Tw.

De ACM voert aan dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt dat KPN op grond van artikel 13.04 van de Raamovereenkomst een tweetal tariefverhogingen heeft doorgevoerd. Het onderhavige geschil heeft betrekking op de Raamovereenkomst.

Het CBB stelt vast dat KPN en CM een overeenkomst over *wholesale* smsdienstverlening hebben gesloten. Op grond van deze overeenkomst mag KPN eenzijdig tariefverhogingen doorvoeren. Als CM het hier niet mee eens is mag zij de overeenkomst opzeggen. CM heeft de overeenkomst na doorvoering van de tariefverhoging niet opgezegd, zodat een geschil als bedoeld in artikel 12.2 lid 2 Tw aan de orde is. De vraag betreft of artikel 13.04 van de Raamovereenkomst strijdig is met het bij of krachtens de Tw bepaalde. Voor zover KPN en CM een geschil hebben over de uitleg van de Raamovereenkomst kunnen zij die vraag zo nodig aan de civiele rechter voorleggen. Voor de ACM vormt dat geen belemmering om vast te stellen dat partijen een overeenkomst hebben gesloten. De ACM heeft volgens het CBB terecht geoordeeld dat de aanvraag tot geschilbeslechting op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw diende te worden beoordeeld.

Commentaar. Het CBB overweegt dat partijen een geschil over de uitleg van de overeenkomst voor kunnen leggen aan de civiele rechter. Dat er een meningsverschil bestaat over de inhoud en/of uit de uitleg van de overeenkomst vormt voor de ACM echter geen belemmering om vast te stellen dat een overeenkomst

259 Besluit kenbaar uit CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324.

260 CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324, *AB* 2014/424, m.nt. W. Sauter. Zie voor CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:323, *AB* 2014/423, m.nt. W. Sauter, besproken in par. 3.5.2.3

bestaat. Het CBB verwijst hierbij naar de uitspraak tussen KPN en Tele2 van 12 januari 2009.[261]

Kennelijk acht de ACM zich gehouden om van de inhoud van de overeenkomst uit te gaan totdat de civiele rechter zich hierover heeft uitgelaten.[262] De bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en de ACM is echter niet altijd even duidelijk, zoals blijkt uit de uitspraak van 12 januari 2009.[263]

Consumentenovereenkomsten

Met betrekking tot eindgebruikersbelangen lijkt de ACM wel de privaatrechtelijke jurisprudentie zwaarder te laten wegen, zoals zal blijken uit de hierna te bespreken uitspraken.

(5) Telfort

Casus. In deze zaak komt, in relatie tot de vraag of Telfort een overtreding heeft begaan op grond van artikel 7.2 Tw, de vraag aan de orde het één overeenkomst ('Internet + Vast Bellen') betreft of dat er twee losse overeenkomsten zijn ('Internet' en 'Vast Bellen'). Telfort heeft de tarieven voor consumenten verhoogd. Op grond van artikel 7.2 Tw dient een aanbieder een eindgebruiker, in geval een overeenkomst wordt gewijzigd, de mogelijkheid te geven om de overeenkomst kosteloos te beëindigen gedurende een periode van vier weken. In casu betreft het een (gecombineerd) abonnement op een internetdienst en internettelefoniedienst ('Internet + Vast Bellen'). Per e-mail en op haar website heeft Telfort de klanten geïnformeerd over de voorgenomen tariefsverhoging van de dienst internettelefonie. Bij OPTA zijn echter klachten binnengekomen dat klanten alleen de dienst internettelefonie konden beëindigen en niet de dienst internet. OPTA heeft aangegeven dat Telfort haar klanten in de gelegenheid moet stellen om de overeenkomst ten aanzien van beide diensten kosteloos te beëindigen. Telfort betwist echter dat er verbondenheid bestaat tussen het internetabonnement en het internet-telefonieabonnement waardoor de abonnee het recht zou hebben om ook het internetabonnement te beëindigen bij de wijziging van de prijs van het internettelefonie abonnement. De vraag is dan ook of het beëindigingsrecht van artikel 7.2 Tw geldt voor alleen internettelefonie of dat het de gehele overeenkomst betreft.

Besluit. OPTA overweegt dat de definitie van een overeenkomst te vinden is artikel 6:213 BW.[264] Om vast te stellen welke gevolgen partijen mogen verbinden aan door hen gemaakte afspraken, moeten deze afspraken worden uitgelegd. OPTA verwijst hierbij uitdrukkelijk naar het Haviltex-arrest[265] en over-

261 CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, m.nt. G.J.M. Cartigny, besproken in par 3.5.4.2 onder nr. 2.

262 Zie W. Sauter in zijn noot onder CBB 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324, *AB* 2014/424.

263 G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112.

264 OPTA 22 oktober 2009, OPTA/ACNB/2009/202753, 09.0181.34.

265 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*).

> weegt dat niet slechts met een zuivere taalkundige benadering kan worden volstaan. Er moet in het concrete geval gekeken worden naar de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan het overeengekomene mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het antwoord op de onderhavige vraag of er sprake is van één of twee overeenkomsten dient te worden beantwoord aan de hand van de vraag of de abonnee in de gegeven omstandigheden mocht verwachten dat hij één overeenkomst zou aangaan voor de levering van de diensten internet en internettelefonie. Hier zijn, aldus OPTA, alle omstandigheden van het geval van belang (vergelijk Pensioenfonds DSM/Fox).[266]
>
> OPTA oordeelt dat de abonnee destijds heeft gekozen voor het gelijktijdig afnemen van de diensten 'internet' en 'internettelefonie' en dat hij op grond daarvan mocht verwachten dat hij één overeenkomst aan zou gaan op grond waarvan hij beide diensten geleverd zou krijgen. Verder biedt Telfort de diensten aan tegen één prijs en draagt het aanbod de naam 'Internet + Vast bellen'. Telfort wekt de suggestie dat het gaat om één overeenkomst. Het verweer van Telfort dat het feitelijk/technisch om twee bestelprocedures gaat doet hier niet aan af, nu het achterliggende proces voor de abonnee niet inzichtelijk is.

3.5.4.3 Conclusie

De ACM lijkt (grote) terughoudendheid te betrachten als het aankomt op de uitleg aan de hand van de bedoeling van partijen bij onduidelijkheden omtrent bepalingen in contracten. Dit geldt ook voor de aanvulling van contracten en voor situaties waarin één van de partijen van mening is dat de situatie dusdanig gewijzigd is, dat er niet zomaar meer van deze overeenkomst mag worden uitgegaan. De ACM acht zich niet bevoegd om hierover te oordelen en verwijst partijen dan naar de civiele rechter. Dit lijkt mij een onwenselijke situatie. Immers partijen dienen zich dan te wenden tot de civiele rechter met het verzoek de overeenkomst uit te leggen of aan te vullen waarna zij zich vervolgens weer zouden kunnen wenden tot de ACM, om een oordeel te geven over de vraag of een bepaling al dan niet in strijd is met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. Daar komt nog bij dat de ACM dan in de lijn van de onderliggende overeenkomst, die mogelijk inmiddels niet meer beantwoordt aan de actuele situatie, uitspraak doet. Gezien de dynamische markt is deze situatie onwenselijk. De civiele vragen worden dan geparkeerd door de ACM bij de civiele rechter en tegen de tijd dat deze vragen door de civiele rechter zijn beantwoord is de marktsituatie dusdanig gewijzigd dat partijen achter de feiten aan lopen, zeker gezien de vaak korte geldigheidsduur van tariefafspraken (één jaar).

Het voorgaande geldt eveneens voor gevallen waarin partijen reeds zaken met elkaar doen, maar waarin de prijs (opnieuw) moet worden vastgesteld.

---

266 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*).

De ACM en de civiele rechter komen in de zaak tussen Tele2 (Versatel) en KPN echter wel tot een verschillende uitkomst.[267] Het verschil ligt met name hierin dat de civiele rechter ook andere omstandigheden meeweegt dan uitsluitend een schriftelijke overeenkomst. De ACM dient daarom op dit punt de privaatrechtelijke jurisprudentie dan ook niet uit het oog te verliezen. Ook dient meer rekening te worden gehouden met de wijze waarop partijen in het verleden tot overeenstemming kwamen. Op deze manier zou bovendien meer recht worden gedaan aan het beginsel van de contractvrijheid.

Voor geschillen over de inhoud en/of uitleg van de overeenkomsten dienen partijen hun verschil van inzicht aan de civiele rechter voor te leggen. Voor de ACM is een verschil van inzicht van partijen over de uitleg van de overeenkomst geen belemmering om vast te stellen dat er een overeenkomst bestaat.

Bij de beoordeling of er een overeenkomst bestaat en wat de inhoud van deze overeenkomst is en/of hoe deze dient te worden uitgelegd dient de ACM zijn bevoegdheden breder op te vatten om zo langdurige procedures bij zowel de civiele rechter als de ACM te voorkomen. Hiermee neemt de ACM wel privaatrechtelijke taken op zich en krijgt de handhaving nog meer een gemengd of 'hybride' karakter.[268]

In zijn rol als toezichthouder met betrekking tot de eindgebruikersbelangen lijkt de ACM echter minder moeite te hebben met de privaatrechtelijke benadering: de ACM slaat acht op de bedoeling van partijen, er wordt zelfs verwezen naar de Haviltex-norm en naar andere privaatrechtelijke jurisprudentie omtrent de uitleg van overeenkomsten.[269]

3.5.5 Einde van overeenkomsten

3.5.5.1 Inleiding

De ACM kan ook in relatie tot overeenkomsten met eindgebruikers een besluit nemen over het einde van overeenkomsten.[270]

In hoofdstuk 7 van de Tw zijn twee artikelen opgenomen die de opzegging van de overeenkomst tussen een aanbieder en een consument regelen aangaande de levering van een elektronische communicatiedienst of programmadienst. Artikel 7.2 lid 1 Tw bepaalt dat een toekomstige wijziging op genoegzame

267 Zie par. 3.5.4.2, nr. 1.
268 Zie ook par. 3.9 en 6.3.7.4 en 6.4.4.
269 Zie par. 3.5.4.2, nr. 5.
270 Deze paragraaf ziet derhalve niet op het einde van overeenkomsten tussen twee marktpartijen.

wijze wordt meegedeeld en dat de consument in de gelegenheid wordt gesteld om de overeenkomst kosteloos op te zeggen.[271]

In artikel 7.2a Tw wordt een regeling gegeven over de duur en de opzegging van overeenkomsten. In dit artikel is bepaald dat de overeenkomst tussen een eindgebruiker (dus niet alleen consumenten) en een aanbieder te allen tijde kosteloos kan worden opgezegd.[272] In het tweede lid is geregeld dat een consument (dus niet alle eindgebruikers) de mogelijkheid wordt geboden om een overeenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan van één jaar. Met betrekking tot de levering van openbare elektronische communicatiediensten of programmadiensten bedraagt de looptijd maximaal 24 maanden (tweede lid). Een overeenkomst kan worden verlengd of opnieuw worden afgesloten mits de consument de overeenkomst bij verlenging of vernieuwing te allen tijde kosteloos kan opzeggen.[273] Deze opzegtermijn mag niet langer dan een maand bedragen (derde lid).
Per 1 januari 2013 is nog een vierde lid toegevoegd aan artikel 7.2a Tw. Dit artikellid ziet voornamelijk op starttarieven en het in rekening brengen van gesprekstarieven.

In het BW zijn eveneens meerdere bepalingen over opzegging van (duur)overeenkomsten te vinden die op abonnementen tussen consumenten en providers van toepassing kunnen zijn. Zo bepaalt artikel 6:237 sub k BW dat overeenkomsten tot het geregeld afleveren van zaken voor bepaalde tijd met een duur van langer dan een jaar worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn, tenzij de wederpartij de bevoegdheid heeft de overeenkomst te allen tijde op te zeggen. Artikel 7.2a Tw sluit de toepasselijkheid van artikel 6:237

271 Artikel 7.2 lid 1 Tw: 'Ten minste vier weken voordat een voorgenomen wijziging van een beding dat is opgenomen in de overeenkomst van kracht wordt:
a. biedt een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst de abonnee de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen, en
b. stelt de aanbieder de abonnee op genoegzame wijze op de hoogte van de inhoud van de voorgenomen wijziging en van de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen.'

272 Artikel 7.2a lid 1 Tw: 'De overeenkomst tussen een aanbieder en een consument met betrekking tot de levering van een elektronische communicatiedienst of programmadienst die is aangegaan voor een onbepaalde duur, kan door de consument te allen tijde kosteloos worden opgezegd.'

273 Artikel 7.2a lid 2 Tw: 'Een aanbieder biedt een eindgebruiker de mogelijkheid een overeenkomst voor een bepaalde duur met een looptijd van ten hoogste twaalf maanden aan te gaan. De overeenkomst tussen een aanbieder en een consument met betrekking tot de levering van een openbare elektronische communicatiedienst of programmadienst kan worden aangegaan voor een bepaalde duur, waarbij de looptijd ten hoogste 24 maanden bedraagt. De overeenkomst tussen een aanbieder en een consument met betrekking tot de levering van een elektronische communicatiedienst of programmadienst die is aangegaan voor een bepaalde duur, kan na verloop van die duur stilzwijgend worden verlengd of vernieuwd, mits de consument de overeenkomst hierna te allen tijde kosteloos kan opzeggen'.

sub k BW echter niet uit.[274] Waar dat toe leidt is niet geheel duidelijk. Betekent dit dat een overeenkomst van twee jaar in het kader van telefonie niet onredelijk bezwarend zou zijn? Houben wijst er op dat wellicht sectorspecifieke wetgeving voorrang zou kunnen hebben, maar zij meent dat dit niet de bedoeling is van artikel 7.2a Tw omdat in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk staat dat artikel 7.2a Tw artikel 6:237 sub k BW onverlet laat.[275]

De opzegging van een abonnement kan ook nog worden gebracht onder de regeling van de overeenkomst van opdracht, meer in het bijzonder artikel 7:408 BW.[276] Artikel 7:408 lid 3 BW bepaalt dat consumenten geen schadevergoeding verschuldigd zijn bij gebruikmaking van hun opzegbevoegdheid. Dit artikel is van dwingend recht. Er is jurisprudentie omtrent het voortijdig beëindigen van een telecom-abonnement met gratis toestellen in relatie tot 6:237 sub k en 7:408 BW.[277] Tussentijdse beëindiging na een beroep op artikel 6:237 sub k BW sluit een schadevergoeding ex artikel 6:277 BW niet uit.[278] Dit zou anders kunnen zijn bij artikel 7:408 BW. Een telecomprovider zou wel ex artikel 7:411 lid 1 BW recht op een deel van het 'loon' houden. Eén en ander betekent dat er mogelijk drie relevante regelingen van toepassing zijn op de beëindiging van een telefoonabonnement. De regelingen verbinden aan de beëindiging wel verschillende gevolgen. In deze paragraaf zal alleen aandacht worden besteed aan de opzegmogelijkheden in de Tw.

3.5.5.2 Opzegmogelijkheden in de Telecommunicatiewet

De opzegmogelijkheden in de Tw hebben tot doel het makkelijker te maken voor de consument om over te stappen naar een andere aanbieder.[279] Het doel van de regeling is dan ook tweeledig, enerzijds consumentenbescherming en anderzijds het bevorderen van de concurrentie op de markt.[280] De ACM heeft met betrekking tot deze bepalingen een duidelijke rol als toezichthouder. Dit betekent dat de ACM niet alleen op grond van klachten van consumenten of belangenbehartigers van consumenten, maar ook op grond van klachten

274 *Kamerstukken II* 2010/11, 32549, nr. 3, p. 61.
275 I.S.J. Houben, 'Opzegging van overeenkomsten in de telecom- en energiesector. Een illustratie van regulatory contract law', *WPNR* 2011/6904, p. 889.
276 Zie hierover Houben 2011, p. 889.
277 Zie onder meer Rb. Den Haag, sector kanton, locatie Gouda, 8 maart 2007, *TvC* 2008/5, p. 199; Rb. Haarlem, sector kanton, locatie Zaandam, 26 juni 2008, *TvC* 2008/5, m.nt. M.B.M. Loos, p. 199; Hof Amsterdam 3 augustus 2010, *TvC* 2011/1, p. 19.
278 Rb. Haarlem, sector kanton, locatie Zaandam, 26 juni 2008, *TvC* 2008/5, m.nt. M.B.M. Loos, p. 201.
279 *Kamerstukken II* 2010/11, 32549, nr. 3, p. 61. Dit volgt ook uit de Universele dienstrichtlijn, 2002/22/EG, gewijzigd door de Richtlijn burgerrechten (Richtlijn 2009/136/EG, *PbEU*, L 337/11).
280 Zie Houben 2011, p. 888.

van concurrenten onderzoek kan doen en sancties kan opleggen. Uit de volgende zaak tussen OPTA tegen KPN blijkt duidelijk dit tweeledige doel.[281]

(1) KPN

Casus. KPN heeft haar abonnees met een dienst Zakelijk BelBasis in november 2010 een brief verzonden waarin zij tariefwijzigingen aankondigde. Onder andere Tele2 heeft de ACM verzocht om handhavend op te treden tegen KPN, omdat KPN haar abonnees onjuist en onvolledig heeft geïnformeerd over de gevolgen van de tariefswijzigingen, over de contractduur en de automatische verlenging. Daarnaast mag KPN, aldus onder andere Tele2, klanten niet binden door een zogenaamde negatieve opt-out. OPTA is een onderzoek gestart en concludeert, nadat KPN in maart 2011 een aanvullende brief heeft gestuurd aan de abonnees, dat de overtreding is beëindigd. Tele2 e.a. maken bezwaar waarna OPTA nadere informatie heeft opgevraagd bij KPN. Uit deze informatie volgt dat KPN haar abonnees niet de mogelijkheid heeft gegeven om de overeenkomst, op grond van artikel 7.2 Tw, binnen vier weken kosteloos te beëindigen. Naar aanleiding van een handhavingsverzoek heeft OPTA onderzoek gedaan naar de door KPN geboden opzegmogelijkheid als gevolg van wijzigingen in de tarieven en de contractduur. KPN heeft in de periode van 15 oktober 2010 en 30 november 2010 haar klanten die de dienst Zakelijk BelBasis afnemen geïnformeerd over een aantal wijzigingen die per 1 januari 2011 zouden worden doorgevoerd. In de periode van 2 maart 2011 tot en met 4 maart 2011 heeft KPN haar abonnees aanvullend geïnformeerd over de nieuwe situatie en over de mogelijkheid om alsnog gedurende vier weken de overeenkomst kosteloos te beëindigen.

Besluit. OPTA oordeelt bij besluit van 31 augustus 2011 dat KPN artikel 7.2 Tw heeft overtreden. OPTA legt, met het oog op het algemeen belang (de bescherming van consumenten) dat met handhaving is gediend, een last onder dwangsom op.[282] De last is erop gericht dat KPN uiterlijk op 7 september 2011 minimaal 95% van de abonnees en uiterlijk 30 september 2011 alle abonnees die als gevolg van de maart brief hun Zakelijk BelBasis abonnement hebben opgezegd, schadeloos heeft gesteld. Bij besluit van 17 oktober 2011 heeft OPTA op de bezwaren van Tele2 e.a. beslist en overwogen dat KPN artikel 7.2 Tw heeft overtreden.[283] Bij besluit van 11 december 2012 heeft OPTA KPN een tweetal boetes opgelegd van in totaal € 275.000 wegens overtreding van artikel 7.2 lid 1 sub a en b Tw.

Bezwaar. KPN heeft in het besluit berust, maar is wel opgekomen tegen de invordering van de verbeurde dwangsom van € 100.000. Bij besluit van 29 februari 2012 is dit bezwaar gegrond verklaard, aangezien KPN bij nader inzien

281 OPTA 31 augustus 2011, OPTA/ACNB/2011/201992, 11.0188.34.
282 OPTA 31 augustus 2011, OPTA/ACNB/2011/201992. Het invorderingsbesluit dateert van 25 oktober 2011, OPTA/ACNB/2011/202195.
283 OPTA 17 oktober 2011, OPTA/ACNB/2011/202229.

maar € 25.000 aan dwangsommen heeft verbeurd. KPN heeft de last opgelegd gekregen omdat zij niet tijdig is overgegaan tot het kosteloos beëindigen van de abonnementen van de abonnees die daar gebruik van wilden maken.[284]

Bij besluit van 11 juni 2013 heeft OPTA het bezwaar van KPN tegen de bestuurlijke boete deels gegrond verklaard.

Beroep. Het toezenden van facturen na aanvang van de in artikel 7.2 Tw bedoelde vier weken speelt een rol bij de vraag of artikel 7.2 lid 1 sub a Tw is nageleefd. Naar het oordeel van de rechtbank moet de facturering van opzeggingskosten die in een groot aantal gevallen heeft plaatsgehad dan ook worden gezien als het in die gevallen teniet doen van een eerder aanbod tot het kosteloos opzeggen van het abonnement.[285] De rechtbank is dan ook van oordeel dat het factureren van opzeggingskosten na opzegging van het contract naar aanleiding van de novemberbrief een overtreding is van artikel 7.2 Tw.[286]

Vervolg. KPN heeft in 2013 wederom een last onder dwangsom opgelegd gekregen op grond van overtreding van artikel 7.2 Tw voor het niet volledig informeren van de Zakelijk BelBasis abonnees over de gevolgen van tariefswijzigingen en de opzegmogelijkheden.[287]

(2) Telfort

Casus. De Consumentenbond heeft een handhavingsverzoek ingediend bij OPTA. De Consumentenbond heeft OPTA erop gewezen dat CompuServe en Telfort bij het overzetten van abonnees van CompuServe naar Telfort zich niet hebben gehouden aan artikel 7.2 lid 1 sub b Tw, door het schenden van de plicht tot het tijdig informeren omtrent een wijziging en het bieden van het beëindigingsrecht. Na een onderzoek in opdracht van OPTA wordt geconstateerd dat bij de overgang wijzigingen zijn aangebracht in de abonnementen die aantoonbaar niet in het voordeel zijn van de abonnees. De abonnees zijn noch tijdig geïnformeerd over de wijzigingen, noch is daadwerkelijk gewezen op het beëindigingsrecht. CompuServe heeft op 19 oktober 2009 haar abonnees een brief gestuurd waarin mededeling werd gedaan van de overname door Telfort. Daarin werd gewezen op het beëindigingsrecht. Pas op 7 december 2009 stuurt Telfort de abonnees van CompuServe, die geen gebruik hebben gemaakt van het beëindigingsrecht, een brief waarin onder meer mededeling wordt gedaan van het starttarief.

Besluit. KPN[288] en Telfort betogen dat artikel 7.2 Tw niet van toepassing is, omdat ten eerste sprake zou zijn van een nieuwe overeenkomst en ten tweede

284 OPTA 29 februari 2012, OPTA/ACNB/2012/200363.
285 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7139.
286 De rechtbank geeft ook een oordeel over het opleggen van een boete nadat er al een dwangsom is opgelegd. Dit kan niet omdat er geen sprake is van een nieuwe overtreding. Ik laat dit verder buiten beschouwing.
287 Zie ACM 4 december 2013, ACM/DC/2013/203436_OV.
288 Telfort behoort tot de groepsmaatschappijen van KPN, het is een 100% dochter.

omdat geen sprake is van een eenzijdige wijziging, maar van een tweezijdige wijziging vanwege het aangeboden beëindigingsrecht in de brief van CompuServe.[289] OPTA overweegt dat het een contractovername en derhalve geen nieuwe overeenkomst betreft. Dit wordt afgeleid uit verklaringen van KPN op de hoorzitting. Van een tweezijdige wijziging is ook geen sprake omdat overgenomen abonnees slechts stilzwijgend hebben kunnen instemmen met het feit dat Telfort de nieuwe aanbieder werd. Omdat de abonnees niet op genoegzame wijze (immers pas nadat de overname al een feit was) waren geïnformeerd over het starttarief, konden zij deze wijziging ook niet betrekken bij hun keuze om al dan niet het abonnement kosteloos te beëindigen en is er dus geen stilzwijgende instemming of tweezijdige wijziging. Pas in de brief van 7 december 2009 wordt melding gemaakt van het starttarief. De opzeggingsmogelijkheid in de brief van 19 oktober 2009 was toen al verlopen. Hierop ziet juist artikel 7.2 Tw. OPTA is dan ook van oordeel dat Telfort heeft gehandeld in strijd met artikel 7.2 lid 1 sub a Tw. Omdat Telfort in de eerste week van februari 2010 de overgenomen abonnees alsnog per e-mail op de hoogte heeft gesteld en de mogelijkheid heeft geboden om op te zeggen, heeft de overtreding twee maanden geduurd. OPTA legt daarom ook een gematigde boete op. De hoogte van de boete bedraagt € 40.000 wegens overtreding van artikel 7.2 lid 1 sub a Tw.

Commentaar. Een wijziging van slechts één van de diensten waarop de overeenkomst ziet kan betekenen dat de gehele overeenkomst opgezegd moet kunnen worden en niet slechts die ene dienst waarop de wijziging ziet. Dit zagen we in de reeds besproken zaak tussen Telfort en OPTA.[290] In die zaak gaat het om een overeenkomst die zowel ziet op de dienst internet als internettelefonie. Slechts de tarieven van internettelefonie werden verhoogd. Omdat Telfort een gecombineerd abonnement aanbood onder één prijs voor beide diensten en het aanbod de naam '*Internet + vast bellen*' draagt is OPTA van mening dat er sprake is van een overeenkomst die in zijn geheel opgezegd moet kunnen worden. Overigens geldt het voorgaande niet voor elke wijziging. Wijzigingen in het voordeel van de abonnee vallen hier buiten. Eveneens moet het gaan om voor de abonnee van belang zijnde wijzigingen. In het Beoordelingskader 2010 artikel 7.2 Tw is expliciet aangegeven dat artikel 7.2 Tw redelijk moet worden uitgelegd zowel voor de aanbieder als voor de abonnee.[291]

3.5.5.3 Conclusie

De opzeggingsmogelijkheid die een aanbieder op grond van de Tw aan eindgebruikers/consumenten bij wijziging van de overeenkomst moet aanbieden, dient haar eigen doelen. Aan de ene kant biedt zij bescherming aan de consument, aan de andere kant moet de mededinging worden gestimuleerd. Dit is ook terug te zien in de uitspraken van de ACM. Zo kunnen concurrenten

289 OPTA 10 augustus 2010, OPTA/ACBB/2011/201061.
290 OPTA 22 oktober 2009, OPTA/ACNB/2009/202753, besproken in par. 3.5.4.2, nr. 5.
291 Zie Beoordelingskader 2010 voor artikel 7.2 Tw, 5 januari 2010, OPTA/ACNB/2009/203604.

en/of belangenbehartigers de ACM er op wijzen dat een aanbieder zich niet aan de wettelijke bepalingen heeft gehouden. De ACM kan dan een boete of een dwangsom opleggen om de overtreding op te heffen dan wel om de aanbieder te straffen.

Wel ligt sterk de bescherming van de consument als gedachte ten grondslag aan dit beëindigingsrecht; de 'zwakke' consument die beschermd dient te worden tegen de machtige aanbieders van openbare communicatiediensten.

Een consument heeft, naast de in de Tw genoemde mogelijkheden, zelf ook privaatrechtelijke middelen op grond van het BW in handen om het abonnement op te zeggen of blokkades daartoe ongedaan te maken. Deze privaatrechtelijke middelen zijn ruimer omdat zij niet per definitie zien op wijzigingen in de overeenkomst. Zo kan de consument met een beroep op artikel 6:237 sub k BW een bepaling in de algemene voorwaarden vernietigen die bepaalt dat het abonnement een looptijd heeft van meer dan een jaar, tenzij die opzegbaar is, of kan de consument via de afdeling in het BW betreffende de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 e.v. BW) de overeenkomst beëindigen. Deze regelingen zijn naast elkaar van toepassing. De vragen bij vroegtijdige beëindiging omtrent abonnementen met 'gratis' mobiele telefoons zullen wellicht nog gecompliceerder worden. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de abonnementsvorm waarbij een 'gratis' mobiele telefoon wordt verstrekt in combinatie met een telefonieabonnement, in feite koop op afbetaling is.[292] Ontbinding door de kredietverstrekker van een kredietovereenkomst wegens wanprestatie van de consument dient op grond van artikel 44 Wck via de rechter te gebeuren. Ten slotte behoort een beroep van de consument op artikel 3:40 BW ook tot de mogelijkheden wanneer de dienstverlener de artikelen 7.2 en 7.2a Tw heeft overtreden.

Zowel de regels van de Tw, het BW als de Wft kunnen dus van toepassing zijn. Voor de consument en de telecomaanbieder maakt dit het juridisch kader ingewikkeld.

3.6 Prijsvorming in de Telecommunicatiewet

3.6.1 Inleiding

In paragraaf 3.4 is geconstateerd dat in het kader van artikel 3:24 lid 1 Tw houders van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte die bestemd is voor het aanbieden van openbare telecommunicatienetwerken of

292 Zie in dit kader HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477. Zie ook W.H. van Boom, 'Is een telefoonabonnement met 'gratis' toestel een overeenkomst van consumentenkrediet?', *AA* 2014/11; J.M. van Poelgeest en J.W.A. Biermans, *JOR* 2014/206, p. 825-833; R.R.M. de Moor en M.B.M. Loos, *TvC* 2014/5, p. 243. Zie ook HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *RvdW* 2016/279.

openbare telecommunicatiediensten over en weer verplicht zijn te voldoen aan redelijke verzoeken omtrent het medegebruik van antenne-opstelpunten. Op grond van artikel 3:24 lid 3 en 4 Tw wordt dit medegebruik tegen een redelijke vergoeding ter beschikking gesteld.

Ook in hoofdstuk 6 van de Tw speelt de vaststelling van tarieven een belangrijke rol. Een partij met aanmerkelijke marktmacht kan op grond van artikel 6a.2 Tw juncto artikel 6a.7 Tw verplichtingen opgelegd krijgen aangaande de in rekening te brengen tarieven. Voor gevallen waarin een partij niet is aangewezen als een partij met aanmerkelijke marktmacht, zijn in de Tw geen voorschriften te vinden. Aangenomen dient te worden dat de ACM in die gevallen redelijke tarieven dient vast te stellen.[293]

In deze paragraaf zal achtereenvolgens geanalyseerd worden hoe de ACM tot de vaststelling van prijzen komt van het medegebruik van antenne-opstelpunten tegenover partijen met aanmerkelijke marktmacht en tegenover partijen zonder aanmerkelijke marktmacht.

Vaststelling van een (redelijke) prijs door de civiele rechter is niet gebruikelijk in het privaatrecht.[294] Immers uit de contractvrijheid vloeit voort dat partijen de prijs zelf kunnen en dienen te bepalen. Toch is het vaststellen van een redelijke prijs het privaatrecht niet geheel vreemd. Zo bepaalt artikel 7:4 BW dat wanneer een koopovereenkomst is gesloten zonder dat de prijs is bepaald, de koper een redelijke prijs is verschuldigd. Bij de bepaling van die prijs wordt rekening gehouden met de door de verkoper ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst gewoonlijk bedongen prijs.[295] Als die niet bepaald kan worden, dan dient rekening gehouden te worden met de gangbare prijzen.[296]

Ook bij de overeenkomst van opdracht komt een soortgelijke bepaling voor. Artikel 7:405 lid 2 BW bepaalt dat de opdrachtgever, als de hoogte van het loon niet is bepaald, de opdrachtnemer loon verschuldigd is. Dit loon wordt vervolgens op de gebruikelijke wijze berekend. Ontbreekt een gebruikelijke wijze van berekenen van het loon dan is er een redelijk loon verschuldigd. Wat redelijk is in een specifiek geval, hangt onder meer af van de omvang van de te verrichten werkzaamheden en het gebruik in de branche. Dit volgt

293 CBb 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, besproken in par. 3.5.3.3, nr. 1 en in par. 3.6.4, nr. 1.

294 In het civiele recht komt prijsvaststelling overigens hier en daar wel voor, zoals bijvoorbeeld in het huurrecht. In het huurrecht geldt een dwingendrechtelijk prijswaarderingssysteem. Partijen zijn vrij om een prijs overeen te komen, maar bij onenigheid omtrent de redelijkheid, kan de huurcommissie om uitspraak gevraagd worden. Er geldt wel een verschil tussen geliberaliseerde en niet-geliberaliseerde woonruimte. Zie nader Boek 7, titel 4, afdeling 5, onderafdeling 2, BW.

295 *Parl. Gesch. InvW 7* (TM), p. 54

296 *Parl. Gesch. InvW 7* (TM), p. 54, zie ook HR 6 juni 1997, *NJ* 1998/723. Zie in vergelijkbare zin diverse principles: art. II.-9:104 DCFR en art. 5.1.7 PICC. Vergelijk ook art. 73 voorstel CESL (inmiddels ingetrokken). Zie ook HR 10 december 1999, *NJ* 2000/5.

uit het arrest van de Hoge Raad 3Span/Recreatiebeheer.[297] In dat arrest wordt overwogen dat aan de bepaling van een redelijk loon geen nauwkeurige berekening ten grondslag kan worden gelegd. Dit in tegenstelling tot bij een gebruikelijk loon.

In artikel 7:752 BW is in het kader van aanneming van werk ook bepaald dat als er geen prijs is overeengekomen er rekening gehouden dient te worden met de prijs die door de aannemer ten tijde van het sluiten van de overkomst gewoonlijk zou zijn bedongen. Ook moet rekening worden gehouden met de door hem ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen. Deze bepaling geldt niet voor de gevallen waarin partijen wel over de prijs hebben onderhandeld maar er niet zijn uitgekomen.[298]

In deze paragraaf zal worden bekeken hoe de ACM en het CBB het begrip 'redelijk' invullen en hoe de ACM en het CBB tot de vaststelling van prijzen komen.

3.6.2 Redelijke verzoeken antenne-opstelpunten

In artikel 3.24 lid 3 Tw is gekozen voor een redelijke vergoeding voor medegebruik en is derhalve niet expliciet gekozen voor het principe van kostenoriëntatie. Door de ACM is in de zaak tussen Dutchtone en KPN expliciet onderstreept dat de verplichting tot kostenoriëntatie in het kader van artikel 3.11 lid 3 Tw ontbreekt (oud, geldend tot 2004).[299] Over het medegebruik van omroepzendernetwerken heeft de ACM een besluit betreffende medegebruik genomen. In deze Nota Besluit medegebruik omroepzendernetwerken[300] wordt het begrip redelijke vergoeding als volgt ingevuld:

> 'Een redelijke vergoeding betekent allereerst dat de kosten van voorzieningen die speciaal voor de desbetreffende medegebruiker worden getroffen door hem worden vergoed. Voorts betekent een redelijke vergoeding dat de kosten van gemeenschappelijk gebruikte voorzieningen proportioneel worden toegerekend, met andere woorden evenredig aan het gebruik van de voorzieningen door de desbetreffende medegebruiker van het opstelpunt in vergelijking met het gebruik door andere gebruikers. Voor wat betreft de vaststelling van de kosten wordt daarbij uitgegaan van de werkelijk gemaakte kosten, vastgesteld overeenkomstig de door het bedrijf toegepaste waarderingsprincipes in het kader van de financiële verslaglegging;

297 HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680, *NJ* 2011/4, m.nt. Jac. Hijma (*3Span/recreatiebeheer*).

298 HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088, *NJ* 2012/43 (*Van Mierlo/OGP*). Zie conclusie A-G Rank-Berenschot, r.o. 2.4.2 .

299 OPTA 2 april 1999, 1999/OPTA/I/99/2072 (*Dutchtone/KPN*), zie punt 8 t.a.v. geschilpunt 5, besproken in par. 3.5.2.2, nr. 1.

300 Besluit van 2 juni 2003, houdende regels inzake het medegebruik van antenne-opstelpunten, antennesystemen en antennes bestemd voor omroep zendernetwerken (Besluit medegebruik omroepzendernetwerken), *Stb*. 2003, 232 (tijdstip inwerkingtreding: Stb. 2003, 385).

voorts dat deze principes ook consistent worden toegepast bij de vaststelling van de tarieven van de eigen dienstverlening. Deze kosten mogen voorts worden vermeerderd met een redelijk rendement op het in het opstelpunt geïnvesteerde vermogen, voor zover dat aan het medegebruik kan worden toegerekend'.[301]

Eveneens wordt in deze Nota opgemerkt dat de toepassing van het beginsel kostenoriëntatie bij gevallen, waarin geen sprake is van aanmerkelijke marktmacht, minder passend wordt geacht.[302] Regulering is dan over het algemeen minder noodzakelijk.

Hoewel niet expliciet is gekozen voor het begrip 'kostenoriëntatie' als uitgangspunt voor redelijke prijzen bij antenne-opstelpunten bij partijen zonder aanmerkelijke marktmacht, lijkt de ACM hier toch voor te kiezen. Zo ook in de zaak BNT en Nozema.[303]

(1) BNT/Nozema

Casus. BNT (aanbieder omroepzendernetwerken) en Nozema (vergunninghouder met betrekking tot antenne-opstelpunten) hebben in mei 2001 een samenwerkingsovereenkomst gesloten waarin de uitgangspunten voor het mede-gebruik van antenne-opstelpunten zijn vastgelegd. Partijen hebben echter geen overeenstemming kunnen bereiken over de prijs. Wel zijn er randvoorwaarden opgesteld waaraan de prijs voor het medegebruik dient te voldoen. Zonder dat de overeenstemming is bereikt, wordt het medegebruik eind 2001 gestaakt en stuurt Nozema een factuur aan BNT voor het medegebruik. BNT verzoekt vervolgens OPTA om ex artikel 3.11 lid 4 Tw (oud geldend tot 2004) regels te stellen over de prijs voor het medegebruik.

Besluit. OPTA overweegt dat met het begrip kostenoriëntatie in het kader van de Tw in algemene zin wordt gedoeld op het vereiste dat tarieven en vergoedingen gebaseerd moeten zijn op de werkelijk gemaakte kosten, vermeerderd met een redelijk rendement. OPTA oordeelt dat kostenoriëntatie weliswaar niet als vereiste in de wet is opgenomen maar dat naar het oordeel van OPTA dit niet uitsluit dat de invulling van de redelijkheid in haar praktische uitwerking neerkomt op kostenoriëntatie.[304] OPTA is van oordeel dat in het onderhavige geschil de vergoeding voor het medegebruik kostengeoriënteerd dient te zijn. OPTA overweegt daartoe dat partijen zelf uitdrukkelijk hebben gekozen voor het uitgangspunt van kostenoriëntatie in de overeenkomst.

301 Randnr. 8 en 9.
302 Randnr. 9.
303 OPTA 29 juli 2002, gepubliceerd op 1 augustus 2002, OPTA/I/99/2072.
304 OPTA 29 juli 2002, gepubliceerd op 1 augustus 2002, OPTA/I/99/2072, r.o. 104. Zie voor een nadere definitie ook CBb 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC3128, r.o. 6.3.1: Uit het beginsel van kostenoriëntatie vloeit voort dat de tarieven van een aangewezen telecomaanbieder een uitdrukking en weerspiegeling dienen te zijn van de kosten, die die aanbieder werkelijk moet maken.

Bezwaar. Nozema heeft bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Bij besluit van 9 januari 2004 zijn de bezwaren op de van belang zijnde punten ongegrond verklaard.[305]

Beroep. De redenering van OPTA wordt door de rechtbank Rotterdam in beroep bevestigd.[306] De rechtbank Rotterdam oordeelt dat het criterium kostenoriëntatie een niet onjuiste invulling is van het wettelijke criterium 'redelijke vergoeding'. Dit gezien het monopoloïde karakter van de markt voor hoge antenne-opstelpunten.[307] Kostenoriëntatie is een species van het begrip redelijke vergoeding. Gelet op de ongelijkwaardige verhouding tussen Nozema en BNT op het moment van het bestreden besluit is de rechtbank van oordeel dat de keuze van OPTA om de vergoeding voor medegebruik te baseren op de beginselen van kostenoriëntatie derhalve niet een onjuiste invulling van het wettelijke criterium.

Hoger beroep. Het CBB bevestigt in een uitspraak van 7 mei 2008 tussen Nozema en BNT[308] dat de OPTA de strenge, ingrijpende norm van kostenoriëntatie mag gebruiken als invulling van de redelijke prijs.[309] Hierbij geldt wel de eis dat OPTA de invulling, gelet op het ontbreken van nadere wettelijke normen, goed dient te motiveren. De motivering dat in principe geen nieuwe hoge antenne-opstelpunten worden opgericht en dat in deze zaak Broadcast volledig is aangewezen op de antenne-opstelpunten van Nozema, brengt mee dat er sprake is van een ongelijkwaardige verhouding en rechtvaardigt de keuze voor het begrip kostenoriëntatie.[310] Door de keuze voor kostenoriëntatie wordt voorkomen dat medegebruik door financiële barrières alsnog onmogelijk wordt gemaakt.

Commentaar. Cartigny merkt op dat de ACM in zijn rol als geschilbeslechter ook nog regels vaststelt waaraan partijen zich moeten houden.[311] De ACM grijpt immers in vergaande mate in, beperkt de contractvrijheid en bepaalt deels de inhoud van de overeenkomst**.** Hier is duidelijk sprake van vaststelling van (redelijke) prijzen hetgeen duidt op toepassing van de *iustum pretium*-doctrine.[312]

De door de ACM gekozen lijn is des te opvallender, nu de wetgever expliciet niet heeft gekozen voor het uitgangspunt kostenoriëntatie, maar voor een ex post benadering. De ACM kiest echter voor kostenoriëntatie, een criterium dat

305 Kenbaar uit Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5334.
306 Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5334.
307 Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5334, r.o. 2.4.
308 CBb 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064, *AB* 2008/267, m.nt. G.J.M. Cartigny en *Mediaforum* 2008/7-8, m.nt. Q. Kroes, p. 334-335.
309 CBb 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064, r.o. 7.4.1.
310 CBb 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064, r.o. 7.4.2, 7.4.3 en 7.3.4. Overigens trok het CBb in zijn uitspraak van 25 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB4187 nog in twijfel of artikel 3.11 Tw (oud) kon leiden tot de verplichting van kostenoriëntatie. Zie in dit kader Q. Kroes, *Mediaforum* 2008/7-8, p. 335.
311 G.J.M. Cartigny, *AB* 2008/267.
312 Zie voor nadere bespreking *iustum pretium*-leer par. 2.2.1.2.

voortvloeit uit de ex ante toezichtmogelijkheden van de ACM. De rechtvaardiging daarvan wordt gezocht in het feit dat antenne-opstelpunten niet zo maar vrij gebouwd kunnen worden en dat antenne-opstelpunten een monopoloïde karakter hebben, hetgeen, mijns inziens, eigen is aan een netwerkmarkt. Artikel 3.11 Tw (oud, geldend tot 2004), zoals de wetgever dat aanvankelijk heeft bedoeld, leek niet sluitend te zijn. Hier vreesde het CBB aanvankelijk zelf voor.[313] Onder artikel 3.11 Tw (oud, geldend tot 2004) zouden onder de redelijkheidsnorm hogere prijzen gevraagd kunnen worden dan volgens de norm kostengeoriënteerde tarieven. Nu het CBB het begrip redelijk tarief onder artikel 3.11 Tw (oud, geldend tot 2004) invult aan de hand van het uitgangspunt van kostenoriëntatie, is deze vrees weggenomen.[314] Ook onder het nieuwe artikel 3:24 lid 3 Tw kan de verplichting tot kostenoriëntatie nog steeds worden opgelegd.[315]

Dat het begrip 'redelijke vergoeding' als bedoeld in artikel 3.11 lid 3 Tw (oud, geldend tot 2004) wordt ingevuld aan de hand van het uitgangspunt van de werkelijke kosten vermeerderd met een redelijk rendement, is inmiddels de vaste lijn van de ACM. De berekening van het begrip kostenoriëntatie vindt plaats aan de hand van vaste uitgangspunten die door de ACM zijn ontwikkeld. De uitgangspunten voor de werkelijke kosten zijn te vinden in de uitspraken van 29 juli 2002,[316] 14 november 2002,[317] 9 januari 2004[318] en 11 november 2005.[319] Deze lijn is vervolgens weer bevestigd in de CBB uitspraak van 7 mei 2008.[320] Om de werkelijke kosten te bepalen worden de volgende uitgangspunten gehanteerd: de afnemer betaalt voor wat hij gebruikt, de integrale kosten worden vergoed, de waardering van activa geschiedt op basis van historische kosten en er wordt lineair afgeschreven.[321] Voor de bepaling van het tarief voor medegebruik van de antenne-opstelpunten is een drietal componenten van belang: de investeringskosten, de kapitaalkosten en de operationele kosten.[322]

Voor de bepaling van het tarief per gebruiker worden deze kosten toegerekend aan de verschillende gebruikers van de antenne-opstelpunten. Het redelijk rendement wordt door de ACM ingevuld door het WACC (*Weighted Average Cost of Capital*), waarbij als uitgangspunt dient dat een rendement wordt verkregen

313 Zie CBb 25 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB4187.
314 Zie verder CBb 12 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW1529, *AB* 2012/226 (*BNT/OPTA*), m.nt. W. Sauter.
315 *Kamerstukken II* 2010/11, 31412, nr. 41, p. 3.
316 OPTA 29 juli 2002, OPTA/I/99/2072.
317 Aanvullend besluit OPTA 14 november 2002, OPTA/BO/2005/203168 en OPTA/BO/2005/203171 uit OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201926.
318 OPTA 9 januari 2004, OPTA/JUZ/2003/204935.
319 OPTA 11 november 2005, OPTA/TN/2005/203184, P.12.05.
320 CBb 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064, *AB* 2008/267, m.nt. G.J.M. Cartigny.
321 Voor de onderbouwing van deze uitgangspunten wordt door het college in de zaak OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008201926, 08.0145.21,verwezen naar de besluiten van 29 juli 2002 (OPTA/I/99/2072); 14 november 2002 OPTA/BO/2005/203168; 9 januari 2004 OPTA/JUZ/2003/204935 en 11 november 2005 OPTA/TN/2005/203184, P.12.05.
322 Zie onder meer OPTA 10 maart 2010, OPTA/AM/2011/200419, 10.0329.21, r.o. 48 en OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/2010/201351, 09.0129.21, r.o. 81.

dat in overeenstemming is met de kosten van eigen en vreemd vermogen en dat uitsluit dat een hoger rendement wordt behaald dan met vergelijkbare activiteiten op een concurrentiële markt zou worden gerealiseerd.[323]

Deze vaste benadering van prijsvaststelling kan leiden tot het volgende probleem dat is te vinden in het geschil tussen Alticom en Novec uit 2010,[324] waarin het CBB uitspraak heeft gedaan.[325] Omdat partijen ook naar de civiele rechter zijn gegaan is er in dezelfde zaak ook een uitspraak van de kantonrechter te Rotterdam[326] en van het hof Den Haag.[327]

(2) Novec/Alticom

Casus. Novec (exploitant van antenne-opstelpunten) en Alticom (exploitant betonnen mastvoeten waarop de opstelpunten staan) zijn op 30 januari 2009 een huurovereenkomst aangegaan: de overeengekomen huurvergoeding bedraagt € 1.383,88 per m2. In de overeenkomst is opgenomen dat partijen zich bewust zijn van het feit dat nationale en internationale regels van toepassing zijn op grond waarvan de overeenkomst aangepast zou kunnen worden. Novec is het niet eens met de prijs die zij dient te betalen voor de huur van de betonnen mastvoeten en wendt zich tot OPTA. Alticom stelt dat er een redelijke prijs in rekening wordt gebracht en verwijst eveneens naar de door Novec bedongen exclusiviteit aangaande het gebruik van de antenne-opstelpunten.

Besluit. OPTA oordeelt dat er sprake is van strijd met de Tw en stelt het tarief vast op basis van het principe van kostenoriëntatie. De redelijke vergoeding wordt uiteindelijk vastgesteld op een bedrag ad € 1.342 per m2.

Beroep. Bij het CBB heeft Alticom aangevoerd dat OPTA bij de beoordeling van het tarief ook de door Alticom gedane concessies inzake de exclusiviteit had moeten betrekken.[328] Alticom heeft deze opvatting ook verwoord bij het hof Den Haag, waarnaar zij bij het CBB verwijst.[329] Het CBB stelt dat OPTA alleen in het licht van artikel 12.2 lid 2 Tw oordeelt over de verhouding tussen de verplichtingen uit een overeenkomst. De overige verplichtingen uit die overeenkomst dienen door de civiele rechter te worden beoordeeld. Dit wordt ook onderstreept door het arrest van het hof Den Haag, aldus OPTA.

De uitkomst is overigens dat OPTA een rekenfout heeft gemaakt waardoor de redelijke vergoeding alsnog op € 1.378 uitkomt en derhalve de oude berekende vergoeding niet onredelijk was in de zin van de Tw. De conclusie is, zoals het hof Den Haag aangeeft, dat partijen over de overige voorwaarden dienen te onderhandelen.

---

323 CBb 12 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW1529, *AB* 2012/226, m.nt. W. Sauter, r.o. 7.7.2.
324 OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/2010/201351, 09.0129.21.
325 CBb 17 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2311.
326 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011/7-8, nr. 21.
327 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.
328 CBb 17 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2311.
329 Zie r.o. 6.3.1.

Civiele rechter. In de civiele zaak staat de vraag centraal of de uitspraak van OPTA in de plaats komt van de bepalingen van de overeenkomst en wat de gevolgen zijn voor de overige voorwaarden uit de huurovereenkomst, zoals de bedongen exclusiviteit.[330] Novec is van mening dat de overeenkomst tussen partijen nog steeds van kracht is en dat deze niet is geëindigd met het besluit van OPTA. Alticom vraagt in reconventie primair ontbinding en subsidiair een gebod om Novec te verplichten te onderhandelen over aanpassing van de overeenkomst. Meer subsidiair vordert Alticom de huurovereenkomst te wijzigen op grond van artikel 6:248 lid 1 BW, dan wel op grond van artikel 6:258 BW, waarbij in de huurovereenkomst wordt opgenomen dat de vergoeding voor de verhuur van de opstelpunten € 1.342 per m2 zal bedragen en waarbij de exclusiviteit en de economische eigendom van Novec uit de huurovereenkomst worden verwijderd, alsmede dat Alticom de mogelijkheid krijgt om tussentijds op te zeggen.

Alticom heeft aangevoerd dat intensief is onderhandeld over de huurovereenkomst. Voor Novec zou de huurprijs van ondergeschikt belang zijn geweest. Ook zou zijn besproken dat partijen zich niet tot OPTA zouden wenden om de prijs ter discussie te stellen. Voorts zou de bevoegdheid van OPTA slechts bestuursrechtelijk zijn en geen civielrechtelijk effect hebben, aldus Alticom. De kantonrechter oordeelt dat OPTA het maximaal redelijke tarief vast stelt. Dit tarief ligt lager dan het overeengekomen tarief. Ontbinding ex artikel 6:265 BW is pas mogelijk als een van de partijen haar verplichtingen niet nakomt. Dit is niet het geval en derhalve kan de overeenkomst niet worden ontbonden. De geschilbeslechting door OPTA wordt aangemerkt als bestuursrechtelijk van aard, ook al heeft zij betrekking op civielrechtelijke verhoudingen. Het besluit van OPTA werkt dan door in de civielrechtelijke verhouding en leidt tot een huuraanpassing. Voor zover Novec te veel heeft betaald is zij dan ook bevoegd dit te verrekenen. Alticom heeft in het kader van de huurprijswijziging nog bepleit dat door deze aanpassing de economische balans uit de overeenkomst is verdwenen. Daarom dienen alle voorwaarden nu herzien te worden. De kantonrechter meent dat dit onvoldoende is onderbouwd en afgezien daarvan kan de kantonrechter het besluit van OPTA niet inhoudelijk toetsen en dient te worden aangenomen dat OPTA bij het beoordelen van het geschil alle omstandigheden van het geval, dus ook de andere huurvoorwaarden, heeft meegenomen. Evenmin kan het besluit van OPTA worden gezien als een omstandigheid die niet kon worden voorzien. Van een verandering van omstandigheden of regulering die partijen tot het nader onderhandelen noopt in de zin van artikel 6:248 BW is daarom evenmin sprake. Een partij dient rekening te houden met de mogelijkheid dat een andere marktpartij van zijn wettelijk recht gebruik maakt om OPTA in te schakelen.[331]

In hoger beroep stelt het hof Den Haag vast dat OPTA de vraag wat een redelijke vergoeding is heeft beantwoord vanuit het principe van kostenoriën-

330 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011/7-8, nr. 21, m.nt. B. Braeken.

331 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011-7/8, nr. 21, m.nt. B. Braeken, r.o. 6.6-6.9.

tatie.[332] OPTA heeft geen enkele overweging gewijd aan de door Alticom genoemde overige voorwaarden van de overeenkomst. Nu aan de overeenkomst een lang onderhandelingstraject is voorafgegaan waarbij in ruil voor het overeengekomen tarief door Alticom diverse concessies zijn gedaan, is het hof van oordeel dat het geschilbesluit van OPTA zodanig ingrijpende gevolgen heeft dat hierdoor het economische evenwicht is verstoord. Artikel 15.2 van de overeenkomst en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid brengen daarom met zich mee dat Novec en Alticom zullen moeten heronderhandelen over die genoemde voorwaarden.[333]

Commentaar. Het bovenstaande laat zien hoe de ACM kijkt naar de prijsvorming. Er wordt getoetst of er is voldaan aan het uitgangspunt van kostenoriëntatie. Als dat niet het geval is worden de prijzen door de ACM vastgesteld conform vaste uitgangspunten. De overige voorwaarden, zoals het exclusieve gebruik van de antenne-opstelpunten, uit de overeenkomst, die naar mijn mening ook van invloed zijn op de prijs, worden echter niet meegewogen. De ACM heeft niet de vrijheid om deze voorwaarden in haar oordeel te betrekken. Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt is dit zeer goed te verklaren, maar de vraag dient dan wel gesteld te worden of de ACM bevoegd zou moeten zijn prijzen vast te stellen. Partijen hebben gezien bovenstaande problematiek geen volledige contracteervrijheid meer.[334] Overigens gaat het hof Den Haag er, in tegenstelling tot de kantonrechter, vanuit dat de vastgestelde tarieven niet rechtsreeks doorwerken in de overeenkomst. Immers over de andere voorwaarden dient eerst nog opnieuw onderhandeld te worden.[335]

De conclusie is derhalve dat partijen helder zullen moeten krijgen wat een redelijke prijs is, conform de maatstaven van de Tw, alvorens zij in staat zijn om de overige voorwaarden vast te stellen. Dit lijkt mij omslachtig, aangezien een prijs bijna altijd mede tot stand komt op basis van de overige voorwaarden. Het zou daarom wenselijk zijn als de ACM haar bevoegdheden breder zou opvatten zodat ook de overige voorwaarden worden meegewogen bij de beoordeling.[336] Een meer 'hybride' vorm van handhaving, waarbij de ACM wel bevoegd is om bijvoorbeeld de overige voorwaarden uit de overeenkomst mee te wegen bij het oordeel zou efficiënter zijn. Het oordeel van de ACM krijgt daardoor dan wel een meer civiel karakter.[337]

De vaststelling van prijzen door de ACM kan zelfs leiden tot een hoger redelijk tarief dan door de betreffende partij gevraagd wordt, zoals blijkt uit

332 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.
333 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527, r.o. 3.9 en 3.10.
334 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011-7/8, nr. 21, m.nt. B. Braeken, zie r.o. 6.5.
335 Braeken wijst in zijn noot op het feit dat het niet vanzelfsprekend is dat geschilbesluiten hun doorwerking vinden in civiele procedures. Na de uitspraak van het hof ligt een en ander toch weer anders aangezien het hof er vanuit gaat dat er geen rechtstreekse werking is.
336 Zie par. 3.9 en 6.3.7.4 en 6.4.4.
337 Zie nader 6.3.7.4 en 6.4.4.

de aansluitend te bespreken zaak BNT/KPN van 1 augustus 2008.[338] Het in deze zaak oorspronkelijk door de vergunninghouder gevraagde tarief is in die zaak redelijk; KPN mag zelfs, zoals blijkt uit het onderzoek in opdracht van de ACM, een hoger bedrag vragen omdat zij nog onder het maximumtarief zit.

(3) BNT/KPN

Casus. BNT (verantwoordelijk voor doorgifte van radiosignalen van programma-aanbieders) en KPN hebben een geschil over de tarifering van het medegebruik van de antennesystemen van KPN. BNT wil duidelijkheid over de redelijke tarieven die door KPN in rekening gebracht kunnen worden. OPTA acht zich bevoegd om het geschil te beslechten en geeft het deskundigenbureau Mazars opdracht om een onderzoek bij KPN naar een kostengeoriënteerd tarief uit te voeren. Op grond van de vaste uitgangspunten komt Mazars tot een redelijke vergoeding die hoger ligt dan de door KPN gevraagde vergoeding.[339]

Besluit. OPTA overweegt dat Mazars geen tarief vaststelt, maar onderzoek doet naar de kosten.

> 'Op het moment dat alle parameters onderzocht zijn die effect hebben op de kostprijs per eenheid kan een kostprijs worden vastgesteld. Op dat moment kan pas worden vastgesteld of het tarief dat KPN in rekening wenst te brengen zich tot de kosten verhoudt. Als dit tarief lager is dan de kostprijs, dan staat het KPN vrij dit lagere tarief bij BNT in rekening te brengen. De suggestie die BNT wekt, dat het college slechts lagere kostprijzen mag vaststellen, is onjuist.
> De kostprijs wordt volgens een vaste methodiek vastgesteld en heeft geen bovengrens. (…). Dit neemt overigens niet weg dat het KPN uiteraard is toegestaan een lager aanbod te doen.'[340]

Commentaar. Het gevolg van deze regelgeving is dat KPN nu weet dat zij meer mag vragen dan het overeengekomen tarief. Het vragen van een hogere prijs, bij afloop van de overeenkomst, ligt dan ook voor de hand. Gezien het feit dat er sprake is van een markt met monopolistische kenmerken zal BNT niet de mogelijkheid hebben om met andere contractspartners in zee te gaan.

(4) KPN/Novec

Casus. KPN heeft op grond van artikel 3.11 lid 3 Tw (oud) om geschilbeslechting gevraagd inzake de tarieven voor het medegebruik door KPN van antenne-opstelpunten van Novec.

338 OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201926, 08.0145.21.
339 OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201926, 08.0145.21, zie r.o. 34.
340 OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201926, 08.0145.21, r.o. 205 en 206

Besluit. Het betreft in deze zaak de tarieven over de jaren 2006-2009. Voor de vaststelling van het definitieve tarief over 2009 diende OPTA onder meer in te gaan op de vraag of rekening moet worden gehouden met separatieruimte tussen antennesystemen. Partijen hebben ermee ingestemd dat geen rekening wordt gehouden met de separatie- of tussenruimte. Dit heeft geleid tot een herberekening van het tarief voor het jaar 2009. Bij de herberekening van het tarief voor het jaar 2009 heeft OPTA tevens de vergoeding betrokken die aan Novec in rekening mag worden gebracht voor het medegebruik van de infrastructuur van Alticom, zoals door OPTA vastgesteld in het besluit tussen Novec en Alticom (als besproken onder 2). OPTA stelt bij besluit van 31 mei 2010 de redelijke tarieven vast over de jaren 2006-2009.[341]

Beroep. KPN voert aan dat de ACM bij de invulling van het begrip redelijke vergoeding ex artikel 3.11 lid 3 Tw een doelmatigheidstoets had moeten toepassen.[342] Het CBB overweegt daaromtrent dat ingeval in een verzoek om geschilbeslechting wordt gesteld dat bepaalde kosten in redelijkheid niet mogen worden doorberekend, de ACM zal moeten overgaan tot een op deze kosten toegespitste beoordeling van de redelijkheid en noodzakelijkheid daarvan. Het CBB heeft eerder geoordeeld[343] dat indien een partij van oordeel is dat in een concrete situatie het doorberekenen van bepaalde daadwerkelijk gemaakte kosten niet redelijk is op de grond dat deze onnodig zijn gemaakt en de partij op een onaanvaardbare wijze in haar concurrentiepositie aantast, zij dit in een geschilprocedure kan voorleggen. Omdat de ACM zich op het standpunt heeft gesteld dat artikel 3.11 lid 3 Tw (oud) geen grondslag biedt om daadwerkelijk gemaakte kosten aan een doelmatigheidstoets te onderwerpen heeft de ACM dit nagelaten. Factoren als inkomsten uit ongereguleerde dienstverlening en de mate van concurrentie kunnen een rol spelen. Het CBB vernietigt het besluit dan ook onder meer op dit punt en draagt de ACM op om een nieuw tariefbesluit te nemen.

Commentaar. Uit dit besluit volgt dat het toezicht op de prijsvaststelling tot doel heeft de eerlijke concurrentie te bevorderen.

3.6.3 Aanmerkelijke marktmacht

Partijen met aanmerkelijke marktmacht zorgen op de markt voor ongelijkwaardige concurrentie met andere marktpartijen. Daarom kunnen andere regels opgelegd worden aan partijen met aanmerkelijke marktmacht.[344] Met betrekking tot interconnectie is dit geregeld in hoofdstuk 6a van de Tw. Op grond van artikel 6a.7 lid 2 Tw, kan een verplichting met betrekking tot de kosten

341 OPTA 31 mei 2010, OPTA/AM/2010/201321, 09.0065.21.
342 CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:126.
343 CBb 12 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW1529, zie par. 3.6.2, nr. 1.
344 Zie in dit kader ook het Besluit Marktanalyse vaste en mobiele gesprek safgifte, 5 augustus 2013, te raadplegen op acm.nl.

inhouden dat voor toegang een kostengeoriënteerd tarief moet worden gerekend. Het gebruik van het principe van kostenoriëntatie wordt door de ACM als volgt gerechtvaardigd.

(1) Canal+/UPC

Casus. Canal+ heeft aan OPTA gevraagd om redelijke tarieven vast te stellen voor de toelating van Canal+ tot het kabelnetwerk van UPC.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 9 juli 1999 heeft OPTA, vooruitlopend op de eindbeslissing, UPC een aanwijzing gegeven. Hierbij is onder meer bepaald dat UPC aan Canal+ de mogelijkheid moet bieden om programma's digitaal door te geven. Bij besluit van 4 november 1999 heeft OPTA de bezwaren van UPC ongegrond verklaard.[345] Wel is in afwachting van de vaststelling van een definitief tarief een voorlopig doorgiftetarief vastgesteld. Bij een separaat besluit van 31 juli 2000 heeft OPTA, onder verwijzing naar de besluiten van 9 juli en 4 november 1999 een bindende aanwijzing gegeven waarin is bepaald dat als redelijke vergoeding voor de doorgifte van twee abonneetelevisieprogramma's van Canal+ ultimo 1998 heeft te gelden een bedrag ad 1.469.000 gulden per kanaal 8 Mhz. De bezwaren zijn bij besluit van 20 maart 2002 ongegrond verklaard. Wel is een definitief doorgiftetarief vastgesteld. Het beginsel van kostenoriëntatie is niet tot uitgangspunt genomen.

Beroep. De beroepen van UPC en Canal+ tegen het besluit van 20 maart 2002 zijn gegrond.[346] Uit het systeem van de Tw volgt dat er voor het opleggen van de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven een uitdrukkelijke basis bij of krachtens de wet dient te zijn. Een dergelijke verplichting kent de Tw echter niet voor aanbieders van omroepnetwerken als UPC. Dat een uitdrukkelijke basis bij of krachtens wet vereist is, vindt ook haar grondslag in het doel van de Tw, namelijk het bevorderen van concurrentie en het tegengaan van oneerlijke concurrentie.[347]

Hoger beroep. Het CBB oordeelt dat kabelexploitanten als UPC in het algemeen een machtspositie innemen op de markt van aanbieders van infrastructuur voor de verspreiding van omroepdiensten.[348] Bedacht dient te worden dat kabel-

345 OPTA 4 november 1999, OPTA/JUZ/99/8050.

346 Rb. Rotterdam 26 februari 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF5123. Het betreft beroep van Canal+ tegen het besluit van OPTA van 4 november 1999 met betrekking tot overweging 68, het beroep van UPC tegen het besluit van OPTA 4 november 1999, het beroep van Canal+ tegen het besluit van OPTA van 27 januari 2000 het beroep van UPC tegen het besluit van OPTA van 31 juli 2000 de beroepen van UPC en Canal+ tegen het besluit van OPTA van 20 maart 2002. Deze besluiten hangen nauw samen. Het voert echter te ver om deze besluiten allemaal afzonderlijk te bespreken.

347 Rb Rotterdam 26 februari 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF5123, r.o. 2.4.3.

348 CBb 3 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1112, *AB* 2004/189, m.nt. G.J.M. Cartigny, *Computerrecht* 2004/30, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, *Mediaforum* 2004/3, nr. 11, m.nt. N. van Eijk p.95-99.

exploitanten voor het netwerk waarover zij beschikken aanzienlijke bedragen hebben betaald. Het staat de kabelexploitanten echter niet vrij om abonneetarieven te verhogen. Dit in aanmerking nemende komt het CBB tot de conclusie dat het begrip 'redelijke vergoeding' ingevuld kan worden door middel van kostenoriëntatie.[349] Het CBB overweegt dat OPTA 'open normen' slechts onder randvoorwaarden mag hanteren. De keuze voor kostenoriëntatie dient dan ook gemotiveerd te worden.[350]

Commentaar. Het Hof van Justitie van de EG heeft zich in de zaak Arcor/Duitsland uitgelaten over de betekenis van het beginsel van kostenoriëntatie. Dit geschiedt wel in het licht van artikel 3 lid 3 van Verordening 2887/2000.[351] Het Hof overweegt dat een NRI een grote beoordelingsvrijheid toekomt bij de invulling van het begrip kostenoriëntatie.[352] In overweging 69 brengt het Hof het begrip kostenoriëntatie in verband met het openbreken van de markt:

> 'Uit het bovenstaande volgt dat het in artikel 3 lid 3 van de verordening nr. 2887/2000 vastgestelde beginsel dat de tarieven voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk worden vastgesteld op basis van de kosten, aldus moet worden opgevat dat de aangemelde exploitanten in het kader van de geleidelijke openstelling van de telecommunicatiemarkt voor de mededinging verplicht zijn om deze tarieven te baseren op de kosten die zij voor de installatie van het aansluitnetwerk hebben gemaakt, en deze tarieven tegelijkertijd zo moeten vaststellen dat zij een redelijk rendement behalen, zodat zij voor een lange termijnontwikkeling en modernisering van de bestaande telecominfrastructuur kunnen zorgen.'[353]

Kortom, het opleggen van kostenoriëntatie heeft een sterk liberaliserende, sturende werking.

Voor een partij met aanmerkelijke marktmacht kunnen daarom zwaardere verplichtingen gelden dan voor partijen zonder aanmerkelijke marktmacht. Een partij met aanmerkelijke marktmacht kan echter ook tussen de verplichtingen van de ACM (vastgestelde prijzen voor eindgebruikers) en gevraagde prijzen van een partij zonder aanmerkelijke marktmacht klem zitten. Hoe de ACM hier mee dient om te gaan volgt uit de zaak tussen KPN en Tele2 (Versatel).

---

349 CBb 3 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1112, *AB* 2004/189, m.nt. G.J.M. Cartigny, *Computerrecht* 2004/30, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, *Mediaforum* 2004/3, m.nt. N. van Eijk, r.o. 6.5.

350 CBb 3 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO1112, *AB* 2004/189, m.nt. G.J.M. Cartigny, *Computerrecht* 2004/30, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, *Mediaforum* 2004/3, m.nt. N. van Eijk, r.o. 6.5. Zie ook Ottow 2006, p. 95.

351 Verordening (EG) Nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000, inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk O.J. L 336/4.

352 HvJ EG 24 april 2008, C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244, *Mediaforum* 2008/6, r.o. 160-170.

353 HvJ EG 24 april 2008, C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244, *Mediaforum* 2008/6, r.o. 69.

(2) KPN/Tele2 (Versatel)

Casus. Tussen KPN en Versatel bestaat een interconnectieovereenkomst. Op basis van deze overeenkomst wikkelen partijen over en weer verkeer voor elkaar af voor het vaste openbare telefoonnetwerk. Partijen brengen elkaar hiervoor FTA-tarieven in rekening. KPN is aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht en dient ex artikel 6.4 Tw (oud) tarieven in rekening te brengen die kostengeoriënteerd zijn. Deze verplichting rust niet op Tele2 (Versatel). KPN dient bij OPTA een verzoek in om vast te stellen dat de tarieven van Tele2 (Versatel) onredelijk zijn.

Besluit en bezwaar. OPTA acht de tarieven van Versatel inderdaad onredelijk en stelt andere tarieven vast.[354] Dit besluit is vervolgens weer vernietigd en aan OPTA wordt opgedragen een nieuw besluit te nemen. De tarieven van Tele2 (Versatel) hebben echter invloed op de eindgebruikerstarieven van KPN. KPN wil dan ook haar eindgebruikerstarieven verhogen en vraagt om toestemming aan OPTA. OPTA weigert echter goedkeuring te geven. OPTA overweegt in zijn besluit van 24 augustus 2004 dat de terminating access-tarieven van Tele2 (Versatel) onredelijk hoog zijn. Daarmee voldoen de voorgestelde gedifferentieerde eindgebruikerstarieven niet aan de norm van kostenoriëntatie zoals bepaald in artikel 35 lid 1 van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (Boht), omdat de onderliggende kosten niet redelijk zijn. KPN is daarmee niet gerechtigd om de voorgenomen tariefwijzigingen door te voeren. Alleen als aan voorgestelde gedifferentieerde eindgebruikerstarieven redelijke terminating access tarieven ten grondslag liggen, kan OPTA gedifferentieerde eindgebruikers tarieven goedkeuren. De bezwaren zijn bij besluit van 5 april 2005 ongegrond verklaard.[355]

Beroep. De rechtbank oordeelt dat OPTA bevoegd is om het betreden besluit te nemen.[356] Volgens de rechtbank heeft OPTA bij het vaststellen van de Beleidsregels aan de hand waarvan OPTA toetst of een FTA-tarief van een niet aangewezen aanbieder redelijk is, de haar toekomende beoordelingsruimte niet overschreden. Het begrip 'kostengeoriënteerd' betreft geen discretionaire bevoegdheid van OPTA en wordt door de rechter in beginsel vol getoetst. OPTA heeft echter een bepaalde vrijheid nodig om op adequate wijze invulling te geven aan de aan haar opgedragen taken. Om die reden zal de rechtbank met enige terughoudendheid dienen te toetsen. Het ligt niet in de rede om van kostenoriëntatie te spreken in een geval waarin sprake is van doorberekening van onredelijk hoge tarieven, terwijl degene die deze onredelijk hoge tarieven doorberekent desnoods in rechte redelijke tarieven kan afdwingen. Partijen tekenen beide hoger beroep hier tegen aan.

354 OPTA 24 augustus 2004, OPTA/EGM/2004/203154 (Versatel/KPN).
355 OPTA 5 april 2005, OPTA/JUZ/2005/200718.
356 Rb. Rotterdam 17 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6269.

Hoger Beroep. Het CBB dient de vraag te beantwoorden of OPTA, op grond van de beleidsregels, haar goedkeuring mocht onthouden aan de door KPN voorgestelde tariefwijziging van het eindgebruikerstarief voor vast telefoonverkeer naar nummers op het netwerk van Tele2 (Versatel), als OPTA van oordeel is dat dit tarief, gelet op de daarin doorberekende inkoopprijs van de FTA-dienst, niet kostengeoriënteerd is.[357] Het CBB overweegt dat uit het beginsel van kostenoriëntatie voortvloeit dat de tarieven van een aangewezen telecomaanbieder een uitdrukking en weerspiegeling dienen te zijn van de kosten, die die aanbieder daadwerkelijk moet maken. In het kader van de verplichting tot interconnectie met andere telecomaanbieders, in dit geval Tele2 (Versatel), dient KPN te onderhandelen over de hoogte van de door Tele2 (Versatel) bij haar in rekening te brengen tarieven. Als vaststaat dat KPN de door Tele2 (Versatel) berekende tarieven moet betalen om de gevraagde dienst te kunnen leveren, gaat het om kosten die KPN in verband met deze dienst heeft moeten maken. Slechts als gezegd kan worden, dat KPN het maken van deze kosten geheel of gedeeltelijk had kunnen vermijden, zou dat de acceptatie van deze kosten als bouwsteen voor het tarief kunnen belemmeren. Het is van belang in hoeverre KPN met juridische, economische of technische middelen de hoogte van het door Tele2 (Versatel) gevraagde tarief kan beïnvloeden.[358]

Het CBB beslist dat OPTA door het voorstel van een wijziging van het door KPN bij haar eindgebruikers in rekening te brengen *retail*tarief niet goed te keuren, omdat het daarin verwerkte *wholesale*tarief dat Versatel bij KPN in rekening brengt volgens OPTA niet redelijk is, zonder in haar beoordeling te betrekken of KPN wel de mogelijkheid had om dat *wholesale*tarief te beïnvloeden, in het onderhavige geval haar beoordelingsruimte heeft overschreden.[359] OPTA heeft buiten beschouwing gelaten of KPN het *wholesale*tarief wel kon aanvechten met een beroep op kostenoriëntatie.

3.6.4 Vertraagde reciprociteit

Om enerzijds vast te houden aan het beginsel van wederkerigheid (het over en weer dezelfde tarieven in rekening brengen) maar anderzijds ook om rekening te houden met de historische voorsprong van KPN, die als *incumbent operator*, lange tijd hogere tarieven heeft kunnen berekenen, heeft de ACM, in het kader van FTA-tarieven, het beginsel van 'vertraagde reciprociteit' ontwikkeld.[360] Dit begrip is geïntroduceerd in de Beleidsregels inzake FTA-tarieven 2003.[361] Deze Beleidsregels 2003 waren aanvankelijk bedoeld voor partijen die niet waren aangewezen als partijen met aanmerkelijke marktmacht. Dit

357 CBb 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC3128.
358 CBb 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC3128, r.o. 6.3.1.
359 CBb 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC3128, r.o. 6.3.1.
360 Zie ook G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBb 12 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:C3128, *AB* 2009/138.
361 Beleidsregels inzake de redelijkheid van vaste terminating tarieven, OPTA/IBT/2003/201171, 18 april 2003.

beginsel houdt in dat aanbieders vanwege hun relatieve positie ten opzichte van KPN een tarief voor gespreksafgifte rekenen dat niet hoger is dan het tarief dat drie jaar te voren voor KPN gegolden heeft.[362]

De aanleiding voor de introductie van de Beleidsregels was dat een aantal aanbieders van vaste telefonie hun FTA-tarieven aanmerkelijk verhoogden.[363] De prijsverhogingen van deze partijen achtte de ACM echter onwenselijk. Volgens de ACM zou een ongebreidelde stijging van de FTA-tarieven van nieuwe toetreders kunnen leiden tot het uithollen van de concurrentiepositie van de aanbieder met aanmerkelijke marktmacht. Een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht zou dan hoge tarieven moeten betalen voor het afleveren van verkeer bij eindgebruikers van nieuwe toetreders, terwijl de nieuwe toetreders relatief weinig zouden hoeven te betalen voor het verkeer dat KPN voor hen termineert. Bij extreme verschillen wordt de winstgevendheid van KPN uitgehold (hetgeen deels op haar eindgebruikers wordt afgewenteld), terwijl de nieuwe toetreders op een eenvoudige manier inkomsten genereren. Het gevolg zou zijn, aldus de ACM, dat *inefficiency* in de hand gewerkt wordt (of overwinsten behaald worden), en de nieuwe aanbieders eindgebruikers zouden kunnen 'kopen' door hun lage tarieven aan te bieden, hetgeen kan leiden tot inefficiënte vormen van kruissubsidie.[364]

De ACM probeert met de introductie van het begrip 'vertraagde reciprociteit' in dit opzicht de markt te sturen. We zien dit terug in de volgende zaken.

(1) KPN/Casema en KPN/Versatel

Casus. Het betreft in deze twee zaken de vaststelling van FTA-tarieven (zie ook paragraaf 3.5.3.3). KPN meent dat OPTA strikte reciprociteit dient toe te passen. Casema en ook Versatel zijn niet aangewezen als ondernemingen die een kostengeoriënteerd tarief dienen vast te stellen.

Besluit. OPTA acht zich bevoegd om de tarieven op basis van de Beleidsregels inzake FTA-tarieven vast te stellen.[365] Het verzoek van KPN wordt in beide zaken afgewezen.

Beroep. In twee zaken van de datum 16 juni 2005 tussen KPN en Versatel[366] en tussen KPN en Casema[367] heeft het CBB geoordeeld dat de door OPTA opge-

362 www.acm.nl, Beleidsregel inzake vertraagde reciprociteit, OPTA/AM/2008/201010.
363 www.acm.nl, Consultatiedocument redelijkheid van vaste terminating tarieven, 31 januari 2003.
364 www.acm.nl, Consultatiedocument redelijkheid van vaste terminating tarieven, 31 januari 2003, p. 23.
365 OPTA 2 november 2004, OPTA/IBT/2004/203636 (*Versatel*). OPTA 29 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202361 (*Casema*).
366 CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, *AB* 2005/326, m.nt. G.J.M. Cartigny.
367 CBb 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, m.nt. N. van Eijk.

stelde Beleidsregels inzake FTA-tarieven[368] binnen de beoordelingsruimte van OPTA vallen. Het betoog van KPN dat de FTA-tarieven van Versatel en Casema gelijk aan die van KPN dienen te zijn (strikte reciprociteit), wordt door het CBB verworpen. Op Versatel en Casema rusten minder vergaande verplichtingen dan op KPN. Door het hanteren van het beginsel van vertraagde reciprociteit komt OPTA enerzijds tot op zekere hoogte tegemoet aan de belangen van KPN en haar eindgebruikers, die ermee gediend zijn dat een bovengrens wordt gesteld aan de FTA-tarieven die Versatel bij KPN in rekening mag brengen. Anderzijds biedt het criterium van de vertraagde reciprociteit Versatel als niet aangewezen aanbieder, die aanmerkelijk korter actief is op de markt van de vaste openbare telefoondienst van KPN, de mogelijkheid hogere FTA-tarieven te hanteren dan KPN.[369]

De rechtvaardiging van deze praktijk wordt mede gevonden in de verwachting dat KPN met lagere kosten wordt geconfronteerd dan andere aanbieders die niet al tientallen jaren in de gelegenheid zijn geweest als monopolist een positie op te bouwen. Het betoog van KPN dat iedere aanbieder van een vast openbaar telefoonnetwerk in feite monopolist is op de markt voor het afwikkelen van verkeer leidt niet tot een ander oordeel. Voor zover de verplichtingen die uit de aanwijzingen voortvloeien de concurrentiepositie op de retailmarkt van de vaste openbare telefoondienst van KPN onder druk zetten, is dit een door de communautaire en Nederlandse wetgever wenselijk geacht effect waarmee wordt beoogd de concurrentie op deze markt te bevorderen.[370] Deze regels zijn van tijdelijke aard omdat de gewenste mate van liberalisering nog niet is bereikt, aldus het CBB.

Met de inwerkingtreding van de Tw 2004 was OPTA verplicht om met toepassing van hoofdstuk 6A onderzoek te doen naar de gespreksafgifte op de vaste netwerken en verplichtingen op te leggen aan dominante partijen. Dit resulteerde in het zogenaamde afgiftebesluit van 2005.[371] Daarin zijn partijen, anders dan KPN, aangewezen met aanmerkelijke marktmacht. Aan deze partijen is vervolgens de verplichting opgelegd dat zij geen FTA-tarieven mogen rekenen die hoger zijn dan volgens de rekenregels van de vertraagde reciprociteit kunnen worden opgelegd (conform de Beleidsregels 2003). In 2007 zijn nieuwe beleidsregels geïntroduceerd inzake vertraagde reciprociteit.[372]

(2) Tele2 (Versatel)/KPN

Casus. Tele2 (Versatel) heeft in het afgiftebesluit van 2005 tariefverplichtingen opgelegd gekregen. Tele2 (Versatel) is hiertegen in beroep gegaan. In zijn

368 Het betreft hier de nog oude Beleidsregels inzake de redelijkheid van vaste terminating tarieven, OPTA/IBT/2003/201171, 18 april 2003.

369 CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, *AB* 2005/326, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 6.6.4. Zie eveneens CBb 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, m.nt. N. van Eijk, r.o. 6.3.3.

370 CBb 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50, m.nt. N. van Eijk, r.o. 6.3.4.

371 Het besluit 'De wholesalemarkten voor gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie' van 21 december 2005, OPTA/TN/2005/203466.

372 www.acm.nl, Beleidsregels inzake vertraagde reciprociteit, 29 april 2008, OPTA/AM/2008/201010.

uitspraak van 7 mei 2007 heeft het CBB de aan Versatel opgelegde tariefverplichtingen (vertraagde reciprociteit) vernietigd.[373] Volgens het CBB was onvoldoende gemotiveerd dat Tele2 (Versatel) onvoldoende kopersmacht zou ondervinden van andere telefonieaanbieders, waaronder de mobiele telefonieaanbieders.

Naar aanleiding van het opheffen van deze specifieke verplichtingen door het CBB ziet Tele2 (Versatel) aanleiding haar tarieven te verhogen met 280%. KPN is het niet eens met deze verhoging van de FTA-tarieven en legt deze verhoging voor aan OPTA met het verzoek te oordelen over de redelijkheid van de tarieven.[374]

Besluit. OPTA overweegt dat de FTA-tarieven haar volle aandacht hebben. Dit blijkt uit de ontwikkeling van de (oude) Beleidsregels 2003 inzake de redelijkheid van FTA-tarieven voor partijen zonder aanmerkelijk marktmacht en het afgiftebesluit van 21 december 2005. Op grond van dit besluit diende Tele2 (Versatel) de FTA-tarieven vast te stellen conform het principe van vertraagde reciprociteit als geformuleerd in de Beleidsregels 2003.

OPTA overweegt dat volgens het kenbare beleid van OPTA sinds 2003 de FTA-tarieven van partijen, al dan niet aangewezen als partij met aanmerkelijk marktmacht, gereguleerd worden met als uitgangspunt vertraagde reciprociteit. De aanmerkelijke marktmacht van Tele2 (Versatel) op de afgiftemarkt wordt niet betwist. Daarnaast heeft OPTA, naar aanleiding van de vernietiging van de tariefverplichtingen op basis van de niet toereikende motivering aangaande de kopersmacht, onderzoek laten doen naar de kopersmacht. Uitkomst is dat Tele2 (Versatel) onvoldoende kopersmacht ondervindt. OPTA acht daarom een maatregel jegens Tele2 (Versatel) waarbij Tele2 wordt verplicht redelijke FTA-tarieven bij KPN in rekening te brengen op zijn plaats. OPTA zoekt dan ook aansluiting bij het FTA-beleid voor een antwoord op de vraag wat een redelijk tarief is. In casu betreft het vertraagde reciprociteit: het niveau dat niet hoger is dan het tarief dat drie jaar tevoren voor KPN heeft gegolden.[375] OPTA stelt dat het kenbare beleid erop is gericht om de FTA-tarieven te reguleren, zowel voor partijen met aanmerkelijke als zonder aanmerkelijke marktmacht.[376] Dit beleid wordt door het CBB niet onredelijk geacht, aldus OPTA.[377] Dit beleid wordt dan ook consequent toegepast. OPTA oordeelt eveneens dat de Beleidsregels 2007 analoog kunnen worden toegepast. De grondslag van deze beleidsregels is hoofdstuk 6a Tw.

Beroep. Het CBB oordeelt in beroep,[378] onder verwijzing naar de uitspraak van 16 juni 2005, dat OPTA een ruime mate van beoordelingsvrijheid toekomt bij de vaststelling van FTA-tarieven. OPTA heeft die beoordelingsvrijheid ingevuld door te bepalen dat de tarieven van Tele2 (Versatel) niet hoger mogen zijn dan

373 CBb 7 mei 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA4880.
374 OPTA 12 oktober 2007, OPTA/TN/2007/202103, 07.0170.21.
375 OPTA 12 oktober 2007, OPTA/TN/2007/202103, 07.0170.21, r.o. 120.
376 OPTA 12 oktober 2007, OPTA/TN/2007/202103, 07.0170.21, r.o. 121.
377 OPTA verwijst naar CBb 11 mei 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA4880, r.o. 9.27.1 en 9.27.2.
378 CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756.

het niveau van de tarieven zoals die worden bepaald op basis van de rekenregels van vertraagde reciprociteit, conform de Beleidsregels 2007. Deze komen overeen met de Beleidsregels van 2003.[379]

Commentaar. Feitelijk is er geen sprake van vastgestelde aanmerkelijke marktmacht. Maar Tele2 (Versatel) ondervindt als aanbieder te weinig kopersmacht en op de afgiftemarkt is er wel sprake van een aanmerkelijke marktmacht, daarom gelden voor Tele2 (Versatel) toch de tariefverplichtingen. Uit dit beleid volgt dat de ACM de markt sterk reguleert. Aan de ene kant wil de ACM dat de 'macht' van KPN gebroken wordt, maar dit moet niet leiden tot nieuwe andere partijen met te veel macht.

3.6.5 Conclusie

Het begrip redelijke prijs wordt in sterke mate ingevuld in het licht van de regulering van de markt, het creëren van volledige mededinging. Beleidsregels vormen een belangrijk instrument voor de invulling van het begrip redelijke vergoeding. Hiermee legt de ACM zich in grote lijnen vast. Zij maakt hiermee een open norm meer, zo niet volledig, gesloten. In het kader van antenneopstelpunten wordt, gezien het bijzondere karakter, overwegend gekozen voor de maatstaf van kostenoriëntatie als invulling van het begrip redelijke vergoeding. Het begrip kostenoriëntatie is oorspronkelijk bedoeld voor partijen met aanmerkelijke marktmacht, althans alleen ten aanzien van die partijen is hiervoor een wettelijke basis. Het begrip kostenoriëntatie is immers voor partijen met aanmerkelijke marktmacht vastgelegd in artikel 6a.7 lid 2 Tw. Daarnaast wordt het begrip echter ook gebruikt voor de invulling van artikel 3.24 lid 3 Tw en bij partijen zonder aanmerkelijke marktmacht, derhalve zonder wettelijke basis.

De ACM heeft in het kader van het openbreken van de markt het begrip vertraagde reciprociteit geïntroduceerd. Aanvankelijk was dit bedoeld voor partijen zonder aanmerkelijke marktmacht, maar inmiddels is dit instrument verheven tot algemeen beleid inzake FTA-tarieven.

De invulling van het begrip redelijke vergoeding door middel van vaste formules kan tot ongewenste situaties leiden die onder meer terug te zien zijn in de zaak tussen Alticom en Novec.[380] Partijen hebben een prijs afgesproken en bij de bepaling van deze prijs zijn ook andere voorwaarden uit de overeenkomst, zoals exclusiviteit, meegewogen. De ACM slaat hierop echter geen acht. Dit resulteert in een gang naar zowel de civiele als de bestuursrechter. Een onwenselijke gang van zaken, zo meen ik. Daarnaast dienen partijen de onder-

379 CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG5756, r.o. 6.2.2.

380 OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/2010/201351, 09.0129.21; CBb 17 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2311; Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035; Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ0527.

handelingen volledig opnieuw te voeren, terwijl dat wellicht vermeden had kunnen worden indien de ACM de overige voorwaarden wel had meegenomen in haar beoordeling van de (redelijke) prijs.

Opvallend is dat aan de ACM een grote beleidsvrijheid wordt toegekend door het CBB bij de invulling van de term redelijke vergoeding. Feitelijk komt deze neer op het vaststellen van (maximum) prijzen. Een grote beleidsvrijheid is wellicht voor het Nederlandse bestuursrecht niet zo bijzonder, maar vanuit privaatrechtelijk oogpunt is de invulling van het begrip redelijke vergoeding wel opmerkelijk. Slechts bij uitzondering zal de civiele rechter prijzen vaststellen. Dit zal alleen het geval zijn als partijen niet over een prijs hebben gesproken. De artikelen met betrekking tot koop, overeenkomst van opdracht en aanneming van werk zien op de gevallen dat partijen geen prijs zijn overeengekomen. De civiele rechter zal echter geen prijzen vaststellen als partijen wel over de prijs hebben onderhandeld, maar er niet zijn uitgekomen.[381] Dit zou in strijd zijn met de contractvrijheid.

Vanuit privaatrechtelijk oogpunt kan worden opgemerkt dat er sprake is van de vaststelling van een *iustum pretium*. Immers partijen met aanmerkelijke marktmacht dienen prijzen te rekenen waarop het begrip kostenoriëntatie van toepassing is. Partijen zonder aanmerkelijke marktmacht mogen hogere tarieven bij partijen met aanmerkelijke marktmacht in rekening brengen. Ook de ontwikkeling van de rekenregels van vertraagde reciprociteit heeft een *iustum pretium*-karakter. Het gaat hier meer om de constatering dat in contractrechtelijke verhoudingen (redelijke) prijzen worden vastgesteld door een toezichthouder, hetgeen vanuit privaatrechtelijk perspectief ongebruikelijk is, dan om een betoog dat de toezichthouder zelf niet conform wettelijke regels zou handelen. Dit geldt te meer daar de wetgever wel wenst aan te sluiten bij het privaatrecht en contractvrijheid als kernwaarde voorop stelt. Het doel van het vaststellen van prijzen is hier het sturen van de markt en daarmee andersoortig dan bij het reguliere contractenrecht, maar toch blijft het – gezien het streven van de wetgever om aansluiting te zoeken bij het privaatrecht – een opmerkelijk verschijnsel. Als rechtvaardiging voor het vaststellen van prijzen kan worden betoogd dat deze regels van tijdelijke aard zijn, namelijk tot het moment waarop de volledige mededinging is gerealiseerd op de telecommunicatiemarkt. De vraag is echter, of die verwachting, gezien de kenmerken van een netwerkmarkt, wel realistisch is. Immers elke (vergunning)houder van een (kabel)netwerk is in feite monopolist. Er zullen mijns inziens altijd regels nodig blijven om de markt te sturen.

Om de belangen van de (zwakkere) partijen op de markt te beschermen had de wetgever wellicht ook kunnen kiezen voor het vastleggen van (maximum)prijzen in een bestuursrechtelijk besluit, zoals dat bijvoorbeeld in het huurrecht gebeurt. Voor partijen zou dan duidelijk zijn wat de uitgangspunten

381 HR 10 december 1999, *NJ* 2000/5.

zijn bij de onderhandelingen, zonder dat (achteraf) een procedure bij de ACM nodig is om duidelijkheid te krijgen over de toegestane prijzen. Ook de kaders en beperkingen van de contractvrijheid zouden dan duidelijker zijn en meer aansluiten bij een systeem dat het privaatrecht al kent (in bijvoorbeeld het huurrecht).[382] Een dergelijke oplossing zou tegemoet komen aan (mijn) kritiek dat de *iustum pretium*-leer, die wordt afgewezen in het privaatrecht, via het bestuursrecht het privaatrecht binnendringt.

De problematiek van dit boek is echter breder dan de *iustum pretium*-leer. Zelf denk ik dan ook dat, in bredere zin, gedacht dient te worden aan oplossingen die een 'hybride' karakter hebben en waarbij in eerste instantie de handhaving ligt bij één handhaver, in dit geval de ACM.[383]

3.7 Nakoming en handhaving

3.7.1 Inleiding

In het privaatrecht kan een partij een actie tot nakoming instellen. Een partij kan ook een overeenkomst ontbinden en eventueel schadevergoeding vorderen. De ACM als toezichthouder kan echter niet direct ingrijpen in de contractuele verhoudingen, al dienen als gevolg van de besluiten van de ACM in sommige gevallen de contracten te worden aangepast. Aangezien partijen zelf geen executoriale titel bij een besluit van de ACM verkrijgen, zal de ACM bestuursrechtelijke middelen dienen te hanteren om naleving van het besluit af te dwingen. Bij niet-naleving van een geschilbesluit staat aan de ACM een aantal bestuursrechtelijke sancties ter beschikking. Zo kan een last onder dwangsom worden opgelegd om alsnog naleving af te dwingen en/of kan een bestuurlijke boete worden opgelegd.

Bij het opleggen van een last onder dwangsom of boete kan een aantal vragen worden gesteld. In hoeverre lenen open normen zich voor een last onder dwangsom en/of een boete, in hoeverre kan met het middel van een last onder dwangsom worden afgedwongen dat een aanbieder daadwerkelijk overgaat tot terugbetaling van hetgeen, na vaststelling van het (redelijke) tarief door de ACM, teveel is betaald? En in hoeverre kunnen derden, die geen partij zijn geweest bij het geschil, zich met succes beroepen op het non-discriminatiebeginsel en op het geschilbesluit zelf om te bewerkstelligen dat de in dat besluit vastgestelde tarieven ook voor hen gelden of doorwerken in hun overeenkomst?[384] Zo volgt uit de zaak KPN tegen Tele2 (Versatel)[385] dat

382 Vergelijk ook V.J.A. Sütõ, 'De toegangsovereenkomst in het spoorvervoer', *WPNR* 2013/6998, p. 1112-1121.
383 Zie par. 6.3.7.4 en 6.4.
384 Zie Verweij & Sauren 2007, p. 39-40.

in geval een partij te hoge tarieven rekent, dit van invloed is op de consumentenprijzen. De te hoge tarieven worden immers doorberekend aan de consumenten. In het geval van Tele2 (Versatel) kon KPN echter de tarieven niet aan de consumenten doorberekenen omdat KPN gebonden is aan verplichtingen die door de ACM zijn opgelegd. KPN is dan ook afhankelijk van de ACM die tot actie bewogen dient te worden om Tele2 te houden aan de bepalingen uit de Tw.

Met de invoering van artikel 12.2 Tw is het accent van de geschilbeslechtende bevoegdheid van de ACM meer verschoven van het stellen van regels die in de plaats komen van de overeenkomst naar het geven van voorschriften waarnaar partijen moeten handelen.[386] Het is echter niet zo dat in het geschilbesluit voorgeschreven maatregelen automatisch in de plaats treden van verbintenissen die in strijd zijn met de Tw.[387] Het huidige artikel 12.2 Tw ziet meer op het beslechten van geschillen en op het totstandkomen van een materiële oplossing van het voorgelegde geschil.[388] Dit wordt ook bevestigd door het hof Den Haag in de zaak tussen Novec en Alticom, waarin wordt overwogen dat partijen, met als uitgangspunt het geschilbesluit, opnieuw zullen moeten onderhandelen.[389]

3.7.2 Last onder dwangsom of boete

3.7.2.1 Last onder dwangsom of boete als middel tot nakoming?

In deze paragraaf komt aan de orde in hoeverre een last onder dwangsom of een boete kan worden aangewend door de ACM om een partij bijvoorbeeld, na vaststelling van (redelijke) tarieven, teveel betaalde gelden te laten terugbetalen.

Ook komt in een besluit het spanningsveld tussen open normen en de rechtszekerheid aan bod. De open normen zijn enerzijds geïntroduceerd in verband met de dynamische markt en verschaffen de overheid de beoordelingsruimte die voor een effectieve taakuitoefening vereist is.[390] Open normen kunnen echter op gespannen voet staan met het legaliteitsbeginsel en dus de rechtszekerheid.

385 OPTA 12 oktober 2007, OPTA/TN/2007/202103, 07.0170.21. Zie voor bespreking par. 3.6.4, nr. 2.
386 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 166.
387 Zie Verweij & Sauren 2007, p. 35-36.
388 Zie Verweij & Sauren 2007, p. 35-36.
389 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527. Zie voor bespreking in par. 3.6.2, nr. 2.
390 Ottow 2006, p. 19.

(1) KPN/Versatel

Casus. Dit geschil betreft de beoordelingsruimte van OPTA bij de invulling van de vage norm 'kostenoriëntatie'. KPN heeft tariefverplichtingen opgelegd gekregen. Versatel verzoekt OPTA om KPN te gelasten tot verrekening van de teveel betaalde tarieven over te gaan. Versatel verwijst hierbij naar het BaByXL-besluit.

Besluit en bezwaar. OPTA bepaalt dat KPN binnen vijf dagen na dagtekening van het besluit met Versatel tot verrekening dient te komen van de periodieke tarieven voor collocatie op straffe van een dwangsom van € 25.000 per dag, tot een maximum van € 1.500.000.[391] Daarbij is bepaald dat de verrekening dient plaats te vinden door het verzenden van een creditnota. De bezwaren van KPN zijn ongegrond verklaard.[392]

Beroep. KPN gaat in beroep en voert aan dat OPTA niet bevoegd is, omdat KPN de Tw niet heeft overtreden. De rechtbank heeft geoordeeld dat OPTA in het BaByXL besluit geen definitief oordeel heeft gegeven over de periodieke collocatietarieven van KPN in de periode tot 1 januari 2002. Ten tijde van het nemen van het besluit van 5 juni 2003 kon niet met zekerheid de conclusie worden getrokken dat KPN in overtreding was.[393] Daarnaast heeft OPTA onvoldoende inzicht geboden in de wijze waarop zij is gekomen tot de vaststelling van kostengeoriënteerde tarieven voor collocatie en heeft OPTA de vaststelling van deze tarieven onzorgvuldig onderbouwd.

Hoger beroep. Het CBB overweegt dat de rechtszekerheid zich verzet tegen handhavend optreden wegens overtreding van vage normen, indien het bestuursorgaan niet van te voren heeft aangegeven hoe de norm luidt.[394] De ruimte voor OPTA is niet zo groot dat zij uit mag gaan van de kosten die een gemiddelde onderneming maakt. De daadwerkelijke kosten zijn uitgangspunt.[395] Het CBB oordeelt:

> 'bij de invulling van het begrip kostenoriëntatie komt OPTA een zekere beoordelingsruimte toe. Gelet hierop kan KPN in beginsel niet vaststellen of haar tarieven volgens OPTA kostengeoriënteerd zijn, zolang OPTA zich daarover niet uitlaat. Voor 15 oktober 2002 heeft OPTA niet duidelijk gemaakt dat KPN handelde in strijd met de verplichtingen inzake kostenoriëntatie en non-discriminatie, terwijl er in deze periode verschillende momenten zijn geweest waarop OPTA een dergelijk standpunt kenbaar had kunnen

391 OPTA 5 juni 2003, OPTA/IBT/2003/202083 inzake KPN.
392 OPTA 22 oktober 2003, OPTA/IBT/2003/203679 inzake KPN.
393 Rb. Rotterdam 11 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV2607.
394 CBb 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3822, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R. van Angeren en A. Drahmann (*OPTA vs. KPN en Versatel*).
395 CBb 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3822, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R. van Angeren en A. Drahmann (*OPTA vs. KPN en Versatel*). Zie nader ook noot J.R. van Angeren en A. Drahmann, p. 372.

maken in het kader van de uitoefening van haar toezichthoudende taken.'[396]

OPTA dient dan ook vooraf duidelijk te maken hoe open normen worden ingevuld. Vanuit het opleggen van sancties bezien is dit zonder meer logisch te noemen, maar de vraag rijst hoeveel er dan nog 'open' blijft aan de open normen.

Uit dezelfde uitspraak volgt ook dat dwangsommen niet kunnen worden opgelegd om in het verleden teveel betaalde gelden, als gevolg van te hoge tarieven, via creditnota's ongedaan te maken. Het CBB overweegt daarover dat OPTA zijn handhavingsbevoegdheid te buiten is gegaan door KPN onder dreiging van verbeurte van een dwangsom te verplichten de bedragen die Versatel voor de in de voorbije periode afgenomen collocatievoorzieningen te veel heeft betaald, binnen vijf dagen te crediteren.[397] Het CBB oordeelt dat OPTA geen specifieke wettelijke bevoegdheid heeft voor handhavend optreden in de door OPTA gekozen vorm en ziet geen aanleiding om een uitzondering te maken op het uitgangspunt dat de civiele rechter en niet OPTA bevoegd is om tot feitelijke betaling te verplichten.

(2) Novec/Alticom

Casus. In een geschilbesluit tussen Novec en Alticom speelt eenzelfde vraagstuk.[398] In een handhavingsverzoek verzoekt Novec OPTA Alticom te gebieden om het geschilbesluit van 26 april 2010 na te leven door middel van het opleggen van een dwangsom aldus dat creditnota's aan Novec worden verstuurd.

Besluit. OPTA overweegt dat de overtreding betrekking heeft op de tussen Novec en Alticom gesloten civiele overeenkomst van 29 april 2009 en dat de restitutieverplichting voortvloeit uit artikel 10.4 van die overeenkomst en niet uit het geschilbesluit. OPTA oordeelt voorts, onder verwijzing naar de uitspraak van 13 juli 2006,[399] dat zij niet bevoegd is tot het opleggen van restitutieverplichtingen. OPTA verwijst ook naar de toelichting op artikel 12.2 Tw waaruit naar voren komt dat een besluit geen executoriale titel verschaft aan een wederpartij. Deze zal bij de civiele rechter verkregen moeten worden.[400]

Commentaar. In de literatuur wordt opgemerkt dat een last onder dwangsom ertoe strekt om de overtreding ongedaan te maken en om verdere overtreding dan wel een herhaling van de overtreding te voorkomen.[401] Van Angeren en Drahmann zijn van mening dat de overweging van het CBB, dat er geen wettelijke bevoegdheid is voor handhavend optreden in de door de ACM

396 Zie r.o. 7.3.2.
397 Zie r.o. 7.3.3.
398 OPTA 10 november 2010, OPTA/AM/2010/203269, 10.0328.22.
399 CBb 13 juli 2006, AWB 06/192 06/193 en 06/195, ECLI:NL:CBB:2006:AY3826.
400 OPTA 10 november 2010, OPTA/AM/2010/203269, r.o. 18.
401 CBb, 13 juli 2006, OPTA vs. KPN Telecom & Versatel Nederland, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R. van Angeren en A. Drahmann, p. 372, Ottow 2006, p. 155-162.

gekozen vorm, niet overtuigend is.[402] Er is volgens hen geen voorgeschreven vorm voor het opleggen van dwangsommen in de Awb. De overtreder moet de vrijheid krijgen om zelf een middel te kiezen om aan de last te voldoen. Zij menen verder dat de last onder dwangsom wel zou kunnen zien op het ongedaan maken van een overtreding voor de toekomst. Het ongedaan maken van overtredingen in het verleden past niet in dit systeem.[403] Toch achten zij het doel van de ACM wel nobel. Zij pleiten er dan ook voor dat de wetgever in de Tw een terugbetalingsverplichting opneemt die de ACM kan opleggen, eventueel met een executoriale titel.[404]

Dat een last onder dwangsom of een boete niet kan worden gebruikt voor het ongedaan maken van overtredingen geeft een tekort aan van de bestuursrechtelijke handhaving. Partijen zullen een gang naar de civiele rechter dienen te maken om het teveel betaalde terug te vorderen. Dit pleit, naar mijn mening, voor bevoegdheden voor de ACM om overtredingen ongedaan te maken.

De ACM houdt, zoals blijkt uit de volgende zaak, bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening met de omstandigheden van de overtreding en de opstelling van de overtredende partij in een bepaalde kwestie.

(3) OPTA/BT

Casus. BT hanteert ten opzichte van KPN hogere FTA-tarieven dan maximaal is toegestaan. KPN dient bij OPTA een handhavingsverzoek in.

Besluit. OPTA legt BT een last onder dwangsom op naar aanleiding van het overtreden van een eerder besluit waarin het maximaal redelijke tarief was vastgesteld.[405] Na een handhavingsverzoek van KPN oordeelt OPTA dat BT te hoge prijzen in rekening brengt. OPTA legt BT een last onder dwangsom op om de overtreding te staken. Het geschonden belang bestaat hierin dat BT, door het niet hanteren van de maximaal redelijke FTA-tarieven conform de Beleidsregels FTA, omzet genereert die bij juiste toepassing van de wet- en regelgeving niet aan BT toe zou komen. OPTA houdt hier dan rekening mee bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom.

3.7.2.2 Derde-belanghebbenden

Besluiten van de ACM omtrent tariefverplichtingen, toegang etc., kunnen van invloed zijn op de relatie van deze partij met derden, meer specifiek concurrenten of afnemers. Een concurrent zou zich kunnen melden als belanghebbende

402 CBb, 13 juli 2006, OPTA vs. KPN Telecom & Versatel Nederland, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R. van Angeren en A. Drahmann, p. 371.

403 Zie noot J.R. van Angeren en A. Drahmann, CBb 13 juli 2006, Opta vs. KPN Telecom & Versatel Nederland, *Mediaforum* 2006/11-12, p. 372

404 Zie noot J.R. van Angeren en A. Drahmann, CBb 13 juli 2006, Opta vs. KPN Telecom & Versatel Nederland, *Mediaforum* 2006/11-12, p. 372

405 OPTA 10 oktober 2007, OPTA/TN/2007/201766. Deze uitspraak is komen te vervallen bij besluit van OPTA 4 februari 2008, OTPA/BO/2007/202571.

bij de ACM. Een besluit ex artikel 1:2 Awb is echter slechts gericht tot degene tot wie het besluit zich richt. Een partij zou als derde-belanghebbende aangemerkt kunnen worden, maar uit de hier te bespreken zaken blijkt dat dit niet eenvoudig is.[406] In 1998, in één van de eerste zaken hierover, overweegt de rechtbank Rotterdam in de zaak Versatel/OPTA[407] dat voor het antwoord op de vraag of er een rechtstreeks betrokken belang is bij een besluit doorslaggevend is of de partij, die niet bij het geschil is betrokken, zelf de mogelijkheid heeft een geschil voor te leggen aan de ACM.

(1) KPN/Tele2/Globalcall

Casus. Tele2 wenst toegang te verkrijgen tot het netwerk van KPN. Globalcall wil als derde belanghebbende worden aangemerkt. Globalcall heeft met KPN een bijzondere toegangsovereenkomst afgesloten. Toegang voor Tele2 tot het netwerk van KPN zal rechtstreekse gevolgen hebben voor de overeenkomst van Globalcall met KPN. KPN zal daardoor een gedeelte van de zogenaamde 0900-nummers niet meer aan Globalcall kunnen afleveren.

Besluit. OPTA heeft Globalcall toegelaten om haar zienswijze te geven.[408]

Beroep. In de kwestie tussen KPN en Tele2[409] overweegt het CBB dat Globalcall niet is aan te merken als derdebelanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb. De bestreden besluiten hebben geen rechtstreekse gevolgen voor Globalcall in de zin dat afbreuk zou worden gedaan aan haar recht op bijzondere toegang tot het vaste openbare telefoonnetwerk van KPN. Globalcall heeft aangevoerd dat de besluiten van OPTA tussen KPN en Tele2 consequenties hebben voor de contractuele relatie die zij heeft met KPN. Het CBB overweegt dat degenen die in hun belangen worden geraakt uit hoofde van een contractuele relatie met de geadresseerde van een besluit, niet het vereiste rechtstreekse, maar slechts een afgeleid belang hebben.

Toch slagen concurrenten er wel eens in om aangemerkt te worden als derde belanghebbende, zoals blijkt uit de volgende zaak.

(2) KPN & OPTA/UPC & Tele2

Casus. In een geschil tussen KPN en OPTA, waarin KPN beroep heeft ingesteld tegen een besluit van OPTA waarin een last onder dwangsom jegens BT is herroepen, hebben UPC en Tele2 zich gemeld als derde belanghebbenden.[410] De zaak betreft een marktanalysebesluit over FTA-tarieven.

406 Zie Verweij & Sauren 2007, p. 39.
407 Rb. Rotterdam 18 februari 1998, *AB* 1998/313, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Versatel/OPTA*).
408 Kenbaar uit CBb 21 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8620, *AB* 2006/132, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Globalcall/OPTA, Tele2 en KPN*).
409 CBb 21 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8620, *AB* 2006/132, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Globalcall/OPTA, Tele2 en KPN*).
410 CBb 23 juli 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK3455, *AB* 2009/416, m.nt. G.J.M. Cartigny.

Besluit. OPTA oordeelt dat UPC en Tele2 weliswaar actief zijn op een deelmarkt waarop een marktanalysebesluit betrekking heeft, maar dat daaruit niet zonder meer mag worden geconcludeerd dat deze partijen ook belanghebbende zijn bij een besluit tot handhaving van dit marktanalysebesluit. Dit is volgens OPTA niet anders doordat de uitleg die aan het marktanalysebesluit FTA wordt gegeven van belang is voor een bij OPTA aanhangig geschil, waarbij zo'n partij is betrokken.[411]

Beroep. Het CBB stelt echter dat de hoogte van de FTA-tarieven die BT in rekening kan brengen van rechtstreeks belang is voor de onderlinge concurrentiepositie op de markten voor vaste telefonie. In een geval als het onderhavige kan derhalve niet worden gezegd dat de uitkomst van de procedure omtrent de handhaving van de hier aan de orde zijnde opgelegde tariefverplichtingen geen rechtstreekse invloed heeft op de concurrentieverhoudingen op deze markt. Tele2 en UPC zijn dan ook derde-belanghebbenden bij het door KPN bestreden besluit.[412]

Commentaar. Kortom, het criterium om als derde belanghebbende te worden aangemerkt, lijkt te zijn dat sprake is van rechtstreekse invloed van een besluit op een (contractuele) relatie en niet slechts van een mogelijke indirecte invloed daarop.

3.7.3 Onverschuldigde betaling

Als er sprake is van te hoge tarieven en dit is vastgesteld door de ACM, zal, zoals onder meer voortvloeit uit de zaak van het CBB van 13 juli 2006,[413] de civiele rechter zich kunnen buigen over het restitueren van de teveel betaalde gelden. De onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 BW is daarvoor een logische grondslag. Onverschuldigd houdt in dat er zonder rechtsgrond een prestatie is verricht. De reden kan zijn dat er bijvoorbeeld betaald is op grond van een nietige rechtshandeling.

In een civiele procedure tussen MCI en KPN[414] vordert MCI onder meer dat KPN wordt veroordeeld tot terugbetaling van een bedrag over de periode van 1 januari 2001 tot en met 1 mei 2002 en tot het overhandigen van creditnota's met betrekking tot de facturen van mei 2002 tot en met mei 2005 voor zover die niet door MCI zijn betaald. De kwestie ziet op een besluit van de ACM van 16 juli 2004[415] waarin de ACM heeft geoordeeld dat KPN voor het afwikkelen van verkeer aan MCI geen transittarieven in rekening mag brengen, maar slechts terminatingtarieven. Op 11 mei 2005 heeft het CBB deze uitspraak

411 CBb 23 juli 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK3455, *AB* 2009/416, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 6.1.
412 CBb 23 juli 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK3455, *AB* 2009/416, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 6.1.
413 CBb 13 juli 2006, AWB 06/192 06/193 en 06/196, ECLI:NL:CBB:2006:AY3826.
414 Rb. Rotterdam 26 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6259.
415 OPTA 16 juli 2004, G.08.04.

bevestigd waardoor sprake is van formele rechtskracht. De centrale vraag, aldus de rechtbank, is of KPN gerechtigd was sinds eind 2000 transittarieven in rekening te brengen voor internet-inbelverkeer van MCI, dat KPN deels afwikkelt via haar netwerken. Partijen verschillen van mening over de consequenties van het ACM-besluit en de CBB-uitspraak voor hun contractuele relatie zoals vastgelegd in de interconnectie-overeenkomst. De rechtbank gaat uit van de formele rechtskracht van de uitspraak en oordeelt:

> '(…) voor zover MCI voor de onderhavige dienst meer aan KPN heeft betaald dan de thans vastgestelde terminatingtarieven, heeft op grond van het voorgaande voor die betalingen (met terugwerkende kracht) een rechtsgrond ontbroken op het moment van het verrichten daarvan, zodat deze als onverschuldigd moeten worden aangemerkt (artikel 6:203 BW).'[416]

KPN zal dan ook het teveel betaalde dienen terug te betalen. Eveneens dienen de in de periode van mei 2002 tot en met mei 2005 verzonden facturen gecrediteerd te worden omdat deze geen contractuele grondslag (meer) hebben. Er is immers sprake van strijd met de Tw en derhalve van nietigheid ex artikel 3:40 BW.[417] Op KPN rust in het kader van haar verbintenis tot ongedaanmaking ex artikel 6:203 BW op grond van de redelijkheid en billijkheid de nevenverplichting om aan MIC creditnota's voor de betreffende facturen te overhandigen.

Tussen UPC en KPN speelt eenzelfde kwestie voor de rechtbank Rotterdam (civiel).[418] Het geschil betreft FTA-tarieven aangaande een interconnectie-overeenkomst, gesloten op 13 juni 2002. Partijen hebben echter geen overeenstemming kunnen bereiken over de door UPC bij KPN in rekening te brengen tarieven. KPN heeft dan ook de ACM verzocht om deze tarieven vast te stellen. De ACM heeft op 1 juli 2003 een besluit genomen en een bovengrens aangegeven. De tarieven van UPC mogen niet boven deze grens uitkomen. Het besluit heeft formele rechtskracht gekregen. In de periode van 24 september 2003 tot en met 1 augustus 2004 heeft UPC hogere FTA-tarieven in rekening gebracht aan KPN dan toegestaan. KPN vordert in deze procedure het bedrag dat teveel is betaald over deze periode terug van UPC op grond van onverschuldigde betaling. De rechtbank overweegt dat de ACM in haar besluit een bovengrens heeft aangegeven die zou gelden vanaf 23 september 2003. UPC mocht geen hoger tarief in rekening brengen, maar heeft dat tot 1 augustus 2004 wel gedaan. KPN heeft in ieder geval recht, op grond van onverschuldigde betaling, op hetgeen zij meer heeft betaald boven de bovengrens.[419] UPC heeft echter terecht aangevoerd dat de hoogte van het FTA-tarief niet is vastgesteld, want

416 Rb. Rotterdam 26 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6259, r.o. 5.14.
417 Rb. Rotterdam 26 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6259, r.o. 5.12. Zie tevens en nader par. 3.8.
418 Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4426.
419 Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4426, r.o. 4.11.

er is slechts een bovengrens aangegeven. De rechtbank oordeelt daarom dat het totale bedrag dat KPN onverschuldigd heeft betaald niet kan worden vastgesteld. Partijen zullen opnieuw moeten onderhandelen over het FTA-tarief van deze periode. De onderhandelingen tussen partijen dienen te leiden tot een FTA-tarief dat de door de ACM vastgestelde bovengrens niet overstijgt. Als partijen geen overeenstemming kunnen bereiken, ligt het voor de hand dat de ACM beziet of het tariefvoorstel dat UPC heeft gedaan onder voormelde bovengrens blijft. Pas als dat traject is doorlopen kan de hoogte van het bedrag dat KPN onverschuldigd heeft betaald, worden bepaald.[420]

Met betrekking tot een civiel geschil omtrent MTA tarieven tussen UPC enerzijds en T-Mobile en Tele2 anderzijds oordeelt de rechtbank Rotterdam dat er geen grond is voor onverschuldigde betaling omdat de betalingen worden gerechtvaardigd door de overeenkomst.[421] De ACM heeft om de markt te reguleren een zogenaamd BULRIC-systeem opgezet. Dat systeem beoogt partijen vooraf te dwingen tot de beleidsmatig gewenst geachte verlaging van de tarieven met het oog op de bevordering van de mededinging. Het systeem bepaalt dus het minimale tarief maar is niet geschikt om achteraf te bepalen of daadwerkelijk toegepaste tarieven zo hoog zijn dat het gerealiseerde rendement aanzienlijk hoger ligt dan de vermogenskostenvoet en dus te hoog is. De rechtbank overweegt echter dat in de betreffende periode (2005-2010) de tarieven in kwestie niet daadwerkelijk gereguleerd zijn geweest. Het stond partijen dus in beginsel vrij om elke gewenste afspraak over de te betalen tarieven te maken. Dit is alleen anders als aangetoond wordt dat er zodanig hoge tarieven in rekening zijn gebracht dat sprake is van misbruik. Dit is niet het geval aldus de rechtbank.

Bij de ACM kan geen executoriale titel verkregen worden omdat er sprake is van een publiekrechtelijke toezichthouder die een besluit neemt. Partijen dienen voor een executoriale titel een vordering bij de civiele rechter in te stellen. De civiele rechter stelt voorts vast dat de ACM slechts een bovengrens vaststelt. Prijzen mogen niet boven deze grens uitkomen. Het exacte bedrag dat onverschuldigd is betaald kan dan ook niet worden vastgesteld. Partijen dienen hier eerst nog over te onderhandelen. De rechtbank suggereert zelfs dat als partijen geen overeenstemming bereiken, de ACM het voorstel van UPC nog zou moeten toetsen om te bezien of dit onder de bovengrens blijft. Deze rechtsgang acht ik niet erg effectief en toont aan dat deze wijze van vaststelling van tarieven via het publiekrecht wezenlijke nadelen heeft. Na het geschilbesluit van de ACM dienen partijen opnieuw te onderhandelen voordat kan worden vastgesteld wat de hoogte is van het teveel betaalde bedrag. Mochten deze onderhandelingen niet resulteren in een (gewijzigde) overeenkomst dan kan dit tot een nieuwe rechtsgang bij de ACM leiden.

420 Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4426, r.o. 4.12.
421 Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5992.

3.7.4 Verrekening

Een ander rechtsmiddel om het teveel betaalde terug te krijgen zou verrekening kunnen zijn. Uiteraard moeten er dan nog wel verschuldigde bedragen openstaan waarmee verrekend kan worden. Artikel 6:127 BW is de wettelijke grondslag voor verrekening. Er dient sprake te zijn van wederzijdse vorderingen. In de zaak tussen Novec en Alticom[422] overweegt de kantonrechter dat Novec bevoegd is geweest het bedrag te verrekenen. De ACM heeft geoordeeld dat het besluit civiel effect heeft en daarom leidt de beslissing tot aanpassing van de huurovereenkomst, aldus de kantonrechter. Het staat Alticom niet vrij om Novec meer in rekening te brengen dan het maximaal redelijke tarief dat door de ACM is vastgesteld. Het gaat echter om een maximaal redelijk tarief hetgeen impliceert dat het partijen wel vrij staat een lager tarief overeen te komen. Dit heeft tot gevolg dat de (overeengekomen) ingroeiregeling van kracht blijft.

Met de invoering van artikel 12.2 Tw is echter het accent van de geschilbeslechting verschoven. Het geschilbesluit komt niet in de plaats van de bepalingen uit het contract, maar partijen dienen naar aanleiding van het geschilbesluit de overeenkomst aan te passen en voor zover nodig opnieuw te onderhandelen. Dit lijkt in het kader van de prijsvaststelling neer te komen op maximale tarieven, met andere woorden een bovengrens. Dit blijkt ook uit de uitspraak van de civiele rechter in de zaak UPC/KPN.[423] Het hof Den Haag komt in de zaak Novec tegen Alticom echter tot een ander oordeel dan de kantonrechter.[424] Het hof overweegt dat de gevolgen van het geschilbesluit aan de civiele rechter zijn voorbehouden en niet rechtstreeks doorwerken in de overeenkomst.[425] Ondanks het feit dat een geschilbesluit niet rechtstreeks doorwerkt, overweegt het hof Den Haag dat Novec bevoegd is tot verrekening van het teveel betaalde bedrag ten opzichte van het maximale redelijke tarief.[426] Tegelijkertijd verwijst het hof partijen terug naar de onderhandelingstafel om over aanpassing van de overeenkomst te onderhandelen. Wellicht betreft het een praktische oplossing, maar juridisch zuiver is zij niet. De ACM stelt het maximale tarief vast en partijen dienen over een redelijk tarief vervolgens weer te onderhandelen. De vraag is natuurlijk hoe realistisch het is dat partijen een prijs onder het maximaal redelijke tarief overeenkomen. Ik ben echter van mening dat het exact te verrekenen bedrag nog niet bepaald kan worden, zolang partijen niet alsnog een redelijke prijs zijn overeengekomen.

422 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, *Mediaforum* 2011/7-8, m.nt. B.J.H. Braeken, p. 232-236. Zie voor bespreking par. 3.6.2, nr. 2.
423 Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4426, r.o. 4.11. Zie voor bespreking par. 3.7.3.
424 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ0527.
425 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ0527, r.o. 3.6.
426 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:BZ0527, r.o. 3.12.

3.7.5 Onrechtmatige daad

Wanneer partijen niet tot een overeenkomst komen en naar later blijkt één van de partijen ten onrechte een te hoog tarief heeft gevraagd, kan de andere partij, voor zover zij schade heeft geleden, een vordering uit onrechtmatige daad instellen. Een voorbeeld hiervan komt uit de energiemarkt.

Uit een in 2015 door de Hoge Raad gewezen arrest in de zaak Windpark Zeeland I/Delta Netwerkbedrijf[427] betreffende toelating tot het elektriciteitsnetwerk, heeft de Hoge Raad bepaald dat de bestuursrechtelijke rechtsgang bindend is voor de civiele rechter. Delta (netwerkaanbieder elektriciteit) had een offerte voor toelating tot haar netwerk uitgebracht die, naar later oordeel van het CBB, te hoog was en waardoor Windpark Zeeland schade heeft geleden, omdat Windpark Zeeland toen al een alternatieve aansluiting had gerealiseerd waarvoor hoge kosten waren betaald. Het CBB heeft de uitspraak vernietigd en de NMa opgedragen met inachtneming van het oordeel van het CBB opnieuw op het bezwaar te beslissen. De NMa heeft bij besluit van 13 maart 2009 het bezwaar van Windpark alsnog gegrond verklaard, het primaire besluit herroepen en de klacht van Windpark met betrekking tot de aansluittarieven gegrond verklaard. Bij uitspraak van 25 januari 2013 heeft het CBB in een andere, vergelijkbare, zaak tussen Delta en een andere exploitant van een windmolenpark echter een genuanceerder standpunt ingenomen. Op grond van deze uitspraak zou de oorspronkelijke offerte van Delta in de zaak Delta/Windpark Zeeland I *niet* te hoog zijn geweest.

De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het CBB tussen beide partijen (Delta en Windpark Zeeland I) het uitgangspunt moet zijn. Delta heeft bij het uitbrengen van haar offerte aan Windpark in strijd met de wet gehandeld. Het oordeel van het hof dat Delta in mei 2005 niet anders had behoren te offreren is dan ook onjuist.[428] De Hoge Raad overweegt dat uit de bindende kracht van de uitspraak van de NMa volgt dat het uitgangspunt moet zijn dat Delta bij het uitbrengen van de offerte in strijd met de wet, en dus onrechtmatig, heeft gehandeld.[429] Dat de offerte in lijn was met het beleid van de NMa en met de latere uitspraak van het CBB van 25 januari 2013, doet hier niet aan af. Delta had tegen het besluit van 13 maart 2009 in beroep kunnen gaan en dat heeft zij niet gedaan.

---

427 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, *RvdW* 2015/801.

428 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, *RvdW* 2015/801, r.o. 3.5.2.

429 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, *RvdW* 2015/801, r.o. 3.6. Volgens het Windpark blijkt de onrechtmatigheid uit het resultaat van de bestuursrechtelijke procedure: Delta had de verzochte aansluiting moeten realiseren voor een tarief, gebaseerd op de kortste afstand tot het dichtstbijzijnde punt in het net.

3.7.6 Conclusie

De bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen, een last onder dwangsom en een boete, kunnen door de ACM worden opgelegd. Deze handhavingsmiddelen kunnen echter slechts beperkt worden ingezet. Een dwangsom kan alleen worden gebruikt om toekomstige overtredingen te voorkomen. Maar, zoals volgt uit paragraaf 3.7.2, de dwangsom is niet geschikt voor het ongedaan maken van overtredingen die bijvoorbeeld zien op het vragen van te hoge tarieven. Voor een boete geldt eveneens dat slechts de overtreder gestraft kan worden voor de overtreding. Een boete betekent echter niet dat een overtreding, bijvoorbeeld het vragen van te hoge tarieven, daarmee ongedaan gemaakt kan worden. Evenmin wordt door middel van de boete het door een derde (de contractspartij) geleden nadeel alsnog opgeheven.

Bij de problematiek van de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen wordt het spanningsveld duidelijk tussen enerzijds de open normen die zijn geïntroduceerd en anderzijds het legaliteitsbeginsel. In hoeverre kan men nog spreken van open normen, als van te voren duidelijk moet zijn wanneer er sprake is van een overtreding of niet? Open normen worden door de invulling met strakke beleidsregels wel erg gesloten. Ik vraag mij dan ook af of open normen zich lenen voor deze manier van handhaven.

Een contractspartij zal, via de civiele rechter, een beroep kunnen doen op onverschuldigde betaling om zo een executoriale titel te verkrijgen waarmee de teveel betaalde gelden kunnen worden teruggevorderd. Een beroep op verrekening behoort ook tot de mogelijkheden. Bij beide mogelijkheden speelt mee dat de ACM regels stelt ter beslechting van het geschil doordat de ACM geen prijzen vaststelt, maar maximumprijzen. Het gevolg daarvan is dat de prijs nog vastgesteld dient te worden. Daarmee is al wel duidelijk welk bedrag te veel is betaald boven het maximaal redelijke tarief. Dit bedrag zou verrekend dan wel teruggevorderd kunnen worden via een vordering uit onverschuldigde betaling. Formeel gezien zullen partijen daarnaast eerst nog dienen vast te stellen wat de overeengekomen prijs is voordat berekend kan worden welk bedrag daadwerkelijk verrekend kan worden dan wel onverschuldigd betaald is. Het kan zelfs zijn dat als partijen daar niet uitkomen, de ACM opnieuw een oordeel zal moeten vellen (zie paragraaf 3.7.3). Dit lijkt mij op zijn minst omslachtig.

Ten slotte behoort, voor het verkrijgen van schadevergoeding, een vordering uit onrechtmatige daad nog tot de mogelijkheden wanneer partijen niet tot een overeenkomst zijn gekomen omdat de aanbiedende partij ten onrechte, in strijd met bestuursrechtelijke regels, een te hoge prijs heeft gevraagd en de andere partij daardoor schade heeft geleden.

Uit het bovenstaande volgt dat de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen ook hun tekorten kennen als het gaat om het ongedaan maken van de gevolgen van overtredingen. Dit pleit, naar mijn mening, wederom voor een meer 'hybride' vorm van handhaving door één toezichthouder. De toezichthouder

zou ook middelen moeten hebben waarbij de overtreder gedwongen kan worden om het te veel betaalde te crediteren.

3.8 Terugwerkende kracht en nietigheid geschilbesluiten

3.8.1 Inleiding

Zoals onder meer in paragraaf 3.4.3 is besproken neemt de ACM maatregelen met civielrechtelijke gevolgen. Op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw kan de ACM regels stellen als partijen nog geen overeenstemming hebben bereikt en op grond van het tweede lid kan de ACM bij geconstateerde strijdigheid met de Tw eveneens regels stellen. Deze regels kunnen onder meer inhouden het vaststellen van (maximum)tarieven. In deze paragraaf zullen de volgende vragen centraal staan. Als de ACM op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw, besluiten, maatregelen en beslissingen neemt, wanneer treden deze dan in werking? In hoeverre kunnen deze besluiten terugwerken? Met terugwerkende kracht wordt bedoeld dat maatregelen terugwerken in de tijd. Ook komt de vraag aan de orde wat de (privaatrechtelijke) grondslag is van het criterium 'strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw' van het tweede lid in relatie tot het terzijde schuiven van de contractuele bepalingen. Het gaat hierbij met name om de verhouding tot artikel 3:40 BW.

3.8.2 Terugwerkende kracht geschilbesluiten

In deze paragraaf zal worden bekeken in hoeverre besluiten, genomen op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw, van de ACM terugwerken in de tijd. Er zijn daarbij drie momenten denkbaar:[430] het besluit geldt vanaf het moment van de inwerkingtreding van het besluit van de ACM, het besluit werkt terug tot het moment van het aanhangig maken van het geschil of het besluit werkt terug tot het moment waarop het geschil tussen partijen is ontstaan.[431]

(1) Dutchtone/KPN

Casus. Het betreft een geschil over medegebruik en de daarvoor in rekening te breken prijs van antenne-opstelpunten (zie ook paragraaf 3.5.2.2). Dit besluit is ook relevant met betrekking tot de inwerkingtreding van de door OPTA gestelde regels.

430 Ottow 2006, p. 155. Zie ook Verweij & Sauren 2007, p. 38.
431 Ottow 2006, p. 155.

Besluit en bezwaar. OPTA oordeelt dat er nog geen sprake was van een situatie waarin partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over de te vragen vergoeding voor het medegebruik van antenne-opstelpunten. Toch heeft OPTA regels vastgesteld.[432]

Beroep. Uit de uitspraak in hoger beroep volgt dat Dutchtone in beroep een grief heeft aangevoerd over het op enige wijze in werking treden van de regels over de periode voorafgaand aan de vaststelling hiervan. De rechtbank heeft zich hierover niet uitgelaten in beroep.[433]

Hoger beroep. Het CBB stelt vast dat artikel 3.11 lid 4 Tw (geldend tot 2004) OPTA de bevoegdheid verschaft om regels te stellen op verzoek van partijen als er sprake is van een situatie waarin vergunninghouders zelf geen overeenstemming hebben kunnen bereiken.[434] OPTA heeft in zijn besluit opgenomen dat de opgestelde regels pas kunnen gelden vanaf het moment waarop het besluit aan partijen bekend is geworden. Het CBB volgt OPTA daarin. Het staat aan de rechtszekerheid in de weg dat aan de inwerkingtreding van de door OPTA te stellen regels terugwerkende kracht wordt verleend.[435] Voor het maken van een uitzondering op dit uitgangspunt is in deze zaak geen plaats, aldus het CBB.

Commentaar. De uitspraak heeft in deze sector belangrijke gevolgen, omdat partijen vaak al diensten van elkaar afnemen voordat de tarieven daadwerkelijk zijn vastgesteld. Ottow vraagt zich in haar noot onder deze uitspraak af of de afnemers van deze diensten een vordering wegens onverschuldigde betaling tegen KPN kunnen instellen om de teveel betaalde gelden voor de te hoge tarieven te kunnen terugontvangen over de periode voor bekendmaking van het besluit. Zij meent dat dit wel degelijk mogelijk moet blijven.[436] Een civiele rechter zou volgens Ottow op grond van strijd met de wet naar aanleiding van een uitspraak van de ACM kunnen bepalen dat de in het verleden betaalde bedragen onverschuldigd zijn. Het komt mij voor dat daardoor te zeer afbreuk aan de rechtszekerheid zou worden gedaan. Ik zou menen dat artikel 3:40 BW, hierna nog te bespreken, slechts van toepassing is als partijen bekend zijn met de mogelijkheid dat de betaalde prijzen in strijd (kunnen) zijn met de Tw.[437] Anders zou het oordeel van het CBB, namelijk dat de rechtszekerheid hieraan in de weg staat, via het privaatrecht immers weer omzeild worden door alsnog op grond van onverschuldigde betaling het resultaat te krijgen dat het CBB wenst te voorkomen.

---

432 OPTA 2 april 1999 OPTA/I/99/2072.
433 Kenbaar uit CBb 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001/6, p. 212-220, r.o. 6.8.
434 CBb 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001/6, p. 212-220.
435 CBb 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001/6, r.o. 6.8.
436 CBb 25 april 2001, KPN vs. OPTA en Dutchtone, *Mediaforum* 2001/6, p. 220.
437 Zie par. 3.8.3.

(2) Versatel/KPN

Casus. In de reeds besproken zaken van 16 juni 2005 gaat het CBB een stap verder en nuanceert het CBB de formulering in de Dutchtone-zaak.[438]

Besluit. OPTA acht zich bevoegd om zich uit te spreken over de FTA-tarieven die Versatel en Casema voor de datum van inwerkingtreding van het geschilbesluit bij KPN in rekening brengen.[439]

Beroep. In de kwestie die betrekking heeft op KPN en Versatel voert Versatel aan dat de bevoegdheid van OPTA zich slechts uitstrekt over de periode na inwerkingtreding van het besluit, althans de periode na indiening van het verzoek van KPN.[440] Versatel verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar de bovengenoemde Dutchtone uitspraak. Het CBB volgt Versatel niet in dit betoog. In de Dutchtone zaak, aldus het CBB, lag het gezien het rechtszekerheidsbeginsel niet in de rede om de voorschriften met terugwerkende kracht te geven. In deze kwestie is het echter vanaf het begin af aan duidelijk dat KPN de tarieven betwist die Versatel vanaf 1 juni 2002 wenst te hanteren. Op 8 juli 2002 heeft KPN al een eerste verzoek ingediend tot geschilbeslechting. Versatel diende er daarom rekening mee te houden dat de vaststelling van de tarieven lager zou uitvallen. Aan het rechtszekerheidsbeginsel kan dus geen argument worden ontleend voor de stelling dat het besluit van OPTA pas kan gelden vanaf 2 november 2004 (datum besluit) dan wel 14 mei 2004 (datum onderhavige aanvraag). Het besluit werkt dan ook terug tot 1 juni 2002.

De terugwerkende kracht in relatie tot handhavingsbesluiten staat ook centraal in de hierna te bespreken kwestie tussen KPN en Versatel van 13 juli 2006.[441]

(3) KPN/Versatel

Casus. Het geschil ziet op een tweetal lasten onder dwangsom opgelegd door OPTA aan KPN. KPN heeft de verplichting opgelegd gekregen om dezelfde periodieke collocatietarieven in rekening te brengen aan Versatel zoals door OPTA vastgesteld in een ander geschilbesluit inzake BaByXL van 15 oktober 2002 voor de afgenomen collocatievoorzieningen. De achtergrond hiervan is het non-discriminatiebeginsel. Eén van de twee lasten heeft betrekking op de tarieven in de periode voor 1 januari 2002 en de andere last onder dwangsom

438 CBb 16 juni 2005, KPN en Versatel vs. OPTA, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, *AB* 2005/326. Zie voor bespreking par. 3.5.3.3, nr. 1 en par. 3.6.4. nr. 1.

439 OPTA 2 november 2004 inzake KPN en Versatel, OPTA/IBT/2004/203636.

440 CBb 16 juni 2005, KPN en Versatel vs. OPTA, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789 en *AB* 2005/326, zie r.o. 6.3.

441 CBb 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3822, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R van Angeren en A. Drahmann (*OPTA vs. KPN Telecom & Versatel Nederland*), p. 364-372. Deze zaak hangt nauw samen met de zaak van het CBb 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3826. Zie voor bespreking par. 3.7.1, nr. 1.

op de periode na 1 januari 2002 (datum inwerkingtreding geschilbesluit BaByXL).

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 5 juni 2003 heeft OPTA bepaald dat KPN binnen vijf dagen na dagtekening van dit besluit voor de periode vóór 1 januari 2002 met Versatel tot verrekening dient te komen van de periodieke tarieven voor collocatie op basis van het BaByXL-besluit op straffe van een dwangsom. Daarbij is bepaald dat de verrekening dient plaats te vinden door het verzenden van een creditnota.[442] De bezwaren zijn ongegrond verklaard bij besluit van 22 oktober 2003.[443]

Beroep. De rechtbank heeft in beide beroepszaken het beroep van KPN gegrond verklaard.[444] KPN heeft terecht aangevoerd dat het besluit BaByXL geen betrekking heeft op de tarieven die KPN hanteert voor 1 januari 2002, aangezien Tiscali en KPN hun geschil, voor zover het deze periode betreft, hebben bijgelegd. OPTA heeft in het BaByXL-besluit geen (definitief) oordeel gegeven over de periodieke collocatietarieven van KPN in de periode tot 1 januari 2002. Daarom kon ten tijde van het nemen van het besluit van 5 juni 2003 nog niet met zekerheid de conclusie worden getrokken dat KPN in overtreding was. Onder deze omstandigheden is handhaving in strijd met de rechtszekerheid en heeft KPN terecht betoogd dat OPTA (nog) niet bevoegd was met betrekking tot de periode tot 1 januari 2002 een last onder dwangsom op te leggen. Met betrekking tot de tarieven vanaf 1 januari 2002 oordeelt de rechtbank dat OPTA onvoldoende duidelijk inzicht heeft gegeven in de vaststelling van kostengeoriënteerde tarieven voor collocatie en dat OPTA, en voor zover deze transparantie wel bestaat, de vaststelling van deze tarieven op onzorgvuldige wijze heeft onderbouwd.

Hoger Beroep. In de uitspraak tussen KPN en Versatel laat het CBB zich, behalve over de gevolgen van de vernietiging van de uitspraak inzake BabyXL, ook uit over de terugwerkende kracht van een last onder dwangsom. Het CBB oordeelt dat het handhavend optreden tot 15 oktober 2002, de datum van het primaire besluit inzake BabyXL, in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.[445] OPTA heeft niet duidelijk gemaakt dat KPN voor 15 oktober 2002 handelde in strijd met de verplichtingen inzake de verplichting tot kostenoriëntatie en (vanaf 1 januari 2002) in strijd met het non-discriminatiebeginsel. OPTA had dit echter wel op verschillende momenten duidelijk kunnen maken. Daarnaast heeft Versatel pas in maart 2003 bij OPTA een verzoek tot handhaving ingediend. Op grond van deze omstandigheden staat het rechtzekerheidsbeginsel eraan in de weg dat OPTA het periodieke collocatietarief met terugwerkende kracht tot voor 15 oktober 2002 zou vaststellen met verplichting tot terugbetaling van

442 OPTA 5 juni 2003, OPTA/IBT/2003/202083.
443 OPTA 22 oktober 2003, OPTA/IBT/2003/203679 en OPTA/JUZ/2003/203677.
444 Rb. Rotterdam 11 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV2607.
445 Rb. Rotterdam 11 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV2607, r.o. 7.3.2.

hetgeen teveel in rekening is gebracht, onder dreiging van verbeurte van een dwangsom.
Met het geschilbesluit van OPTA inzake BabyXL van 15 oktober 2002 is echter een andere situatie ontstaan, aldus het CBB. KPN had vanaf die datum redelijkerwijs behoren te beseffen dat OPTA de periodieke collocatietarieven voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN niet voldoende op kosten georiënteerd achtte. Eveneens behoorde KPN te beseffen dat zij door het in rekening brengen van hogere tarieven dan de tarieven uit het besluit van 15 oktober 2002, in strijd handelde met het non-discriminatiebeginsel.

(4) KPN/Verizon en BT

Casus. Het betreft een interconnectiegeschil waarin partijen reeds zaken doen met elkaar op basis van een overeenkomst gesloten op respectievelijk 23 september 2002 (BT) en 26 september 2002 (Verizon) terwijl nog geen overeenstemming is bereikt over de te hanteren tarieven. Beiden partijen hebben direct aangegeven niet met de voorwaarden akkoord te gaan en hebben in 2003 OPTA verzocht het geschil te beslechten.

Besluit en bezwaar. OPTA doet vervolgens onderzoek naar de prijs, mede op basis van, naar later blijkt, door KPN verstrekte onjuiste gegevens. Aanvankelijk komt OPTA tot het oordeel dat geen sprake is van tarieven die op bezwaren stuitten, maar nadat OPTA bekend is geworden met de juiste gegevens neemt OPTA een ander standpunt in. OPTA stelt dan met terugwerkende kracht tot 1 oktober 2002 de tarieven vast. De bezwaren worden ongegrond verklaard.[446]

Beroep. De rechtbank is met OPTA van oordeel dat als een beschikking is gegeven op grond van een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken die te wijten is aan de betrokkene, een eventuele wijziging met terugwerkende kracht mogelijk is.[447] De rechtbank deelt echter niet het standpunt van OPTA dat zij door toedoen van KPN is uitgegaan van een onjuiste veronderstelling omtrent de feitelijke situatie. Dat OPTA uit de verstrekte gegevens verkeerde conclusies heeft getrokken kan KPN niet worden aangerekend.

Hoger beroep. Het CBB oordeelt dat de vraag of aan een besluit terugwerkende kracht kan worden verleend, moet worden bezien aan de hand van het soort verplichtingen waarop het geschil betrekking heeft.[448] Verizon en BT hebben vanaf het begin uitdrukkelijk geprotesteerd tegen de voorwaarden die KPN stelt. In zo'n geval is het, aldus het CBB, toelaatbaar dat interconnectie tot stand komt voordat over de voorwaarden overeenstemming wordt bereikt. Achteraf kan dan worden bepaald welk tarief vastgesteld dient te worden. Met behulp van

446 Kenbaar uit Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ0135.
447 Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ0135.
448 CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, *AB* 2008/295, m.nt. G.J.M. Cartigny.

de geschilprocedure kan vervolgens worden bepaald welk tarief daadwerkelijk tussen partijen dient te gelden.[449]

Voorts acht het CBB het gewijzigde standpunt van OPTA niet in strijd met het vertrouwensbeginsel of het rechtzekerheidsbeginsel. Immers de wijziging van het standpunt van OPTA is te wijten aan KPN zelf. KPN had OPTA volledig dienen te informeren over de totstandkoming van de prijzen. Tussen partijen is niet in geschil dat KPN dit onvolledig heeft gedaan. Het CBB oordeelt dan ook dat OPTA in de gegeven omstandigheden de tarieven met terugwerkende kracht mocht vaststellen.[450]

Commentaar. In deze zaak tussen KPN en OPTA enerzijds en Verizon en BT anderzijds vult het CBB de in de zaken van 16 juni 2005 ontwikkelde maatstaf nader in. In de uitspraak van 16 juni 2005 overwoog het CBB dat het in bepaalde gevallen mogelijk moet zijn om interconnectie reeds te bewerkstellingen zonder dat partijen het al eens zijn over alle voorwaarden. Vervolgens kan een geschilbesluit worden uitgelokt over de voorwaarden waarover nog geen overeenstemming is bereikt.[451] Deze voorwaarden treden dan met terugwerkende kracht in werking tot het moment waarop geprotesteerd is.

3.8.3 Nietigheid ex artikel 3:40 BW[452]

In het geschilbesluit van 26 april 2010 tussen Novec en Alticom, besproken in paragraaf 3.6.2, nr. 2, oordeelt OPTA dat de overeengekomen prijs op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw in strijd is met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw.[453] Er wordt immers geen redelijke prijs gevraagd. Uit de parlementaire geschiedenis van de Tw volgt dat verbintenissen die in strijd zijn met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw (partieel) nietig zijn.[454] Ook in de literatuur wordt hiervan uitgegaan.[455] In de gevallen waar de vraag naar een redelijke prijs centraal staat, lijkt het voor de hand te liggen dat het gaat om partiële nietigheid: de overeengekomen prijs is niet redelijk op grond van

449 CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, *AB* 2008/295, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 7.1.
450 CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BE9674, *AB* 2008/295, m.nt. G.J.M. Cartigny, r.o. 7.3.4.
451 CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT7789, *AB* 2005/326.
452 Veel van deze paragraaf is reeds eerder gepubliceerd in C.A. Hage, 'Telecomtoezicht door de ACM en de handhaving van het contractenrecht', *MvV* 2014/3.1, p. 55-63.
453 OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/2010/201351.
454 Zie in dit kader ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25533, nr. 8, p. 7. Hier staat in het kader van artikel 6.3 Tw (oud): 'In het voorkomende geval, dat wil zeggen indien de met het bij of krachtens dit wetsvoorstel strijdige verbintenissen niet reeds op grond van artikel 40 van boek 3 van het Burgerlijk Wet boek nietig zijn, treden de uit de door OPTA gestelde regels voortvloeidende verbintenissen in de plaats van de oude verbintenissen'.
455 Ottow 2006, p. 155. Zie ook S.J.H. Gijrath, 'Toepassing van het contractenrecht in de telecommunicatiesector', *WPNR* 2013/6998, p. 1099.

bijvoorbeeld artikel 3:24 Tw en derhalve in strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw.[456] Het contract blijft voor het overige in stand.

De vraag rijst in hoeverre het begrip nietigheid uit artikel 3:40 BW en de daarmee samenhangende privaatrechtelijke jurisprudentie een rol spelen dan wel kunnen spelen bij de beoordeling van de vraag of verplichtingen in strijd zijn met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw en wat de gevolgen daarvan zijn. Is er wellicht, ondanks de expliciete verwijzing naar artikel 3:40 BW in de parlementaire geschiedenis van de Tw, sprake van een 'ander type' nietigheid, waarbij het privaatrechtelijke kader buiten beschouwing blijft? Deze vraag is, met de uitspraak van de Hoge Raad inzake Esmilo/Mediq,[457] des te interessanter geworden omdat de Hoge Raad een aantal uitgangspunten aanreikt die moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of een bepaling uit een overeenkomst die verplicht tot een door de wet verboden prestatie, en daarmee in strijd is met de openbare orde, nietig is.

Nadat de systematiek van artikel 3:40 BW en het arrest Esmilo/Mediq zijn besproken, zal ik proberen uit te maken onder welk lid van artikel 3:40 BW de zinsnede 'strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw' valt. Ten slotte zal de uitkomst van de zaak Novec/Alticom worden getoetst.

Het eerste lid van artikel 3:40 BW ziet op een rechtshandeling die

> 'door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.'

Hierbij dienen de inhoud en de strekking van de rechtshandeling te worden onderscheiden. Bij de inhoud van de rechtshandeling moet met name worden gedacht aan de prestaties waar de rechtshandeling op ziet.[458] Onder de strekking van de rechtshandeling dienen de motieven en voorzienbare gevolgen van de handelende enerzijds en de kenbaarheid daarvan voor de wederpartij of geadresseerde anderzijds te worden verstaan. Zowel het onoorbare motief als de kenbaarheid van dit motief voor de andere partij dienen te worden bewezen om te kunnen spreken van een rechtshandeling met een nietige strekking.[459]

Het tweede lid van artikel 3:40 BW bepaalt dat een rechtshandeling nietig is, indien deze in strijd is met een dwingende wetsbepaling. Dit is slechts anders

> 'indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling.'

---

456 Zie ook Gijrath 2013, p. 1099.

457 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:BU5609, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*).

458 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 (TM). Een bekend voorbeeld levert het arrest HR 7 april 2000, *NJ* 2000/652 (*Parkeerexploitatie/Amsterdam*).

459 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 (TM). Een bekend voorbeeld levert het arrest HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/128 (*Burgman/Aviolanda*).

Als dit laatste het geval is dan is er slechts sprake van vernietigbaarheid, slechts in te roepen door degene die wordt beschermd, voor zover uit de strekking van de wettelijke bepaling niet anders voortvloeit.

In artikel 3:40 lid 2 BW gaat het om een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsbepaling uit een wet in formele zin.[460] Dit artikellid is, blijkens de wetsgeschiedenis,[461] alleen van toepassing op het verrichten van rechtshandelingen en vindt geen toepassing als de inhoud of strekking van een verbintenis in strijd met de wet is. Een rechtshandeling is wel geldig, ondanks strijd met de wet op grond van lid 2, als de wetsbepaling niet de strekking heeft de geldigheid van de daarmee strijdige rechtshandeling aan te tasten (lid 3).

Als de inhoud of de strekking van een rechtshandeling in strijd is met een formele of lagere wetsbepaling, dan zal er over het algemeen ook sprake zijn van strijd met goede zeden of openbare orde en derhalve nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, zo zegt de Toelichting Meijers.[462] De vanzelfsprekendheid waarmee een overeenkomst met een verboden inhoud of strekking in strijd werd geacht met de openbare orde en daarmee nietig is op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, is echter door de jaren afgenomen.[463] De rechter dient namelijk een eigen afweging te maken. In het arrest Esmilo/Mediq heeft de Hoge Raad deze door de rechter te maken afweging verder ingevuld.[464] Een overeenkomst die in strijd is met de wet hoeft niet per definitie strijdig te zijn met de openbare orde, aldus de Hoge Raad. De rechter dient, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling van de vraag of er strijd is met de openbare orde, de volgende gezichtspunten te betrekken: welke belangen worden door de geschonden regel beschermd; worden door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen geschonden; waren partijen zich van de inbreuk op de regel bewust; en voorziet de regel in een sanctie.[465]

De vraag die in het onderhavige geval beantwoord dient te worden is of sprake is van nietigheid op grond van 3:40 BW eerste lid of tweede lid. Het lijkt mij dat niet gesproken kan worden van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Dit lid ziet immers slechts op het verrichten van een rechtshandeling in strijd met een dwingende formele wetsbepaling die leidt tot nietigheid van de rechtshandeling. Het sluiten van een overeenkomst met betrekking tot het medegebruik van een antenne-opstelpunt (artikel 3:24 Tw), is op zichzelf genomen niet in strijd met de Tw.

---

460 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 (TM).

461 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 (TM).

462 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191 (TM). Zie ook HR 16 november 1984, *NJ* 1985/624, m.nt. C.J.H. Brunner (*Buena Vista*).

463 P.W. den Hollander, 'De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad', *NTBR* 2013/1, p. 30.

464 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*).

465 *Esmilo/Mediq*, r.o. 4.4.

Dan blijft de mogelijkheid over dat sprake is van een rechtshandeling in strijd met de wet die 'door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde' (lid 1). De toets van de ACM of sprake is van strijd met de Tw zou, naar mijn mening, te scharen zijn onder lid 1 van artikel 3:40 BW. Het gaat immers om een verboden inhoud (wel of geen redelijke prijs ex artikel 3:24 Tw) van de overeenkomst, die, na inachtneming van de gezichtspunten van Esmilo/Mediq, nietig zou kunnen zijn omdat sprake is van strijd met de openbare orde en/of goede zeden. Het is interessant om nu de problematiek van artikel 3:40 BW en de toets van Esmilo/Mediq toe te passen op de geschilbeslechting op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw door de ACM en op de onderhavige zaak tussen Novec en Alticom.

Beoordeeld dient te worden of strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw in de zin van artikel 12.2 lid 2 Tw ook automatisch, gezien de bovengenoemde gezichtspunten, nietigheid ex artikel 3:40 lid 1 BW met zich meebrengt. Deze strijd met de Tw bestaat dan uit het niet ter beschikking stellen van het medegebruik van antenne-opstelpunten tegen een redelijke vergoeding (ex artikel 3:24 lid 3 Tw/artikel 3:11 lid 3 Tw (oud)).

Relevant is vervolgens of de ACM dan wel de civiele rechter de nietigheid van de rechtshandeling ex artikel 3:40 BW beoordeelt. Uit de besproken zaak tussen Novec en Alticom volgt dat de ACM de nietigheidsproblematiek van artikel 3:40 BW niet betrekt in haar besluiten.[466] Weliswaar is het arrest Esmilo/Mediq van later datum, maar de vraag of sprake is van nietigheid en dus of er getoetst moet worden aan 3:40 BW, wordt in het geheel niet door OPTA gesteld. Hoe OPTA dan wel het hof in deze zaak tussen Alticom en Novec de door de Hoge Raad ontwikkelde gezichtspunten zouden hebben gewogen, blijft speculeren. Een feit is, in dit geschil, dat partijen kennis hebben van de toepasselijke regels en hebben afgesproken om het geschil niet voor te leggen aan OPTA. Het gezichtspunt uit Esmilo/Mediq 'of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren' zou hier een rol hebben kunnen spelen. Aan de andere kant kan ook worden betoogd dat, gezien de argumentatie van Alticom (waarin het hof Den Haag Alticom is gevolgd),[467] in de prijs ook een aantal voorwaarden (zoals: exclusief gebruik) is verwerkt. Zo duidelijk hoeft de overtreding van het vereiste dat een redelijke prijs moet worden gevraagd voor partijen dus niet te zijn. Op de vraag welke belangen geschonden zijn, een ander gezichtspunt, kan naar mijn mening geantwoord worden dat de bevordering van de marktwerking en als gevolg daarvan het algemeen belang op het spel staan. Voorts lijkt geen sprake te zijn van schending van een fundamenteel beginsel. Evenmin voorziet artikel 3.11 Tw (oud) zelf in een sanctie, behalve dat de ACM via artikel 12.2 lid 2 Tw bij geconstateerde strijd met de Tw regels kan stellen. De Tw voorziet daarmee dus wel in een aparte rechtsgang. Dit zou een argument tegen nietigheid in de zin van artikel 3:40

466 Mij zijn geen andere zaken bekend waar de ACM dit wel doet.
467 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.

BW kunnen zijn. Naast deze rechtsgang van artikel 12.2 Tw zou geen toetsing aan artikel 3:40 BW hoeven plaats te vinden, al verklaart dit niet de verwijzing in de parlementaire geschiedenis naar artikel 3:40 BW.[468]

In de civiele procedure van 11 maart 2011 oordeelt de kantonrechter te Rotterdam dat het door OPTA bepaalde tarief in de plaats komt van het tarief dat partijen zijn overeengekomen.[469] Novec was gerechtigd om het te veel betaalde bedrag te verrekenen, aldus de kantonrechter. Het hof Den Haag gaat er in hoger beroep, zonder nadere toetsing, eveneens vanuit dat er na het besluit van OPTA sprake is van (partiële) nietigheid ex artikel 3:40 e.v. BW van de overeengekomen prijs.[470] Wel overweegt het hof dat het door OPTA vastgestelde maximale tarief niet automatisch in de plaats treedt van het overeengekomen tarief. Met het door OPTA vastgesteld (maximum)tarief in het achterhoofd dienen partijen over de overige voorwaarden opnieuw te onderhandelen.[471]

Het hof is van oordeel dat het geschilbesluit door OPTA dusdanig ingrijpende gevolgen heeft dat het economische evenwicht van de overeenkomst is verstoord.[472] Immers, door Alticom zijn in ruil voor het overeengekomen tarief diverse concessies gedaan (de kortingsregeling en het exclusieve gebruik). Op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 BW dienen partijen daarom te heronderhandelen.[473] De vraag is wat de gevolgen zijn van deze uitspraak voor de uitkomst van deze onderhandelingen. De prijs die destijds na lange onderhandelingen tot stand is gekomen, mede op basis van de overige voorwaarden, is nu reeds door de ACM, geïsoleerd van deze overige voorwaarden, vastgesteld. In hoeverre zal Alticom bereid zijn om nog toe te geven aan Novec nu de prijs aanzienlijk is verlaagd? Wat als partijen niet uit de onderhandelingen komen? Dienen zij het geschil dan wederom voor te leggen aan de (civiele) rechter? Een ding is duidelijk: deze plicht tot heronderhandeling komt de rechtszekerheid niet ten goede. Evenmin doet het voorgaande recht aan de dynamiek van de markt.

---

468 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25533, nr. 8, p. 7. Hier staat in het kader van artikel 6.3 Tw (oud): 'In het voorkomende geval, dat wil zeggen indien de met het bij of krachtens dit wetsvoorstel strijdige verbintenissen niet reeds op grond van artikel 40 van boek 3 van het Burgerlijk Wet boek nietig zijn, treden de uit de door OPTA gestelde regels voortvloeiende verbintenissen in de plaats van de oude verbintenissen'.

469 Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011/7-8, m.nt. B. Braeken, p. 232.

470 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.

471 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527, zie r.o. 3.9 en 3.10. Hier is het echter niet van gekomen. De ACM had een rekenfout gemaakt, waardoor de prijs alsnog redelijk bleek te zijn.

472 Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527, zie r.o. 3.10.

473 In de overeenkomst is eveneens een bepaling opgenomen die bepaalt dat partijen in redelijkheid en billijkheid streven naar een oplossing voor gevallen waarin de overeenkomst niet voorziet (bepaling 15.2).

3.8.4 Conclusie

De ACM lijkt als hoofdregel te hanteren dat besluiten hun werking krijgen vanaf het moment dat het besluit aan partijen bekend is gemaakt. Derhalve heeft te gelden dat er in beginsel geen sprake is van terugwerkende kracht. Op deze regel zijn enkele nuances aangebracht die met name verband houden met het rechtszekerheidsbeginsel. Als voor beide partijen duidelijk is dat de tarieven vanaf een bepaalde datum worden betwist, dan dienen partijen rekening te houden met de mogelijkheid dat de ACM lagere tarieven zal vaststellen vanaf die datum. Ook kan het geschilbesluit terugwerkende kracht hebben als een partij op de hoogte was van het feit dat haar tarieven in strijd zijn met de Tw en deze partij in strijd handelt met het non-discriminatiebeginsel.

Op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw kan de ACM regels stellen als er strijdigheid is geconstateerd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. De sanctie 'strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw' zou nietigheid betekenen op grond van artikel 3:40 lid 1 BW (strijd met de openbare orde of goede zeden). Bij de beoordeling van de vraag of de geconstateerde strijd met de Tw ook nietigheid met zich meebrengt, dient de ACM mijns inziens het privaatrechtelijke kader en de jurisprudentie te betrekken. Een beslissing van de ACM dat op grond van artikel 3:40 lid 1 BW sprake is van nietigheid, is anders niet gebaseerd op het achterliggende juridisch kader. Aangezien de ACM zelf prijzen vaststelt en partijen zich ook aan deze besluiten moeten houden ex artikel 12.6 Tw, kan de ACM het beste zelf oordelen of de strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw ook daadwerkelijk tot gevolg heeft dat de betreffende bepaling nietig is. De ACM dient dan ook te toetsen aan 3:40 BW en dus ook aan de in Esmilo/Mediq genoemde gezichtspunten.[474] Als deze toetsing aan de civiele rechter is voorbehouden dan dienen partijen bij de civiele rechter een nieuwe procedure omtrent de nietigheid aan te spannen en zijn de gevolgen van de uitspraak van de ACM in relatie tot artikel 12.6 Tw onduidelijk. Daarnaast geldt dat de civiele rechter niet zal toetsen of een bepaalde bepaling, bijvoorbeeld of een prijs redelijk is of niet, in strijd is met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. Een rechtsgang die eerst via de civiele rechter loopt lijkt mij dan ook niet mogelijk.

De suggestie van Ottow dat partijen via de civiele rechter met een beroep op onverschuldigde betaling, als uit een geschilbesluit blijkt dat zij te veel hebben betaald, de teveel betaalde gelden zouden kunnen terugvorderen tot een moment dat verder teruggaat dan de terugwerkende kracht van het geschilbesluit, lijkt mij in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Ik meen dat dit ook uit de latere jurisprudentie van het CBB is af te leiden. Het CBB stelt alleen met terugwerkende kracht tarieven vast als voor partijen duidelijk was dat OPTA mogelijk lagere tarieven zou kunnen vaststellen over een bepaalde periode. Pas wanneer de ACM een dergelijk besluit heeft genomen kan naar

474 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*).

mijn mening civielrechtelijk een beroep worden gedaan op onverschuldigde betaling en wel vanaf de inwerkingtredingsdatum van het besluit van de ACM. Voor de periode daarvoor dienen partijen naar mijn mening, in verband met de rechtszekerheid, uit te gaan van hetgeen in hun contractuele relatie is afgesproken. Overigens zou anders ook via het privaatrecht de door het CBB gehanteerde lijn omtrent de rechtszekerheid worden ondermijnd. Op vergelijkbare wijze zou naar mijn mening geoordeeld dienen te worden voor gevallen waarin sprake is van geconstateerde strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw nadat er al een overeenkomst tot stand is gekomen (een artikel 12.2 lid 2 Tw-geschil). Immers, als na lange tijd blijkt dat het overeengekomen tarief in strijd is met de Tw en de teveel betaalde gelden vanaf de totstandkoming terugbetaald zouden moeten worden, komt de rechtszekerheid in gevaar.

3.9 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe de ACM op de telecommarkt privaatrechtelijk geaarde regels toepast. Daarbij is een aantal vragen gesteld: welke regels van het privaatrecht worden gehandhaafd, waarom is door de wetgever gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving en welke bestuursrechtelijke instrumenten worden hiervoor gebruikt? Daarbij komt de vraag naar voren in hoeverre privaatrechtelijk geaarde regels zich voor handhaving met bestuursrechtelijke middelen lenen. Strijdt de achtergrond en visie van de ACM op de telecommarkt (niet) met het privaatrecht en waarom zou bestuursrechtelijke handhaving meer geschikt zijn dan privaatrechtelijke handhaving om de doelstellingen van goede marktwerking en consumentenbescherming te bewerkstelligen? Bij deze analyse en problematisering zijn de uitleg en toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders vergeleken met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter, is bezien hoe bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke middelen zich tot elkaar verhouden en zijn, waar mogelijk, suggesties gedaan om eventuele fricties te verminderen.

In deze conclusie wordt getracht antwoord te geven op de gestelde vragen aan de hand van de bevindingen uit de analyse en problematisering.

Gewone markt?

De telecommunicatiemarkt is van oorsprong een monopolistische markt. Ter bevordering van de werking van de interne markt diende, op initiatief van de Europese Commissie, de telecommunicatiemarkt geliberaliseerd en geharmoniseerd te worden. Via een pakket Europese richtlijnen van de Europese Commissie moet dit verwezenlijkt worden. Om het doel van deze richtlijnen te realiseren zijn in elke lidstaat NRI's opgericht. Deze NRI's hebben als doelstelling het bevorderen van de concurrentie, het bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van de burgers van

de Europese Unie.[475] Het pakket richtlijnen is in Nederland geïmplementeerd in de Tw. De ACM houdt als NRI toezicht op de telecommunicatiemarkt.

De telecommunicatiemarkt is een netwerkmarkt en heeft daarom een aantal bijzondere kenmerken die een 'gewone' markt van vraag en aanbod niet kent.[476] Gezien deze specifieke kenmerken zou er bepaald (bestuursrechtelijk) toezicht nodig zijn om marktdeelnemers zoveel mogelijk in vrijheid te kunnen laten onderhandelen.

Geschilbeslechting

De geschilbeslechtende functie van de ACM is voor het onderhavige onderwerp het meest opvallende middel waarmee de ACM haar taken uitoefent. Bij geschilbeslechting neemt de ACM besluiten die één of meerdere geschillen tussen twee marktpartijen op de telecommunicatiemarkt dienen te beslechten. De besluiten die de ACM neemt, hebben dan ook invloed op de privaatrechtelijke verhouding tussen marktpartijen.[477]

Geschilbeslechting op grond van artikel 12.2 Tw is een belangrijk middel waarmee de ACM op de telecommarkt privaatrechtelijk geaarde regels handhaaft.[478] In artikel 6.1 juncto 6.2 Tw is daarnaast nog een specifieke bevoegdheid neergelegd tot geschilbeslechting inzake interconnectiegeschillen. Geschilbeslechting houdt in dat de ACM een besluit kan nemen in een geschil tussen twee marktpartijen die een overeenkomst met elkaar hebben gesloten of een overeenkomst willen of hadden willen sluiten.

In het geschilbesluit legt de ACM de marktpartijen verplichtingen op. Deze verplichtingen dienen door partijen te worden uitgewerkt.

Op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw is de ACM bevoegd om regels te stellen voor de situatie dat tussen partijen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een verplichting die op één of meer van hen rust bij of krachtens de Tw (precontractuele fase). Op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw wordt de bevoegdheid van de ACM uitgebreid tot partijen die reeds een overeenkomst met elkaar hebben gesloten. Partijen kunnen aan de ACM op grond van het tweede lid een geschil voorleggen omtrent bepalingen uit de overeenkomst waarvan zij menen dat die strijd zijn met hetgeen is bepaald in de Tw.[479]

Precontractuele fase

Uit de onderzochte geschilbesluiten van de ACM met betrekking tot de precontractuele fase valt de onderhandelingsplicht, te vinden in artikel 6.1 Tw (interconnectie) en in artikel 3.24 Tw (antenne-opstelpunten), vanuit privaatrechtelijk

475 Zie par. 3.2.2.
476 Zie par. 3.2.
477 Zie par. 3.4.3.
478 Zie par. 3.4.3.
479 Zie par. 3.4.3.

oogpunt op.[480] Het privaatrecht kent immers niet een zo vergaande onderhandelingsplicht. De wetgever heeft op de onderhandelingsplicht uit de Tw niettemin de civiele jurisprudentie van toepassing geacht.[481] De vraag is evenwel of deze onderhandelingsplicht wel is te vergelijken met de in de privaatrechtelijke jurisprudentie ontwikkelde doctrine en daarmee of het toepasselijk verklaren van deze jurisprudentie op de onderhandelingsplicht in de Tw wenselijk is. Het doel van de onderhandelingsplicht in de Tw is het tot stand brengen van interconnectie alsmede het delen van antenne-opstelpunten, zodat eindgebruikers met elkaar kunnen communiceren. Van de onderhandelingsplicht gaat dan ook een sterk sturende (markt)werking uit. In het contractenrecht bestaan wel (gerechtvaardigde) verplichtingen tot het sluiten van contracten, maar in beginsel geen verplichting om te onderhandelen. Als gevolg van de onderhandelingsplicht in de Tw bestaat er geen vrije keuze om wel of niet te onderhandelen als er sprake is van een redelijk verzoek.

Wanneer een partij haar onderhandelingsplicht niet nakomt, kan de andere partij de bestuursrechtelijke weg volgen en de ACM vragen om regels te stellen. De ACM zal echter pas regels stellen als partijen voldoende hebben onderhandeld. De contractvrijheid zou, in relatie tot interconnectie, zich verzetten tegen een ruime uitleg van artikel 6.2 Tw (regels stellen met betrekking tot interconnectie). De ACM stelt zich in dit kader formalistisch op, waardoor partijen genoodzaakt zijn ook de civielrechtelijke weg te bewandelen.

Als één partij niet wenst te onderhandelen dan is de ACM niet bevoegd om kennis te nemen van het geschil. De Memorie van Toelichting vermeldt dat in dat geval naast de bestuursrechtelijke weg de privaatrechtelijke weg openstaat. Het privaatrechtelijke jurisprudentiekader van afgebroken onderhandelingen is hierop eveneens van toepassing. Wel is er dit verschil dat partijen geconfronteerd worden met de noodzaak om na een procedurele gang naar de civiele rechter vervolgens, bij het mislukken van hun onderhandelingen, nog een procedure, nu bij de ACM, te doorlopen. Daarnaast gaat het civiele leerstuk van de precontractuele fase uit van een ander vertrekpunt dan de onderhandelingsplicht in de Tw. In het privaatrecht is er immers in het geheel geen onderhandelingsplicht, tenzij partijen uit vrije wil in een positie gekomen zijn waarop het afbreken van onderhandelingen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. De contractvrijheid, die inhoudt dat een partij ook de mogelijkheid heeft om geen aanbod te doen, staat voorop. De civiele rechter zal het leerstuk van de precontractuele fase dan ook moeten interpreteren in het licht van de onderhandelingsplicht van de Tw.

Afgezien van het feit dat het onwenselijk is dat partijen mogelijkerwijs zowel een civiele als een bestuursrechtelijke procedure dienen te doorlopen, kan de situatie zich ook nog voordoen dat de civiele rechter zich onbevoegd acht om over het geschil te beslissen en partijen naar de bestuursrechtelijke

480 Zie par. 3.5.2.
481 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 104.

weg (terug)verwijst. De ACM zal zich per saldo eveneens onbevoegd verklaren omdat partijen onvoldoende hebben onderhandeld. Een marktpartij valt dan 'tussen wal en schip'.[482]

Contractuele fase

Met betrekking tot de vraag of de ACM bevoegd is om geschillen te beoordelen op grond van artikel 12.2 lid 1 of lid 2 Tw, dient de ACM te beoordelen of er tussen partijen overeenstemming bestaat. Voor de vraag of er overeenstemming is tussen partijen, hetgeen relevant is voor de toepasselijkheid van artikel 12.2 lid 1 dan wel lid 2 Tw, stelt de ACM het belang van de contractvrijheid voorop.

Bij verschil van mening tussen partijen is de ACM over het algemeen van oordeel dat er geen overeenstemming (meer) is. Dit geldt bijvoorbeeld ook bij eenzijdige wijzigingen in relatie tot de prijs als de overeenkomst niet voorziet niet in dergelijke regelingen.

Een verschil in benadering tussen de ACM en de civiele rechter is dat de civiele rechter niet alleen bekijkt of er een schriftelijke overeenkomst is, maar ook de overige omstandigheden van het geval meeweegt om te beoordelen of er wilsovereenstemming is tussen partijen. De civiele rechter stelt zich echter wel terughoudend op, aangezien conflicterende uitkomsten vermeden dienen te worden en de civiele rechter van oordeel is dat de ACM dient te beslissen over het al dan niet bestaan van een overeenkomst.[483]

De contractvrijheid staat op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw ook onder druk als via dit tweede lid door de ACM, nadat door partijen een overeenkomst is gesloten, alsnog regels en (maximum)prijzen worden vastgesteld. De ACM zou, mede bezien in het licht van de uitspraak van de civiele rechter inzake KPN en Telfort/Vodafone,[484] de relevante omstandigheden van het geval meer moeten meewegen om te beoordelen of er overeenstemming is.[485]

Voor de inhoud en de uitleg van overeenkomsten geldt dat de privaatrechtelijke jurisprudentie niet uit het oog kan en mag worden verloren.[486] Toepas-

---

482 In het kader van het doorlopen van zowel bestuursrechtelijke als civiele procedures en het niet goed aansluiten van deze procedures op elkaar wijs ik volledigheidshalve nog op de OT2010 jurisprudentie. Vanwege het 'materiële' karakter (het transparantiebeginsel en aanbestedingsproblematiek) heb ik deze zaken hier niet besproken. Het betreft in deze zaak een gunning aan KPN; naar later blijkt heeft KPN geen volledige openheid van zaken gegeven. Onder andere Tele2 vraagt OPTA om een last onder dwangsom op te leggen aan KPN om zich terug te trekken. Dit besluit wordt door het CBb weer vernietigd, omdat de last onder dwangsom onevenredig was. De last heeft er niet in geresulteerd dat Tele2 of een andere concurrent van KPN alsnog de kortingsactie heeft kunnen gebruiken voor het uitbrengen van een lager bod (CBb 25 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ5339, *JAAN* 2013/95, m.nt. T.A.J. Berben). Ook bij de Hoge Raad heeft Tele2 geen succes, omdat KPN uitgesloten zou worden op grond van niet in de aanbesteding vermelde uitsluitingsgronden (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 en BW9233, *JAAN* 2013/6 m.nt. M.J. Mutsaers).

483 Zie par. 3.5.3.2 – par. 3.5.3.4.

484 Zie voor bespreking 3.5.3.3, nr. 5.

485 Zie par. 3.5.3.2 – par. 3.5.3.4.

486 Zie par. 3.5.4.2 en 3.5.4.3.

sing van deze jurisprudentie is noodzakelijk wil de ACM recht kunnen doen aan de privaatrechtelijke aspecten van haar taken. De ACM lijkt in de onderzochte zaken terughoudendheid te betrachten als het aankomt op de uitleg van de bedoeling van partijen bij onduidelijkheden omtrent bepalingen in contracten. Dit geldt ook voor de aanvulling van contracten en voor situaties waarin één van de partijen van mening is dat de overeenkomst dusdanig gewijzigd is dat zij daaraan niet meer in deze vorm kan worden gehouden. De ACM acht zich niet bevoegd om hierover te oordelen en verwijst partijen dan naar de civiele rechter. Ik acht het ongelukkig en in niemands belang dat de ACM partijen voor dergelijke vragen naar de civiele rechter verwijst. Dit kan er immers toe leiden dat partijen twee zo niet drie procedures – eerst de ACM dan naar de civiele rechter en dan weer naar de ACM – zouden moeten volgen.

De ACM zal, om tot meer eenvormige handhaving te komen, voor een meer civielrechtelijke benadering moeten kiezen. De ACM dient daarbij, wanneer zij haar taak breder opvat, ook te beoordelen of er een overeenkomst bestaat, welke omstandigheden relevant zijn en hoe overeenkomsten uitgelegd dienen te worden.

Iustum pretium?

Het direct ingrijpen door de ACM, op grond van de geschilbeslechtende bevoegdheid (artikel 12.2 lid 2 Tw), in contractuele verhoudingen komt het meest duidelijk naar voren bij het vaststellen van (maximum)prijzen. Het vaststellen van prijzen beperkt de contractvrijheid ingrijpend en is vanuit privaatrechtelijk oogpunt bezien ongebruikelijk. Prijzen worden vastgesteld en/of getoetst aan uitgangspunten als 'kostenoriëntatie' en 'vertraagde reciprociteit'. Deze open normen worden met het oog op handhaving en de rechtszekerheid ingevuld met behulp van beleidsregels. Deze vaste invulling leidt naar mijn mening tot ongewenste ontwikkelingen. Zij resulteert erin dat partijen in principe niet vrij zijn om op geld waardeerbare voorwaarden in de overeenkomst op te nemen, omdat deze immers niet bij de prijsbeoordeling door de ACM worden meegenomen. Dit kan leiden tot een bestuursrechtelijke en civiele rechtsgang, aangezien de overige voorwaarden niet worden beoordeeld door de ACM.

Met de vaststelling van (maximum)prijzen wordt wel, via de achterdeur, de *iustum pretium*-leer in het privaatrecht ingebracht. In het privaatrecht wordt de leer van de redelijke tegenprestatie (*iustum pretium*) niet erkend, omdat de contractvrijheid vooropstaat: partijen mogen zelf de inhoud en de daarbij behorende verbintenissen bepalen. Gezien de bedoeling van de wetgever om zoveel mogelijk bij het privaatrecht aan te sluiten, waarbij contractvrijheid nadrukkelijk voorop wordt gesteld, past bij deze prijsvaststelling door een toezichthouder een kritische kanttekening. De aansluiting bij het privaatrecht lijkt immers niet voor dit punt te gelden.

De vaststelling van (maximum)prijzen heeft een sterk sturend karakter. Wellicht is dat te rechtvaardigen als het om een tijdelijke regeling gaat. Maar

gezien de kenmerken van de markt acht ik deze tijdelijkheid onwaarschijnlijk. Via het bestuursrecht wordt zo de *iustum pretium* in het privaatrecht opgenomen. Wellicht had beter gekozen kunnen worden voor een oplossing via het bestuursrecht, vergelijkbaar met het huurrecht,[487] in plaats van te kiezen voor (theoretische) contractvrijheid. Voor marktpartijen zou, wanneer prijzen bestuursrechtelijk zijn vastgelegd, duidelijk zijn binnen welke marges de onderhandelingen kunnen plaatsvinden. Naar mijn mening sluit dit beter aan bij vormen die het privaatrecht reeds kent (zoals in het huurrecht) en is het in het belang van de rechtszekerheid omdat partijen weten wat de wettelijke grenzen zijn. Voor de vaststelling van de (maximum)prijzen hoeft dan niet achteraf nog een procedure bij de ACM te worden gestart.[488]

Opzegging

De opzeggingsbevoegdheid van een consument van een overeenkomst dient meerdere doelen. Enerzijds worden 'zwakke' consumenten beschermd tegen machtige aanbieders van communicatiediensten en anderzijds wordt de mededinging gestimuleerd.

De consument heeft, op grond van het BW, zelf ook (opzeggings)bevoegdheden. Hierdoor kunnen zowel de regels van de Tw, het BW als de Wft van toepassing zijn. Voor de consument en de telecomaanbieder maakt dit het juridisch kader ingewikkeld.[489]

Nakoming en handhaving

De problematiek van de beperkte bevoegdheid van de ACM, met als gevolg dat zowel een bestuursrechtelijke als een civielrechtelijke procedure noodzakelijk kunnen zijn, is eveneens zichtbaar bij de handhaving van besluiten.[490] De ACM heeft slechts de bestuursrechtelijke middelen tot haar beschikking (boete en last onder dwangsom). Deze kunnen echter niet worden ingezet om te veel betaalde gelden terug te vorderen. Dat deze bestuursrechtelijke middelen niet kunnen worden ingezet om terugbetaling af te dwingen is naar mijn mening een tekort van het bestuursrecht. Een gang naar de civiele rechter is in deze gevallen onvermijdelijk. Of daar een bevredigend resultaat kan worden behaald is echter evenmin zeker, omdat de rechter niet zomaar de hoogte van bijvoorbeeld te verrekenen bedragen kan vaststellen. Alleen de ACM is immers bevoegd om maximumprijzen vast te stellen. Dit levert een argument op voor uitbreiding van de bevoegdheden van de ACM om de gevolgen van overtredingen ongedaan te maken.

487 Zie nader Boek 7, titel 4, afdeling 5, onderafdeling 2, BW. Zie ook par. 3.6.5.
488 Zie ook Sütõ 2013, p. 1112-1121.
489 Zie par. 3.5.5.2.
490 Zie par. 3.7

Terugwerkende kracht en nietigheid
Nadat de ACM op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw heeft geconstateerd dat er sprake is van strijdigheid met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw, kan de ACM regels stellen. In beginsel heeft te gelden dat er geen sprake is van terugwerkende kracht van deze regels. Als voor beide partijen echter duidelijk is dat de tarieven al vanaf een bepaalde datum worden betwist, dan dienen partijen rekening te houden met de mogelijkheid dat de ACM lagere tarieven zal vaststellen vanaf die datum. Ook kan er terugwerkende kracht zijn als een partij er van op de hoogte is dat haar tarieven in strijd zijn met de Tw.

Het rechtsgevolg van geconstateerde strijd met de Tw op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw leidt nu 'automatisch' tot nietigheid.[491] Dit is niet in de lijn van de civiele jurisprudentie inzake artikel 3:40 BW. Voordat de ACM bepalingen uit een overeenkomst nietig mag achten, dient de ACM te toetsen aan artikel 3:40 BW met inachtneming van de daarbij behorende jurisprudentie.

Resumerend
Samenvattend kan worden gesteld dat het huidige wettelijke kader van de Tw zijn eigen doelen dient, zoals marktregulering en bescherming van de zwakke partijen. Regulering is nodig om deze doelstellingen te realiseren, aangezien het privaatrecht niet steeds over de juiste instrumenten beschikt om die doelen te dienen. Het wettelijke kader van de Tw is van invloed op de civielrechtelijke overeenkomsten. In het bijzonder via de geschilbeslechtende bevoegdheid kan de ACM (direct) ingrijpen in contractuele verhoudingen. Dit brengt nadelen met zich mee, aangezien de ACM thans niet het volledige civielrechtelijke kader in ogenschouw neemt en/of mag nemen. Dit resulteert in onduidelijkheid omtrent de bevoegde instantie en omtrent de invulling van juridische begrippen. Het resultaat hiervan kan zijn dat partijen meerdere procedures dienen te volgen, zodat rechtsonzekerheid ontstaat en hoge kosten worden gemaakt die uiteindelijk op de eindgebruiker worden afgewenteld. Dit pleit voor een bredere opvatting door de ACM van haar taak door het privaatrecht in volle omvang toe te passen op de rechtsverhouding van de betrokken partijen. Hierdoor ontstaat meer een gemengde of 'hybride' vorm van handhaving. Hierop wordt in hoofdstuk 6 (nog) nader ingegaan.[492]

491 Zie par. 3.8.3.
492 Zie hierover nader 6.4.4.

4 De ACM als handhaver van privaatrecht in het consumentenrecht

4.1 INLEIDING

Er is geen ontkomen aan, we zijn allemaal in een bepaalde vorm consument. Dit kan zijn doordat we een brood kopen, in het ziekenhuis zorg ontvangen, een verzekering afsluiten of op internet een droomreis boeken. Consumenten kopen, gebruiken of verbruiken producten en diensten. Aan dit kopen, gebruiken en/of verbruiken zijn wel allerlei gevaren verbonden. Krijgt de consument het gekochte product wel (tijdig) geleverd, is de verkoper wel betrouwbaar, wat staat er in de 'kleine lettertjes' en wat te doen als het product niet blijkt te deugen?

In Nederland zijn er veel regels die de consument beogen te beschermen. In de wet wordt het begrip consument echter niet eenduidig gedefinieerd. In het BW zijn verschillende definities te vinden die zijn toegespitst op de verschillende regelingen. Over het algemeen kan worden gesteld dat de consument wordt gezien als de zwakkere partij die bescherming behoeft jegens professionele partijen.[1] Een voorbeeld van een definitie van het begrip consument is te vinden in artikel 6:193a lid 1 sub a BW, waar een consument wordt gedefinieerd als

> 'een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf'.

De consumentenbescherming hangt dan ook samen met de juridische en economische ongelijkwaardige verhouding tussen professionele aanbieders enerzijds en consumenten anderzijds.[2] Hierbij dient gedacht te worden aan imperfecte marktomstandigheden (onder meer openlijke en gesloten machtsposities),[3] aan een tekort aan keuzemogelijkheden en aan onvoldoende informatie- en vergelijkingsmogelijkheden. De consument loopt hierdoor het risico dat de prijs die betaald moet worden te hoog is.[4] Wanneer er geen open en evenwichtige concurrentie op de markt is en het aantal aanbieders te

---

1 J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *AA* 2009/6, p. 381.
2 J.G.J. Rinkes, 'Europees Consumentenrecht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris B.V. 2015, p. 34.
3 Zie ook R.R.R. Hardy, *Differentiatie in het (Europees) contractenrecht* (diss. Maasstricht), Den Haag: BJu 2009, p. 235.
4 Rinkes 2009, p. 381.

beperkt is, ontbreekt het *level playing field*.[5] Het consumentenrecht kan, in relatie tot het herstellen van dit evenwicht, worden omschreven als

> 'het geheel van normen, regels en instrumenten dat de verwezenlijking op juridisch niveau vormt van verschillende initiatieven die betrekking hebben op het waarborgen of vermeerderen van de bescherming van consumenten op de economische markt'.[6]

De consumentenregels zijn veelal dwingendrechtelijk van aard en staan geen afwijking toe in het nadeel van de consument. Als gevolg van het grote aantal dwingendrechtelijke regels, wordt het consumentenrecht ook wel de harde kern van het privaatrecht genoemd.[7]

De consumentenregels dienen te worden gehandhaafd. Deze handhaving kan door de consument zelf, een belangenorganisatie of door een (onafhankelijke) derde geschieden. De handhaving van consumentenrechten loopt door de verschillende rechtsgebieden heen. Zowel in het privaatrecht, het strafrecht als het bestuursrecht zijn regels opgenomen die de rechten van de consument beogen te beschermen. Een vierde type van handhaving is de zogenaamde zelfregulering.[8] Kenmerkend voor het consumentenrecht is dat veel normen zijn ontwikkeld door particuliere organisaties.[9] Gedacht kan worden aan algemene voorwaarden opgesteld door brancheverenigingen en geschillenregelingen voor bepaalde sectoren.

De doelstellingen van handhaving kunnen in de verschillende rechtsgebieden verschillen.[10] In het privaatrecht is het doel om compensatie voor geleden schade van de individuele consument te bewerkstelligen. In het bestuursrecht ligt de nadruk van het handhavingskader meer op het voorkomen van overtredingen, oftewel de regels en de sancties op de overtreding daarvan, dienen een afschrikwekkende werking te hebben. Om de bestuursrechtelijke handhaving van de regels beter te waarborgen is de Consumentenautoriteit opgericht.[11] Per 1 april 2013 is de Consumentenautoriteit opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De aandacht in dit hoofdstuk zal met name uitgaan naar de publiekrechtelijke toezichthouder ACM die met bestuursrechtelijke bevoegdheden het privaatrechtelijke consumentenrecht handhaaft.

---

5 Rinkes 2009, p. 381.
6 Rinkes 2009, 382.
7 J.G.J. Rinkes, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector: een consumentenrechtelijk perspectief* (preadvies), Vereniging voor Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2010, p. 9.
8 Zie ook Rinkes 2009, p. 383.
9 E.H. Hondius, *Consumentenrecht*, Monografieën Nieuw BW, A8, Deventer: Kluwer 1992, p. 2.
10 Cafaggi & Micklitz 2009, p. 2 en 3.
11 De Consumentenautoriteit is met de inwerkingtreding van Verordening nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004, *PbEu* 2004, L 364/1, ingesteld.

In dit hoofdstuk zullen eerst de achtergrond en het ontstaan van het consumentenrecht worden besproken. Vervolgens zal de relevante regelgeving worden uiteengezet (paragraaf 4.3). In de volgende paragraaf staat het toezicht op de consumentenbescherming door de ACM centraal (paragraaf 4.4). Aan de hand van besluiten van de voormalige Consumentenautoriteit en de ACM zal geanalyseerd worden hoe de ACM privaatrechtelijk geaarde regels van het consumentenrecht toepast. De uitleg en toepassing van deze privaatrechtelijke geaarde regels wordt vergeleken met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter. Beoordeeld wordt de wijze waarop bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zich tot elkaar verhouden en, waar mogelijk, worden suggesties gedaan om eventuele fricties te verminderen. (paragraaf 4.5). Ten slotte volgt een conclusie aan de hand van de analyse en problematisering, waarmee antwoord wordt gegeven op de hoofd- en deelvragen van dit onderzoek (paragraaf 4.6).

4.2 ACHTERGROND CONSUMENTENBESCHERMING

4.2.1 Beginfase consumentenbescherming

De term consumentenrecht is relatief jong en is uit Amerika zijn overgewaaid.[12] Met de opkomst van het 'consumentisme' komen ook de consumentenorganisaties op.[13] Deze zijn, door hun krachtige lobby, van grote invloed geweest op de ontwikkeling en invoering van consumentenbeschermende wetgeving.[14] Geïnspireerd door de ontwikkelingen in de Verenigde Staten heeft de Raad van Ministers op Europees niveau in 1975 een 'Eerste programma van de Europese gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument' aangenomen.[15] Dit programma heeft tot doel de gezondheid, veiligheid en economische belangen van consumenten te beschermen.[16]

Het consumentenrecht heeft zich sindsdien snel ontwikkeld. Deze ontwikkeling is met name te verklaren door de (Europese) druk van de toenemende

12 Zie onder meer E.H. Hondius, 'De innoverende functie van het consumentenrecht', *MvV* 2011/7.1, p.181. Er wordt ook gedoeld op de speech van John F. Kennedy Special *Message on Protecting the Consumer Interest* (15 maart 1962), waarin vier rechten voor consumenten worden geformuleerd (the right to safety, the right to be informed, the right to choose en the right to be heard) http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108.

13 De Consumentenbond is opgericht op 14 januari 1954, Stichting de Ombudsman is opgericht in 1972 en Vereniging Eigen Huis in 1974.

14 G.J. Rijken, 'Ontstaan en positie van het consumentenrecht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris B.V. 2015, p. 22.

15 *Pb.* nr. C 092/1 van 25 april 1975.

16 Zie onder meer Hondius 2011, p. 181 en M.I.A. Schlaghecke-Bouman, 'De invloed van de EEG op consumentenaangelegenheden', *TvC* 1987/1, p. 24.

marktintegratie en de complexiteit van de steeds meer samenhangende markten.[17] De gedachte vanuit Europa is dat de realisatie van één interne Europese markt uiteindelijk goed is voor alle consumenten. De verwezenlijking van de interne markt en het consumentenrecht hangen dan ook nauw samen. Vertrouwen van consumenten in de markt en in de te verhandelen goederen is noodzakelijk voor communautaire investeringen door consumenten. Consumentenbescherming reguleert de toegang van producten en diensten tot de markten door het stellen van bijvoorbeeld kwaliteitseisen en informatieplichten. Hiermee dient de veiligheid en het vertrouwen van de consumenten in de markten gewaarborgd te blijven. In paragraaf 4.2.2 wordt hier nader op ingegaan.

4.2.2 Europees consumentenrecht

Het Europese consumentenrecht is een uitvloeisel van het streven naar een gemeenschappelijke en later een interne markt.[18] Dit streven roept vragen op over de reikwijdte van de overheidsbemoeienis en de vraag of de markt niet zelf voor de belangen van de consument kan zorgen. Zoals reeds in paragraaf 4.1 beschreven worden consumenten gezien als 'de zwakkere partij' waarbij sommige consumenten in bepaalde situaties als extra zwak worden beschouwd. Gedacht kan worden aan ouderen, lager opgeleiden of mindervaliden.

Het Europese mededingingsrecht en de consumentenbescherming hangen sterk met elkaar samen. De consument wordt gezien als degene die uiteindelijk moet profiteren van perfecte mededinging.[19] Een 'sterke', goed geïnformeerde consument is de motor van de economie. Consumenten zijn met hun bestedingen goed voor 58 procent van het Bruto Binnenlands Product (BBP) van de EU.[20] Consumentenbescherming vervult zowel een functie bij het verwezenlijken van de doelstellingen van de EU, het welzijn van de Europeanen, als het tot stand brengen van een Gemeenschappelijke markt.[21] De Europese Commissie verwoordt het, in relatie tot de verwezenlijking van een verbeterd welzijn zo:

> 'Het tot stand brengen van een grote interne markt is een middel en niet het doel van de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap. De "vier vrijheden", nl. vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal, zijn er, evenals de

17 F. Cafaggi & H.W. Micklitz, *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Oxford: Intersentia 2009, p. 1.
18 M. de Witte & A. Vermeersch, *Europees consumentenrecht*, Apeldoorn: Maklu 2004, p. 13.
19 H.W. Micklitz e.a., *Consumer Law*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 3.
20 Micklitz e.a. 2010, p. 18.
21 Mededeling van de Commissie aan de Raad: Een nieuwe impuls voor het beleid inzake consumentenbescherming van 26 juni 1985, COM (85) 314, p. 8.

> mededingingsregels, op gericht om te voorzien in de behoefte van de burger in zijn economische en andere bedrijvigheid.'[22]

Met betrekking tot de Gemeenschappelijke Markt heeft consumentenbescherming een andere functie:

> 'Goederen die aan de consument niet in redelijke mate waar voor zijn geld geven zijn een slechte investering. Goederen die daarentegen een goed geïnformeerde consument tevreden stellen en hun geld waard zijn schenken de consument vertrouwen. Goederen die de naam hebben veilig en betrouwbaar te zijn veroveren zowel in als buiten de Gemeenschap de markt, en houden het communautaire marktaandeel in stand in de concurrentie tegen extra-communautaire producenten. Deze goederen zijn daarom een factor die de groei in economie en werkgelegenheid in stand houden'.[23]

De uitdaging is om door middel van het creëren van een interne markt het welzijn van consumenten te verbeteren. Daarnaast dienen consumenten de markt te vertrouwen om zo de groei en de werkgelegenheid in stand te houden. Omdat consumenten dit niet alleen kunnen, aangezien hun belangen als individu vaak te klein zijn, ligt het antwoord op deze uitdagingen in het geven van mogelijkheden en middelen om consumenten te beschermen tegen risico's en bedreigingen die zij niet als individu kunnen bestrijden.[24]

Consumentenbescherming is niet vanaf het begin een doel van de Europese Gemeenschap geweest. Na de top van 1972 in Parijs heeft de Europese Unie zich pas de belangen van de consumenten aangetrokken, met een eerste actieprogramma.[25] In het Verdrag van Maastricht[26] is in artikel 3 sub s (oud) vervolgens specifiek opgenomen dat de Gemeenschap 'een bijdrage tot de versterking van de consumentenbescherming' levert. Voorts is een titel consumentenbescherming ingevoerd waarmee de mogelijkheid ontstond om beleid te ontwikkelen.[27] In het Verdrag van Amsterdam[28] is dit artikel uitgebreid

22 Mededeling van de Commissie aan de Raad: Een nieuwe impuls voor het beleid inzake consumentenbescherming van 26 juni 1985, COM (85) 314, p. 8.
23 Mededeling van de Commissie aan de Raad: Een nieuwe impuls voor het beleid inzake consumentenbescherming van 26 juni 1985, COM (85) 314, p. 8.
24 Micklitz e.a. 2010, p. 19.
25 Resolutie van de Raad van 14 april 1975 betreffende een eerste programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument, *PB* C 92/1 van 25 april 1975.
26 Verdrag betreffende de Europese Unie, *PB* C 191 van 29 juli 1992.
27 Artikel 129 A van het toenmalige EG verdrag (na het verdrag van Maastricht).
28 Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijhorende akten, *PB* C 340 van 10 november 1997. In werking getreden op 1 mei 1999.

met het zogenaamde integratiebeginsel.[29] Na de wijzigingen in het Verdrag van Amsterdam zijn op het toenmalige artikel 95 (ex 100a) EU-verdrag belangrijke richtlijnen ter verbetering van de consumentenbescherming aangenomen.[30] De rechtvaardiging van consumentenbescherming werd nog gezocht in het interne marktbeleid.[31] Consumentenbeschermingsmaatregelen die niet in verband waren te brengen met het vrije handelsverkeer kwamen niet op de Europese agenda.[32] Met het Verdrag van Lissabon[33] is consumentenbescherming inmiddels verheven tot een grondrecht, opgenomen in artikel 38 van het Handvest voor de grondrechten. In artikel 169, eerste lid, VWEU is de consumentenbescherming als volgt omschreven:

> 'Om de belangen van de consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, draagt de Unie bij tot de bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de economische belangen van de consumenten als mede tot de bevordering van hun recht op voorlichting en vorming, en hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen.'

Dat de ontwikkelingen nog niet ten einde zijn blijkt uit het feit dat in de Verordening 254/2014 een meerjarig consumentenprogramma is vastgelegd voor de jaren 2014-2020.[34]

Het Europese Hof van Justitie speelt ook een actieve rol in de consumentenbescherming. Een van de eerste zaken van het Europese Hof van Justitie die

---

29 Dit betekent dat de Gemeenschap dient bij de uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap op andere gebieden met de eisen van de consumentenbescherming rekening dient te houden (zie artikel 153 EG (oud).

30 Voorbeelden zijn:
- Richtlijn 90/314/EEG betreffende pakketreizen, [1990] *OJ* L 158/59;
- Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, [1993] *OJ* L95/29;
- Richtlijn 94/47/EG betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat betreft bepaalde aspecten van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen [1994] *OJ* L 280/83;
- Richtlijn 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, [1997] *OJ* L144/19;
- Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumentengoederen, [1999] *OJ* L171/12;
- Richtlijn 2001/95/EG inzake productveiligheid, [2002] *OJ* L11/4;
- Richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, [2002] *OJ* L271/16.

31 P. Nebbia & T. Askham, *EU Consumer Law*, Richmond: Richmond Law & Tax ltd 2004, p. 11.

32 Nebbia & Askham 2004, p. 11.

33 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon, 13 december 2007.

34 Verordening (EU) 254/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 tot vaststelling van een meerjarig consumentenprogramma voor de jaren 2014-2020 en tot intrekking van Besluit nr. 1926/2006/EG.

van groot belang is voor consumenten is de Cassis de Dijon-zaak.[35] In deze zaak worden de belangen van de consument (informeren van de consument en bescherming tegen bedrog) als rechtmatige doelstelling van de Gemeenschap erkend.[36] Het Europese Hof van Justitie onderstreept, onder andere in de zaak Océano[37] eveneens de zwakke (onderhandelings)positie en het gebrek aan informatie van de consument.[38] In de Heiniger-zaak[39] overweegt het Hof dat afwijkingen van regels die consumenten beschermen eng geïnterpreteerd moeten worden.[40] Het Hof overweegt bovendien dat consumentenbescherming boven de rechtszekerheid kan gaan.[41]

De beschreven ontwikkelingen tonen aan dat de consumentenbescherming, aanvankelijk niet eens vermeld in het Verdrag van Rome,[42] uiteindelijk een belangrijke onafhankelijke plek heeft verworven binnen het Europese recht.[43]

4.2.3 Consumentenrecht en het beginsel van vrije zelfbeschikking

Het consumentenrecht is een complex en gelaagd veld van regels. Naast de privaatrechtelijk geaarde regels en middelen tot handhaving van het consumentenrecht is er ook de bestuursrechtelijke op Europese regelgeving gestoelde handhaving. Deze bestuursrechtelijke regels dienen meerdere doelen, zijn grensoverschrijdend en kennen een actieve overheidsbemoeienis. De vraag kan met recht gesteld worden of het consumentenrecht nog wel onder het privaatrecht kan worden geschaard. Door zwakke partijen te beschermen komt het recht van vrije zelfbeschikking, kenmerkend voor het privaatrecht, immers onder druk te staan. Contractvrijheid is uiteindelijk één van de pijlers van het privaatrecht. Een oplossing kan niet worden gevonden in de *iustum pretium*-leer. De *iustum pretium*-leer is, zoals beschreven in paragraaf 2.2.1.2, niet als zodanig aanvaard in het Burgerlijk Wetboek.[44] Een overeenkomst met onge-

35 HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 [1979] ECR I-649(*Cassis de Dijon*).
36 Zie p. 657 en 659.
37 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346, [2000] ECR I -4941(*Oceano Gruppo*), par. 25.
38 Zie ook onder meer: HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006: 675, [2006] ECR I-10421(*Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium*).
39 HvJ EG 13 december 2001, C-481/99, ECLI:EU:C:2001:684, [2001] ECR I-9945 (*Heiniger/ Bayerische Hypothekenbank*).
40 Zie par. 31.
41 Zie par. 47.
42 Verdrag tot oprichting van de EEG, 25 maart 1957 (Verdrag van Rome).
43 Zie voor een inventarisatie B. Kas & H.W. Micklitz, 'Overview of Cases Before the CJEU on European Consumer Contract Law (2009-2013): part I', *ERCL* 2014, Vol. 10, No. 2, pp. 189-257.
44 Zie bijv. F.W. Grosheide, 'Iustum Pretium, enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid', *WPNR* 1996/6227, p. 426. Om deze redenen worden kernbedingen in artikel 6:231 BW uitgezonderd van de algemene voorwaarden, zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p.1521 (MvT).

lijkwaardige tegenprestaties kan normaliter niet om het enkele feit dat de prestaties over en weer onevenwichtig zijn, worden aangetast.

Als echter geen sprake is van gelijkheid in economische zin en/of in technische kennis dan is er geen daadwerkelijke contractvrijheid.[45] Reële contractvrijheid veronderstelt gelijkwaardigheid van partijen en als deze ontbreekt is er geen sprake van daadwerkelijke vrijheid. Deze ongelijkheid van partijen mondt vaak uit in een overeenkomst waarin geen inhoudelijk evenwicht bestaat. Daarom is ook ingezet op de bestrijding van de ongelijke onderhandelingspositie van partijen in de precontractuele fase.[46] Het doel is contractvrijheid en het middel daartoe kan 'dwang' zijn.[47]

Door de zelfbeschikking van de marktpartijen centraal te stellen blijft het consumentenrecht ingebed in het (algemene) privaatrecht.[48] Het recht op vrije economische zelfbeschikking komt aan alle marktdeelnemers toe en door dit te erkennen wordt vermeden dat aan de consument een algemene uitzonderingspositie wordt toegekend.[49] Naarmate de consument meer als een zwakke contractspartij wordt gezien die ondersteuning verdient, wordt het consumentenrecht echter wel meer een zelfstandig rechtsgebied.[50]

Gezien de zeer gedetailleerde regelgeving in combinatie met de bestuursrechtelijke handhaving doet de poging om het consumentenrecht voor het privaatrecht te behouden enigszins krampachtig aan.[51] Uit de casestudy zal volgen dat bijvoorbeeld de regelgeving inzake misleidende handelspraktijken wetgeving is met een sterk punitief karakter die in het burgerlijk recht is 'opgenomen'. Door dit punitieve karakter doet de regelgeving bestuursrechtelijk aan.

45 E. Swaenepoel, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 25. Zie ook O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), Munchen: Sellier 2007, p. 10.

46 Swaenepoel 2011, p. 26. Zie ook R.R.R. Hardy, 'Precontractuele informatieplichten in het EG-contractenrecht', *VrA* 2004/1.2, p. 23 en J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 28 e.v.

47 Zie in vergelijkbare zin J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 52-54.

48 Zie bijv. Swaenepoel 2011, p. 54.

49 Swaenepoel 2011, p. 54.

50 Swaenepoel 2011, p. 54. Zie ook M. Fontaine, 'Les Principes d'Únidroit et la protection de la partie faible' in: K. Boele-Woelki en F.W. Grosheide (red.), *The future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International Law 2007, p. 184.

51 Zie par. 4.5.3.1 e.v.

4.2.4 Conclusie

Het consumentenrecht heeft een snelle ontwikkeling doorgemaakt. Dit is met name te danken aan Europese invloeden. Het belangrijkste doel is het komen tot een echte interne markt voor de consument en daarbij het juiste evenwicht te vinden tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven.[52]

Het uiteindelijke doel van de consumentenbescherming is het verbeteren van het welzijn van de consumenten in het algemeen. Een goed geïnformeerde consument is eveneens belangrijk voor het functioneren van de (interne) markt. Een goed functionerende interne markt is uiteindelijk goed voor de algehele welvaart.

De rol van het Europese Hof van Justitie is in deze ontwikkeling aanzienlijk te noemen, gezien de actieve en op de bescherming van de consument gerichte opstelling van het Europese Hof van Justitie bij de uitleg van de richtlijnen.

Het consumentenrecht doorbreekt de verhouding tussen de marktpartijen, immers het recht op vrije zelfbeschikking en de contractvrijheid voor zowel consumenten als professionele partijen komt hiermee onder druk te staan. Om het consumentenrecht binnen het privaatrecht zijn plaats te geven, is gekozen voor de versterking van de positie van de consument in de precontractuele fase. Op die manier wordt de positie van de consument versterkt ten opzichte van de 'sterke' marktpartijen, zodat hij in vrijheid keuzes kan maken.

4.3 Relevante regelgeving

4.3.1 Inleiding

De bescherming van de (Europese) consument staat hoog in het vaandel van de Europese Commissie. Deze belangstelling heeft geleid tot een groot aantal richtlijnen en enkele verordeningen. Ook zijn verschillende richtlijnen inmiddels herzien en aangevuld. Het Groenboek 'Herziening van het consumentenacquis'[53] is een aanzet geweest tot de wijziging van een aantal richtlijnen. De richtlijnen hebben onder meer als onderwerp misleidende reclame, oneerlijke handelspraktijken, e-commerce, oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en op afstand gesloten overeenkomsten. Deze richtlijnen zijn vervolgens geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Waar nodig zal de relevante regelgeving nader worden toegelicht. In verband met de case studies besteed ik hier aandacht aan de Verordening 2006/2004 betreffende de samen-

52 Groenboek 'Herziening van het consumentenacquis, 8 februari 2007, COM(2006) 744 def., p. 3

53 Groenboek 'Herziening van het consumentenacquis, 8 februari 2007, COM(2006) 744 def.

werking tussen nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving[54] en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.[55] De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is in het BW geïmplementeerd in artikel 6:193a e.v. en is ook bekend als de Wet oneerlijke handelspraktijken.[56]

4.3.2 Verordening 2006/2004

Verordening 2006/2004 heeft tot doel voorwaarden te scheppen voor de bevoegde autoriteiten in de verschillende Europese lidstaten, ter bescherming van de consumenten, die moeten gaan samenwerken met elkaar en met de Commissie. Dit moet de nakoming van deze wetgeving bevorderen en de interne markt waarborgen en de economische belangen van de consumenten bevorderen (artikel 1). De bestaande handhavingsregelingen voor de bescherming van de belangen van de consumenten zijn niet aangepast aan de handhavingsproblemen van de interne markt. Evenmin is onderlinge doeltreffende en doelmatige samenwerking bij de handhaving mogelijk. Handhaving kon worden omzeild, doordat verkopers en dienstverleners zich elders in de Unie kunnen vestigen.[57] Elke lidstaat dient daarom een bevoegde autoriteit of autoriteiten en een verbindingsbureau aan te wijzen die belast zijn met de toepassing van de Verordening (artikel 4 lid 1). De te handhaven richtlijnen zijn genoemd in bijlage a van de Verordening. Het gaat onder meer om de volgende richtlijnen:

- Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame;[58]
- Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten;[59]

54 Verordening 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, 27 oktober 2004, betreffende de samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *Pb L* 364, p. 1.

55 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *Pb L* 149, p. 22.

56 *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 2. Wet van 14 oktober 2008, *Stb* 2008/397.

57 Overweging 2.

58 Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame, *Pb L* 250, p. 17. Richtlijn gewijzigd bij Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PB L* 290, p. 18.

59 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb L* 95, p. 29. Richtlijn gewijzigd bij Besluit 2002/995/EG van de Commissie, *Pb L* 353, p. 1 en door gewijzigd door Richtlijn 2011/83/EU inzake consumentenrechten d.d. 25 oktober 2011 *PB L* 304, p. 64.

- Richtlijn 97/55/EG tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen;[60]
- Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken;[61]
- Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten.[62]

De nationale autoriteiten zijn belast met handhaving en moeten gaan samenwerken bij grensoverschrijdende inbreuken op het consumentenrecht. Dit dient te gebeuren door informatie-uitwisseling op verzoek (artikel 6) of zonder verzoek nadat een autoriteit op de hoogte is gekomen van een inbreuk en dit meedeelt aan een bevoegde autoriteit (artikel 7). Ook kan een autoriteit een verzoek tot handhaving aan een bevoegde autoriteit doen om de inbreuken te beëindigen (artikel 8).

In de Verordening is gekozen voor een netwerk van publiekrechtelijke handhavingsinstanties die de belangen van consumenten moeten beschermen.[63] Deze keuze voor publiekrecht laat zich verklaren doordat alleen overheidsinstanties voldoende garanties geven voor omgang met vertrouwelijke informatie en het openbaar belang op een onpartijdige manier dienen en daarover verantwoording moeten afleggen.[64] Dit is met name belangrijk voor handelaren, die bijvoorbeeld veel reputatieschade kunnen lijden als zij negatief in het nieuws zijn. Bovendien zou publiekrechtelijke handhaving snel, effectief en efficiënt zijn.[65] De publiekrechtelijke handhaving zou door een grote meerderheid van de lidstaten van grote waarde worden geacht en de oprichting van een netwerk van overheidsinstanties op Europees niveau wordt gezien als een belangrijk element in de consumentenbescherming om een gelijk niveau van bescherming te bieden.[66]

60 Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen.

61 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *Pb L* 149, p. 22.

62 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende de consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577 EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Pb L* 304, p. 64.

63 Zie overweging 6.

64 Toelichting op de verordening, 18 juli 2003, Com 2003 (443), p. 8.

65 Toelichting op de verordening, 18 juli 2003, Com 2003 (443), p. 8.

66 Toelichting op de verordening, 18 juli 2003, Com 2003 (443), p. 9.

4.3.3 Vervolg; Wet handhaving consumentenbescherming

In Nederland is met de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) de Verordening 2006/2004 uitgewerkt.[67] De Whc bevat zelf geen materieel recht. Het 'consumentenacquis' is neergelegd in regelingen van het BW en in de Europese richtlijnen die in het BW zijn geïmplementeerd.[68] Maar de wet is ook een herijking van het consumentenbeleid. Voor deze herijking bestond een drietal aanleidingen:

- een sterke markt verdient een waar nodig sterke overheid;
- in verschillende onderzoeken naar de 'witte vlekken' op het gebied van consumentenbescherming zijn vele problemen gesignaleerd die een oplossing behoeven; en
- het nationale handhavingsstelsel behoeft aanpassing aan Verordening 2006/2004.[69]

Naast de bepalingen uit de Verordening 2006/2004 zijn in de Whc bepalingen opgenomen die zien op de nationale situatie. Het betreft onder meer de bepaling dat de ACM bevoegd is om op te treden tegen zuiver nationale inbreuken (artikel 2.2 Whc), de samenwerking tussen de ACM en consumentenorganisaties (artikel 6.1 Whc), de bepaling dat consumentorganisaties belanghebbenden zijn bij besluiten (artikel 7.2 Whc) en de bepaling met betrekking tot de afwikkeling van massaschade (artikel 2.6 Whc).[70]

Het uitgangspunt van de Whc is dat de toezichthouder pas handhaaft bij mogelijke inbreuken op het consumentenrecht als de markt daartoe niet in staat is.[71] Het ingrijpen moet dus worden gezien als een *ultimum remedium*. Als binnen de individuele relatie tussen de consument(en) en de onderneming geen oplossing bereikt kan worden en de markt evenmin onder invloed van consumentenorganisaties, bedrijven of zelfregulering het gedrag van de onderneming kan corrigeren bestaat de mogelijkheid om in te grijpen.[72] De ACM is dan ook niet bevoegd om in individuele gevallen tussen consument(en) en onderneming op te treden. De ACM heeft alleen bevoegdheid tot handhaven wanneer er sprake is van collectieve inbreuken op het consumentenrecht (artikel 1.1 sub f Whc).

Met de totstandkoming van de Whc is ook een nieuwe toezichthouder opgericht, de Consumentenautoriteit. De Consumentenautoriteit is per 1 april

---

67 Aangezien er sprake is van een verordening is er sprake van rechtstreekse werking en hoeft de regelgeving, voor zover dwingend voorgeschreven, ook niet geïmplementeerd te worden.

68 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 5-6.

69 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 2.

70 Zie ook W.H. van Boom, *Handhaving Consumentenbescherming. Een toelichting op de Wet handhaving consumentenbescherming*, Rotterdam: Uitgeverij Paris, 2010, p. 12.

71 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 2.

72 E.S. van Nimwegen, 'Handhaving door de Consumentenautoriteit: een goed samenspel met het Burgerlijk Wetboek en Europese regelgeving?', *Contracteren* juni 2010/2.4, p. 55.

2013 opgegaan in de ACM.[73] Er is destijds gekozen voor een nieuwe toezichthouder omdat de verbeterde bescherming tegen (intracommunautaire) inbreuken met een collectief karakter niet zo goed zouden passen bij de bestaande toezichthouders als OPTA, NMa en AFM.[74]

In de bijlage onderdeel a van de Whc staan de conform de Verordening 2006/2004 te handhaven consumentenregels vermeld. De Nederlandse regels zijn er ook bij vermeld. De te handhaven regels hebben uitsluitend een Europese oorsprong.[75] Er worden door de ACM op grond van de Whc geen regels gehandhaafd die louter van Nederlandse oorsprong zijn.

4.3.4 Richtlijn en wet oneerlijke handelspraktijken

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is geïmplementeerd in de artikelen 6:193a tot en met j BW. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken[76] heeft twee doelen: de harmonisering van de verschillende nationale wetgeving inzake oneerlijke handelspraktijken van de lidstaten en daarnaast het creëren van een hoog niveau van bescherming van consumenten.[77] Oneerlijke handelspraktijken hebben een negatieve impact op het vertrouwen van de consument omdat consumenten als gevolg van oneerlijke handelspraktijken geen juiste keuzes maken, waardoor de markt ontregeld wordt.[78] De richtlijn heeft dan ook slechts betrekking op oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen en consumenten, niet op oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen onderling.[79]

In artikel 3, tweede lid, van de Richtlijn is opgenomen dat de bepalingen uit de Richtlijn het verbintenissenrecht onverlet laten. Meer in het bijzonder wordt gedoeld op de regels omtrent de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten.

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken kent een verdeling in een tweetal typen oneerlijke handelspraktijken. Het gaat om misleidende en agressieve handelspraktijken. In de artikelen 5 tot en met 9, het materiële gedeelte van de richtlijn, is de uiteenzetting hiervan te vinden. In artikel 5 wordt de algemene norm gegeven, aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een handelspraktijk oneerlijk is of niet. Artikel 5, tweede lid, van de Richtlijn bepaalt dat een handelspraktijk oneerlijk is wanneer deze in strijd is met de professionele

73 Waar het besluiten van voor 1 april 2013 betreft zal worden verwezen naar de Consumentenautoriteit. Waar het de autoriteit in het algemeen betreft, zal worden verwezen naar de ACM.
74 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 4.
75 Zie artikel 3 sub a Vo 2006/2004.
76 Richtlijn 2005/29/EG, *Pb* L 149.
77 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 1.
78 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 1.
79 Artikel 3 lid 1 van de Richtlijn.

toewijding (sub a) en het economische gedrag van de gemiddelde consument met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren (sub b). In de artikelen 6 en 7 wordt aangegeven welke praktijken misleidend zijn en in de artikelen 8 en 9 welke handelspraktijken agressief zijn. Bijlage 1 van de Richtlijn geeft vervolgens een lijst met concrete gedragingen die onder alle omstandigheden misleidend of agressief zijn.

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is in het BW geïmplementeerd in artikel 6:193a BW e.v. en is ook bekend als de Wet oneerlijke handelspraktijken.[80] De regeling maakt het zo voor de individuele consument mogelijk om bij schade een actie uit onrechtmatige daad te starten. Ook kan hij rectificatie eisen van onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard.[81]

4.3.5 Conclusie

Verordening 2006/2004 en de vele Europese richtlijnen genoemd in deze Verordening dienen de consumentenbescherming te ondersteunen. Deze regels zijn vervolgens geïmplementeerd door de nationale wetgevers. Voor het onderhavige onderzoek is met name de handhaving van bepalingen omtrent de oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193a tot en met j BW) interessant omdat de privaatrechtelijke bepalingen uit die wet door de ACM worden gehandhaafd.

4.4 Functie ACM en consumentenbescherming

4.4.1 Inleiding

In deze paragraaf komt de consumentenbescherming door de ACM aan bod. Zoals reeds opgemerkt was er tot 1 augustus 2014 sprake van een duaal handhavingsstelsel. Voor een goed begrip van de achtergrond van de handhaving van het consumentenrecht en omdat veel van de in paragraaf 4.5 te bespreken uitspraken van voor 1 augustus 2014 zijn, zal kort stil worden gestaan bij het voormalige duale stelsel.

4.4.2 Van Consumentenautoriteit naar ACM

De Consumentenautoriteit is, net als OPTA en de NMa, per 1 april 2013 opgegaan in de ACM. Het doel van de oprichting van de ACM is de vergroting van de

80 *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 2. Wet van 14 oktober 2008, *Stb* 2008/397.
81 *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 3, p. 5.

effectiviteit en de efficiëntie van het markttoezicht in Nederland. De instelling van de ACM beoogt geen (grote) verandering in de bevoegdheden en procedures aan te brengen.[82] Per 1 augustus 2014 is de Stroomlijningswet in werking getreden waardoor de bevoegdheden tussen de drie voormalige toezichthouders gelijk zijn getrokken.[83]

Met de oprichting van de ACM is een aantal wijzigingen doorgevoerd. Het boeteregime is geüniformeerd waardoor er een maximale boete is voor overtredingen van bestuursrechtelijk te handhaven bepalingen op het gebied van consumentenbescherming. Daarnaast is het mogelijk om aanvullende eisen te stellen aan de last onder dwangsom.

De Whc kende tot 1 augustus 2014 een duaal stelsel van handhaving door de ACM. Bij de opzet van het wetsvoorstel was aanvankelijk een strikt duaal stelsel voorzien.[84] Civielrechtelijke bepalingen van het consumentenrecht zouden uitsluitend worden gehandhaafd met gebruikmaking van civielrechtelijke instrumenten (zie artikel 2.5 en 2.6 Whc (oud) en de nieuwe verzoekschriftprocedure ex artikel 3:305d BW). Deze bepalingen waren te vinden in de oude bijlage onder a. Schending van publiekrechtelijke bepalingen zou worden gehandhaafd met publiekrechtelijke instrumenten (artikel 2.9 en 2.23 Whc). De publiekrechtelijk te handhaven regelingen waren opgenomen in de oude lijst b. De ACM handhaafde tot 1 augustus 2014, als publiekrechtelijke toezichthouder, dan ook een deel van het consumentenrecht via het civiele recht (onderdeel a van de oude bijlage bij de Whc) en een ander deel via het bestuursrecht (onderdeel b van de oude bijlage bij de Whc). Het doel hiervan was dat de bestuursrechter civielrechtelijke begrippen niet zou hoeven toe te passen en uit te leggen.[85] Toch is bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer besloten om een aantal civielrechtelijke bepalingen bestuursrechtelijk te handhaven.[86] Dit gold alleen voor civielrechtelijke bepalingen waarvan overtreding eenvoudig is vast te stellen. Een voorbeeld was de overtreding van de zogenoemde 'zwarte' bedingen uit artikel 6:236 BW. Zo'n overtreding wordt door de ACM beboet met een bestuurlijke boete en kan ook aangepakt worden met een last onder dwangsom. De bedingen op de 'grijze' lijst dienen via de civielrechtelijke verzoekschriftprocedure te worden aangepakt. Een uitzondering hierop geldt voor de artikelen 6:193a tot en met 6:193j BW.

Een reden voor de instelling van het duale stelsel was dat het niet tot de expertise van een publiekrechtelijke handhaver behoort om uitleg te geven

82 *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, nr. 3, p. 14.
83 *Stb.* 2014/266. Zie ook *Stb.* 2014/247 en *Stb.* 2014/265.
84 M.A. Heldeweg & G.J. Rijken, 'De ACM als toezichthouder in consumentenzaken', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht: een overzicht van de rechtspositie van de consument,* Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 581.
85 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 6 en 30-31.
86 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 17.

aan open normen in het consumentenrecht. Het uitleggen van open normen is voorbehouden aan de civiele rechter. Een andere reden was om verschillen in uitleg van hetzelfde artikel tussen de bestuursrechter en civiele rechter te voorkomen. Verschillen zouden kunnen ontstaan als ook de bestuursrechter in een handhavingstraject civielrechtelijke open normen zou uitleggen.[87] De bestuursrechter kan niet verder gaan dan de vraag of de toezichthouder in redelijkheid tot zijn besluit is gekomen. Toch is bij de invoering van het duale stelsel gekozen voor het bestuursrechtelijk handhaven van de Wet oneerlijke handelspraktijken, hoewel open normen in deze wet zijn opgenomen. De redenen hiervoor waren dat: bestuursrechtelijke handhaving efficiënter is dan het tweeledige beste van zowel civielrechtelijke als bestuursrechtelijke handhaving, de discrepantie tussen de handhaving van open en gesloten normen verdwijnt en punitieve sancties ontbreken bij overtreding van open normen uit deze richtlijn.[88]

Tijdens de evaluatie van de Whc in 2010 is naar voren gekomen dat het duale stelsel beter afgeschaft kon worden, om tot louter bestuursrechtelijke handhaving over te gaan. In de evaluatie zijn hier vijf redenen voor gegeven: gesloten normen vragen ook interpretatie, het duale stelsel draagt niet bij aan de doelmatigheid van de Consumentenautoriteit, ondernemingen ervaren een ongelijke behandeling aangezien de bestuursrechtelijke handhaving als ingrijpender wordt ervaren, de bestuursrechtelijke weg heeft een hoger punitief karakter en er is geen verschil in uitleg van het consumentenrecht door de civiele rechter en de bestuursrechter of de Consumentenautoriteit.[89]

Binnen het bestuursrechtelijke traject zouden voldoende waarborgen zijn ingebouwd om open normen op gedegen wijze uit te leggen.[90] Problemen hoeven zich dan ook niet voor te doen, aldus de Minister.

Gezien het marginale gebruik van de privaatrechtelijke weg is de afschaffing van de handhaving via deze weg te begrijpen. De stelling dat er voldoende

87 *Kamerstukken II* 2011/12, 33070, Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming, nr.1, p. 9.

88 De civielrechtelijke handhaving van een open norm via artikel 3:305d BW kan slechts een bevel tot staking van de overtreding opleveren. Er kan geen boete worden opgelegd en evenmin kan schadevergoeding worden gevorderd. *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 14, p. 2.

89 *Kamerstukken II* 2011/12, 33070, Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming, nr. 1, p. 9.

90 *Kamerstukken II* 2011/12, 33070, Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming, nr. 1, p. 8-9. Uit het onderzoek van Pro Facto van maart 2010 dat ten grondslag ligt aan de evaluatie volgt dat de Consumentautoriteit zelf voldoende kennis in huis heeft om binnen het bestuursrechtelijke traject meer open privaatrechtelijke regels uit te leggen, daarnaast zit er een hoogleraar privaatrecht in de BAC en de bestuursrechter stelt in beroepszaken meervoudige kamers samen. Eventueel wordt een externe privaatrechtdeskundige aangetrokken door de rechtbank. (zie p. 51 van het onderzoek van Pro Facto). Overigens is de BAC met de totstandkoming van de ACM per 1 augustus 2014 opgeheven.

waarborgen zijn in het bestuursrechtelijke traject staat in het onderhavige hoofdstuk ter discussie.

4.4.3 Taken ACM

De belangrijkste taken en bevoegdheden van de ACM in relatie tot de Whc zijn: het optreden als verbindingsbureau en daarmee als partner in de samenwerking bij de aanpak van collectieve en grensoverschrijdende schendingen van communautair consumentenrecht (artikel 2.3 lid 1 Whc), het optreden als bevoegd gezag (toepassen handhaving en toezicht) ex artikel 3 onder c Verordening en het optreden als informatieloket.[91]

Het toezicht en de handhaving van het consumentenrecht zijn niet beperkt tot grensoverschrijdende consumentenkwesties. De bevoegdheden in de artikelen 2.2 en 2.4 Whc zijn zo geformuleerd dat zij ook zien op nationale aangelegenheden.[92] Dit, voor zover deze voorkomen in de bijlage bij de Whc op lijst a.

4.4.4 Handhavingsbevoegdheden ACM

De handhaving door de ACM geschiedt sinds 1 augustus 2014 alleen nog met bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen. In deze paragraaf zullen eerst de oude privaatrechtelijke handhavingsmiddelen en de enkele daarbij behorende besluiten worden besproken. Daarna komt het bestuursrechtelijke handhavingstraject aan de orde.

Aanvankelijk: Privaatrechtelijke handhaving
In paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Whc (oud) werd de bijzondere verzoekschriftprocedure bij het hof Den Haag ex artikel 3:305d BW genoemd als middel om overtredingen genoemd in de oude bijlage onder a bij de Whc te handhaven. Het hof Den Haag kon op verzoek van de ACM oordelen dat een inbreuk gestaakt diende te worden onder oplegging van een dwangsom. Naast deze bijzondere verzoekschriftprocedure kon de ACM nog gebruik maken van de 'gewone' collectieve actie ex artikel 3:305b jo. 3:305a BW. Het betrof een dagvaardingsprocedure. Het voordeel hiervan was dat er zowel een gebod, een verbod als een verklaring voor recht gevraagd kon worden. Een nadeel was echter dat deze procedure al gauw een jaar of meer in beslag kon nemen.[93] Dit verklaarde de introductie van de verzoekschriftprocedure ex artikel 3:305d BW. Verordening 2006/2004 eist het 'onverwijld beëindigen of verbieden'

91 Zie onder meer artikel 6.1 Whc.
92 Heldeweg & Rijken 2011, p. 583.
93 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 33-34.

van intracommunautaire inbreuken door bevoegde autoriteiten (artikel 8, eerste lid, van de verordening).[94] Een verzoekschriftprocedure zou binnen een redelijke termijn beëindigd moeten kunnen worden, aldus de Memorie van Toelichting.[95] In beide gevallen, zowel bij toepassing van artikel 3:305b als van 3:305d BW, moest het gaan om collectieve belangen en bestond er geen bevoegdheid tot handhaving in individuele gevallen.

Via artikel 6:240 en 6:241 BW kon de ACM bij het hof Den Haag een verzoek indienen tot abstracte toetsing van algemene voorwaarden. Getoetst werd dan of algemene voorwaarden onredelijk bezwarend waren. De artikelen 6:233 onder a, 6:236 en 6:237 BW waren van overeenkomstige toepassing. Het betrof hier eveneens een dagvaardingsprocedure.

Ten slotte was de ACM op grond van artikel 2.6 Whc bevoegd mee te werken aan de totstandkoming van vaststellingsovereenkomsten inzake massaschade. De rechter kon deze vaststellingsovereenkomst algemeen verbindend verklaren.

Tot de afschaffing van het duale stelsel waren er slechts enkele procedures gevoerd op grond van artikel 3:305d BW. Deze zaken betroffen allen de naleving van artikel 7:512, eerste lid, BW (de verplichting voor een reisorganisatie om garant te staan voor reissom). Het hof Den Haag heeft in alle gevallen een dwangsom opgelegd voor iedere dag dat een reisorganisator artikel 7:512 BW lid 1 BW overtreedt. Eveneens diende op de website een tekst te worden geplaatst met als titel

> 'Hof 's-Gravenhage beveelt [naam] maatregelen te treffen ter bescherming van de reiziger ingeval van financieel onvermogen van [naam]'.[96]

Van artikel 3:305d BW is door de ACM weinig tot geen gebruik gemaakt. Mede daarom zal in paragraaf 4.5 alleen aandacht aan de bestuursrechtelijke handhaving van de privaatrechtelijk geaarde regels worden gegeven.

Bestuursrechtelijke handhaving

De bepalingen in de bijlage onder b van de Whc worden bestuursrechtelijk gehandhaafd. De regels omtrent de bestuursrechtelijke handhaving zijn te vinden in paragraaf 3 van hoofdstuk 3 van de Whc. Artikel 2.8 Whc bepaalt dat de ACM bindende aanwijzingen kan geven tot naleving van de Whc. Als

94 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 33.

95 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 33.

96 Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.041.098/01 (*Cimarron Buitensport*). Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.043.252/01 (*Hubbeling*). Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.043.105/01 (*Jero Reizen*). Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.043.242/01 (*Club Travel*). Hof Den Haag 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0024 (*Byblos*). Hof Den Haag 7 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK4880 (Gold Travel). Hof Den Haag, 19 januari 2009, zaaknummer 200.041.059/01 (*Akwaaba Tours*). Hof Den Haag 23 maart 2010 zaaknummer 200.043.11/01 (*Opvakantie B.V.*).

dergelijke aanwijzingen niet worden opgevolgd dan heeft de ACM de bevoegdheid om een bestuurlijke dwangsom en/of boete op te leggen.[97] Een bestuurlijke boete of dwangsom kan ook worden opgelegd bij overtredingen (ex artikel 2.9 Whc). Consumentenorganisaties kunnen op grond van artikel 7.2 Whc bij voornoemde procedures worden aangemerkt als belanghebbenden. De ontvankelijkheid van deze consumentenorganisaties hoeft hierdoor niet te worden getoetst aan artikel 1:2 lid 3 Awb.

Tegen besluiten van de ACM kan in bezwaar worden gegaan. In de bezwaarfase bracht de Bezwaaradviescommissie (BAC), tot 1 augustus 2014, een advies uit aan de ACM.[98] Na de bezwaarfase staat nog beroep open bij de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).[99]

De boetes uit artikel 2.9 Whc kennen per 1 juli 2016 een maximum van € 900.000 of als dat meer is een boete ter hoogte van 1% van de omzet van de overtreder (artikel 2.15 Whc).[100] Dit is een aanzienlijke verhoging ten opzichte van het maximumbedrag aan boetes die de Consumentenautoriteit eerder mocht opleggen voor overtredingen van de Whc (€ 75.000). Overtredingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken kenden overigens wel een hoog boetemaximum. De boetes voor overtredingen van de Whc en de Wet oneerlijke handelspraktijken zijn nu geüniformeerd. Deze verhoging dient om het afschrikwekkende effect van de boetes te vergroten.

De dwangsommen hebben tot doel de overtreding te doen staken. De bestuursrechtelijke handhaving heeft naast een punitief karakter dus ook een reparatoir karakter. Dit wordt gezien als het voordeel van bestuursrechtelijke handhaving ten opzichte van privaatrechtelijke handhaving, waar de nadruk meer op het reparatoire karakter ligt.[101]

Een speciale bevoegdheid die aan de ACM is gegeven, en door overtreders ook als zeer pijnlijk wordt ervaren, is de mogelijkheid tot openbaarmaking van een beschikking omtrent het opleggen van een dwangsom of bestuurlijke boete.[102] De mogelijkheid van reputatieschade werkt afschrikwekkend.

---

97 Zie ook par 2.3.3.

98 Tot 1 augustus 2014 was op vrijwillige basis een BAC ingesteld. Zie hiervoor onder meer het Besluit tot instelling Adviescommissie bezwaarschriften Consumentenautoriteit, geldend tot 1 april 2013, *Stcrt*. 2007, nr. 224 en Besluit instelling Adviescommissie bezwaarschriften ACM, geldend van 1 april 2013 tot en met 1 augustus 2014, *Stcrt*. 2013, nr. 9714.

99 Zie voor bespreking handhavingsmiddelen bestuursrecht par. 2.3.3.

100 Overtredingen tot 1 juli 2016 konden ten hoogste een boete van€450.000 opgelegd krijgen.

101 M.J. Schol, e.d., *Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming*, Groningen: Pro Facto, maart 2010, p. 49.

102 Artikel 2.23 Whc.

4.4.5 Spanningsveld taken ACM

In de vorige eeuw is, mede onder invloed van de Europese Unie, de liberalisering, privatisering en deregulering van verschillende markten in gang gezet. Het doel hiervan was en is nog steeds het creëren en behouden van voldoende concurrentie, oftewel volledige en effectieve mededinging. Zoals reeds in paragraaf 4.2.2 is opgemerkt, hangen consumentenbescherming en het Europese mededingingsrecht nauw samen. De consument is degene die moet profiteren van de perfecte mededinging. Het welzijn van de consumenten wordt verbeterd door het creëren van een interne markt. En een consument met vertrouwen in de markt bevordert de economische groei en de werkgelegenheid.[103] Het privaatrecht zou echter tekortschieten en niet het hoofd kunnen bieden aan inbreuken op het consumentenrecht met een collectief karakter. Deze collectieve inbreuken, zoals bijvoorbeeld algemene voorwaarden die in strijd zijn met wettelijke bepalingen, agressieve incassopraktijken en onjuiste informatie over garanties, worden niet of onvoldoende opgelost in de individuele betrekkingen tussen aanbieder en consument en hebben een ontregelende werking op de markt omdat de consument niet juist wordt geïnformeerd en geen efficiënte keuzes kan maken.[104] Het vertrouwen van consumenten in de markt dient belangen die het individuele belang van een consument in relatie tot een individuele ondernemer overstijgen. Publiekrechtelijke handhaving zal, aldus de Memorie van Toelichting, een disciplinerende werking hebben op het gedrag van malafide aanbieders.[105] Op de website Consuwijzer.nl, de site waar consumenten klachten kunnen indienen over aanbieders, wordt de ACM omschreven als:

> 'een toezichthouder die zich sterk maakt voor consumenten en bedrijven. Dit doet zij onder andere door in actie te komen tegen bedrijven die zich niet aan de regels houden. Bijvoorbeeld door het opleggen van een boete. En door consumenten voor te lichten over hun rechten via ConsuWijzer.'[106]

De ACM heeft een duidelijke taak, waarin haar bestaansrecht te vinden is. Om deze taak uit te voeren is aan de ACM een aantal bevoegdheden toegekend, onder andere het opleggen van boetes en lasten onder dwangsom (artikel 2.9 en 2.23 Whc).

De bestuursrechtelijke boete is een belangrijke sanctie die toezichthouders, hier de ACM, op gereguleerde markten gebruiken. De opkomst van de bestuurlijke boete laat zich verklaren doordat de gehanteerde vorm van handhaving

103 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 3.
104 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 2.
105 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 3.
106 Zie consuwijzer.nl. onder de link 'over ons'.

van economisch bestuursrecht, het strafrecht, tekort bleek te schieten.[107] Ook in het kader van het consumentenrecht wordt, vanwege de disciplinerende werking, de publiekrechtelijke handhaving gezien als ondersteuning van het civiele stelsel.[108]

Bij het gebruik van bestuursrechtelijke boetes door toezichthouders zijn kanttekeningen te plaatsen. Deze kanttekeningen zien met name op de rechtsbescherming van de marktpartijen. In het strafrecht straft een onafhankelijke rechter na een strafvervolgingsprocedure. Deze procedure is omgeven met waarborgen. In het bestuursrecht legt het bestuur zelf een boete op. Een marktautoriteit komt daardoor in een spagaat te verkeren wanneer normstelling, handhaving, sanctioneren en soms zelfs geschilbeslechting in één hand samen komen.[109] Hierbij kan de vraag gesteld worden welke gevolgen de aanwezigheid van de marktautoriteit heeft voor de mogelijkheden van marktpartijen, ondernemingen en consumenten om hun eigen privaatrechtelijke positie te handhaven.[110] De verhouding tussen marktautoriteiten en de spelers op de markt is in die zin dan ook delicaat te noemen.[111] Aan de ene kant moeten autoriteiten afstand bewaren tot de op markt actief zijnde partijen, de ondernemers en de consumenten. In de Memorie van Toelichting op de Whc wordt hierover opgemerkt dat het de grote vraag is wanneer optreden geboden is, aangezien een terughoudende opstelling van de overheid bij vrije marktprocessen geboden is.[112] In beginsel dienen marktpartijen, consumenten en ondernemers er zelf uit te komen.[113] Pas als onwenselijk gedrag van ondernemingen niet meer gecorrigeerd kan worden en de markt dit ook niet kan via bijvoorbeeld consumentenorganisaties, bedrijven of zelfregulering ligt optreden tegen collectieve inbreuken voor de hand.[114] Daarnaast dient de toezichthouder onpartijdig te zijn en onafhankelijk overtredingen te beoordelen en eventueel te beboeten. Aan de andere kant moet de toezichthouder, ten behoeve van de legaliteit,[115] de aan haar opgedragen taken uitvoeren en hierover publieke verantwoording afleggen. Een toezichthouder dient aan verschillende wensen tegemoet te komen. Als marktfalen wordt geconstateerd doet de toezichthouder zijn werk niet naar behoren, maar als er geen problemen

107 A.P.W. Duijkersloot, *Toezicht op gereguleerde markten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2007, p. 75. Zie ook C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002, p. 3 en p. 54 e.v.

108 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 3. Zie ook R.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

109 J.F. de Groot & R.R. Crince Le Roy, 'De spagaat van de marktautoriteit. Naar een centralisering van de sanctiebevoegdheid?, in: F.B. Falkena, M.E. Koppenol-LaForce & A.T. Ottow, *Markten onder toezicht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 35.

110 De Groot & Crince Le Roy 2004, p. 64.

111 De Groot & Crince Le Roy 2004, p. 79.

112 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 25.

113 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 25.

114 *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 25.

115 Visie Markttoezichthoudersberaad, '*Criteria voor goed toezicht*', 11 februari 2014.

zijn op de markt dan is een toezichthouder in de ogen van de publieke opinie al gauw een kostbare (overbodige) aangelegenheid.[116]

Een toezichthouder, in casu de ACM, zal op zoek gaan naar de grenzen van zijn bevoegdheden om zijn taak, het beschermen van de consument en het bevorderen van de interne markt, zo goed mogelijk te verrichten. De wetgever erkent dat er een spanningsveld bestaat tussen het aan de ene kant voldoende opkomen voor de belangen van de consument en aan de andere kant het bewaren van afstand tot de marktpartijen om zo de onafhankelijkheid als toezichthouder te bewaren.[117] De functiescheiding van de organisatie van de toezichthouders door middel van zogenaamde '*Chinese walls*' dient het gevaar van vervlechting tussen onafhankelijkheid en het voldoende opkomen voor de belangen van consumenten te voorkomen.[118] Binnen de organisatie moet de oplegging van de bestuurlijke boete worden gescheiden van het toezicht en onderzoek naar de overtreding.[119] Dit beginsel is ook vastgelegd in artikel 10:3 Awb.

Daarnaast wordt betoogd dat de rechtsbescherming wordt gewaarborgd door de bestuursrechter en het CBb in beroep respectievelijk hoger beroep.[120] De proceduregang bij de ACM kent immers de mogelijkheid van bezwaar, beroep en hoger beroep. In de literatuur wordt de vraag gesteld hoe indringend een bestuursrechter besluiten van een toezichthoudende autoriteit toetst.[121] In het bestuursrecht geldt over het algemeen dat de intensiteit van de rechterlijke toetsing afhangt van de aard en de omvang van de beslissingsruimte die de wet aan het bestuur laat. Als het bestuursorgaan veel beleidsvrijheid heeft dan zal de bestuursrechter terughoudend toetsen. Met name bij vage normen is niet altijd duidelijk of, in de visie van de wetgever, van beoordelingsvrijheid (marginale toetsing) of van beoordelingsruimte (volle toetsing) sprake dient te zijn. De reikwijdte van de toetsing wordt dan pas duidelijk in de rechtspraak. Aan de ACM komt, aldus de bestuursrechter, geen beoordelingsvrijheid toe bij de toetsing van gedragingen aan de Wet oneerlijke handelspraktijken.[122] In de onderstaande casestudy zal onder meer geanaly-

116 H.B. Winter, 'Regulatory Enforcement in the Netherlands: Struggling with Independence', in: S. Comtois & K.J. de Graaf (red.), *On Judicial and Quasi-Judicial Independence,* Den Haag: BJu 2013, p. 158.

117 *Kamerstukken II* 2005/06, 27831, nr. 15, Kaderstellende visie 'Minder last, meer effect, zes principes van goed toezicht, p. 23. Zie ook Winter 2013, p. 158.

118 Duijkersloot 2007, p. 75.

119 Zie ook Albers 2002, p. 33 e.v. en H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005, p. 182-183.

120 Duijkersloot 2007, p. 97.

121 Duijkersloot 2007, p. 97-98.

122 Zie onder meer Rb. Rotterdam, 6 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2013, *JOR* 2009/233, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol, r.o. 2.3; Rb. Rotterdam, 8 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8617. Zie ook C.M.D.S. Pavillon, 'Legaliteit en evenredigheid van de sancties op de schending van de open normen uit de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2013/2, p. 64.

seerd worden in hoeverre de achtergrond en visie van de ACM al dan niet strijdt met het civiele recht en waarom bestuursrechtelijke handhaving meer geschikt zou zijn dan privaatrechtelijke handhaving. Bij deze analyse en problematisering wordt de uitleg en toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders vergeleken met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter, wordt de aansluiting van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke middelen op elkaar beschouwd en wordt, waar mogelijk, bezien hoe de aansluiting verbeterd kan worden.

4.4.6 Conclusie

Het toezicht op het consumentenrecht heeft in zijn korte bestaan al een onstuimige ontwikkeling doorgemaakt. De Consumentenautoriteit is inmiddels vervangen door de ACM. Eveneens is het duale handhavingsstelsel afgeschaft. Met de afschaffing is tegemoet gekomen aan de evaluatie en aan de kritiek vanuit de literatuur en de praktijk.[123] Kennis van het duale stelsel is, gezien de ontstaansgeschiedenis van het toezicht door de ACM, noodzakelijk om te zien hoe de ACM omgaat met privaatrecht. Het verklaart bovendien waarom tot de afschaffing van het duale stelsel bepaalde normen privaatrechtelijk zijn gehandhaafd.

De uitvoering van Verordening 2006/2004, die de aanleiding is geweest tot oprichting van de Consumentenautoriteit, heeft geresulteerd in een breder kader van handhavingsregels van het consumentenrecht. Op grond van de Whc wordt immers ook tegen nationale overtredingen handhavend opgetreden.

Aandacht is verder besteed aan het spanningsveld van waaruit de ACM opereert.[124] Aan de ene kant heeft de ACM een sturende functie, namelijk het bevorderen van de interne markt en de bescherming van consumenten. Over deze aan haar opgedragen taak dient de ACM verantwoording af te leggen. Aan de andere kant zal de ACM afstand moeten bewaren tot de marktpartijen (ondernemers en consumenten), omdat zij als toezichthouder onpartijdig overtredingen dient te beoordelen en zo nodig te bestraffen.

4.5 ACM ALS HANDHAVER VAN CONSUMENTENRECHT EN CONTRACTENRECHT

4.5.1 Inleiding

In deze paragraaf zal aan de hand van uitspraken van de ACM nagegaan worden hoe de ACM privaatrechtelijk geaarde regels toepast. In de precontractuele fase spelen met name de informatieplichten een rol (paragraaf 4.5.2).

123 Zie bijv. Nimwegen 2010, p. 54-59.
124 Zie par. 4.4.5.

De Wet oneerlijke handelspraktijken is interessant vanwege de open normen die daarin zijn opgenomen. Uitspraken met betrekking tot de Wet oneerlijke handelspraktijken zullen in de aansluitende paragraaf worden besproken (paragraaf 4.5.3).

4.5.2 Precontractuele informatieplichten

Voordat een overeenkomst gesloten wordt heeft een wederpartij een aantal verplichtingen ten opzichte van de consument. De wederpartij heeft de plicht om de consument bepaalde informatie te verschaffen omtrent het aan te kopen goed of de te verlenen dienst. Gedacht kan worden aan de mededelingsplicht die we onder meer kennen uit de dwalings- en non-conformiteitsleerstukken.[125] Er zijn echter ook informatieplichten die van een professionele wederpartij verlangen dat hij aan een consument informatie verschaft die ziet op de basale aspecten van de overeenkomst. Voorbeelden zijn het noemen van de prijs, de bijkomende kosten, het geven van informatie omtrent de identiteit van de wederpartij, de bedenktijd, etc. Dit type informatie wordt door Hijma ook wel 'basale informatie' genoemd.[126] Het betreft hier informatieplichten afkomstig uit Europese Verordeningen die rechtstreeks toepasbaar zijn en Europese richtlijnen die op specifieke terreinen van het recht zien en zijn omgezet in het BW.[127] Hierbij kan worden gedacht aan de overeenkomsten op afstand (6:230m BW e.v.),[128] elektronische handel (artikel 3:15d en 6:227b

125 Zie hierover o.a. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, par 2.1.2.

126 Asser/Hijma 2013 7-1*, nr. 89c.

127 Er zijn ook informatieplichten te vinden in het meer algemene Draft Common Frame of Reference (DCFR, zie artikelen II.-3:101-109) en het voorgestelde Common European Sales Law (CESL, zie artikelen 13-19).

128 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, *Pb*EU L 304. De richtlijn vervangt Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten *Pb*EG L 144 en Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *Pb*EG L 372.

BW),[129] oneerlijke contractbedingen (artikel 6:234)[130] en colportage[131] (artikel 6:230t jo. 6:230m BW en 6:230u BW).[132]

De gevolgen van het niet-naleven van de informatieplichten uit de artikelen 3:15d BW, 6:227b BW en 6:230m e.v. BW liggen met name in de terugtredingsbevoegdheid van de consument. Zolang deze gegevens niet verstrekt zijn, kan de consument zich onttrekken aan zijn verplichtingen of wordt de periode om terug te treden verlengd.[133] Met betrekking tot de oneerlijke contractbedingen in de algemene voorwaarden kunnen consumenten zich beroepen op de vernietigbaarheid van de bedingen (6:233 BW).

Bestuursrechtelijk wordt door de ACM toegezien op een aantal van deze informatieplichten. Overtredingen van informatieplichten uit vier regelingen worden het vaakst door de ACM beboet. Het betreft artikel 3:15d BW (elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer), artikel 6:227b BW (overeenkomsten via elektronische weg), artikel 6:230m e.v. BW (koop op afstand) en artikel 23 Luchtvaart Verordening.[134] Hieronder zullen de meest door de ACM beboete informatieplichten worden besproken.

4.5.2.1 Artikel 3:15d BW

Een dienstverlener die tegen een vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op verzoek van de afnemer van de dienst, een dienst verricht, dient de in artikel 3:15d lid 1 sub a tot en met f BW genoemde gegevens te verstrekken aan de afnemer. Het betreft hier het verstrekken van gegevens omtrent de identiteit, gegevens die snel contact mogelijk maken, het KvK-nummer en

129 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *Pb*EG L 178.

130 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb*EU L 95 gewijzigd bij Besluit 2002/995/EG, *Pb*EG L 353.

131 Met betrekking tot colportage is er slechts een uitspraak onder het oude recht te vinden: Sanctiebesluit 23 april 2008 inzake UPC, CA/NCB/17 en Rb. Rotterdam 26 april 2010, ECLI:NL:RBROT:BM3076 (beroep). Het oogmerk van de colportage gespreken is niet meegedeeld. Hiervoor is door de Consumentenautoriteit een boete opgelegd van €45.000.

132 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, *Pb*EU L 304. De richtlijn vervangt Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten *Pb*EG L 144 en Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *Pb*EG L 372.

133 Zie bijv. artikel 6:227b, vierde lid, BW en 6:230o BW (7:46d oud BW). L.B.A. Tigelaar, 'Sancties en doelstellingen van Europese informatieplichten', *NTBR* 2015/31, p. 206-213.

134 Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap, *Pb L* 293/3.

het BTW-nummer. De handhaving van dit artikel dient de consument zelf via privaatrechtelijke weg af te dwingen (art. 3:296 BW).[135]

In de Memorie van Toelichting op artikel 3:15d BW staat dat de gegevens die in artikel 3:15d BW worden genoemd gemakkelijk en rechtstreeks toegankelijk zijn als deze gegevens en hun vindplaats op een voor gebruikers duidelijke en herkenbare wijze worden gepresenteerd.[136] Het vermelden van de identiteit in de algemene voorwaarden is, zoals blijkt uit de hier te bespreken besluiten, niet voldoende.

De ratio van het artikel, in samenhang met artikel 6:227b lid 1 onder c en artikel 6:227c lid 1 BW, is zoals volgt uit wetsgeschiedenis,[137] de bescherming van de consument tegen ongewilde bedieningshandelingen en de verantwoordelijkheid voor het zo inrichten van de website dat die onbedoelde handelingen traceerbaar en herstelbaar zijn.[138] Artikel 3:15d BW dient ter bescherming van de consument, die zich er bewust van moet zijn dat zijn werkelijke wil in overeenstemming is met de elektronische verklaring, artikel 3:15d BW legt dan ook verplichtingen op aan de verkoper. De verkoper dient namelijk de website, die voorziet in het over en weer uitspreken van de wilsverklaring, zodanig in te richten dat fouten snel kunnen worden hersteld en getraceerd.[139]

In deze paragraaf zullen de besluiten van de ACM met betrekking tot artikel 3:15d BW in chronologische volgorde worden besproken en voor zover nodig van commentaar worden voorzien.

(1) Sana Direct

Casus. Bij Sana Direct, een postorderbedrijf in reform- en dieetvoeding, cosmetica, natuurgeneesmiddelen, kruiden en andere voedingssupplementen, constateren toezichthouders overtredingen van artikel 3:15d lid 1 sub a (vestigingsadres), f (geen BTW-identificatienummer) en lid 2 BW (vermelding van inbegrepen belastingen).[140]

Het niet vermelden van een vestigingsadres is een bewuste keuze van Sana Direct. Sana Direct heeft geen kantoor in Nederland en evenmin werknemers. Het bedrijf wordt aangestuurd vanuit Zweden en leveringen vinden plaats vanuit België. Het kantoor in Nederland is slechts voor de accountant en de administratie. Sana Direct voert aan dat in haar algemene voorwaarden een vestigingsadres in Houten zal worden aangegeven. Sana Direct stelt dat de vermelde prijzen inclusief BTW zijn. Dit is inderdaad niet aangegeven, maar de consumenten zijn niet benadeeld.

135 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 8.
136 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 37-38.
137 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 58.
138 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368, r.o. 4.11.
139 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368, r.o. 4.11
140 Sanctiebesluit 5 november 2007 inzake Sana Direct, CA/NB/35/76. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.2, nr. 1.

Door toezichthouders is geconstateerd dat op de website waarop het product Glucosamine wordt aangeboden geen BTW-identificatienummer wordt vermeld.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat met het opnemen van het vestigingsadres in de algemene voorwaarden een einde is gekomen aan de overtreding van artikel 3:15d lid sub a BW. Met betrekking tot het niet vermelden van het feit of prijzen inclusief of exclusief BTW zijn overweegt de Consumentenautoriteit dat de overtreding ernstiger zou zijn als prijzen zouden worden getoond exclusief belastingen. Consumenten zijn nu niet gedupeerd. Dit neemt niet weg dat er sprake is van een overtreding. Sana Direct heeft aangevoerd dat haar algemene voorwaarden zullen worden aangepast door hierin aan te geven dat alle prijzen inclusief belastingen zijn. Hiermee komt een einde aan de overtreding.

Gezien de specifieke omstandigheden, waaronder het feit dat de overtredingen op grond van artikel 3:15d lid 1 sub a en lid 2 BW zijn beëindigd, worden geen maatregelen opgelegd ten aanzien van deze overtredingen. Voor de overtreding van het niet vermelden van het BTW-identificatienummer wordt een last onder dwangsom opgelegd van € 500 per dag met een maximum van € 50.000 voor elke dag dat de overtreding niet wordt beëindigd.

Het besluit blijft na de bezwaarfase, ongewijzigd, in stand op het punt van artikel 3:15d BW.

Commentaar. Het is opmerkelijk dat de Consumentenautoriteit oordeelt dat het opnemen van het adres in de algemene voorwaarden voldoende is. In de besluiten rondom de doorverkoopsites van (concert)kaarten blijkt dit onvoldoende te zijn.[141] Bij de overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW (vermelding van inbegrepen belasting) kijkt de Consumentenautoriteit naar de belangen van consumenten in de zin dat de consumenten geen schade hebben geleden omdat de prijzen die vermeld werden inclusief belasting waren. Er is wel een overtreding, maar omdat de consumenten geen nadeel hebben ondervonden wordt geen boete opgelegd. Dit lijkt mij een voorbeeld van een geval waarin de achtergrond van de Consumentenautoriteit als hoeder van de consumentenbelangen tot uitdrukking komt. De belangen van de consumenten zijn niet geschaad, waardoor een boete achterwege kan blijven.

(2) Postgarant

Casus. Postgarant is een postorderbedrijf in voedingssupplementen voor honden, afslankproducten, erotische producten en tandverzorgingsproducten. De Consumentenautoriteit constateert dat Postgarant haar identiteit en adres van vestiging (artikel 3:15d lid 1 sub a BW) noch haar contactgegevens en BTW-identificatienummer (artikel 3:15d lid 1 sub b en f BW) heeft vermeld op de website.

141 Zie par. 4.5.2.1, nr. 6.

Evenmin is vermeld of belastingen bij de prijzen zijn inbegrepen (artikel 3:15d lid 2 BW).[142]

Het noemen van het e-mailadres, een postadres en een verwijzing naar een KvK-nummer zoals in een aantal gevallen op vervolgpagina's is gebeurd, is onvoldoende, aldus de Consumentenautoriteit. De vermelding van het KvK-nummer betekent geen gemakkelijke, rechtstreekse en permanente toegang tot informatie. Daarnaast is het vermelden van het KvK-nummer een aparte verplichting onder artikel 3:15d lid 1 sub c BW.[143]

Het noemen van slechts de handelsnaam, zoals Postgarant in sommige gevallen in e-mails wel doet, is eveneens onvoldoende om de identiteit vast te stellen. Een handelsnaam hoeft namelijk niet geregistreerd te worden. Evenmin is het noemen van een e-mailadres voldoende. Artikel 3:15d lid 1 sub b BW spreekt van snelle communicatie met inbegrip van een elektronisch postadres. Het noemen van een e-mailadres is dus onvoldoende. Het verstrekken van deze gegevens per brief, zoals PostGarant stelt te doen, is onvoldoende omdat artikel 3:15d lid 1 sub b BW bepaalt dat de informatie permanent toegankelijk moet zijn.

In het kader van de verplichting om te vermelden of prijzen inclusief of exclusief BTW zijn, merkt PostGarant tijdens de hoorzitting op dat het nut van deze bepaling haar ontgaat. PostGarant vermeldt louter prijzen inclusief BTW.

Besluit. Voor het niet vermelden van de identiteit, het vestigingsadres, de contactgegevens en het bezoekadres van vestiging wordt een boete van € 30.000 per overtreding opgelegd. Tevens wordt er een dwangsom opgelegd van € 250 per dag, met een maximum van € 25.000 ter voorkoming van herhaling van de overtredingen. De Consumentenautoriteit legt met betrekking tot de overtredingen van artikel 3:15d lid 1 sub f, BW (niet vermelden BTW-nummer) en artikel 3:15d lid 2 BW (de inbegrepen belastingen bij de prijzen niet vermelden), geen boete op. De redenen hiervoor zijn dat de consumenten geen schade hebben geleden en ook dat PostGarant heeft toegezegd dit te zullen wijzigen.

Bezwaar. In bezwaar adviseert de Bezwaar Adviescommissie (BAC) de Consumentenautoriteit dat een handelsnaam wel voldoende kan zijn om de identiteit kenbaar te maken, mits daarbij ook de juiste adresgegevens worden vermeld.[144] De Consumentenautoriteit neemt dit punt niet over. PostGarant hanteert, aldus de Consumentenautoriteit, verschillende handelsnamen. Het vermelden van een enkele handelsnaam is onvoldoende om de identiteit te achterhalen.

Op advies van de BAC dient de Consumentenautoriteit nader te motiveren waarom de vermelding van een telefoonnummer of faxnummer noodzakelijk is. Dit wordt niet expliciet genoemd in de wet. De wet verlangt gegevens die een snel contact mogelijk maken. De Consumentenautoriteit motiveert zijn

142 Sanctiebesluit 23 januari 2008 inzake PostGarant, CA/NC/2/67. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.2, nr. 2.

143 Zie overweging 61. Hier wordt HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7608 aangehaald.

144 Zie 5.4 advies BAC.

standpunt nader met de onderbouwing dat de reguliere post geen snelle communicatie is en eveneens verwijst de Consumentenautoriteit naar artikel 27 van Richtlijn 2006/123/EG waarin aan lidstaten wordt opgedragen om ervoor te zorgen dat dienstverrichters adresgegevens verstrekken met inbegrip van postadres, faxnummer of e-mailadres en een telefoonnummer.

Beroep. De rechtbank oordeelt dat het noemen van de handelsnaam onvoldoende is, evenals het slechts noemen van het KvK-nummer.[145] Toegang tot het register van de KvK is niet gemakkelijk, rechtstreeks en permanent. Evenmin is het vermelden van de handelsnaam voldoende. De rechtbank halveert de boete van €30.000 tot €15.000 met als onderbouwing dat PostGarant wel enige gegevens heeft verstrekt waarmee haar identiteit kon worden achterhaald. Voorts is er geen verplichting om naast een postadres en elektronisch adres ook nog een telefoon- en/of faxnummer te vermelden. De post kan worden aangemerkt als een snelle, rechtstreekse en effectieve communicatievorm. Een telefoon- en/of faxnummer is dan niet vereist.

Hoger beroep. Het CBb bevestigt dat de vermelding van de handelsnaam en het KvK nummer onvoldoende is.[146] Daarnaast dient het e-mail adres afzonderlijk van de andere gegevens te worden vermeld. De verlaging van de boete wordt door het CBb weer ongedaan gemaakt omdat het CBb van oordeel is dat het een stelselmatige overtreding betreft.[147] Daarom heeft de Consumentenautoriteit terecht een boete van €30.000 opgelegd.

Commentaar. De rechtbank, net als overigens de BAC, kijkt meer dan de ACM naar het doel van de regeling, namelijk of het mogelijk is om de identiteit van de onderneming te achterhalen. Het CBb betrekt in zijn oordeel vooral het stelselmatige karakter van de overtreding.

(3) Wizz Mobile

Casus. Wizz Mobile[148] maakt via banners op websites reclame voor ringtones. Wizz Mobile richt zich vooral op jongeren. De klachten over Wizz Mobile bestaan onder meer uit het feit dat consumenten ongewild een abonnement afsluiten, terwijl zij in de veronderstelling verkeren dat zij niet meer doen dan een gratis ringtone bestellen. De vraag is of Wizz Mobile voldoet aan de informatieplichten uit artikel 3:15d lid 1 sub a, b, c en f en lid 2 BW.

Besluit. Op de website wordt slechts de naam Mobqo vermeld. In de link 'Specifieke voorwaarden' wordt Wizz Mobile wel vermeld. Wat de relatie tussen deze twee is wordt echter niet duidelijk. Contactgegevens (sub b), KvK-nummer

145 Rb. Rotterdam 25 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL6368.
146 CBb 4 april 2012, ECLI:NL:CBb:2013:BZ7807.
147 CBb 4 april 2013, ECLI:NL:CBb:2013:BZ7807.
148 Sanctiebesluit 7 augustus 2008 inzake Wizz Mobile Interactive B.V., CA/NB/64/69. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 2.

(sub c) noch een BTW-nummer (sub f) worden op de website vermeld. Daarnaast is de prijs voor het abonnement onduidelijk, immers consumenten beseffen niet dat ze een abonnement afsluiten, en verder is op de website niet aangegeven of de prijs van de dienst inclusief BTW en/of verzendkosten is. Dit is in strijd met het tweede lid van artikel 3:15d BW. De Consumentenautoriteit legt een boete op van € 9.500. Deze boete ziet niet op overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub c en f, BW omdat de schade voor de consumenten zeer beperkt is.

Commentaar. In dit besluit wordt geen boete opgelegd voor het niet vermelden van het KvK- en BTW-nummer omdat de schade beperkt is voor consumenten.[149]

(4) OX-2 International (Realtonekado.nl)

Casus. Realtonekado.nl, jijwint.nl en andere sites zijn domeinnamen van OX-2 International.[150] Op deze websites worden ringtones, wallpapers, quizzen en prijsvragen per sms aangeboden. Bezoekers dienen om een eerste gratis ringtone te krijgen hun MSN-gebruikersnaam en MSN-wachtwoord op te geven. Vervolgens stuurt OX-2 alle contactpersonen in de MSN-lijst een reclame e-mail. Hierbij lijkt het alsof deze reclame-berichten van een bekende afkomstig zijn en een cadeautje wordt aangeboden. De werkelijkheid is echter dat degene die een gratis ringtone wenst te krijgen of een prijs wil winnen, een betaald sms-abonnement dient af te sluiten.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt met betrekking tot de website realtonecadeau.nl dat OX-2 International artikel 3:15d lid 1 sub a, b, c en f BW heeft overtreden. Ten aanzien van de website jijwint.nl heeft OX-2 International niet voldaan aan artikel 3:15d lid 1 sub c en f BW. Wat betreft winps3.nl en iphonegame.nl is op 29 april 2008 niet voldaan aan 3:15d lid 1 sub a en aan artikel 3:15d lid 1 sub b BW (geen elektronisch postadres) en 3:15d lid 1 sub c en f, BW. Ten aanzien van artikel 3:15d lid 2 BW concludeert de Consumentenautoriteit dat onder de link 'voorwaarden' is opgenomen dat de gratis realtone alleen wordt verstrekt bij het aangaan van een abonnement waarvoor € 3 per ringtone moest worden betaald. Het betreft hier geen duidelijke en ondubbelzinnige wijze van weergeven. De Consumentenautoriteit legt een boete op van € 20.000 voor de overtredingen van artikel 3:15d lid 1 sub a en b en 3:15d lid 2 BW. Voor de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub c en f, BW wordt geen boete opgelegd.

149 Zie commentaar bij Sana Direct, par. 4.5.2.1, nr. 1.
150 Sanctiebesluit 5 december 2008 inzake Realtonekado.nl, CA/NCB/137/135.

(5) Smart Media Servies

Casus. Smart Media Services[151] biedt op de website skilled2win.com spelletjes aan waarmee de suggestie wordt gewekt dat er geldbedragen kunnen worden gewonnen. Om deze prijzen te winnen diende de consument een sms-abonnement af te sluiten. De deelname liep door totdat de consument zich had afgemeld. De vraag is of Smart Media Services artikel 3:15d lid 1 sub a (identiteit), b (snel contact), c (inschrijven KvK), en f (BTW-nummer), en lid 2 (prijs inclusief BTW), BW heeft overtreden.

Besluit. Op de website wordt niet voldaan aan de informatieverplichtingen zoals het vermelden van de identiteit en de adresgegevens. Ook ontbreekt duidelijke informatie over de aard van de spelletjes op de website en het woordspel. Daarnaast worden aan consumenten, zonder toestemming, betaalde sms-berichten toegezonden. De overtredingen zijn gestaakt op 26 november 2009 omdat de dienst toen niet meer beschikbaar was, waardoor de boete met 5% wordt verlaagd. Er wordt geen boete opgelegd voor het niet-vermelden van het KvK- en BTW-nummer gezien de beperkte schade. Voor de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a en b wordt een boete opgelegd van € 9.500.[152] Voor de overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW wordt een boete van € 38.000 opgelegd.[153]

Commentaar. In dit besluit legt de ACM, net als in het Sana Direct-besluit, geen boete op voor het niet vermelden van het KvK-nummer en het BTW nummer. Zoals reeds bij het commentaar op het Sana Direct-besluit is opgemerkt, is er een overtreding, maar omdat de consumenten geen nadeel hebben geleden wordt er geen boete opgelegd. Het niet opleggen van een boete voor een overtreding die consumenten niet heeft geschaad, acht ik doelmatig. De doelstelling van de regels wordt zo immers in het oog gehouden.

(6) Budgetticket B.V. etc.

Casus. Websites als Budgetticket.nl, Onlineticketshop.nl (beiden Budgetticket B.V.) Worldticketshop.nl (Worldticketshop B.V.),[154] 4alltickets.nl, tickets4events.nl (4allTickets B.V.),[155] Pepetickets.nl (PePe Trading B.V.),[156] Tickets nederland.nl (Leisure Tickets & Activities International B.V.),[157] Ticketloket.com

151 Sanctiebesluit 26 januari 2009 inzake Smart Media Services B.V., CA/NCB/220/71. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.3, nr. 4.
152 In deze boete zijn ook betrokken de overtredingen van artikel 7:46c lid 2 sub a juncto lid sub a en 7:46c lid 2 sub c BW.
153 In deze boete zijn ook betrokken de overtredingen van artikel 7:46c lid 1 sub b, c, e, f en i BW, artikel 7:46c lid 2 sub a juncto artikel 7:46c lid 1 sub b, c, e, f en i, BW.
154 Sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake Budgetticket e.a, CA/NB/550.
155 Sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake 4alltickets e.a, CA/NB/408.
156 Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake PePe Trading B.V., CA/NB/418/37.
157 Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake Leisure Tickets & Activities International B.V., CA/NB/421/61.

(Dutch Entertainment Services B.V.),[158] Ticketunlimited.nl (Ticket Unlimited B.V.)[159] en Kaartverkoop.nl[160] verkopen reeds verkochte kaartjes voor concerten en evenementen door aan andere consumenten.[161] Budgetticket, Worldticketshop en Ticketsnederland vermelden hun identiteit in de algemene voorwaarden. Onlinetickets en Budgetticket vermelden hun identiteit (ook) onder de link 'contact'. Worldticketshop, Tickets4events en Pepetickets vermelden hun adres, het KvK-nummer en het BTW-nummer onder links als 'informatie' of 'over Worldticketshop'.

Budgetticket.nl, Worldticketshop.nl, Ticketsnederland.nl, Ticketunlimited.nl, Tickets4events.nl, Dutch Entertainment Services noch Onlineticketshop vermeldt of de prijzen op de website inclusief of exclusief BTW zijn en of verzendkosten in rekening worden gebracht. Onderaan de pagina is een vermelding geplaatst dat prijzen exclusief eenmalige servicekosten zijn.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat de algemene voorwaarden geen duidelijke en herkenbare plaats zijn voor het noemen van de identiteit en dat vermelding van de identiteit in de algemene voorwaarden in strijd is met artikel 3:15d lid 1 sub a en lid 2 BW. Dit geldt ook voor het noemen van de identiteit onder de link 'contact' en het vermelden van het adres, het KvK-nummer en het BTW-nummer onder links als 'informatie'. In de verschillende besluiten omtrent de ticketdoorverkoop worden lasten onder dwangsom opgelegd. Budgettickets B.V. (budgetticket.nl en onlineticketshop), Ticket Unlimited B.V. (ticketunlimited.nl) en Dutch Entertainment Services (ticketloket.com) dienen in relatie tot de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a, BW de identiteit gemakkelijk, permanent en rechtstreeks toegankelijk te maken dan wel de website offline te stellen en offline te houden op verbeurte van een dwangsom van € 5.000 per overtreding per week tot een maximum van € 100.000. Tickets4events krijgt eenzelfde dwangsom opgelegd voor overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a, c en f, BW als de informatie niet beschikbaar komt op de website.

Kaartverkoop.nl en Ticketsnederland.nl dienen op de website de informatie als genoemd in de artikelen 3:15d lid 1 sub a en f BW rechtstreeks en permanent, gemakkelijk toegankelijk te maken op verbeurte van een dwangsom van € 1.000 per overtreding per week tot een maximum van € 20.000.

Pepetickets.nl dient op de website de informatie uit artikel 3:15d lid 1 sub a en f BW gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk te maken dan wel de website offline te stellen en te houden op verbeurte van een dwangsom van € 5.000 per overtreding per week tot een maximum van € 100.000.

Het niet aangeven of de prijzen in- of exclusief BTW zijn en of de verzendkosten in rekening gebracht worden is een overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW. Het feit dat onderaan de pagina staat dat er nog eenmalige servicekosten bijkomen, is onvoldoende, aldus de Consumentenautoriteit. Deze informatie

158 Sanctiebesluit 14 september 2011 inzake Dutch Entertainmentservices, CA/NB/689/54.
159 Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake Ticket Unlimited B.V., CA/NB/412/59.
160 Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake www.kaartverkoop.nl, CA/NB/425/46.
161 Sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake Budgetticket e.a, CA/NB/550 en sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake 4alltickets e.a., CA/NB/408.

is opgenomen in een groot tekstblok waar deze niet opvalt en de consument bij de meest gangbare schermresolutie moet scrollen om deze informatie te vinden. Hiermee wordt niet voldaan aan het vereiste dat bij prijsaanduidingen uitdrukkelijk wordt vermeld of de leveringskosten zijn inbegrepen. Voor de overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW (in samenhang met artikel 6:193d juncto 6:193e sub c BW hierna nog te bespreken) krijgen Budgetticket.nl, Ticket unlimited.nl, Ticket4events.nl, Pepetickets.nl, Dutch Entertainment Services de last opgelegd om uitdrukkelijk en op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze te vermelden of er leveringskosten zijn en of de BTW is inbegrepen, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000 per overtreding per week met een maximum van € 100.000. De last onder dwangsom voor Kaart verkoop.nl en voor Leisure Tickets & Activities International bedraagt € 1.000 per overtreding per week met een maximum van € 20.000.

Bezwaar. Budgettickets.nl en Worldticketshop.nl zijn tegen het besluit van de Consumentenautoriteit in bezwaar gegaan. In bezwaar komen de lasten onder dwangsom met betrekking tot artikel 3:15d lid 1 sub a BW, te vervallen omdat het herhalingsgevaar inzake de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a BW ontbreekt.[162] De last onder dwangsom met betrekking tot artikel 3:15d lid 2 BW blijft, in tegenstelling tot het advies van de BAC in bezwaar overeind. De toezichthoudende medewerkers hadden weliswaar geconstateerd dat de overtredingen beëindigd waren maar de Consumentenautoriteit heeft overwogen dat de overtreding daarvoor gedurende lange tijd heeft plaatsgevonden, terwijl dit op simpele wijze voorkomen had kunnen worden.

Beroep. In beroep oordeelt de rechtbank dat de Consumentenautoriteit, ondanks dat de overtreding van artikel 3:15d lid 2 BW, reeds was beëindigd, wel een last onder dwangsom mocht opleggen.[163] De dwangsom strekt immers tot het voorkomen van herhaling. Evenmin is deze dwangsom onredelijk.

Commentaar. De dwangsom voor kaartverkoop.nl en voor Leisure Tickets & Activities is wellicht lager omdat zij na een eerste waarschuwing wel aanpassingen hebben doorgevoerd, maar deze aanpassingen nog onvoldoende duidelijk waren. De verlaging van de boetes wordt echter niet gemotiveerd.

Wellicht had tegen het besluit op grond van artikel 3:15d lid 2 BW nog bezwaar en beroep aangetekend kunnen worden met als argument dat het op een pagina naar beneden scrollen een gebruikelijke internethandeling is. Dit wordt, zoals hieronder zal worden besproken, aangenomen in de beroepszaak van Celldorado.[164]

In deze besluiten wordt, in tegenstelling tot het besluit Sana Direct, vermelding van de identiteit in de algemene voorwaarden onvoldoende geacht.

---

162 Besluit op bezwaar 26 april 2011 inzake Budgetticket en Worldticketshop, CA/NB/576/23.
163 Rb. Rotterdam 28 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW9825, r.o. 5.5.
164 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2102:BW3358 (*Celldorado*), par. 4.5.3.3, nr. 10.

(7) Ryanair

Casus. Ryanair vermeldt op haar website niet het e-mailadres waar consumenten contact met haar kunnen opnemen. De consument kan wel een contactformulier invullen. De vraag is of een klacht kan worden toegelicht als de consument kiest voor het onderwerp '*complaint*'. Ryanair antwoordt dan via een *donotreply*-e-mail.

Besluit en bezwaar. Het niet vermelden van het e-mailadres is in strijd met artikel 3:15d lid 1 sub b BW (snelle communicatie).[165] De Consumentenautoriteit overweegt dat nu Ryanair haar e-mailadres niet kenbaar heeft gemaakt op de website, zij een obstakel voor de consument opwerpt om rechtstreeks en effectief te communiceren met Ryanair. Hierbij dient, aldus de Consumentenautoriteit, in aanmerking te worden genomen dat bij elektronische handel e-mailcorrespondentie het aangewezen communicatiemedium is. De gedachte achter artikel 3:15d BW is het vertrouwen in de elektronische handel te waarborgen. De consument dient daarom te weten met wie hij van doen heeft en moet desgewenst gemakkelijk contact met de handelaar kunnen opnemen.[166] De Consumentenautoriteit legt Ryanair een boete op van € 60.000. Omdat Ryanair wel telefoonnummers en een contactformulier op de website beschikbaar heeft wordt niet de maximale boete opgelegd. Het besluit blijft na de bezwaarprocedure in stand.[167]

Beroep. In beroep betoogt Ryanair dat het, volgens de Memorie van Toelichting, dient te gaan om snel contact en rechtstreekse, effectieve communicatie. Dit kan via telefoon, fax of e-mail. Ryanair heeft deze middelen geboden onder andere door het e-mail/contactformulier. De rechtbank oordeelt dat de Memorie van Toelichting de eis stelt van een gemakkelijke, rechtstreekse en permanente toegang tot gegevens. Eenmalige informatieverstrekking is niet voldoende. Het contactformulier is dan ook geen volwaardige vervanger van een e-mailadres.[168] Het besluit blijft na de beroepsprocedure op dit punt daarom in stand.

Hoger beroep. In hoger beroep bevestigt het CBb de uitspraak van de rechtbank.[169]

165 Sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.3, nr. 1, par. 4.5.2.6, nr. 1, par. 4.5.3.3, nr. 11, 4.5.3.4, nr. 5.
166 Zie overweging 219 en 220.
167 Besluit op bezwaar 24 oktober 2013 inzake Ryanair CA/IB/878/27.
168 Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868, r.o. 7.7.3.
169 CBb 10 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:103.

(8) Celldorado

Casus. Artiq biedt onder de naam Celldorado via televisiereclames en internetbanners sms-diensten aan.[170] De vraag is of Celldorado via de landingspagina's (internet) achter de reclamebanners aan haar informatieverplichtingen ex artikel 3:15d lid 1 sub a (identiteit), b (snel contact), c (KvK-nummer) en f (BTW-nummer), BW voldoet.

Op de website celldorado.com is de naam van Artiq Mobile B.V. slechts te vinden onder de links 'Specifieke voorwaarden' en 'Aanvullende Spelvoorwaarden'. Onder de link 'contact' is een contactformulier te vinden. Daarnaast is het e-mailadres onderaan de pagina te vinden als de link 'Aanvullende Spelvoorwaarden' wordt opengeklikt. De vermelding 'Celldorado' is eveneens onvoldoende in het kader van de vermelding van de identiteit. Het KvK-nummer en het BTW-nummer worden slechts vermeld op de landingspagina's van de uitingen maar niet op de website celldorado.com.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Celldorado de informatieverplichtingen op grond van artikel 3:15d lid 1 sub a (identiteit), b (snel contact), c (KvK-nummer) en f (BTW-nummer) BW heeft geschonden. De Consumentenautoriteit overweegt dat deze gegevens op de website celldorado.com ontbreken of onduidelijk zijn vermeld en dat deze gegevens ook niet gemakkelijk en rechtstreeks toegankelijk zijn gemaakt. Celldorado bestrijdt dit en voert aan dat de landingspagina permanent toegankelijk is. De Consumentenautoriteit legt een boete op van € 50.000. Er is geen sprake van boete-verhogende omstandigheden op dit punt.

Bezwaar. In bezwaar heeft Celldorado aangevoerd dat de gegevens niet per se op de homepage vermeld dienen te staan. Ook via doorklikken zouden de gegevens vindbaar mogen zijn. De BAC adviseert dat de Consumentenautoriteit een juist besluit heeft genomen. In navolging van de BAC verklaart de Consumentenautoriteit het bezwaar op dit punt ongegrond.[171]

Beroep. In beroep oordeelt de rechtbank Rotterdam dat de website celldorado.com permanent toegankelijk was. Het KvK- en het BTW-nummer waren na tweemaal doorklikken te vinden. De rechtbank oordeelt, anders dan de Consumentenautoriteit, dat deze gegevens voldoende transparant en eenvoudig te vinden zijn.[172] Er is dus geen sprake van een overtreding op grond van sub c en f.

De identiteit en het emailadres zijn volgens de rechtbank, echter niet te vinden op de landingspagina's. Deze gegevens zijn slechts te vinden via de links naar de 'Algemene voorwaarden' of de 'Specifieke voorwaarden'. Het is onvoldoende duidelijk dat op deze links geklikt moet worden om het e-mailadres of de identiteit te vinden.

---

170 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 7, 4.5.3.2, nr. 1 en 4.5.3.3, nr. 10.

171 Besluit op bezwaar 3 maart 2011 inzake Celldorado, CA/NB/510/87.

172 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358 (*Celldorado*).

De rechtbank oordeelt voorts dat de boete voor de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub b, (snel contact) samenloopt met het hieronder te bespreken artikel 6:193d lid 2 en 3 en artikel 6:193f sub a, BW.

Omdat de overtredingen van artikel 3:15d, eerste lid onder c en f komen te vervallen en de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub b BW samenloopt, verlaagt de rechtbank de boete van € 50.000 naar € 25.000 voor overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a (identiteit) en b (snel contact) BW.

Hoger beroep. Het CBb volgt de rechtbank niet in het oordeel dat het KvK- en BTW-nummer op de landingspagina na tweemaal doorklikken, voldoende transparant en eenvoudig te vinden zijn.[173] Vanaf de homepage dient eerst geklikt te worden op de link 'Producten en prijzen' en daarna op een link die doorverbindt naar de concrete landingspagina van een dienst. Deze gegevens dienen zonder meerdere zoekpogingen gevonden te worden. Het CBb onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat de identiteit van Celldorado niet op de landingspagina is vermeld. De hoogte van de boete blijft echter ongewijzigd gezien de samenloop met de boete voor artikel 6:193d lid 2 en 3 en artikel 6:193f sub a BW.

Commentaar. In het civiele recht kan de rechter, bij de beantwoording van de vraag of de gegevens 'rechtstreeks en permanent' zijn verstrekt, de belangen van *beide* partijen afwegen onder meer op grond van de redelijkheid en billijkheid. Van de ene consument kan meer worden verwacht dan van de andere consument (leeftijd, opleidingsniveau etc.). Zo overweegt de rechtbank in de Otto-uitspraak,[174] in relatie tot de wils-vertrouwensleer van artikel 3:33 en 3:35 BW, dat de deskundigheid van partijen een rol speelt. Daarbij valt op dat de rechter van oordeel is dat aan de consument die zich op internet begeeft bepaalde eisen mogen worden gesteld. Zo mag van de koper die zich op internet begeeft worden verwacht dat hij beseft dat er sprake is van een geautomatiseerd proces als er elektronische berichten van de verkoper (Otto) onmiddellijk volgen op de handelingen van de consument.[175] Als de gevraagde prijs 700% lager ligt dan de redelijkerwijs te verwachten prijs kan men begrijpen dat er sprake is van een (menselijke) fout. Van een gemiddelde, geïnformeerde consument mag worden verwacht dat hij in dit geval betreft het de aanschaf van een (duur) LCD scherm zich heeft georiënteerd en dus de bandbreedte van de prijzen op de markt kent en dat hij moet begrijpen dat de door Otto geuite verklaring niet in overeenstemming was met haar wil.[176] Dat hierbij niet is voldaan aan de eisen van 3:15d BW doet hier niet aan af.

De invulling van de vraag in hoeverre vereiste gegevens toegankelijk zijn voor consumenten wordt in het civiele recht casuïstisch ingevuld. Een dergelijke casuïstische benadering is niet mogelijk voor de ACM die een geabstraheerde toetsing dient toe te passen. Ook het beboeten van de overtreding van regels

173 CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285.
174 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368.
175 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368, zie r.o 4.13.
176 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368, zie r.o. 4.13.

> die ruimte voor interpretatie open laten kan op gespannen voet staan met het legaliteitsbeginsel en daarmee artikel 7 EVRM.[177] Een boetesysteem vraagt om heldere duidelijke regels. Open of vage normen kunnen eventueel worden ingevuld met beleidsregels. Het vastleggen in beleidsregels hoeveel muisklikken nog toelaatbaar is en of 'scrollen' is toegestaan om informatie te vinden, acht ik evenwel weinig zinvol.

Afronding

De ACM heeft in relatie tot artikel 3:15d BW verschillende besluiten genomen waarin boetes zijn opgelegd. In deze zaken staat de vraag centraal in hoeverre de vereiste gegevens 'gemakkelijk, rechtstreeks en permanent' toegankelijk zijn voor degene die de aangeboden dienst gebruikt. Zo is aanvankelijk het opnemen van het (vestigings)adres in de algemene voorwaarden voldoende om artikel 3:15d lid 1 sub a BW niet te overtreden (Sana Direct). In de latere besluiten betreffende de doorverkoopsites van (concert)kaarten wordt dit onvoldoende geoordeeld. Het opnemen van (contact, KvK, en BTW-nummer) gegevens onder een link wordt door de ACM in het besluit Celldorado beboet. In beroep constateert de rechtbank echter dat met tweemaal klikken het KvK- en het BTW-nummer is te vinden. Dit wordt voldoende geacht door de rechtbank. Het CBb vernietigt echter de aangevallen uitspraak op dit punt. In het besluit Sana Direct is het opnemen van het adres in de algemene voorwaarden weer voldoende. In beroep naar aanleiding van het besluit PostGarant oordeelt de rechtbank Rotterdam dat er wel enige gegevens zijn verstrekt waarmee de identiteit is te achterhalen. Op grond hiervan wordt de boete gehalveerd. Het CBb is echter streng en maakt deze halvering ongedaan.

Uit de besluitvorming is niet eenvoudig vast te stellen welke lijn er nu precies gevolgd wordt bij de invulling van het 'gemakkelijk, rechtstreeks en permanent' toegankelijk maken van de gegevens. De discussie richt zich op de vraag 'hoeveel muisklikken zijn nog toelaatbaar'.

In een aantal besluiten, onder andere Sana Direct, PostGarant en Wizz Mobile, oordeelt de ACM dat het achterwege laten van het KvK nummer of het niet vermelden of de prijs inclusief of exclusief BTW is, de consumenten geen nadeel heeft opgeleverd. Daarom wordt in dat geval geen boete opgelegd. Naar mijn mening is dit een doelmatige benadering omdat zo het belang dat door de bepaling wordt gediend, centraal staat.

4.5.2.2 Artikel 6:227b BW

Ook artikel 6:227b BW eist dat, voordat een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, de informatiemaatschappij die een dienst verleent aan de wederpartij op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie verschaft over:

---

177 Zie hierover ook par. 2.7.3.

a) de wijze waarop de overeenkomst tot stand zal komen in het bijzonder welke handelingen daarvoor nodig zijn;
b) het al dan niet archiveren van de overeenkomst, nadat deze tot stand zal zijn gekomen(…);
c) de wijze waarop de wederpartij van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken alsmede de wijze waarop hij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt;
d) de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten;
e) de gedragscodes waaraan hij zich heeft onderworpen en de wijze waarop deze gedragscodes voor de wederpartij langs elektronische wege te raadplegen zijn.

Het vierde lid van artikel 6:227b BW bepaalt dat een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van het niet naleven door de dienstverlener van de onder sub a, c of d genoemde verplichtingen, vernietigbaar is. Op grond van lid 4 wordt vermoed dat een overeenkomst onder invloed van het genoemde onder sub a en c van lid 1 tot stand is gekomen als de dienstverlener zijn verplichtingen op die grond niet is nagekomen.

In de Memorie van Toelichting bij dit artikel wordt benadrukt dat de te verstrekken informatie essentieel is voor de wils- of oordeelsvorming van de wederpartij.[178] Als de overeenkomst tot stand komt onder invloed van het niet verstrekt zijn van die informatie, dan dient de wederpartij in staat te zijn zichzelf in de situatie te brengen die zou hebben bestaan indien in het geheel geen overeenkomst tot stand was gekomen.[179]

Een wederpartij zou zich, aldus de Memorie van Toelichting, naast de vernietigingsmogelijkheid ook kunnen beroepen op artikel 6:217 BW en zich op het standpunt kunnen stellen dat er geen aanvaarding heeft plaats gevonden.[180]

In een uitspraak van de kantonrechter Den Bosch wordt aangenomen dat een consument voldoende duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig informatie dient te krijgen over de wijze waarop de overeenkomst tot stand komt en op welk moment deze tot stand komt, welke verplichtingen de aanmelder aangaat en op welke wijze en binnen welke termijn hij de overeenkomst ongedaan kan maken.[181] Zo is bijvoorbeeld een button naar de spelregels en het doorgeleiden naar een scherm met de algemene voorwaarden via de 'meld je hier aan'-knop, die men heeft aangeklikt bij de aanmelding voor een welkomstpakket behorend bij een bepaald abonnement, voldoende. Dit geldt te meer als op de pagina ook een duidelijke voetnoot staat met betrekking tot de voorwaarden van het welkomstpakket, namelijk dat het alleen onder bepaalde voorwaar-

178 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 56.
179 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 56.
180 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 56.
181 Rb. 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4622.

den gratis wordt toegestuurd. Dergelijke voorwaarden kunnen bijvoorbeeld zijn dat de consument 14 dagen de tijd heeft om te beslissen of hij daadwerkelijk lid wil worden en dat als hij van het desbetreffende abonnement afziet, hij het welkomstpakket terug dient te sturen. Als de consument het welkomstpakket echter behoudt, zal hij op regelmatige basis producten tegen betaling ontvangen.

Het gaat echter te ver – en in dat geval is er sprake van strijd met artikel 6:227b BW – als een consument op een website zelf op zoek moet naar opzegtermijnen en automatische omzetting in een abonnement.[182] Een aanbieder dient in een eerder stadium, bijvoorbeeld op een aanvraagformulier, te vermelden dat bijvoorbeeld een abonnement wordt omgezet in een abonnement voor de duur van drie maanden.

In deze paragraaf worden in chronologische volgorde de besluiten van de ACM met betrekking tot artikel 6:227b BW besproken en waar nodig van commentaar voorzien.

(1) Sana Direct

Casus. Sana Direct, verkoper van onder meer voedingssupplementen, geeft op haar website niet aan op welke wijze de wederpartij van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan raken (artikel 6:227b lid 1 sub a BW) en hoe hij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt (artikel 6:227b lid 1 sub b BW).[183] Als er een overeenkomst is gesloten ontvangt de consument een welkomstpakket en vervolgzendingen. De overeenkomst komt tot stand met slechts één stap, namelijk het klikken op de knop 'versturen'. De knop 'wissen' maakt het niet mogelijk om inzicht te krijgen in ongewilde handelingen en deze te herstellen. Dit is des te bedenkelijker in combinatie met de enkele muisklik waardoor de overeenkomst tot stand komt. Hierdoor zal eerder een onbedoelde overeenkomst of een overeenkomst met onbedoelde inhoud tot stand komen.

Besluit. De Consumentenautoriteit legt voor de overtredingen ex artikel 6:227b lid 1 sub a en c BW samen met de overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub f juncto 7:46d (oud) BW een boete van € 48.000 op.

Bezwaar. In bezwaar overweegt de Consumentenautoriteit dat meer handelingen voor het sluiten van een overeenkomst niet vereist zijn, maar doordat consumenten veelal via banners op de pagina komen zullen zij de informatie achter

182 Rb. Zut phen, sector kanton, 31 januari 2006, ECLI:RBZUT:2006:AV1459. Zie ook Rb. Groningen, sector kanton, 17 mei 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AY6081. In deze uitspraak overweegt de rechter wel dat LIS in de bevestiging de proefperiode nader had moeten omschrijven. Ik denk dat dit te laat is op grond van artikel 6:227b BW. Immers dit dient te gebeuren voor het aangaan van de overeenkomst.

183 Sanctiebesluit 5 november 2007 inzake Sana Direct, CA/NB/35/76. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 1.

de link *'Zo bestelt u'* niet zien.[184] Via een aantal links dienen consumenten de informatie als bedoeld in artikel 6:227b lid 1 sub a BW te achterhalen. De website dient actief te worden doorzocht. De BAC merkt in haar advies aan de Consumentenautoriteit op dat Sana Direct artikel 6:227b lid 1 sub a BW weliswaar heeft overtreden, maar dat deze bepaling niet ziet op het duidelijk vermelden van de inhoud van de overeenkomst. Het betreft louter de totstandkoming. Als de Consumentenautoriteit bedoelt dat artikel 6:227b lid 1 sub a BW is overtreden omdat de inhoud van de overeenkomst ook ziet op vervolgbestellingen dan is dat niet juist, aldus de BAC. Artikel 6:227b BW ziet namelijk niet op de onbedoelde aanvaarding van een overeenkomst.[185]

De BAC overweegt, in relatie tot artikel 6:227b lid 1 sub c BW, dat het te ver gaat om ook bij een overzichtelijk bestelproces te omschrijven hoe de consument van eventuele invoerfouten op de hoogte kan geraken en hoe hij deze kan herstellen. Artikel 6:227b lid 1 sub c BW verplicht aanbieders niet om informatie te verstrekken over de mogelijkheden tot herstel van een onbedoelde aanvaarding van een overeenkomst (door het onbedoeld klikken op de knop 'versturen'). In bezwaar komt de Consumentenautoriteit, in tegenstelling tot het primaire besluit, tot het oordeel dat artikel 6:227b lid 1 sub c BW niet is overtreden. Deze bepaling ziet slechts op het herstellen van 'bedieningsfouten', zoals typefouten of een onbedoelde muisklik. Er kunnen, door de opzet van de website, slechts bedieningsfouten worden gemaakt met betrekking tot de invoering van de naam, adres en woonplaatsgegevens. De knop 'wissen' biedt hiervoor uitkomst.

In het besluit op bezwaar wordt de boete met €16.000 verlaagd.

(2) PostGarant

Casus. De consument ontvangt van PostGarant, nadat hij zijn gegevens heeft ingevuld niet alleen een welkomst- of proefpakket maar ook vervolgzendingen.[186] Deze bedragen worden automatisch geïncasseerd. De vraag is hier, net als bij Sana Direct, of voor het tot stand komen van de overeenkomst de vereiste informatie is verstrekt.

Besluit. Op de website is onvoldoende duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig aangegeven dat met één druk op de knop, het klikken op de verzendkop, een overeenkomst inzake de koop van het welkomstpakket, proefpakket of gratis product en een abonnement op vervolgzendingen tot stand komt. Dit is een overtreding van artikel 6:227b lid 1 sub a BW. Eveneens ontvangt de consument niet de informatie omtrent het herstel van door hem niet gewenste handelingen voordat de overeenkomst is gesloten. Hiermee overtreedt PostGarant artikel 6:227b lid 1 sub c BW. De Consumentenautoriteit legt een dwangsom op van

184 Advies inzake het bezwaarschrift van Sana Direct B.V, 15 mei 2008, CA/NB/35/64, zie 3.4.

185 Advies inzake het bezwaarschrift van Sana Direct B.V, 15 mei 2008, CA/NB/35/64, zie 6.16.

186 Sanctiebesluit 23 januari 2008 inzake PostGarant, CA/NC/2/67. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 2.

€ 250 per dag met een maximum van € 25.000 voor het voorkomen van herhaling van de overtredingen. Daarnaast wordt nog een boete opgelegd van € 60.000.

Bezwaar. Het bezwaar met betrekking tot artikel 6:227b lid 1 sub c BW wordt gegrond verklaard. Dit artikel beoogt de consumenten te beschermen tegen het tot stand komen van een overeenkomst die als gevolg van bedieningsfouten een andere inhoud heeft dan door de consument gewild. De bedieningsfouten kunnen in dit geval slechts bestaan uit het invoeren van de NAW-gegevens of een onbedoelde klik op de knop 'verzenden'. De typefouten kunnen worden hersteld door de knop 'wissen'. Artikel 6:227b lid 1 sub c BW ziet niet op onbedoelde aanvaarding. De boete wordt met € 10.000 verlaagd.

Beroep en hoger beroep. Met betrekking tot artikel 6:227b lid 1 sub a, BW overweegt de rechtbank dat de overeenkomst tot stand komt op het moment dat de consument op de knop 'verzenden' drukt. Een bevestigingse-mail met daarin gegevens is derhalve te laat. Zoals ook in het geschil Sana Direct is overwogen, strekt de overtreding van artikel 6:227b lid 1 sub a BW zich niet uit tot de vervolgzendingen.[187] De reden hiervan is gelegen in het feit dat er geen overeenkomst met betrekking tot de vervolgzendingen tot stand is gekomen. Het besluit blijft in hoger beroep in stand.[188]

Afronding

Momenteel zijn er nog maar twee besluiten van de ACM met betrekking tot artikel 6:227b BW. Artikel 6:227b BW ziet uitsluitend op het herstellen van zogenaamde bedieningsfouten, niet op onbedoelde aanvaarding. De invulling van het op 'duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige' wijze informatie verschaffen wordt in de bezwaarfase in beide besluiten milder beoordeeld dan in het besluit in primo. Omdat het bedieningsfouten zijn die eenvoudig zijn te herstellen, worden de boetes verlaagd.

4.5.2.3 Artikel 6:227c BW

Op grond van artikel 6:227c lid 1 BW dient degene die een dienst aanbiedt van een informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW, de wederpartij passende, doeltreffende en toegankelijke middelen ter beschikking te stellen waarmee de wederpartij voor de aanvaarding van de overeenkomst van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken en waarmee hij deze kan herstellen.

187 Rb. Rotterdam 25 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL6368, r.o. 2.5.3.2.
188 CBb 4 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ7807, r.o. 3.2 onder 3.

(1) Ryanair

Casus. Toezichthouders van de Consumentenautoriteit hebben bij het boeken van een vliegreis bij Ryanair onderzocht of en op welke wijze de consument gedurende het boekingsproces de mogelijkheid heeft onbedoelde bedieningshandelingen op te merken en te herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt. De Consumentenautoriteit heeft vastgesteld dat de consument weliswaar met de browser terug kon keren, maar dat de gegevens dan opnieuw ingevuld dienden te worden. Daarnaast is vastgesteld dat aan het eind van het boekingsproces kosten worden vermeld, maar niet de namen van de reizigers zodat deze lastig te controleren en te herstellen zijn.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit heeft geoordeeld dat sprake is van een overtreding van artikel 6:227c lid 1 BW.[189] Er is een boete opgelegd van € 60.000. Daarnaast wordt een last onder dwangsom opgelegd. Het besluit blijft na bezwaar in stand.[190]

Beroep. De rechtbank oordeelt dat het maken van vergissingen bij het invullen van de namen van de reizigers behoort tot niet gewilde handelingen zoals bedoeld in artikel 6:227c lid 1 BW.[191] Consumenten moeten op de hoogte kunnen komen van deze vergissingen voorafgaand aan het kopen van de vliegtickets. Daarnaast is het niet mogelijk om via een returntoets de ingevoerde gegevens aan te passen. Kortom, er is geen sprake van passende doeltreffende en toegankelijke middelen om gemaakte fouten te herstellen. De ACM heeft de boete van € 60.000 terecht opgelegd.

Hoger beroep. In hoger beroep bevestigt het CBb de uitspraak van de rechtbank.[192]

4.5.2.4 Artikel 6:230m e.v. BW

De artikelen betreffende overeenkomsten op afstand zijn sinds juni 2014 te vinden in boek 6 BW. Tot juni 2014 was de wettelijke regeling van de koop op afstand te vinden in artikel 7:46c (oud) BW. Artikel 7:46c (oud) BW bepaalde dat bij koop op afstand aan de wederpartij de in het eerste lid sub a tot en met sub i genoemde gegevens moesten worden verstrekt. Het betrof onder andere de identiteit, de prijs, de kosten van aflevering en de termijn voor de aanvaarding van het aanbod. Uit artikel 7:46d lid 1 (oud) BW volgde dat als niet was voldaan aan de informatieverplichtingen, de koper het recht had de koop op afstand zonder opgave van redenen binnen drie maanden te ontbin-

189 Sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 7, par. 4.5.2.6, nr. 1, par. 4.5.3.3, nr. 11, 4.5.3.4, nr. 5.
190 Besluit op bezwaar 24 oktober 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/27.
191 Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868.
192 CBb 10 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:103.

den. Dit was een krachtig en eenvoudig middel voor consumenten zelf om onder hun verplichtingen uit te komen en de overeenkomst te ontbinden. De artikelen 7:46c en d (oud) BW zijn nu vervangen door artikel 6:230m e.v. BW. De bedenktijd voor het ontbinden van de overeenkomst is verlengd tot 14 dagen. Ook dient informatie omtrent het bestaan en de inhoud van het herroepingsrecht te worden verstrekt. Wordt de informatie niet verstrekt dan wordt de bedenktijd verlengd tot maximaal 12 maanden na het einde van de oorspronkelijke herroepingstermijn (artikel 6:230o lid 2 BW).[193]

Uit de civiele rechtspraak volgt dat vermeld moet worden dat er bij doorverkochte tickets een risico bestaat dat bij controle van de identiteit de koper de toegang tot het evenement geweigerd kan worden. Deze informatie kan niet slechts in de algemene voorwaarden worden opgenomen.[194] Ook het opnemen van de mogelijkheid tot ontbinding in de productvoorwaarden is onvoldoende.[195]

Schending van artikel 7:46c lid 2 (oud) BW had als consequentie dat de consument de overeenkomst kon ontbinden (inmiddels in gelijke zin artikel 6:230m e.v. BW). De consument diende in dat geval wel, bijvoorbeeld bij afgenomen diensten als energie, een redelijke vergoeding te betalen over de daaraan voorafgaande periode.[196] De grondslag hiervoor vormde ongerechtvaardigde verrijking[197] of onverschuldigde betaling.[198]

In deze paragraaf zullen de besluiten van de ACM met betrekking tot artikel 6:230m e.v. BW (7:46c oud BW) worden besproken en voor zover relevant van commentaar worden voorzien.

(1) UPC Nederland

Casus. UPC heeft in de periode van 1 januari 2007 tot en met 1 april 2007 een groot aantal abonnees van analoge televisie benaderd voor de verkoop van een abonnement op digitale televisie.[199] Hierbij gebruikte UPC colportage en telefonische verkoopmethoden. In geen van de callscripts is de bedenktijd genoemd.

193 Zie voor nadere bespreking Asser/Houben 7-X 2015, nr. 268-270.
194 Rb. Amsterdam 2 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU1596.
195 Rb. Rotterdam, sector kanton, locatie Middelharnis, 14 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU6285. Zie ook Rb 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4616.
196 Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2637. Het Europese Hof van Justitie is overigens wel strenger. Zo is in het Messner arrest geoordeeld dat bij tijdige herroeping de consument in beginsel geen gebruiksvergoeding hoeft te betalen. (HvJ EU 3 september 2009, ECLI:EU:C:2009:502, C-489/07 (*Messner*).
197 Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2637.
198 Rb. Arnhem, sector kanton, 9 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU4362.
199 Sanctiebesluit 23 april 2008 inzake UPC, CA/NCB/17. Zie ook par. 4.5.2.5, nr. 1.

Besluit. De Consumentenautoriteit stelt vast dat UPC niet heeft voldaan aan artikel 7:46c BW lid 1, aanhef en onder f, BW juncto artikel 7:46d lid 1 (oud) BW. De gratis proefperiode van drie maanden is niet relevant. Er wordt een boete van €18.000 opgelegd.

(2) Wizz Mobile

Casus. Wizz Mobile[200] biedt ringtones aan. Voor consumenten zou het onduidelijk zijn dat zij een abonnement afsluiten waarbij €3 per ringtone wordt betaald, omdat zij ervan uit zouden gaan dat zij slechts een 'gratis' ringtone downloaden. De vraag is of Wizz Mobile haar informatieplichten uit artikel 7:46c lid 1 sub a (identiteit), b (kenmerken product), c (prijs), e (wijze van betalen, leveren en uitvoeren), f (bedenktijd) en i (minimale duur overeenkomst), (oud) BW heeft geschonden.

Besluit. De overeenkomst wordt gesloten op het moment dat de consument 'OK' sms't nadat hij de mededeling 'Bedankt! Om je gratis realtone te ontvangen: sms OK naar 5858' heeft ontvangen. Vervolgens krijgt de consument een bericht met de tekst die hij ook heeft kunnen lezen op de computer na het invullen en verzenden van zijn mobiele nummer. Consumenten zullen, aldus de Consumentenautoriteit, niet bedacht zijn geweest op de aanvullende informatie, omdat er gescrold moet worden. Naast Wizz Mobile wordt ook de naam Mobqo gebruikt. Hierdoor is onduidelijk of er sprake is van een of twee ondernemingen. Onduidelijk is ook of het gaat om een abonnement en wat de inhoud is van dit abonnement. Evenmin wordt duidelijk vermeld wat de prijs is en of de prijs inclusief belastingen is. Er wordt een gratis sms aangeboden, terwijl er wel kosten zijn. Onduidelijk is dat er drie sms'jes per week worden verstuurd. Ook dient de ringtone binnen bepaalde tijd te worden gedownload anders verloopt de ringtone. Kortom, de wijze van betaling, aflevering en uitvoering is onvoldoende duidelijk kenbaar gemaakt. Evenmin is meegedeeld dat de consument een bedenktijd van 7 dagen heeft om de overeenkomst te ontbinden. De overeenkomst is moeilijk te beëindigen. De consument dient namelijk 'stop' te sms'en. Dit werkt in een aantal gevallen ook niet. Wizz Mobile heeft artikel 7:46c lid 1 sub a (identiteit), b (kenmerken product), c (prijs), e (wijze van betalen, leveren en uitvoeren), f (bedenktijd) en i (minimale duur overeenkomst) overtreden. De boete bedraagt €38.000.

Commentaar. In dit besluit komt scrollen binnen een sms'je aan de orde. In het nog te bespreken besluit Celldorado (handelsnaam van Artiq B.V.) speelt scrollen binnen een e-mail eveneens een rol. In het besluit Celldorado beboet de ACM Celldorado voor een overtreding op grond van de Wet oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193c lid 1 sub a BW).[201] De overtreding betrof het niet duidelijk

200 Sanctiebesluit 7 augustus 2008 inzake Wizz Mobile Interactive B.V., CA/NB/64/69. Zie ook par. 4.5.2.1, nr. 3.

201 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 8, 4.5.3.2, nr. 1 en 4.5.3.3, nr. 10.

vermelden dat de aangeboden dienst een abonnementsdienst was. De rechtbank oordeelde in beroep echter dat de informatie, dat sprake was van een abonnement, wel was te vinden op de website van Celldorado.[202] De consument diende echter naar beneden te scrollen. Scrollen is een gebruikelijke handeling voor de gemiddelde consument, aldus de rechtbank. Het CBb oordeelt in hoger beroep echter dat Celldorado met opzet niet heeft voldaan aan de vereiste weergave uit de SMS-Reclamecode.[203]

Nu het in het Wizz-besluit gaat om sms'en en het informatieplichten betreft en geen oneerlijke handelspraktijken, had wellicht in beroep succes geboekt kunnen worden door het standpunt in te nemen dat scrollen bij sms'en een gebruikelijke handeling is en dat de gegevens van artikel 7:46c (oud) BW daardoor wel duidelijk en begrijpelijk zijn verstrekt.

(3) Pretium Telecom

Casus. Pretium Telecom[204] is net als Tele2, na het vrijgeven van de vaste telefonieabonnementen door de invoering van de zogenaamde WLR, zich gaan begeven op de markt voor vaste telefonieabonnementen. Via telemarketing probeerde Pretium nieuwe klanten te werven.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat artikel 7:46c lid 1 sub f juncto 7:46i lid 1 (oud) BW (tijdig meedelen van de bedenktijd) en artikel 7:46c lid 2 sub a juncto 7:46i lid 1 (oud) BW (vermelden bedenktijd bij nakoming van de overeenkomst op afstand), geschonden zijn. De boete bedraagt € 27.000. In dit geval is een boeteverlaging van 10% gehanteerd omdat de Consumentenautoriteit uitlatingen heeft gedaan in het tv-programma Kassa en omdat er andere afspraken met de toenmalige OPTA zouden zijn gemaakt.

Voor de overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub i juncto 7:46i lid 1 (oud) BW (tijdig meedelen van de minimale duur van de overeenkomst) wordt een boete van € 15.000 opgelegd. Voor de overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub b BW (oud) (meedelen belangrijkste kenmerken van de dienst) wordt een last onder dwangsom opgelegd. Pretium heeft geen informatie over de gesprekskosten gegeven.

Beroep. Anders dan in het bestreden besluit is de rechtbank van oordeel dat Pretium artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW heeft overtreden door in het gedeelte van het telemarketinggesprek voorafgaand aan het deel waarin de overeenkomst wordt gesloten niet de termijn van de ontbinding te noemen.[205] De rechtbank hecht belang aan deze uitleg omdat ex artikel 7:46c lid 2 sub a BW Pretium tijdig bij de nakoming van de koop op afstand aan de koper op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk gegevens verstrekt als bedoeld in de

202 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358 (*Celldorado*).
203 Zie voor bespreking par. 4.5.3.3, nr. 10.
204 Sanctiebesluit 4 december 2008 inzake Pretium Telecom B.V., CA/NB/22/200. Zie ook par. 4.5.2.5, nr. 2.
205 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528.

onderdelen a-f van het eerste lid. Hieruit volgt dat de duur van de bedenktijd wordt begrepen onder de op grond van lid 1 sub f, te vermelden gegevens, zodat dit tevens valt onder artikel 7:46c lid 2 sub a (oud) BW. Nu bij de totstandkoming van de overeenkomst per telefoon niet wordt voldaan aan de verplichting tot het geven van schriftelijke informatie over onder andere de bedenktermijn voor de consument, gaat op dat moment de termijn van drie maanden als bedoeld in artikel 7:46d lid 1 BW lopen en niet een termijn van 7 werkdagen. Pas als de welkomstbrief met de termijn van 7 werkdagen wordt verstrekt, gaat de termijn van 7 werkdagen lopen. De rechtbank oordeelt dat er sprake is van een overtreding wegens het niet vermelden van de bedenktijd voor zover in de welkomstbrief is vermeld dat de termijn gaat lopen 'na dagtekening brief'.

Pretium heeft evenmin de belangrijkste kenmerken van de dienst (artikel 7:46c lid 1 sub b en c (oud) BW) en de minimale duur van de overeenkomst (artikel 7:46i lid 1 (oud) BW) meegedeeld. De boetes blijven overeind, maar worden wel gematigd met 25% vanwege uitlatingen door medewerkers van de Consumentenautoriteit in het televisieprogramma Kassa.

Hoger beroep. Het CBb gaat niet mee in het oordeel van de rechtbank dat de vaststelling van een andere overtreding dan ten grondslag gelegd aan het bestreden besluit nodig is om tot vaststelling te komen van overtreding van artikel 7:46c lid 2 sub a BW (oud).[206] De vraag of de verplichting om een consument bij de nakoming van de overeenkomst te informeren over de duur van de bedenktijd is nagekomen, kan worden beoordeeld los van de vraag of een consument voorafgaand aan de totstandkoming van die overeenkomst op de hoogte is gebracht van zijn recht om de overeenkomst te ontbinden (artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW.

Met betrekking tot de overtreding van artikel 7:46c lid 2 sub f (oud) BW (het bij nakoming verstrekken van de termijn van ontbinding), overweegt het CBb dat onduidelijk is wanneer de informatie verstrekt dient te worden. Pretium stelt dat de termijn gaat lopen vanaf verzending van de welkomstbrief, de ACM daarentegen stelt dat de termijn gaat lopen vanaf de ontvangst van de welkomstbrief. De ACM onderbouwt deze stelling met verwijzing naar artikel 3:37 lid 3 BW, de ontvangsttheorie. Het CBb oordeelt dat deze onduidelijkheid niet ten nadele van Pretium dient te komen.

Omdat artikel 7:46c lid 2 sub a, BW en artikel 7:46i lid 1 (oud) BW niet is overtreden komt deze boete te vervallen. De boete van € 21.600 wordt vastgesteld op € 7.500. De boete wordt verlaagd met 5% vanwege bovenbedoelde uitspraken in het televisieprogramma Kassa. De boete wordt vervolgens met 30% verlaagd wegens overschrijding van de redelijke termijn. De boete voor overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW en artikel 7:46i lid 1 (oud) BW bedraagt € 4.987,50.

De minimale duur van de overeenkomst is niet meegedeeld voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst. De overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub i (oud) BW en artikel 7:46i lid 1 (oud) BW, blijft staan. De boete wordt

206 CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:278.

om de reeds hierboven genoemde redenen verlaagd met 5% en 30% en komt daarmee op € 9.975.

Het besluit waarin is geoordeeld dat sprake is van overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub b en c, (oud) BW en artikel 7:46i lid 1 (oud) BW (meedelen belangrijkste kenmerken van de dienst) wordt in hoger beroep in stand gelaten.

Commentaar. Uit deze uitspraak blijkt dat de invulling van het 'tijdig bij de nakoming van de koop op afstand' verstrekken van de informatie onduidelijk is. De passage uit de wetstekst het 'tijdig bij de nakoming van de koop op afstand' meedelen of 'het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding' lijkt op het eerste oog duidelijk. Toch blijkt dit moment niet zo eenduidig aan te geven te zijn. Dit onderstreept dat het lastig is om boetes op te leggen voor normen die redelijk gesloten lijken, maar toch meer 'open' zijn en daarmee vatbaar zijn voor discussie. Boetes zijn, bezien in het licht van het legaliteitsbeginsel, in dergelijke gevallen, naar mijn mening, minder geschikt als handhavingsmiddel.

(4) Smart Media Services B.V

Casus. Smart Media Services[207] biedt spelletjes aan op internet met als doel sms-abonnementen aan consumenten te verkopen. Bij aanmelding ontvangt de consument een sms met de tekst:

> 'Sms OK naar 2200. Voor jouw 5.000 euro spel sms je nu OK naar 2200. Goed gespeeld en goed gekozen. Sms OK naar 2200. Stop: sms STOP, info: pret platen.nl'.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat artikel 7:46c lid 1 sub a, b, c, e, f en i (oud) BW zijn overtreden. In het sms–bericht wordt de mogelijkheid vermeld om te stoppen en er wordt verwezen naar de website, maar hiervoor moet je naar beneden scrollen. Eveneens is onduidelijk dat er een sms-abonnement wordt afgesloten. Voor de overtreding van artikel 7:46c lid 1 sub a BW en artikel 7:46c lid 2 sub a, juncto lid 1, sub a en artikel 7:46c lid 2 sub c (oud) BW wordt een boete van € 9.500 opgelegd.[208] Voor de overtreding van artikel 7:46c lid 2 sub a juncto artikel 7:46c lid 1 sub b, c, e, f en i (oud), BW wordt een boete van € 38.000 opgelegd.[209]

207 Sanctiebesluit 26 januari 2009 inzake Smart Media Services B.V., CA/NCB/220/71. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 5.

208 Deze boete ziet tevens op de overtreding van artikel 3:15d lid 1 sub a en b BW.

209 In deze boete zijn ook betrokken de overtredingen van artikel 3:15d lid 2 BW.

(5) Tele 2 Nederland B.V.

Casus. Tele2 Nederland B.V.[210] is kort na het vrijgeven van de Wholesale Line Rental (WRL) via telemarketing, een grootschalige campagne gestart om klanten te werven voor een vastnetabonnement.

Besluit. De Consumentenautoriteit constateert dat Tele2 artikel 7:46c lid 1 sub f juncto 7:46i lid 1 (tijdig meedelen bedenktijd) en 7:46c lid 2, sub a juncto 7:46c lid 1 sub f juncto 7:46i lid 1 (oud) BW (vermelden bedenktijd bij nakoming bij koop op afstand) heeft overtreden. De boete hiervoor bedraagt samen € 30.000. Eveneens heeft Tele2 de prijs niet tijdig meegedeeld (artikel 7:46c lid 1 sub c juncto 7:46i lid 1 (oud) BW) en de minimale duur van de overeenkomst (7:46c lid 1 sub i juncto 7:46i lid 1 (oud) BW). De Consumentenautoriteit legt hiervoor een boete op van € 15.000.

(6) Fotosessie

Casus. Fotosessie biedt fotoshoots aan en hanteert hiervoor twee werkwijzen.[211] De eerste werkwijze is het benaderen van consumenten met de mededeling dat zij zijn geselecteerd. De tweede werkwijze is het via de website zelf doen van een auditie door de consumenten. In beide gevallen deelt Fotosessie de consumenten mee dat zij zijn geselecteerd en een fotoshoot ter waarde van € 450 voor maar € 125 aangeboden krijgen. De vraag is of Fotosessie artikel 7:46c lid 1 sub f BW en 7:46c lid 2 juncto lid 1 sub f (oud) BW heeft overtreden (het niet meedelen van het recht op ontbinding).

Besluit. Fotosessie dient de informatie voordat de overeenkomst wordt gesloten te verstrekken. De overeenkomst komt tot stand op het moment van het telefoongesprek en bij consumenten die niet telefonisch te bereiken zijn, op het moment dat de gezonden e-mail 'selectiebericht' ingevuld retour wordt ontvangen. De Consumentenautoriteit stelt vast dat in de door Fotosessie gehanteerde scripts tussen 15 augustus 2008 en 1 november 2009[212] geen melding werd gemaakt van de toepasselijkheid van de bedenktijd. Ook het door Fotosessie aan de consument per e-mail gezonden selectiebericht bevatte geen mededeling over de toepasselijkheid van de bedenktijd. Aangezien uiterlijk bij nakoming de ontbindingsmogelijkheid meegedeeld dient te worden, stelt de Consumentenautoriteit vast dat artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW tot 1 november 2009 is overtreden door Fotosessie. Later heeft Fotosessie één van de scripts veranderd. Sindsdien is hierin de mogelijkheid opgenomen om binnen zeven dagen te annuleren. Het andere script is echter onveranderd gebleven. Er blijft dan ook sprake van een overtreding. Gezien de nauwe verbondenheid met artikel 6:193d

210 Sanctiebesluit 23 maart 2009 inzake Tele2 Nederland B.V., CA/NB/106/101.

211 Sanctiebesluit 14 januari 2010 inzake Fotosessie.com, CA/NCB/437/28. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 9 en 4.5.3.4, nr. 4.

212 Vanaf 1 februari 2009 is in één van de werkwijze wel melding gemaakt van de bedenktijd maar in de andere niet. Daarom is alsnog een boete opgelegd voor de periode van 1 februari tot 1 november 2009.

juncto artikel 6:193f sub b BW is er geen boete opgelegd (het betreft hier een schakelbepaling naar artikel 7:46c (oud) BW). Ook artikel 7:46c lid 2 juncto lid 1 sub f (oud) BW is overtreden. Wel is een boete opgelegd voor overtreding van artikel 7:46c lid 2 sub a juncto lid 1 sub f (oud) BW. De Consumentenautoriteit legt een boete van € 20.000 op.

Bezwaar. In bezwaar blijft de boete van € 20.000 gehandhaafd, ondanks het advies van de BAC de boete te matigen in verband met de mate van verwijtbaarheid, naar aanleiding van uitingen van toezichthouders tijdens een bedrijfsbezoek over de manier waarop in de toekomst zou worden omgegaan met vermoedelijke overtredingen van de wettelijke regeling van de koop op afstand (oud).

Beroep. De rechtbank bevestigt dat sprake is van overtreding van zowel artikel 7:46c lid 1 sub f (oud) BW als artikel 7:46c lid 2 juncto lid 1 sub f (oud) BW.[213] Deze overtredingen zijn echter niet verwijtbaar, zoals ook de BAC in de bezwaarfase al overwoog. De Consumentenautoriteit heeft zelf het vertrouwen gewekt dat Fotosessie handelde conform de wettelijke bepalingen. De uitlatingen van de toezichthouders over de wijze waarop gehandhaafd zou worden, kunnen de Consumentenautoriteit weliswaar niet juridisch binden, maar de rechtbank is van oordeel dat de gewekte verwachtingen tot gevolg hebben dat de verwijtbaarheid voor wat betreft de overtredingen ontbreekt.[214] Daarom wordt geen boete opgelegd voor deze overtredingen. De totale boete wordt daarom verlaagd van € 20.000 naar € 14.000.

Commentaar. Het is van groot belang dat het beleid van de ACM helder is en dat handhavers ook in het voortraject hiernaar handelen. Daarnaast toont het ontbreken van de verwijtbaarheid aan dat de normen niet altijd eenduidig zijn uit te leggen. Met andere woorden onduidelijkheid van de norm kan meebrengen dat de verwijtbaarheid vermindert of ontbreekt hetgeen leidt tot vermindering of achterwege blijven van een boete.

(7) Celldorado

Casus. Zowel bij de internetuitingen als de televisiecampagnes verzendt Artiq B.V. (Celldorado is de handelsnaam van Artiq) een welkomstbericht, nadat de consument de sms met 'OK' heeft gestuurd.[215] De vraag is of een dergelijke sms aangemerkt kan worden als het schriftelijk of op een duurzame gegevensdrager verstrekken van de informatie als bedoeld in artikel 7:46c lid 2 (oud) BW.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat geen gegevens op een duurzame gegevensdrager worden verstrekt. Ook de verwijzingen in de tv-uitingen naar

213 Rb. Rotterdam 14 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW8407.
214 Rb. Rotterdam 14 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW8407, zie r.o. 8.7.
215 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 8, 4.5.3.2, nr. 1 en 4.5.3.3, nr. 15.

een website waarop de informatie is te downloaden is onvoldoende, omdat dit wordt gedaan in zeer kleine letters en gedurende korte tijd. Dit geldt ook voor de informatie opgenomen in de algemene voorwaarden die is te vinden via de links op landingspagina's en zonder scrollen niet, slechts gedeeltelijk of moeilijk zichtbaar is. De Consumentenautoriteit heeft hiervoor een boete van €40.000 opgelegd.

Bezwaar en beroep. Het besluit blijft na bezwaar en beroep op dit punt in stand.[216] In hoger beroep komt deze overtreding niet meer aan de orde.[217]

(8) Garant-o-Matic

Casus. Garant-o-Matic is een postorderbedrijf dat door middel van promotionele acties haar catalogi onder de aandacht brengt.[218] Uit de catalogus kunnen consumenten producten bestellen per telefoon of per bestelbon. De acties bestaan uit mailings per post naar (potentiële) klanten. In dit geval bestaat de actie uit het ontvangen van een gratis Cd-speler tegen betaling van de verzendkosten. In de brief was één en ander echter niet duidelijk verwoord. Er staat:

> 'in deze promotie worden waardevolle elektronische producten toegekend, zoals bijvoorbeeld de Sony Bravia LCD TV t.w.v. €1.195,00. Maar ook een Apple IPod Nano MP3 speler, vele draagbare cd spelers met koptelefoon, een luxe Nokia N95 en een Canon digitale IXUS fotocamera'.

In werkelijkheid diende de consument €19,99 te betalen waarvoor hij de draagbare cd-speler ontving. Als hij de betaling deed binnen twee dagen na ontvangst van de e-mail dong hij mee naar in totaal één TV, één Nokia N95, één MP3 speler of één camera. Na een loterij zouden deze producten worden toegekend. Dat de consument binnen twee dagen diende te reageren en dat het maar om vier prijzen ging stond slechts in kleine letters op de achterzijde van de brief. De vraag is dan ook of Garant-o-Matic de artikelen 7:46c lid 1 sub b (de belangrijkste kenmerken), sub c (de prijs) en sub h (de termijn voor de aanvaarding van het aanbod), (oud) BW heeft overtreden.

Besluit. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat het hier feitelijk gaat om een promotioneel kansspel, namelijk de kans op het winnen van een TV, een MP3 speler, een Nokia telefoon of een digitale fotocamera. Uit de brief wordt niet duidelijk dat het maar om vier uit te keren prijzen gaat en dat deze prijzen pas na een loterij worden toegekend. In de kleine letters op de achterkant van de brief staat weliswaar dat het om een kansspel gaat, maar de Consumenten-

216 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358 (*Celldorado*), zie r.o. 5.5.
217 CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285.
218 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 15 en 4.5.3.4, nr. 6.

autoriteit acht dit niet in overeenstemming met artikel 7:46c lid 1 sub b (oud) BW.[219]

Evenmin is, overeenkomstig artikel 7:46c lid 1 sub h (oud) BW op duidelijke wijze de termijn voor de aanvaarding van het aanbod dan wel de termijn voor het gestand doen van de prijs, bepaald. In het aanbod wordt een termijn van zeven dagen genoemd waarbinnen de consument moet reageren om het 'pakket dat voor u klaar staat' te ontvangen. Het reglement geeft echter aan dat de prijzen worden toegewezen aan consumenten die binnen twee dagen reageren. Daarnaast vermeldt het reglement ook dat de promotie loopt van 1 augustus tot en met 31 augustus 2008. Dus ook consumenten die daarna nog meedoen, ontvangen de cd-speler. Consumenten die binnen zeven-dagen-termijn, maar na twee dagen de € 19,99 betaalden ontvingen de cd-speler. Deze zeven-dagen-termijn is onjuist, onduidelijk en onbegrijpelijk voor de consument.[220]

Ten slotte oordeelt de Consumentenautoriteit dat Garant-o-Matic verwarring heeft gezaaid omdat zij suggereerde dat de consument die binnen zeven dagen reageert een van de opgesomde prijzen zou ontvangen. Het is de consument daarom niet duidelijk voor welk product of welke dienst hij de prijs van € 19,99 betaalt. Hiermee is artikel 7:46c lid 1 sub c BW overtreden.[221] De Consumentenautoriteit verhoogt, naar aanleiding van het overtreden van de informatieplichten, de totale boete die zij oplegt op grond van de hierna te bespreken overtredingen van de Wet Oneerlijke handelspraktijken met 20%. Feitelijk komt de boete voor het niet voldoen aan de informatieplichten neer op een bedrag van € 20.000.

(9) Gewoon Energie

Casus. Gewoon Energie is wederverkoper die klanten energie-gerelateerde producten en diensten aanbiedt. De vraag is of Gewoon Energie de informatie omtrent het herroepingsrecht voldoende en op begrijpelijke wijze heeft verstrekt.

Besluit. De ACM oordeelt dat Gewoon Energie artikel 6:230m lid 1 sub h juncto 6:230o lid 1 sub c BW niet in acht heeft genomen.[222] Onder 'Vraag en Antwoord' wordt 'een bedenktermijn van 7 dagen' genoemd, terwijl dit een termijn van 14 dagen dient te zijn. Daarnaast wordt naar de herroepingstermijn slechts verwezen in de algemene voorwaarden en onder 'Vraag en Antwoord'. Geen informatie over de herroepingstermijn wordt verstrekt tijdens het bestelproces op de website. Gewoon Energie maakt onvoldoende duidelijk op welke manier, binnen welke termijn en onder welke voorwaarden de overeenkomst kan worden ontbonden. De informatie die wordt verstrekt is vervolgens ook nog onjuist. De ACM legt een last onder dwangsom op die inhoudt dat binnen twee weken na verzending van het besluit de website aangepast moet zijn.

219 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10, zie r.o. 7.1.1.
220 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10, zie r.o. 7.1.2.
221 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10, zie r.o. 7.1.3.
222 Sanctiebesluit 29 juli 2015 inzake Gewoon Energie, ACM/DC/2015/204593.

Commentaar. Vergelijkbare overwegingen zijn te vinden in het besluit inzake Energieflex.[223]

(10) Huurbegeleiding

Casus. Huurbegeleiding is eigenaar van een website waarop huurwoningen worden aangeboden. Consumenten kunnen tegen betaling zich laten registreren op die website. Na registratie worden de consumenten telefonisch benaderd voor – onder meer – het ondertekenen van een akte van cessie. De strekking van de akte is dat de consument de loonvordering op zijn werkgever zowel cedeert aan Huurbegeleiding voor het incasseren van haar honorarium als aan toekomstige verhuurders in het geval van achterstallige huurpenningen. Op de website van Huurbegeleiding is in de algemene voorwaarden onder artikel 12 'Opzegging' opgenomen dat indien binnen de wettelijke bedenktijd een borgstellingsdocument is opgemaakt een bedrag van € 181,50 is verschuldigd.

De ACM heeft onderzoek gedaan naar de vraag of Huurbegeleiding zich houdt aan de consumentenregels.[224]

Besluit en bezwaar. De ACM oordeelt dat consumenten binnen de wettelijke bedenktijd niet kosteloos kunnen opzeggen. Dat Huurbegeleiding al uitvoering zou hebben gegeven aan de overeenkomst binnen de wettelijke bedenktijd doet hier niet aan af. Dit is een overtreding van artikel 6:230s lid 5 onder a BW. Bij uitoefening van het recht van herroeping is een consument alleen een evenredig bedrag verschuldigd als sprake is van een uitdrukkelijk verzoek van de consument tot nakoming van de overeenkomst tijdens de herroepingstermijn en als de handelaar vooraf de informatie heeft verstrekt over de voorwaarden, de termijn en de modaliteiten voor de uitoefening van het herroepingsrecht. Aan deze voorwaarden is niet voldaan. De ACM legt huurbegeleiding een boete op van € 100.000. In bezwaar blijft het besluit in stand.[225]

(11) T.O.M.

Casus. T.O.M. B.V. verkoopt verschillende producten, zoals fietsen, sportartikelen, kleding en speelgoed, via diverse verkoopkanalen, waaronder ook webwinkels. Consumenten die hun online bestelling retour hadden gezonden en contact opnamen om te vragen waar hun geld bleef, kregen te horen dat zij hun retourzending niet conform de retourprocedure hadden aangeboden. Zo hadden bijvoorbeeld consumenten hun IBAN-nummer niet doorgegeven.[226] In deze gevallen betaalde T.O.M. het geld niet terug, maar kregen de consumenten een

223 Sanctiebesluit 14 september 2015 inzake Energieflex, ACM/DC/2015/204709.

224 Sanctiebesluit 26 mei 2016 inzake Financial Media en Huurbegeleiding, ACM/DJZ/2016/202336_OV. Zie voor bespreking van dit besluit ook par. 4.5.3.2, nr. 5 en 4.5.3.3, nr. 13.

225 Besluit op bezwaar 6 december 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/207273_OV.

226 Sanctiebesluit 9 juni 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/403307_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.2, nr. 6 en par. 4.5.3.3, nr. 14.

waardebon. Ook betaalde T.O.M. in verschillende gevallen niet de leveringskosten terug.

Besluit en bezwaar. De ACM beoordeelt naast de vraag of T.O.M. consumenten geen misleidende informatie heeft verstrekt over het recht op ontbinding bij overeenkomsten op afstand, de vraag of T.O.M. consumenten die overeenkomst hebben ontbonden heeft terugbetaald en of dit tijdig is gebeurd. De ACM heeft geconstateerd dat als consumenten niet bij T.O.M. klaagden, aan hen in het geheel niet werd terugbetaald. Wanneer consumenten wel klaagden, betaalde T.O.M. te laat het geld terug. De ACM legt T.O.M. voor de overtreding van artikel 6:230r BW een basisboete op van €200.000. De boete wordt gematigd tot €160.000 als gevolg van de samenhang met de andere boetes in dit besluit. In bezwaar blijft de boete overeind.[227]

(12) Shoebaloo e.a.[228]

Casus. Shoebaloo verkoopt online verschillende producten aan consumenten, waaronder schoenen en tassen. Via de website kunnen consumenten afbeeldingen bekijken van de producten en de producten bestellen. In het kader het speerpunt van de ACM 'de online consument' heeft de ACM onderzoek gedaan naar websites om te zien of zij de gewijzigde regelgeving omtrent het recht van ontbinding naleven. Shoebaloo geeft op twee plekken informatie over het recht van ontbinding. De ACM beoordeelt de vraag of de informatie beantwoordt aan artikel 6:230m BW.

Besluit en bezwaar. Op de website van Shoebaloo is op twee plekken informatie te vinden over ontbinding. De pagina 'Returns & Exchanges' is via een gelijknamige link aan de onderkant van de homepage op de website beschikbaar. De link is permanent beschikbaar tot het moment waarop de consument in het betaalscherm is. Alleen de informatie die via deze link direct zichtbaar is, dat wil zeggen zonder dat verder hoeft te worden doorgeklikt, wordt voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst verstrekt op een wijze die volgens ACM duidelijk en begrijpelijk is in de zin van artikel 6:230m lid 1 BW. De andere plek, de pagina 'Terms & Conditions' voldoet niet aan het eerste criterium van artikel 6:230 lid 1 BW. Niet duidelijk is dat onder deze link informatie te vinden is met betrekking tot het recht van ontbinding.

Voorts dient de inhoud van de informatie op deze twee plekken juist te zijn. Zo is de informatie aangaande de retour termijn onjuist. Shoebaloo meldt

227 Besluit op bezwaar 24 november 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/206888_OV.

228 De ACM heeft ook boetes opgelegd aan Coolcat, Bever, voormalig eigenares van Hipvoordeheb en eigenares van Kiesdejuistesportbh (nu: bhsupport.nl). Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Coolcat, ACM/DJZ/2016/205693_OV; Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Bever, ACM/DJZ/2016/205691_OV; Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Hipvoordeheb, ACM/DJZ/2016/205645; Besluit op bezwaar 19 januari 2017 inzake Hipvoordeheb, ACM/DJZ/2017/200172_OV; Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake KiesdejuistesportBH, ACM/DJZ/2016/205695; Besluit op bezwaar 19 januari 2017 inzake Kiesdejuistesportbh, ACM/DJZ/2017/200174_OV.

> dat de producten binnen 14 dagen retour ontvangen moeten zijn, terwijl artikel 6:230s lid 1 BW bepaalt dat tot veertien dagen na het uitbrengen van de verklaring tot ontbinding van de overeenkomst, als bedoeld in artikel 6:230o lid 3 BW, de door hem ontvangen zaken terugzenden naar de handelaar of aan hem overhandigen. Ten onrechte worden ook producten met korting uitgezonderd van het recht van ontbinding (artikel 6:230p, aanhef en onder f, BW). Daarnaast blijkt niet duidelijk dat de kosten voor het retourneren van producten voor rekening van de consument komen. Dit is slechts toegestaan als de consument hiervoor vooraf voldoende duidelijk is geïnformeerd. De ACM legt, vanwege samenhang van de overtredingen, een gematigde boete op van € 72.000.[229] In bezwaar blijft het besluit in stand.[230]

Afronding

De ACM heeft met betrekking tot artikel 6230m e.v. BW (artikel 7:46c (oud) BW) verschillende besluiten genomen. Alleen naar aanleiding van het besluit inzake Fotosessie heeft de bestuursrechter met betrekking tot artikel 7:46c (oud) BW een uitspraak gedaan. De boete is in beroep verlaagd.

Op duidelijke en begrijpelijke wijze dienen de genoemde gegevens te worden verstrekt, waarvan het commerciële oogmerk moet blijken. In hoeverre scrollen binnen een sms, het aantal klikken per link, de grootte van het lettertype, nog voldoen aan het op duidelijke en begrijpelijke wijze kenbaar maken van de vereiste informatie blijft een punt van discussie. Naar mijn mening is dit het gevolg van de gekozen sanctie: de boete. Voordat een boete opgelegd kan worden, dient op grond van het legaliteitsbeginsel helder te zijn wanneer een bepaling overtreden wordt. Het gaat dan ook om de invulling van het op 'duidelijke en begrijpelijke' wijze verstrekken van informatie. De ACM zou partijen op de markt tegemoet kunnen komen met (nadere) beleidsregels, maar ik acht het weinig zinvol om in beleidsregels vast te leggen hoeveel maal 'doorklikken' nog toelaatbaar is. Mijns inziens kan beter gezocht worden naar alternatieve wijzen van sanctioneren, waarbij ook meer rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Gedacht kan worden aan informele gesprekken,[231] of het opleggen van een last onder dwangsom in plaats van een boete. In hoofdstuk 6 zal ik enkele mogelijkheden nader bespreken.[232]

229 Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Shoebaloo, ACM/DJZ/2016/205657_OV.

230 Besluit op bezwaar 9 februari 2017 inzake Shoebaloo, ACM/DJZ/2017/200716_OV.

231 Zie als voorbeeld ook het bericht van de ACM 11 mei 2016 inzake maaltijdboxen https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15797/Consument-kan-makkelijker-van-maaltijdbox-af-dankzij-ACM/.

232 Zie par. 6.3.2.

4.5.2.5 Ongevraagde commerciële communicatie

Artikel 7:46h (oud) BW bevat voorschriften omtrent ongevraagde commerciële communicatie met het oog op de totstandkoming van een koop op afstand. Het eerste lid bepaalt dat de identiteit van de verkoper en het commerciële oogmerk van de communicatie op duidelijke en begrijpelijke wijze dienen te worden meegedeeld. In lid 4 wordt aangegeven dat dit ook bij elektronische berichten dient te worden vermeld. Op grond van het tweede lid dient voor het benaderen van natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf voorafgaande toestemming te worden verkregen. Deze bepaling is ex artikel 7:46i (oud) BW ook van toepassing op overeenkomsten tot het verrichten van diensten.

(1) UPC Nederland

Casus. UPC heeft, zoals hierboven reeds beschreven, in de periode van 1 januari 2007 tot en met 1 april 2007 een groot aantal abonnees van analoge televisie benaderd voor de verkoop van een abonnement op digitale televisie.[233] Hierbij gebruikte UPC colportage en telefonische verkoopmethoden. De telefoongesprekken beginnen over het algemeen met de vraag '*mag ik u iets leuks aanbieden*'. Vervolgens worden er nog enkele vragen gesteld over televisiekijken, waarna de vraag volgt of men gratis kennis wil maken met digitale televisie. Deze gratis kennismaking houdt een abonnement in met drie maanden gratis kijken.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat het commerciële oogmerk niet wordt vermeld zoals dat op grond van artikel 7:46h lid 1 juncto 7:46i lid 1 (oud) BW vereist is. Er wordt een boete opgelegd van € 45.000.

(2) Pretium

Casus. Pretium Telecom[234] is na het vrijgeven van de vastnetabonnementen door de invoering van de zogenaamde WLR, zich gaan begeven op de markt voor vaste telefoonabonnementen. Via telemarketing probeerde Pretium nieuwe klanten te werven. Pretium deelde bij deze telefoongesprekken haar identiteit noch het commerciële oogmerk mee.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat onvoldoende duidelijk was voor consumenten dat zij een nieuwe overeenkomst met een nieuwe partij afsloten. Voor de overtreding van artikel 7:46h lid 1 juncto 7:46i lid 1 (oud) BW krijgt Pretium een boete van € 45.000 opgelegd. Eveneens wordt er een last onder dwangsom opgelegd. Na de bezwaarprocedure blijft het besluit ongewijzigd in stand.

---

233 Sanctiebesluit 23 april 2008 inzake UPC, CA/NCB/17. Zie voor dit besluit par. 4.5.2.4, nr. 1.

234 Sanctiebesluit 4 december 2008 inzake Pretium Telecom B.V., CA/NB/22/200. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 3.

Beroep. De rechtbank stelt vast dat de begrippen 'identiteit van de verkoper' en 'het vermelden van het commerciële kenmerk', in artikel 7:46h lid 1 (oud) BW in onderlinge samenhang dienen te worden bezien.[235] De rechtbank oordeelt dat de opgelegde last onder dwangsom inhoudende dat 'indien er bij de consument verwarring ontstaat over deze identiteit of over de gedane commerciële mededeling, deze verwarring door de callcentermedewerker wordt weggenomen', verder gaat dan voor het herstel van de overtreding noodzakelijk is en voor dat deel dan ook niet opgelegd had mogen worden. De bepaling gaat niet zover dat de callcentermedewerker er voor dient te zorgen dat de consument de mededeling ook begrijpt. Op dit punt vernietigt de rechtbank het besluit. Voor het overige laat de rechtbank de boete en de last onder dwangsom in stand.

Hoger beroep. Het CBb volgt de rechtbank niet in de uitleg dat de begrippen 'identiteit van de verkoper' en 'commerciële oogmerk', in onderlinge samenhang dienen te worden bezien. De enkele vermelding van de bedrijfsnaam is niet zonder meer voldoende voor de bekendmaking van de identiteit, zeker gezien de geringe naamsbekendheid van Pretium.[236] De verlaging door de rechtbank in verband met de uitlating van medewerkers in het televisieprogramma Kassa met 25% acht de rechtbank te hoog. 5% doet meer recht aan de situatie evenals een verlaging van 30% wegens overschrijding van de redelijke termijn. De boete komt uit op € 32.750. Het besluit met de last onder dwangsom is, aldus het CBb, door de rechtbank terecht gedeeltelijk vernietigd.

(3) OX-2 International

Casus. OX-2 International benadert consumenten via de MSN-vriendenlijst van andere consumenten.[237] Het lijkt hierbij alsof deze reclame berichten van een bekende afkomstig is en er een cadeau wordt aangeboden. De werkelijkheid is echter dat degene die een gratis ringtone wil krijgen of een prijs wil winnen, een betaald sms-abonnement dient af te sluiten.

Besluit. Door de ontvangers was geen toestemming verleend. Dat derden hun MSN-lijst indirect ter beschikking stelden doet hier niet aan af. In strijd met artikel 7:46h lid 2 (oud) BW heeft OX-2 International geen toestemming gekregen van de geadresseerden. Evenmin is, in strijd met artikel 7:46h lid 4 sub a BW, de identiteit genoemd. Samen met artikel 3:15e lid 1 sub a, b, c en d (oud) BW krijgt OX-2 International een boete van € 65.000 opgelegd voor overtreding van artikel 7:46h lid 2 en 4 sub a (oud) BW.

235 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528.
236 CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:278.
237 Sanctiebesluit 5 december 2008 inzake Realtonekado.nl, CA/NCB/137/135.

(4) NEM

Casus. De NEM probeerde, na de liberalisatie van de energiemarkt, nieuwe klanten te werven voor gas en elektriciteit.[238] Dit gebeurt door middel van cold calling, endorsed calling en special calling. Bij cold calling wordt gerefereerd aan het voorrecht van het wonen in een bepaalde wijk waardoor er een speciaal aanbod zou gelden. Bij endorsed calling en special calling wordt niet de eigen identiteit genoemd maar de identiteit van de huidige leverancier.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat artikel 7:46h lid 1 (oud) BW is overtreden doordat de identiteit en het commerciële oogmerk onvoldoende duidelijk zijn vermeld. De boete bedraagt €70.000.

Bezwaar en Beroep. In bezwaar en beroep wordt de bezwaren tegen de boete ongegrond verklaard. De rechtbank overweegt in beroep nog dat het standpunt van de NEM, dat deze informatie ook tijdig is als deze vertrekt wordt bij het welkomstpakket, binnen de bedenktijd, onjuist is. De bedenktijd is er niet voor bedoeld om dergelijke verplichtingen na te komen.[239]

(5) Lecturama

Casus. Lecturama biedt via telemarketing, per post en internet hobby- en verzamelpakketen aan. Lecturama maakt gebruik van call-centers. In de instructies staat dat niet teveel over de vervolgzendingen gesproken mag worden. Lecturama hanteert koude en warme scripts. Het warme script is naar aanleiding van een enquête. De vraag is of het commerciële oogmerk vroeg genoeg duidelijk is gemaakt.

Besluit. De ACM stelt vast dat de gebruikte scripts commercieel van oogmerk zijn. Dit oogmerk wordt echter niet duidelijk aan het begin van het gesprek meegedeeld zoals is vereist op grond van artikel 7:46h BW (oud). Pas met het doorlopen van het hele script kan de consument er achter komen dat het om een commercieel gesprek gaat. De ACM legt een boete van €70.000 op voor overtreding van artikel 7:46h lid 1 (oud) BW.[240]

Commentaar. De opzet van Lecturama is om het voor de consument zo onduidelijk mogelijk te maken. Dit staat namelijk in de instructies aan het callcenter. Hiervoor zijn de boetes bedoeld.

238 Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake Nederlandse Energie Maatschappij, CA/NB/527/29. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.2, nr. 2 en 4.5.3.4, nr. 1.

239 Zie overweging 8.6.2.

240 Sanctiebesluit 30 april 2015 inzake Lecturama, ACM/DJZ/2015/202277_OV. Zie ook par. 4.5.3.3, nr. 16.

Afronding
Met betrekking tot artikel 7:46h (oud) BW heeft de ACM een aantal besluiten genomen. Alleen naar aanleiding van het besluit inzake NEM is er beroep aangetekend. In beroep zijn de aangevoerde gronden tegen deze boete echter ongegrond verklaard.

4.5.2.6 Artikel 23 Luchtvaartverordening

Uit de Luchtvaartverordening vloeien rechtstreeks, voor privaatrechtelijke verhoudingen relevante, informatieverplichtingen voort. Op grond van artikel 23 lid 1 van de Luchtvaartverordening[241] dient een aanbieder van passagiersvluchten de definitieve door de passagiers te betalen prijs bekend te maken. Deze prijs omvat de geldende passagiers- of luchttarieven en alle toepasselijke belastingen en heffingen, toeslagen en vergoedingen die op het tijdstip van publicatie onvermijdbaar en onvoorzienbaar zijn. In ieder geval dienen de passagiers- of luchttarieven, belastingen, luchthavengelden en andere heffingen, toeslagen of vergoedingen te zijn gespecificeerd. Facultatieve prijstoeslagen dienen op duidelijke, transparante en ondubbelzinnige wijze te worden vermeld. In overweging 16 van de Luchtvaartverordening staat dat klanten in staat gesteld moeten worden om de tarieven voor luchtdiensten van verschillende luchtvaartmaatschappijen daadwerkelijk te vergelijken. De totale prijs die klanten moeten betalen moet daarom steeds worden aangegeven inclusief belastingen, heffingen en vergoedingen.

Sinds mei 2013 is transparantie van prijzen in de reisbranche één van de speerpunten van de ACM. Prijzen van vliegtickets vormen hiervan een belangrijk onderdeel.

(1) Ryanair

Casus. Het betreft de vraag of de vermelding van de prijzen van vliegtickets op de website van Ryanair in overeenstemming is met artikel 23 Luchtvaartverordening. Er zijn bijkomende kosten voor verschillende vormen van betalen, het inchecken en vormen van belasting.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat gaandeweg het boekingsproces pas blijkt dat er bijkomende kosten zijn.[242] De uiteindelijk te betalen prijs correspondeert niet met de aanvankelijk vermelde heen- en terugreisprijzen. Het gaat met name om '*online inchecken*', 'EU261 heffing', 'ETS

241 Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap, *Pb* L 293/3.

242 Sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 7, par. 4.5.2.3, nr. 1, par. 4.5.3.3, nr. 11, 4.5.3.4, nr. 5.

heffing' en 'Belastingen/Toeslagen'. Onderaan boekingspagina 2 wordt de totaalprijs zichtbaar. Op deze pagina is nog opgenomen dat 'Optionele kosten zoals administratiekosten en toeslagen voor ingecheckte bagage zijn niet opgenomen'. De Consumentenautoriteit stelt vast dat de consument € 6 administratiekosten dient te betalen, afhankelijk van de betaalwijze. De enige betaalwijze die voor consumenten in Nederland geen administratiekosten met zich meebrengt is de Prepaid Mastercard. Dit is echter, naar het oordeel van de Consumentenautoriteit, geen gangbaar betaalmiddel. De bezwaren van Ryanair zijn op dit punt ongegrond verklaard.[243]

Beroep. Ryanair voert aan dat de consument op dezelfde pagina zowel een prijs exclusief kosten als een prijs inclusief alle vaste en onvermijdbare kosten te zien krijgt. Van misleiding is volgens hen geen sprake.[244] Daarnaast is de Prepaid Mastercard wel een reële betalingsmogelijkheid zodat de administratiekosten vermijdbare kosten zijn. Ten onrechte zou de BAC in zijn advies de term gangbaar betaalmiddel gehanteerd hebben.

De rechtbank verwijst naar het Air Berlin arrest van het Hof van Justitie van de EU.[245] Hierin heeft het Europese Hof van Justitie overwogen dat bij een elektronisch boekingssysteem, zoals in deze zaak aan de orde, de te betalen definitieve prijs bij elke vermelding van de prijzen van de luchtdiensten moet worden aangegeven, ook bij de eerste vermelding daarvan. Gelet op artikel 23 Luchtvaartverordening en de uitleg van het Hof oordeelt de rechtbank dat de definitieve prijzen niet vermeld stonden.

Met betrekking tot de administratiekosten voor het gebruik van het betalingsmiddel oordeelt de rechtbank dat de gangbaarheid van het betaalmiddel van belang is. De rechtbank overweegt dat de Prepaid Mastercard destijds beschikbaar was voor de Nederlandse consument. De ACM heeft niet kunnen aangeven wat volgens haar qua beschikbaarheid het omslagpunt is en wanneer een betaalmiddel wel gangbaar is. Dit geldt temeer daar de ACM zelf heeft aangegeven dat inmiddels (ten tijde van het beroep) de Prepaid Mastercard voldoende beschikbaar is en dus gangbaar. De rechtbank verlaagt de boete dan ook tot € 10.000.

Commentaar. De vraag die hier centraal staat is, is wat een gangbaar betaalmiddel is. De ACM dient duidelijk aan te geven wanneer sprake is van een gangbaar betaalmiddel en wanneer niet.[246]

243 Besluit op bezwaar 24 oktober 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/27.
244 Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868.
245 HvJ EU 15 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:11.
246 In hoger beroep wordt over wat een gangbaar betaalmiddel is niet meer geprocedeerd, zie CBb 10 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:103.

(2) KLM

Casus. KLM heeft met tarieven voor vliegtickets geadverteerd waarin de boekingskosten van € 10 per ticket niet waren opgenomen. Deze kosten werden pas aan het einde van het boekingsproces door KLM kenbaar gemaakt.

Besluit en bezwaar. De ACM heeft een boete opgelegd van € 200.000 voor overtreding van artikel 23 lid 1 Luchtvaartverordening.[247] Artikel 23 lid 1 Luchtvaartverordening heeft tot doel om consumenten in staat te stellen de prijzen van de vliegtickets te vergelijken. De prijs die consumenten moeten betalen voor de vliegtickets moet daarom worden weergegeven inclusief de kosten die voorzienbaar en onvermijdbaar zijn. De bezwaren van KLM worden ongegrond verklaard.

Beroep. KLM voert aan dat de ACM geen boete op had mogen leggen omdat de boekingskosten niet onvermijdbaar en voorzienbaar zijn. Via andere verkoopkanalen worden andere boekingskosten in rekening gebracht.[248] Consumenten die op de website de beschikbaarheid en kosten van de vlucht hebben bekeken, kunnen bijvoorbeeld telefonisch bestellen. De rechtbank overweegt dat de prijzen van de boekingskosten wellicht verschillen, maar deze boekingskosten overstijgen in ieder geval het bedrag van € 10 per vliegticket dat in rekening wordt gebracht bij het boeken van een ticket via internet. Deze kosten zijn dan ook niet vermijdbaar. Deze kosten hadden in de prijs opgenomen dienen te worden. Dit is anders als het om een bedrag van € 10 per boeking gaat. Immers, dan kunnen meer tickets worden aangeschaft en dan zijn de boekingskosten per ticket lager. KLM heeft in strijd gehandeld met artikel 23 lid 1 Luchtvaartverordening.

De boete wordt verlaagd omdat de boete ziet op een periode langer dan waarvoor de ACM bewijs heeft geleverd. De boete wordt vastgesteld op € 150.000.

(3) WTC

Casus. World Ticket Center (WTC) biedt op haar website vliegtickets en andere reisproducten aan. Bij de prijzen van tickets staat een 'i'. Onderaan de pagina staat bij 'i':

> 'Voor telefonische boekingen geldt € 0 customer service charge (csc). Voor online boekingen geldt er € 10 tot € 40 csc pp. Afhankelijk van uw klantniveau/soort, gelden er boekingskosten per boeking. Telefonisch/online nieuwe klant € 45/39, bronze € 30/25, silver € 30/15, gold member € 0.'

247 Sanctiebesluit 10 september 2014 inzake KLM, ACM/DJZ/2014/204921_OV.
248 Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1871.

Wanneer men doorklikt op de blauwe 'i' volgt een uitleg over bronze, silver en gold members. Aan het einde van het boekingsproces volgen vervolgens nog boekingskosten.

Besluit. De ACM is van oordeel dat WTC in strijd handelt met artikel 23 Luchtvaartverordening door niet de onvermijdbare en voorzienbare kosten direct te vermelden.[249] De ACM verwijst hierbij naar de lezing van de Reclamecode Reisaanbiedingen, waarin staat dat ten aanzien van kosten waarvan de hoogte niet vooraf kan worden berekend, omdat deze afhankelijk is van bepaalde keuzes van de consument, de bijkomende kosten per boeking naast of onder de geadverteerde prijs op transparante wijze gespecificeerd dienen te worden.

In het kader van de *customer service charge* ('csc') heeft WTC opgemerkt dat zij de voorkeur geeft aan telefonische boekingen omdat zij dan de wensen van de klant beter kan inschatten. De kosten zijn dan ook vermijdbaar, aldus WTC. Ook de boekingskosten zijn niet voorzienbaar omdat het bij aanvang van de boeking niet duidelijk is welk klantniveau de betreffende consument heeft.

De ACM kan het betoog van WTC niet volgen. Dat een consument na het bezoeken van de website telefonisch zou boeken is een onwaarschijnlijke theoretische mogelijkheid. Ook de boekingskosten zijn niet onvoorzienbaar, zeker voor nieuwe klanten niet. WTC dient zo snel als mogelijk de totaalprijs inclusief de boekingskosten aan de consument te laten zien.

De ACM legt WTC een boete op van €200.000 voor de overtreding van artikel 23 lid 1 Luchtvaartverordening. De ACM legt ook een last onder dwangsom op.

Commentaar. In het licht van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de KLM zaak is het een interessante vraag of de kosten met betrekking tot de *customer service charge* (csc) en de boekingskosten onvermijdbaar en voorzienbaar zijn. Immers er is een mogelijkheid om telefonisch te boeken en zo de csc te ontlopen. Ook de boekingskosten zijn niet direct in te schatten omdat dit afhankelijk is van het aantal personen dat boekt en afhankelijk van het klanten niveau. Het blijft lastig om boetes op normen te zetten die ruimte laten voor verschillende interpretaties. Om tegemoet te komen aan de marktpartijen zou de ACM beleidsregels kunnen opstellen en mogelijk de regels kunnen coördineren met de Reclame Code Commissie. Naar mijn mening voert het te ver om gedetailleerde beleidsregels op te stellen. De oplossing kan beter gezocht worden in de wijze van sanctioneren. Gedacht kan worden aan het voeren van informele gesprekken of het opleggen van een last onder dwangsom in plaats van een boete. Bij een last onder dwangsom wordt immers nog een termijn gegund aan de overtreder, daarnaast heeft de ACM de mogelijkheid om de overtreden regels nader te expliciteren.

249 Sanctiebesluit 11 december 2014 inzake WTC, ACM/DJZ/2015/200199. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.2, nr. 3.

(4) Corendon

Casus. Corendon International Travel B.V. (hierna: 'Corendon') biedt naast pakketreizen ook losse vliegtickets aan. Voor deze beide diensten heeft de ACM tussen 20 augustus 2015 en 9 februari 2016 de website van Corendon onderzocht en met betrekking tot de prijzen van de losse vliegtickets getoetst aan artikel 23 Luchtvaartverordening.[250] Corendon heeft tussen 22 december 2015 en 9 februari 2016 € 3 servicekosten per segment per boeking gerekend. De prijs van de vliegtickets is per persoon. De vraag is of het gaat om vermijdbare kosten en of deze kosten duidelijk vermeld zijn.

Besluit. De ACM oordeelt dat de servicekosten in beginsel variabele onvermijdbare en voorzienbare kosten zijn.[251] Corendon kan dan ook volstaan met weergave van deze kosten direct bij de prijs van het vliegticket op transparante wijze alsmede de hoogte daarvan. Na selectie van de gewenste vlucht(en), komen de servicekosten vast te staan en moet Corendon de servicekosten (in ieder geval) opnemen in de prijs van het vliegticket. Corendon heeft weliswaar de bijkomende servicekosten op de twee pagina's in het online zoekproces voor vliegtickets vermeld, maar zij heeft nagelaten deze kosten direct bij de prijs op transparante wijze weer te geven alsmede de hoogte ervan, terwijl zij de kosten niet heeft opgenomen in de prijs. De consument had derhalve vanaf het begin geen volledig beeld van de definitieve prijs waardoor hij niet in staat was de prijzen van vliegtickets van Corendon in een vroeg stadium daadwerkelijk met de prijzen van andere aanbieders te vergelijken. Corendon krijgt voor de overtreding van artikel 23 Luchtvaartverordening een boete van € 150.000 opgelegd.

4.5.2.7 Conclusie

De informatieplichten in de precontractuele fase beogen consumenten te voorzien van 'basale' informatie omtrent de transactie. De overtredingen van artikel 3:15d BW betreffen met name de vraag of de handelsnaam, het KvK-nummer, het BTW-nummer en de contactgegevens al dan niet duidelijk vermeld zijn.[252] Uit de wetsgeschiedenis[253] en ook uit de civiele rechtspraak[254] volgt dat het stelsel van artikel 3:15d BW in samenhang met artikel 6:227b BW ertoe strekt de consument bescherming te bieden tegen ongewilde bedieningshandelingen en de verplichting zeker te stellen om de website zo in te richten dat die onbedoelde handelingen traceerbaar en herstelbaar zijn.[255] Eén en ander is er op gericht om te bewerkstelligen dat de wil van de koper in overeenstem-

250 Sanctiebesluit 13 juli 2016 inzake Corendon, ACM/DJZ/2016/203244_OV. Zie ook par. 4.5.3.3, nr. 12.
251 Sanctiebesluit 16 juni 2016 inzake Corendon, ACM/DJZ/2016/203244_OV.
252 Zie par. 4.5.2.1.
253 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, nr. 3, p. 55 en 56.
254 Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368.
255 Zie par. 4.5.2.2.

ming is met diens elektronische verklaringen. Artikel 3:15d BW legt ook de plicht aan de verkoper op om de website zo in te richten dat fouten snel kunnen worden achterhaald en hersteld.[256]

In het civiele recht heeft de rechter, bij de beantwoording van de vraag of gegevens 'rechtstreeks en permanent' zijn verstrekt, de mogelijkheid om de belangen van beide partijen af te wegen, onder meer op grond van de redelijkheid en de billijkheid.[257]

De ACM zal als bestuursrechtelijke handhaver een (dergelijke) belangenafweging niet, althans in veel geringere mate, kunnen maken. Zij dient, als gevolg de tot haar ter beschikking staande handhavingsmiddelen zoals de boetes, een consequent en eenvormig handhavingsbeleid te hanteren. Bezien in het licht van het legaliteitsbeginsel en artikel 7 EVRM dient voor marktpartijen duidelijk te zijn wanneer sprake is van een overtreding.[258]

De ACM beoordeelt alleen of professionele verkopers artikel 3:15d BW hebben geschonden en of consumenten daardoor zouden kunnen of worden benadeeld. De ACM komt tot een oordeel op basis van het uitgevoerde onderzoek door inspecteurs die alle klachten en de werkwijze van de professionele verkoper in kaart hebben gebracht. Er vindt dan ook geen beoordeling van individuele klachten plaats, maar een beoordeling van collectieve klachten en de algehele werkwijze van een professionele verkoper.

De civiele rechter stelt aan de consument die zich op internet begeeft hogere eisen dan de ACM lijkt te doen. Ook de bestuursrechter oordeelt in de Celldorado-zaak, in tegenstelling tot de ACM, dat het tweemaal doorklikken bij het zoeken naar het KvK- en het BTW-nummer voldoende transparant en eenvoudig is.[259] Het betreft hier gebruikelijke internethandelingen, aldus de rechtbank.[260]

Bij de ACM staat de vraag centraal of de te verstrekken gegevens 'rechtstreeks en permanent' toegankelijk zijn voor degene die de dienst gebruikt. De uitkomst van deze afweging zal van geval tot geval verschillen. Zo is in het besluit Sana Direct[261] het opnemen van het vestigingsadres in de algemene voorwaarden voldoende om aan artikel 3:15d lid 1 sub a BW te voldoen, maar in de latere besluiten rondom de doorverkoop van (concert)kaarten weer niet.[262] Dit geldt ook voor de plaats van vermelding van de contactgegevens (adres, KvK en BTW-nummer). De ACM oordeelt dat tweemaal moeten doorklikken naar de betreffende gegevens in strijd is met artikel 3:15d BW (Celldo-

256 Zie par. 4.5.2.1
257 Vergelijk Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368. Zie ook par. 4.5.2.1, nr. 8.
258 Zie hierover in het algemeen par. 2.7.3. Zie ook par. 4.5.2.1, nr. 8.
259 Zie par. 4.5.2.1, nr. 8.
260 Zie ook C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees Consumentenrecht: De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 512-515 en 679.
261 Zie par. 4.5.2.1, nr. 1.
262 Zie par. 4.5.2.1, nr. 6.

rado).[263] De rechtbank oordeelt in beroep dat het tweemaal doorklikken een gebruikelijke internethandeling is. In tegenstelling tot hetgeen in het Sana Direct-besluit[264] is besloten, is het opnemen van de identiteit van de onderneming en het e-mail adres achter de link 'Algemene Voorwaarden' onvoldoende.

Handhaving door middel van boetes dwingt de ACM tot een eenduidig beleid. Marktpartijen zoeken naar de grenzen van het toelaatbare, dit vraagt om een duidelijk en helder beleid. Duidelijke regels voorkomen een discussie over het aantal keren dat op een webpagina doorgeklikt dient te worden, over de grootte van het lettertype, het doorscrollen, et cetera.

Artikel 6:227b BW heeft als doel het voorkomen dat langs elektronische weg onbedoelde overeenkomsten of overeenkomsten met onbedoelde inhoud tot stand komen.[265]

De Consumentenautoriteit, na advies van de BAC, oordeelt tot tweemaal toe dat artikel 6:227b BW niet ziet op onbedoelde aanvaarding van de overeenkomst en daarom ook niet ziet op de vervolgzendingen. Uit civiele rechtspraak volgt dat de verkoper wel duidelijk dient aan te geven dat er vervolgzendingen zullen komen.[266] Dit, terwijl de ACM na bezwaar, deze vervolgzendingen schaart onder de inhoud van de overeenkomst waarop artikel 6:227b BW niet ziet.

In relatie tot artikel 6:227b BW is het moeilijk te zeggen of de civiele rechter een andere maatstaf hanteert dan de ACM. In de uitspraak van butterfly.nl[267] oordeelt de civiele rechter dat een button met spelregels en een asterisk voldoende duidelijk zijn voor de consument om te beseffen dat het welkomstpakket wordt toegestuurd en dat de klant 14 dagen de tijd heeft om te beslissen of hij daadwerkelijk lid wil worden. In het besluit Sana Direct oordeelt de Consumentenautoriteit dat er door de ondernemer een te actieve houding van de consument wordt verwacht als zij via de banner op de website komen. De vereiste informatie zal dan te gemakkelijk over het hoofd worden gezien.[268]

Met betrekking tot overeenkomsten op afstand is het van belang dat de vereiste gegevens als omschreven in artikel 6:230m BW op 'duidelijke en begrijpelijke wijze' worden verstrekt, waarbij het commerciële oogmerk moet blijken. Het betreft hier ook de vraag in hoeverre bijvoorbeeld 'scrollen' binnen een sms nog het op 'duidelijke en begrijpelijke' wijze verstrekken van de vereiste gegevens is. Het boetebeleid vraagt om consistent beleid van de ACM.

263 Zie par. 4.5.2.1, nr. 8.
264 Zie par. 4.5.2.1, nr. 1.
265 *Kamerstukken II* 2001/02, 28197. nr. 3, p. 33.
266 Rb. 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4622. Zie voor bespreking par. 4.5.2.2.
267 Rb. 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4622.
268 Zie par. 4.5.2.2, nr. 1.

Men kan zich afvragen of het opstellen van zeer gedetailleerde beleidsregels mogelijk en wenselijk is.[269]

Ook in het kader van artikel 23 Luchtvaartverordening is een dergelijk spanningsveld terug te vinden. In hoeverre zijn boekingskosten onvermijdbaar en onvoorzienbaar? In de KLM zaak is het immers mogelijk om de boekingskosten te ontlopen door telefonisch te boeken. En hoe gangbaar dient een betalingsmiddel te zijn om administratiekosten te ontlopen?[270]

Uit de wijze van handhaving van de informatieplichten kan worden afgeleid dat het perspectief van handhaving van privaatrecht door de ACM verschilt van het perspectief van de civiele rechter. Vanuit de achtergrond en de taak die de ACM heeft richt de ACM zich met name op de ondernemers die de wet overtreden, terwijl de civiele rechter de individuele omstandigheden van het geval meeweegt. De civiele rechter neemt in zijn overwegingen de eigenschappen en het gedrag van de individuele consument mee. Bij de beoordeling van de vraag of bijvoorbeeld gegevens 'op duidelijke en begrijpelijke' wijze zijn verstrekt, kan de civiele rechter de redelijkheid en billijkheid in aanmerking nemen en in samenhang daarmee de individuele omstandigheden van het geval. De ACM kan de individuele omstandigheden van het geval niet, althans slechts in geringe mate, meewegen. Als gevolg van deze verschillende achtergrond in handhaving, kunnen er verschillen in uitleg zijn (vergelijk Otto-uitspraak).[271]

De ACM legt bij de geconstateerde overtredingen in het algemeen boetes op. Boetes vragen, in het licht van het legaliteitbeginsel, om een eenduidig beleid. Dit resulteert in vragen als wanneer zijn prijzen duidelijk vermeld en zijn gegevens begrijpelijk weergegeven? Zoals uit paragraaf 4.5.2.1 volgt leidt dit tot discussies over hoeveel muisklikken nog toelaatbaar zijn (Celldorado)[272] en of scrollen binnen een sms mag (Wizz Mobile).[273] Ik vraag mij echter af of het zinvol is om beleidsregels op deze punten meer gedetailleerd te maken. Naar mijn mening zou gezocht kunnen worden naar andere vormen van handhavingsmiddelen. In paragraaf 4.6 zal ik hier nader op in gaan.

4.5.3 Wettelijke regeling oneerlijke handelspraktijken

4.5.3.1 Open normen

Zoals reeds beschreven in paragraaf 4.3.3 handhaaft de ACM, via het bestuursrecht, de Wet oneerlijke handelspraktijken. Deze wet is geïmplementeerd in

269 Zie par. 4.5.2.4.
270 Zie par. 4.5.2.6, nr. 2.
271 Zie par. 4.5.2.1, nr. 8.
272 Zie par. 4.5.2.1, nr. 8.
273 Zie par. 4.5.2.1, nr. 3.

de artikelen 6:193a tot en met 6:193j BW. Van oneerlijke handelspraktijken is sprake als een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding en het vermogen van een consument om een besluit te nemen merkbaar beperkt is of kan worden beperkt (artikel 6:193b lid 2 BW). In het bijzonder is sprake van oneerlijke handelspraktijken wanneer deze 'misleidend' of 'agressief' zijn (artikel 6:193b lid 3 BW). Deze begrippen worden grotendeels in de wet zelf ingevuld met sub-normen in niet-limitatieve lijsten. Toch bevat de wet een groot aantal open normen. Zo is een handelspraktijk oneerlijk als een handelaar in strijd handelt met de vereisten van 'professionele toewijding' en het vermogen van de 'gemiddelde consument' om een geïnformeerd besluit te nemen 'merkbaar' wordt beperkt (artikel 6:193b lid 2 sub a en b BW). In artikel 6:193c lid 2 sub b BW is neergelegd dat een handelspraktijk misleidend is als een handelaar een verplichting uit een gedragscode niet nakomt voor zover deze verplichting 'concreet en kenbaar is en de handelaar aangeeft hieraan gebonden te zijn'.[274]

In het privaatrecht wordt vrij structureel met open normen gewerkt. Het voordeel van het gebruik van open normen is dat ze flexibel zijn. Aan de hand van concrete omstandigheden van het geval worden deze normen door de rechter ingevuld. Daardoor kan van geval tot geval de invulling verschillen. De 'vaagheid' van open normen is echter niet onbegrensd. Open normen zijn afgeleid uit waarden die als richtsnoer dienen, zoals rechtvaardigheid.[275]

Nadelen van het gebruik van vage normen zijn de consequenties voor de rechtszekerheid en een te grote rechterlijke vrijheid. Hier kan tegenin gebracht worden dat de verankering van het rechterlijk oordeel in een wettelijke open norm de legaliteit waarborgt. Gewaakt moet dan ook worden voor het ondoorzichtig worden van de handhaving van open normen door het niet nader concretiseren van de open normen en algemene beginselen, aldus Van Gerven.[276] Open normen of rechtsbeginselen in regelgeving mogen geen stoplap zijn voor besluiteloosheid waarbij onderscheid op overheidsniveau wordt doorgeschoven naar bijvoorbeeld partijen die op de markt actief zijn.[277] Open normen mogen geen holle inhoudsloze termen worden waardoor niet kan worden beoordeeld op welke wijze de rechter tot rechtsvorming komt.[278] Barendrecht noemt overigens als nadeel van open normen dat de rechtsontwikkeling wordt belemmerd omdat vage normen geen stimulans zijn voor de ontwikkeling van nieuwe normen.[279] De open norm beantwoordt immers

274 Zie verder Pavillon 2011, hs 7 en 8 (met name 7.2.3).
275 Pavillon 2011, p. 2.
276 W. van Gerven & S. Lierman, *Het algemeen deel: veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Deventer: Kluwer 2010, p. 304.
277 Van Gerven & Lierman 2010, p. 304.
278 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid; beschouwing over vage en scherpe normen, over binding van het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992, p. 69.
279 Barendrecht 1992, p. 72.

ook aan eventuele nieuwe materiële normen. Vage normen kunnen daarnaast leiden tot inefficiënte conflictoplossing. Doordat onduidelijk kan zijn welke feiten relevant zijn, kan dat ertoe leiden dat partijen zoveel mogelijk feiten stellen waardoor procedures mogelijk worden verlengd.[280] Bij het hanteren van open normen zullen daarom beslissingen zorgvuldiger moeten worden verantwoord, immers daaruit volgt de invulling van de open norm.[281] Ten slotte beïnvloeden vage normen het gedrag van personen minder, omdat de onrechtmatigheid dan kan afhangen van de aard, de ernst, de duur en de schade. Hierdoor kan de rechtsgelijkheid in gevaar komen.[282]

Het spanningsveld tussen open normen en het opleggen van bestuurlijke boetes doet zich uitdrukkelijk voor in de beroepzaak van Celldorado.[283] Celldorado doet een beroep op artikel 7 EVRM (legaliteitsbeginsel) omdat de Wet oneerlijke handelspraktijken verschillende open normen bevat die zowel op communautair als nationaal rechtelijk niveau nieuw zijn. Over de interpretatie van deze normen was op het moment van de overtredingen nog geen rechtspraak beschikbaar.[284] Uit artikel 7 EVRM volgt, volgens Celldorado, dat geen bestuurlijke sanctie mag worden opgelegd indien het bestuursorgaan meent dat een open norm is overtreden. Voordat een boete opgelegd mag worden dient duidelijk te zijn voor welke overtreding een boete opgelegd kan worden. Voor Celldorado zou onvoldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn geweest hoe deze normen geïnterpreteerd dienden te worden. De BAC adviseert de Consumentenautoriteit dat het in artikel 7 EVRM besloten liggende lex certa-beginsel meebrengt dat de Consumentenautoriteit dient na te gaan of het overtreden voorschrift voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is om een overtreding te kunnen bestraffen met een bestuursrechtelijke boete.[285] Dit betekent echter niet dat de Consumentenautoriteit zover dient te gaan dat in alle gevallen waarin sprake is van vage of open termen, op voorhand, bijvoorbeeld door middel van beleidsregels, invulling aan die open normen gegeven moet worden.[286]

Pavillon merkt op dat een Europees handvat voor invulling van de open normen ontbreekt. De civiele rechter heeft daarbij nog enig houvast aan wilsgebreken en het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 6:194 (oud) BW.[287] Dit houvast zou niet gelden voor de ACM en de AFM. Deze moeten een eigen op de richtlijn afgestemde consumentvriendelijke uitleg van de normen ontwik-

280 Barendrecht 1992, p. 75.
281 Barendrecht 1992, p. 75.
282 Barendrecht 1992, p. 75. Zie ook Pavillon 2011, p. 2.
283 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358. Zie voor bespreking par. 4.5.3.3, nr. 10.
284 Zie par. 4.5.3.3, nr. 10
285 BAC-advies inzake Celldorado, zie 5.14.
286 BAC-advies inzake Celldorado, 5.14.
287 Pavillon 2011, p. 388.

kelen.[288] Gewezen wordt dan ook op het risico van parallelle invulling van de open normen door toezichthouder en bestuursrechters aan de ene kant en civiele rechters aan de andere kant. Dit zou kunnen leiden tot toepassingsverschillen.[289] Of hiervan sprake is, wordt in de onderhavige paragraaf onderzocht.

4.5.3.2 Oneerlijke handelspraktijken

Een handelspraktijk is oneerlijk indien een handelaar in strijd met de vereisten van professionele toewijding handelt en het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen hierdoor merkbaar is beperkt of kan worden beperkt. De gemiddelde consument neemt of kan hierdoor een besluit over een overeenkomst nemen dat hij anders niet had genomen (artikel 6:193b lid BW).

Wat de gemiddelde consument is, wordt niet gedefinieerd in de wet. In de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken[290] wordt in overweging 18 de gemiddelde consument omschreven als de 'gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument'. Deze overweging vloeit voort uit jurisprudentie van het Hof van Justitie.[291] In de Memorie van Toelichting op de Wet oneerlijke handelspraktijken wordt opgemerkt dat de handelaar dus geen rekening hoeft te houden met iedere consument zoals bijvoorbeeld de naïeve consument.[292] Voorts is in artikel 6:193a lid 2 BW, neergelegd dat onder de gemiddelde consument ook wordt verstaan leden van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat een specifieke groep bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of het aangeboden product. Gedacht kan worden aan kinderen of ouderen. De richtlijn biedt de mogelijkheid om bij de bepaling van de gemiddelde consument rekening te houden met de maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren in de verschillende lidstaten en op de verschillende markten.[293]

Handelspraktijken zijn in het bijzonder oneerlijk als een handelaar misleidende of agressieve handelspraktijken verricht (artikel 6:193b lid 3 BW). Wat wordt verstaan onder misleidende handelspraktijken is omschreven in de

288 Pavillon 2011, p. 388.
289 Pavillon 2011, p. 389.
290 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad.
291 Zie onder meer, HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, *Jur*. 1998, p. I-4657 (*Gut Springenheide GmbH*); HvJ EG 16 januari 1992, C-373/90, ECLI:EU:C:1992:17, *Jur*. 1992, p. I-00131 (*Nissan*).
292 *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 14.
293 Zie overweging 18 van Richtlijn 2005/29/EG.

artikelen 6:193c tot en met 6:193g BW. De omschrijving van agressieve handelspraktijken is te vinden in de artikelen 6:193h en 6:193i BW. Oneerlijke handelspraktijken zijn onrechtmatig jegens consumenten. Gangbare en rechtmatige reclamepraktijken waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen, maken een reclame op zich niet oneerlijk (artikel 6:193b, vierde lid, BW).

Aan de hand van besluiten van de ACM zal worden nagegaan hoe de ACM open normen uit de Wet Oneerlijke handelspraktijken toepast en welke bestuursrechtelijke middelen hiervoor gebruikt worden. In deze paragraaf komen besluiten aan bod waarin de ACM op grond van het algemene artikel 6:193b lid 2 BW een boete heeft opgelegd. In de daarop volgende paragrafen komen respectievelijk de misleidende en agressieve handelspraktijken aan de orde.

(1) Celldorado

Casus. Artiq Mobile B.V. ('Celldorado')[294] is een onderneming die reclame maakt voor het afsluiten van sms-diensten via internet (celldorado.com): 'IQtest', 'IQtest Facebook', 'Brainage', 'Lovetest' en 'Datameter' en via televisie: 'Relatietest', 'Bierglas', 'Ware liefde Friendfinder' en 'Beest in bed'. In de beoordeling maakt de Consumentenautoriteit een onderscheid tussen de internet- en de televisiereclames (Celldorado is een handelsnaam van Artiq). Voor het gebruik van deze diensten dient het telefoontoestel van de consument aan bepaalde eisen te voldoen.

Besluit. Celldorado krijgt, voor zowel de internet-, als de televisie-uitingen een boete van in totaal € 110.000 opgelegd voor overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW (handelen in strijd met professionele toewijding). De overtreding betreft de informatievoorziening met betrekking tot de geschikte toestellen en de kosten van de IQ-test Facebook.

Bezwaar. In bezwaar oordeelt de Consumentenautoriteit dat de boete van € 110.000 voor de overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW (professionele toewijding) gehalveerd dient te worden. De overtreding betreft de informatievoorziening met betrekking tot de geschikte toestellen en de kosten van de IQ-test Facebook. De boete wordt verminderd omdat er sprake is van (incidentele) onzorgvuldigheid en niet van een structurele tekortkoming.[295]

Beroep en hoger beroep. In beroep en hoger beroep wordt het besluit in stand gelaten.[296]

294 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 8, 4.5.2.4, nr. 7 en 4.5.3.3, nr. 10.

295 Besluit op bezwaar 3 maart 2011 inzake Celldorado, CA/NB/510/87.

296 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358. CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285.

(2) Nederlandse Energie Maatschappij (NEM)

Casus. De NEM is een nieuwe energiemaatschappij die als gevolg van de liberalisering tot de energiemarkt is toegetreden. Via telemarketing probeert de NEM klanten te werven. Als consumenten overstappen naar de NEM dienen zij een machtiging te geven voor een automatische incasso. Currence Incasso Beheer B.V., waarbij de NEM is aangesloten, is een zelfstandige organisatie die eigenaar is van collectieve nationale betaalproducten waaronder het product Incasso/ Machtigen. Currence heeft hiervoor regels opgesteld, de zogenaamde Rules & Regulations. Het betreft hier zelfregulering.

De Consumentenautoriteit heeft in de periode van 15 oktober 2008 tot en met 20 juli 2009 onderzoek gedaan naar de wervingscampagne van de NEM.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat de NEM in strijd heeft gehandeld met de vereisten van professionele toewijding door bij cold calling te vragen om een machtiging voor een periodieke automatische incasso. Dit is in strijd met de zogenaamde Rules and Regulations die Currence hanteert en ook in strijd met artikel 1.9 van de Gedragscode Consument en Energieleverancier ('Gedragscode').[297] Hiermee is artikel 6:193b lid 2 sub a BW (strijd met professionele toewijding) overtreden. De boete bedraagt €150.000. Na de bezwaarprocedure blijft het boetebesluit in stand.

Beroep. De rechtbank bekrachtigt het oordeel dat sprake is van een overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW. De rechtbank is echter, anders dan de Consumentenautoriteit, van oordeel dat op grond van de letterlijke tekst van de Gedragscode niet tot dit oordeel kan worden gekomen. De rechtbank overweegt dat een handelwijze die inhoudt dat onduidelijke redenen worden gegeven over het motief waarom consumenten naar hun rekeningnummer wordt gevraagd en dat consumenten op het verkeerde been worden gezet bij de vraag naar hun rekeningnummer niet in overeenstemming is met artikel 1.9 van de Gedragscode. De onderhavige constatering dat er een overtreding is, is echter door de Consumentenautoriteit uitdrukkelijk niet op deze overweging gebaseerd. De rechtbank vraagt zich af of sprake is van strijd met de voorwaarden van Currence. De rechtbank beantwoordt deze vraag positief. Op grond van de voorwaarden van Currence is het niet toegestaan bij cold calling te vragen om een telefonische machtiging tot automatische incasso. De rechtbank vult 'het handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding' in aan de hand van het verbod dat is opgenomen in de voorwaarden van Currence. De overtreding kan niet worden gebaseerd op artikel 1.9 van de Gedragscode.

297 Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake NEM, CA/NB/527/29. Besluit op bezwaar 20 mei 2011 inzake NEM, CA/NB/527/68. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.3, nr. 4 en 4.5.3.4, nr. 1.

(3) WTC

Casus. WTC biedt via haar website vliegtickets en andere reisproducten aan. Bij haar reizen worden de prijzen berekend inclusief annuleringsverzekering en reisverzekering. Door middel van een opt-out dienen consumenten deze optie te verwijderen.

Besluit. De ACM oordeelt dat sprake is van een overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW. WTC handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding.[298] Professionele toewijding houdt ex artikel 6:193a aanhef en onder f, BW in: het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken. Wat een normaal niveau van professionaliteit is kan worden beoordeeld aan de hand van verschillende feiten en omstandigheden zoals gedragscodes. In dit geval zijn normen neergelegd in de Reclamecode Reisaanbieding. Het naleven van een gedragscode betekent echter niet dat daarmee vaststaat dat de handelaar op het normale niveau van de voor hem geldende professionele standaard functioneert. De ACM verwijst hiervoor naar het besluit Celldorado. In het licht van de professionele toewijding mogen aan het zorgvuldig informeren van de consument hogere eisen worden gesteld dan het 'enkel' verschaffen van de informatie die op grond van de gedragscode verstrekt moet worden.[299] WTC is aangesloten bij de ANVR en de ANVR hanteert de Reclamecode Reisaanbieding. In deze code staat dat optionele extra's alleen via opt-in mogen worden aangeboden. Het was voor WTC dan ook voldoende duidelijk dat WTC niet aan de professionele standaard voldeed.

De ACM legt een boete op van € 100.000 alsmede een last onder dwangsom.

(4) Lecturama

Casus. Lecturama biedt via telemarketing, per post en internet hobby- en verzamelpakketten aan. Er is sprake van vervolgzendingen. Gedurende de onderzoeksperiode maakt Lecturama gebruik van het betaalproduct Incasso/Machtigen van Currence. Currence is een zelfstandige organisatie die eigenaar is van de collectieve nationale betaalproducten waaronder het product Incasso/Machtigen. Currence heeft hiervoor regels opgesteld, de zogenaamde Rules & Regulations. Het betreft zelfregulering. Een geldige machtiging kan schriftelijk of telefonisch worden gegeven. Bij een telefonische machtiging geldt geen schriftelijkheidsvereiste. Wel geldt dat een bedrijf een consument geen machtiging tot automatische incasso mag vragen bij ongevraagde telefonische verkoop wanneer er geen sprake is van een bestaande klantrelatie. Bij een machtiging

298 Sanctiebesluit 11 december 2014 inzake WTC, ACM/DJZ/2015/200199. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.6, nr. 3.

299 Sanctiebesluit 11 december 2014 inzake WTC, ACM/DJZ/2015/200199, randnr. 92.

via een website geldt, ten tijde van het onderzoek, wel een schriftelijkheidsvereiste. De machtiging dient uitgeprint te worden en ondertekend.

Besluit. De ACM stelt vast dat het telefonisch vragen om een machtiging voor een automatische incasso verboden is wanneer een consument ongevraagd wordt gebeld door een bedrijf en wanneer er geen bestaande klantrelatie is.[300] Dit vloeit voort uit de voorwaarden van Currence. Evenmin heeft Lecturama, bij bestellingen via de website, gevraagd om een schriftelijke bevestiging van de machtiging. De ACM legt een boete op van € 225.000 voor overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW. Er is in strijd gehandeld met het professionaliteitsvereiste.

(5) Financial Media

Casus. Financial Media is eigenaar van een website waarop huurwoningen worden aangeboden.[301] Consumenten kunnen tegen betaling zich laten registreren op die website. Na registratie worden de consumenten telefonisch benaderd voor – onder meer – het ondertekenen van een akte van cessie. Maandelijks zijn consumenten € 19,95 aan Financial Media verschuldigd. Hierbij wordt gebruik gemaakt van een automatische incasso. In de algemene voorwaarden staat dat de consument door op de hoogte te zijn van de voorwaarden Financial Media machtigt om de inschrijvingskosten te incasseren. Financial Media gaat vervolgens over tot een automatische incasso. De ACM heeft onderzoek gedaan naar de vraag of Financial Media zich houdt aan de consumentenregels.

Besluit. Op grond van de Rules & Regulations van Currence dient Financial Media een schriftelijk ondertekende machtiging van de consumenten te hebben om de vordering bij de consument te incasseren. ACM is van oordeel dat deze regels de professionele standaard van het betalingsverkeer door automatische incasso vertegenwoordigen, dat Financial Media aan deze regels gebonden was en zij hier door in strijd handelde met de professionele toewijding (artikel 6: 193b lid 2 BW). De online registratie van de consument, met invulling van verschillende gegevens en acceptatie van de algemene voorwaarden, kwalificeert niet als een schriftelijke machtiging. De ACM legt een boete op van € 200.000. In bezwaar blijft het besluit in stand.[302]

(6) T.O.M.

Casus. T.O.M. B.V. verkoopt verschillende producten, zoals fietsen, sportartikelen, kleding en speelgoed, via diverse verkoopkanalen, waaronder ook webwinkels.

300 Sanctiebesluit 30 april 2015 inzake Lecturama, ACM/DJZ/2015/202277_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 16 en 4.5.3.4, nr. 7.

301 Sanctiebesluit 26 mei 2016 inzake Financial Media en Huurbegeleiding, ACM/DJZ/2016/202336_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 13 en par. 4.5.2.4, nr. 10.

302 Besluit op bezwaar 6 december 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/207273_OV.

Consumenten die hun online bestelling retour hadden gezonden en contact opnamen om te vragen waar hun geld bleef, kregen te horen dat zij hun retourzending niet conform de retourprocedure hadden aangeboden. Zo hadden bijvoorbeeld consumenten hun IBAN nummer niet doorgegeven. In deze gevallen betaalde T.O.M. het geld niet terug, maar kregen de consumenten een waardebon. Ook betaalde T.O.M. in verschillende gevallen niet de leveringskosten terug.

Besluit en bezwaar. De ACM beoordeelt de vraag of T.O.M. consumenten geen misleidende informatie heeft verstrekt over het recht op ontbinding bij overeenkomsten op afstand en zij die de overeenkomst hebben ontbonden, heeft terugbetaald.[303] De ACM overweegt dat T.O.M. niets van zich liet horen als een retour werd afgekeurd omdat het IBAN-nummer ontbrak. De consument diende zelf contact op te nemen met T.O.M. In 130 gevallen heeft T.O.M. de consument op geen enkele wijze terugbetaald. De ACM oordeelt dat T.O.M. in strijd heeft gehandeld met de vereisten van professionele toewijding ex artikel 6:193b lid 2 BW. De ACM legt T.O.M. een boete op van € 225.000. De boete wordt, gezien de samenhang met de andere boetes, gematigd tot € 180.000. In bezwaar blijft het besluit in stand.[304]

4.5.3.3 Misleidende handelspraktijken

De definitie van misleidende handelspraktijken is neergelegd in artikel 6:193c BW. Het betreft handelspraktijken waarbij informatie, met betrekking tot de aard van het product, de kenmerken, de prijs, etc., wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. Een handelspraktijk is eveneens misleidend als er sprake is van een misleidende omissie. Dit kan het geval zijn als er essentiële informatie ex artikel 6:193e BW ontbreekt. In artikel 6:193g BW is een zwarte lijst te vinden van handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend zijn.

a. Garanties

(1) Keukenconcurrent en Keukenkampioen

Casus. De Keukenconcurrent[305] en Keukenkampioen[306] ('de Keukenconcurrent') zijn aangesloten bij de Centrale Branchevereniging Wonen (CBW). De CBW-erkende ondernemingen hanteren de algemene voorwaarden van de CBW. Deze CBW-voorwaarden zijn opgesteld in overleg met de Consumentenbond. Hierin is opgenomen dat: '1) aanbetalingen tot een maximum van 15% van de koopsom onder de CBW-garantieregeling vallen en 2) de rest van het aankoopbedrag

303 Sanctiebesluit 9 juni 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/403307_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 11 en par. 4.5.3.3, nr. 14.
304 Besluit op bezwaar 24 november 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/206888_OV.
305 Sanctiebesluit 19 november 2009 inzake Keukenconcurrent, CA/NCB/427/32.
306 Sanctiebesluit 19 november 2009 inzake Keukenkampioen, CA/NCB/426/32.

betaald moet worden bij aflevering.' De Keukenconcurrent houdt zich hier niet aan en vraagt betaling van de volledige koopsom 12 of 5 dagen voor de levering van een keuken.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c lid 2 sub b BW (zich niet houden aan kenbare, concrete gedragscode) is. De Consumentenautoriteit legt een boete op van € 110.000 (inclusief € 10.000 voor non-coöperatief gedrag) en een dwangsom van € 5.000.

Bezwaar. In het besluit op bezwaar zijn de bezwaren van de Keukenconcurrent ongegrond verklaard.[307]

Beroep. Dit besluit houdt stand in beroep, met uitzondering van de verhoging van de basisboete met € 10.000 wegens non-coöperatief gedrag van de Keukenconcurrent.[308] De overtreding zou door de houding van de Keukenconcurrent langer hebben geduurd dan nodig, waardoor een aanzienlijk groter aantal consumenten potentieel in hun belangen is geschaad. Daarnaast stelt de Consumentenautoriteit dat de Keukenconcurrent niet tijdig en duidelijk heeft aangegeven niet te willen meewerken aan een toezegging. De rechtbank overweegt echter dat de Keukenconcurrent het standpunt inneemt dat zij het niet eens is met de interpretatie van een wettelijke regel en met het oog daarop in het kader van het boetetraject een bepaalde 'proceshouding' aanneemt. Dit geeft geen aanleiding om de boete te verhogen. Voorts heeft de Consumentenautoriteit het advies van de BAC niet overgenomen. Uit de stukken blijkt bovendien niet dat eiseres heeft toegezegd mee te zullen werken aan een toezegging. De verhoging is dan ook ten onrechte.[309]

De Keukenconcurrent heeft ook aangevoerd dat de Consumentenautoriteit geen eenduidig boetebeleid heeft met betrekking tot de onderhavige overtreding. Beleidsregels ontbreken. De rechtbank overweegt dat het ontbreken van een boetebeleid niet in de weg staat aan het opleggen van een boete. Ook zonder een algemeen beleidskader geldt immers de norm dat de boete niet onevenredig mag zijn. De boete dient te voldoen aan artikel 2.21 Whc. Dit artikel geeft voldoende richting.

Hoger Beroep. De norm van artikel 11 CBW-voorwaarden is aldus het CBb voldoende kenbaar en concreet.[310] Pas bij aflevering behoeft de consument de keuken te betalen. In meer dan de helft van de gevallen is Keukenconcurrent afgeweken van de CBW-voorwaarden. De rechtbank is, aldus het CBb, dan ook

307 Besluit op bezwaar 2 juli 2010 inzake Keukenconcurrent, CA/NB/ 427/64 en besluit op bezwaar 2 juli 2010 inzake Keukenkampioen, CA/NB/426/64.

308 Rb. Rotterdam 14 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1281 (*Keukenconcurrent*) en Rb. Rotterdam 14 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1295 (*Keukenkampioen*).

309 Zie in beide zaken r.o. 2.8.4.7.

310 CBb 7 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:163.

op goede gronden tot het oordeel gekomen dat er sprake is van een overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub c BW.

De Keukenconcurrent voert aan dat de hoogte van de boete onvoldoende is gemotiveerd. Het CBb overweegt dat de ACM niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid in de thans voorliggende gevallen dienen te leiden tot het opleggen van aanzienlijke boetes van elk € 100.000. Ter zitting heeft de ACM erop gewezen dat de overtreding van het niet naleven van een verplichting uit de gedragscode in boetecategorie 4 valt volgens een door de ACM opgesteld memo. De boete bandbreedte is € 50.000 tot € 300.000. De ACM heeft met deze enkele verwijzing onvoldoende onderbouwd op welke grond de overtreding zou moeten leiden tot twee boetes van elk € 100.000. Het betreft weliswaar niet de overtreding van een beleidsregel, maar de verwijzing naar dit memo en het ontbreken van aanknopingspunten anderszins maken het naar het oordeel van het CBb dat de in het memo opgenomen boetecategorieën met bijbehorende bedragen van betekenis zijn. Gelet op de feiten, omstandigheden, de ernst en mate van verwijtbaarheid wordt de boete voor elk geval vastgesteld op € 50.000.

Commentaar. De ACM heeft de boete verhoogd met een bedrag van € 10.000 omdat de Keukenconcurrent een ander standpunt inneemt. Het innemen van een bepaald standpunt in een procedure zou niet direct hoeven te leiden tot een verhoogde boete omdat een partij zich niet coöperatief zou hebben opgesteld. Het lijkt mij niet dat een partij zou hoeven mee te werken aan haar eigen veroordeling. Deze boete is dan ook ten onrechte opgelegd, aldus de rechtbank in beroep. Wellicht is dit een voorbeeld waaruit blijkt dat de ACM bij handhaving zich te veel laat leiden door haar rol van consumentenbeschermer en niet geheel onafhankelijk opereert. Het feit dat er geen boetebeleid is, maakt nog niet dat er geen boete opgelegd kan worden, aldus de rechtbank en het CBb. De ACM wordt wel gehouden aan een (interne) memo met betrekking tot de hoogte van de boete.

(2) Mikro Electro, BCC, Scheer en Foppen, Harense Smit en De Block's

Casus. De Consumentenautoriteit heeft onderzoek gedaan naar zogenaamde bijkoopgaranties. Deze bijkoopgaranties verlengen de fabrieksgarantie. Over deze problematiek heeft de Consumentenautoriteit een aantal gelijkluidende besluiten genomen met betrekking tot winkels die elektrische huishoudelijke apparaten verkopen.[311] Aan de consument wordt meegedeeld dat zij alleen recht heeft op kosteloos herstel of vervanging, na afloop van de fabrieksgarantie, als zij een extra garantie bijkoopt.

311 Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake Mikro Electro, CA/NCB/560/48; Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake BCC, CA/NCB/522/71; Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake Scheer en Foppen, CA/NCB/559/47; Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake De Block's, CA/NCB/535/50 en Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake Harense Smit, CA/NCB/534/51.

Besluit. Het meedelen aan consumenten dat zij na afloop van de fabrieksgarantie zonder de bijkoopgarantie geen recht hebben op kosteloos herstel of vervanging is een oneerlijke handelspraktijk. Hierdoor worden consumenten misleid omtrent hun recht op kosteloos herstel of vervanging in geval van een non-conform product, zoals geregeld in de artikelen 7:17-18 en 7:21-22 BW. Volgens de ACM zou de consument, gezien deze mededelingen, kunnen afzien van zijn recht op kosteloos herstel of vervanging, terwijl hij dat niet zou hebben gedaan als hij correct was geïnformeerd. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat deze handelspraktijk een overtreding opleveren van artikel 193c lid 1 sub g BW. De rechten van de consument, waaronder het recht van herstel of vervanging van de afgeleverde zaak, worden onjuist voorgesteld. De ACM legt een boete van € 90.000 op.

Bezwaar en beroep. Het besluit blijft na bezwaar en beroep in stand.[312] Het weglaten van deze informatie (wettelijke rechten bij non-conformiteit) of het wekken van de indruk dat, als fabrieks- of bijkoopgarantie niet (meer) aan de orde is, er in geen enkel geval sprake kan zijn van kosteloos herstel of vervanging, acht de rechtbank een oneerlijke handelspraktijk.

Commentaar. Dat consumenten zich dergelijke extra garanties laten verkopen heeft mede als reden dat consumenten hun eigen rechten niet kennen, zoals de ACM concludeert uit meldingen op Consuwijzer.[313] Men kan zich afvragen in hoeverre dit de eigen verantwoordelijkheid is van consumenten. Om aan dit kennisgebrek bij consumenten tegemoet te komen is bestuurlijke handhaving noodzakelijk.[314] Wel blijven privaatrechtelijke remedies onmisbaar om in individuele gevallen bescherming af te dwingen.

b. Energie

(3) Greenchoice

Casus. De Groene Energie Administratie (Greenchoice)[315] is leverancier van gas en elektriciteit aan consumenten. De energiemarkt is per 1 januari 2004 geliberaliseerd, waarna nieuwe aanbieders, zoals Greenchoice, actief zijn geworden. Hierbij maakte Greenchoice gebruik van colportage, telemarketing en advertentiecampagnes. Greenchoice gebruikte in de scripts teksten als 'Korting

312 Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake Mikro Electro, CA/NCB/560/96; Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake Scheer en Foppen, CA/NCB/559/95; Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake De Block, CA/NCB/535/101; Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake Harense Smit, CA/NCB/534/98; Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:Nl:RBROT:2013:5541; Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5540; Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5538 en Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5539.

313 https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14557/Halfjaarbericht-ConsuWijzer-consument-onderschat-zijn-rechten-bij-garantie/.

314 Zie ook Tigelaar 2015, p. 213. Tigelaar concludeert ook dat consumenten hun rechten niet kennen en dat bestuursrechtelijke handhaving noodzakelijk is om dit te ondervangen.

315 Sanctiebesluit 27 mei 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/26.

is BLIJVEND!' en 'Zwart op wit dat het goedkoper is'. Greenchoice is aangesloten bij EnergieNed die de Gedragscode Consument en Energieleverancier 2006 hanteert.[316] Door de colporteurs werd opgemerkt dat de consumenten aan de deur dienen te beslissen om aanspraak op de korting, teruggave of besparing te maken.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat er vijf overtredingen zijn. Een overtreding van de Colportagewet (oud)[317] en vier overtredingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken. In de gesprekken met consumenten zijn de korting, teruggave of besparing die de consumenten worden voorgehouden de voornaamste argumenten. De opmerkingen over de kortingen zijn echter ongefundeerd. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat gelet op de scripts, de verklaringen over de kortingen, etc. Greenchoice, gelet op artikel 6:193c lid 1 sub d BW (de prijs of specifiek prijsvoordeel), oneerlijke handelspraktijken heeft gehanteerd. De boete bedraagt € 150.000.

In de Gedragscode Consument en Energieleverancier 2006 is in artikel 6.4 opgenomen dat:

> 'In geval de nieuwe leverancier constateert dat de opzegging van de bestaande overeenkomst mogelijk (financiële) gevolgen kan hebben, hij de consument hierover informeert.'

Een vergelijkbare bepaling is in de nieuwe Gedragscode van 2009 opgenomen. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat Greenchoice onvoldoende duidelijke informatie heeft verstrekt over de mogelijke opzegboetes bij de oude leveranciers. Het ontbrak consumenten aan informatie die direct betrekking had op financiële verplichtingen ten opzichte van de 'oude' leverancier.[318] Er dient sprake te zijn van een goede voorlichting, een eerlijke en goede manier van klanten werven en het afwikkelen van leverancierswisselingen op een voor de consument zo goed mogelijke manier. Gelet op artikel 6:193c lid 2 sub b BW (verplichtingen uit gedragscode) heeft Greenchoice oneerlijke handelspraktijken verricht. De boete bedraagt € 125.000.

Greenchoice heeft consumenten niet, althans niet duidelijk, gewezen op de bedenktijd van 8 dagen na het sluiten van de overeenkomst. Op grond van artikel 6:193d lid 2 en 3 BW juncto artikel 6:193e sub e BW wordt een boete opgelegd van € 150.000.

Ten slotte oordeelt de Consumentenautoriteit in relatie tot misleidende handelspraktijken dat artikel 6:193g sub g BW (beperkte beschikbaarheid product) is overtreden. Volgens de Consumentenautoriteit creëerden de colporteurs een *sense of urgency* en hebben zij getracht consumenten te bewegen tot het afstaan van hun gegevens en het zetten van een handtekening om zo een korting, teruggave of besparing te verkrijgen. Er was echter geen enkele nood-

316 Zie ACM.nl onder publicaties.

317 Van een boete op de overtreding van de Colportagewet (oud) wordt afgezien omdat de NMa hier reeds handhavend tegen heeft opgetreden.

318 Zie overweging 169.

zaak voor consumenten om direct aan de deur te beslissen, zoals ook blijkt uit de verklaringen van Planeta (het colportagebureau) en de colporteurs. Op eigen initiatief kon men ook overstappen naar Greenchoice en werd er ook een korting geboden van 0,25 eurocent p/kwh en per m3. Van beperkte beschikbaarheid was dus geen sprake. De boete bedraagt € 100.000.

Bezwaar. In bezwaar wordt de boete € 100.000 voor de overtreding van artikel 6:193g sub g BW vernietigd, omdat er geen sprake zou zijn van structurele overtredingen. De overige bezwaren worden ongegrond verklaard.[319] Overigens adviseert de BAC om de bezwaren inzake het ne bis in idem-beginsel (boete NMa) en de bezwaren tegen artikel 6:193c lid 2 sub b BW gegrond te verklaren. De BAC is van mening dat de overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW niet structureel is te noemen.[320]

Beroep. In beroep worden de bezwaren ongegrond verklaard.[321] Met betrekking tot de overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW overweegt de rechtbank dat op energiebedrijven een actieve informatieplicht rust. Deze volgt uit de doelstelling van de Wet oneerlijke handelspraktijken en uit het doel van de gedragscode (goed voorlichten en op een eerlijke en goede manier klanten werven en leverancierswisselingen op een voor de consument zo goed mogelijke manier afwikkelen).[322]

De rechtbank oordeelt dat het *ne bis in idem*-beginsel niet is geschonden omdat geen sprake is van dezelfde overtreding (artikel 6:193c lid 2 sub b, BW).

Hoger beroep. In beroep staat de vraag centraal of er sprake is van schending van het ne bis in idem beginsel. Het CBb oordeelt dat de NMa destijds Greenchoice al een boete had opgelegd op grond van de Elektriciteitswet en de Gaswet. De Consumentenautoriteit had, aangezien het één en dezelfde activiteit betrof, niet ook nog boetes mogen opleggen op grond van de Wet oneerlijke handelspraktijken. De aangevallen uitspraak wordt dan ook vernietigd.[323]

Commentaar. Greenchoice heeft aangevoerd dat de ACM niet bevoegd zou zijn om open normen te handhaven. De ACM overweegt dat de normen niet dusdanig 'open' zijn dat van een professionele onderneming als Greenchoice niet kan worden verwacht dat zij in staat is de betreffende normen na te leven. Het betreft hier, aldus de ACM, voldoende duidelijke bepalingen, te weten:

> 'Afzien van misleidende mededelingen over de prijs of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel, dat wil zeggen juiste informatie geven over de prijs of een prijsvoordeel;

319 Besluit op bezwaar 20 december 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/57.
320 Advies BAC 7 november 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/56, zie 5.4.
321 Rb. Rotterdam 25 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8775.
322 Rb. Rotterdam 25 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8775, zie 7.2 en 7.3.
323 CBb 31 maart 2015, CBB:NL:2014:91.

- Het naleven van een kenbare verplichting uit een gedragscode, in casu de verplichting consumenten te wijzen op de mogelijke financiële gevolgen van een overstap naar een andere energieleverancier;
- Is er een recht op herroeping of annulering dan moet dat worden meegedeeld;
- Geen bedrieglijke beweringen doen over de beperkte beschikbaarheid van het product onder bepaalde voorwaarden als er geen sprake is van zo een beperkte beschikbaarheid.'[324]

(4) Nederlandse Energie Maatschappij (NEM)

Casus. Net als Greenchoice is de NEM een nieuwe energiemaatschappij die als gevolg van de liberalisering tot de energiemarkt is toegetreden. Tussen 15 oktober 2008 en 20 juli 2009 heeft de NEM consumenten benaderd om over te stappen naar de NEM. Callcentermedewerkers deden het voorkomen alsof het product zeer beperkt beschikbaar was. Daarnaast werd 'energie tegen inkoopprijs' en een 'laagste prijsgarantie' aangeboden. Daarbij wordt vermeld dat de prijs voor drie jaar wordt vastgezet zodat de consument geen last heeft van prijsstijgingen. Callcentermedewerkers refereerden ook aan een onderzoek in de regio waar de consument woont en dat dit aanbod speciaal voor deze regio zou gelden. De NEM hanteert als lid van EnergieNed de Gedragscode Consument en Energielevering.

Besluit. De Consumentenautoriteit stelt vast dat er overtredingen jegens de consument, gedefinieerd als de gemiddelde consument op een nieuwe markt, op grond van de Wet oneerlijke handelspraktijken zijn geconstateerd door de toezichthouders.[325]

Tijdens de verkoopgesprekken wordt aangegeven dat de prijs drie jaar lang vast zou staan. Dit gold echter alleen voor de prijs van elektriciteit, maar niet voor de prijs van gas. De Consumentenautoriteit oordeelt dat de NEM de voornaamste kenmerken van het product misleidend heeft gepresenteerd en dat hiermee artikel 6:193c lid 1 sub b BW is overtreden. De boete bedraagt € 150.000.

Callcentermedewerkers deden daarnaast uitspraken over besparingen, waarbij zij ook percentages noemden. Dit deden zij zonder enige onderbouwde kennis en zonder te weten bij welke energiemaatschappij de consument energie afneemt. Eveneens heeft de NEM niet aan consumenten meegedeeld dat het vastrecht dat zij hanteert tweemaal zo hoog is als bij andere maatschappijen. Evenmin heeft de gegarandeerde laagste prijsgarantie betrekking op het vastrecht en de prijs van gas. Hierover zijn consumenten onvoldoende geïnformeerd. Dit is een overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub d BW (de prijs/wijze van berekening). De boete wordt vastgesteld op € 150.000.

---

324 Sanctiebesluit 27 mei 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/26, zie p. 11.

325 Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake NEM, CA/NB/527/29. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 2 en 4.5.3.4, nr. 1.

Door direct verband te leggen met concurrenten en op te merken dat er voor de consumenten niets verandert, schept de NEM verwarring. Het feit dat er wellicht technisch niets verandert, betekent nog niet dat er juridisch niets verandert. Voor consumenten was het onduidelijk dat zij overstapten naar een andere maatschappij. De boete voor overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub a BW (verwarrende mededelingen concurrenten) bedraagt € 150.000.

De NEM heeft, aldus de Consumentenautoriteit, twee bepalingen uit de Gedragscode, te weten artikel 1.5 (geen misbruik van onervarenheid van consumenten) en artikel 1.6 (verzoek om informatie door consumenten), overtreden. Uit de feiten blijkt dat consumenten die slechts informatie verzochten deze niet kregen en dat gesprekken met mensen van een hoge leeftijd bewust werden doorgezet. Door beide bepalingen uit de gedragscode te overtreden heeft de NEM artikel 6:193c lid 2 sub b BW overtreden (schending van kenbare gedragscode). De boete bedraagt € 150.000.

Bezwaar. De bezwaren tegen het besluit waarin overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW is vastgesteld, worden deels gegrond verklaard, namelijk voor zover het de overtreding van artikel 1.5 van de Gedragscode betreft. De boete is met € 50.000 verlaagd tot € 100.000.[326] Er zou onvoldoende bewijs zijn om te kunnen spreken van misbruik van de kwetsbaarheid van oudere consumenten.

Beroep. De rechtbank vernietigt het boetebesluit op overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub a BW.[327] Uit de verkoopgesprekken blijkt dat er verwarring was. Maar dit is niet de misleidende handelspraktijk die artikel 6:193c lid 2 sub a BW beoogt te bestrijden. Er is immers geen sprake van een handelspraktijk die verwarring schept, bijvoorbeeld door vergelijkende reclame over de producten van een concurrent.[328] De rechtbank wijst er op dat de Consumentenautoriteit in de zaak Pretium Telecom[329] een soortgelijke handelspraktijk als een overtreding van artikel 7:46h lid 1 BW heeft aangemerkt. Ook in deze zaak is dat het geval. Het direct noemen van de naam van de mogelijke aanbieder na de eigen naam is een van de elementen van het onder die overtreding aan de NEM gemaakte verwijt dat aan het begin van het gesprek de identiteit en het commerciële oogmerk niet duidelijk werden medegedeeld.

Civiele rechter. Opvallend is dat de rechtbank Haarlem, sector kanton, in een civiele zaak omtrent nakoming door een consument van zijn betalingsverplichtingen ten opzichte van de NEM de mededeling dat de NEM goedkoper is dan andere energieleveranciers een gangbare reclamepraktijk acht op een markt waarop diverse aanbieders van energie met elkaar concurreren.[330] De consument voert aan dat de reden voor het overstappen naar energiemaatschappij

326 Besluit op bezwaar 20 mei 2011 inzake NEM, CA/NB/527/68.
327 Rb. Rotterdam 13 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184.
328 Rb. Rotterdam 13 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184, r.o. 13.4.
329 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528.
330 Rb. Haarlem, sector kanton, 25 juli 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX3025.

NEM is dat de NEM vele malen goedkoper zou zijn. Het tegendeel bleek echter waar te zijn. Deze mededeling kan, aldus de rechter, niet worden gezien als een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b BW. De motivering en de stellingen van gedaagde zijn vrij summier. Maar gezien de overwegingen van de Consumentenautoriteit had in deze zaak wellicht meer gezeten, al volgt hier wel uit dat er een spanningsveld bestaat tussen wat een gangbare reclame-uiting is en wat een misleidende handelspraktijk is. Dit spanningsveld wordt mede veroorzaakt doordat de Consumentenautoriteit de gemiddelde consument op een nieuwe markt tot uitgangspunt neemt.[331] Een consument op een nieuwe markt kan niet in een kort tijdsbestek van cold calling een beslissing nemen voor een energiecontract van drie jaar.

Commentaar. Uit het bovenstaande blijkt onder meer het verschil tussen individuele geschilbeslechting door de civiele rechter en het toezicht dat door een toezichthouder met een aan hem opgedragen taak wordt uitgevoerd. De ACM onderzoekt de gehele gang van zaken bij een potentiële overtreder door alle scripts e.d. te bekijken. De civiele rechter weegt de omstandigheden van het individuele geval. Het oordeel komt vanuit een ander perspectief tot stand. De ACM behartigt de algemene belangen en de civiele rechter bekijkt de individuele omstandigheden van de civiele partijen.

(5) Windunie

Casus. Windunie biedt via haar website consumenten de mogelijkheid om een overeenkomst tot het leveren van energie te sluiten met Greenchoice. Windunie zou niet duidelijk op haar website hebben aangegeven dat zij als wederverkoper voor Greenchoice optreedt. Ook heeft Windunie op onduidelijk wijze informatie verstrekt over de berekening van de prijs.

Besluit. De ACM is van oordeel dat Windunie artikel 6:193c lid 1 sub f BW heeft overtreden (hoedanigheid handelaar vermelden), alsmede artikel 6:193d jo 6:193e sub c BW (het berekenen van de prijs).

Met betrekking tot de hoedanigheid van Windunie overweegt de ACM dat Windunie zich presenteert als energieleverancier. Voor het aanmeldformulier dient men op de knop 'klanten' te klikken. Op de pagina over de prijs wekt Windunie de indruk dat zij energieleverancier is omdat zij daar stelt 'levering door Windunie'. Referenties aan Greenchoice komen onvoldoende voor en bieden onvoldoende duidelijkheid over de relatie tussen Greenchoice en Windunie. Alleen bij de 'Veelgestelde vragen' is hier informatie over te vinden.

De prijs is, aldus de ACM, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt door Windunie. De daadwerkelijke verbruiksafhankelijke en verbruiksonafhankelijke kosten worden niet genoemd. Weliswaar heeft de consument de mogelijkheid om via de link 'Prijsinformatie' op de pagina door te klikken naar een module voor een kostenberekening op de website voor Greenchoice, maar deze link is onduidelijk en moeilijk te vinden.

331 Sanctiebesluit 27 mei 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/26, randnummer 48-57.

De ACM legt voor deze overtredingen, samen met de overtreding op grond van artikel 6:230m BW, een last onder dwangsom op ter hoogte van € 50.000.

Commentaar. Vergelijkbare overwegingen met betrekking tot de hoedanigheid van de handelaar zijn te vinden in het besluit Gewoon Energie.[332]

In het besluit Energieflex[333] wordt, net als in het besluit Windunie, de vraag beoordeeld of voldoende informatie wordt verstrekt over de berekening van de prijs met betrekking tot de netbeheerkosten. Met betrekking tot de netbeheerkosten wordt op de website een gemiddelde prijs vermeld, waarbij wordt uitgegaan van de grootste netbeheerder. De netbeheerkosten voor individuele consumenten worden niet getoond. Energieflex biedt op haar website een tool aan om de kosten te berekenen, maar deze toont geen overzicht van door de consument uiteindelijk te betalen kosten. Hiermee overtreedt Energieflex artikel 6:193c lid 2 sub b BW. Zij handelt in strijd heeft gehandeld met de gedragscode waar zij zich aan gecommitteerd heeft.[334]

In relatie tot handhaving van artikel 6:193d lid 3 en 4 BW is de conclusie van A-G Wissink bij het arrest Stichting Misrekening/ING interessant. De vraag die centraal staat is in hoeverre van de consument verwacht mag worden dat hij onderzoek doet naar de berekening van de prijs. Wissink merkt in zijn conclusie op dat van de gemiddelde consument verwacht mag worden dat hij soms op zoek gaat naar nadere informatie. Alle omstandigheden van het geval zijn hierbij van belang.[335] Het is conform artikel 6:193d lid 3 en 4 BW dat ook de context wordt meegenomen. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium als ook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen.[336] De context dient meegenomen te worden bij de beantwoording van de vraag of voldoende informatie, in casu de folder, is verstrekt aan de gemiddelde consument. In het geval van ING hadden klanten de informatie ook kunnen opdoen uit andere informatiebronnen dan de folder. De Hoge Raad lijkt hiermee strenger te zijn voor consumenten dan de ACM.

De ACM kiest in de besluiten Windunie, Gewoon Energie en Energieflex voor een last onder dwangsom in plaats van een boete. Naar mijn mening is een last onder dwangsom een passendere sanctie dan een boete voor overtre-

332 Sanctiebesluit 29 juli 2015 ACM/DC/2015/204593. Gezien de grote gelijkenis met het Windunie besluit blijft deze zaak verder onbesproken.

333 Sanctiebesluit 14 september 2015 inzake Energieflex, ACM/DC/2015/204709.

334 Het betreft artikel 1.7 aanhef en onder f van de Gedragscode Consument en Energieleveranciers 2015. In de bepaling is onder meer neergelegd dat de consument voorafgaand aan de leveringsovereenkomst duidelijk wordt gemaakt wat zijn totale verwachte jaarkosten zullen zijn.

335 Conclusie A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314, par. 3.32. Zie in dit kader ook HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178 (*Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl*) en de noot van W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?', *AA* 2015/10, p. 789.

336 Conclusie A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314, par. 3.32.

dingen van normen die vaag zijn zoals op duidelijke, begrijpelijk, ondubbelzinnige wijze informatie verstrekken.

c. Georganiseerde reisjes

(6) Pro-Actief

Casus. Pro-Actief Plus B.V. (Pro-Actief)[337] is een onderneming die producten als Body Distress, voedingssupplementen en crèmes op basis van geitenboter of Arnica verkoopt. Om deze producten te verkopen organiseert Pro-Actief dagtochten met verkoopdemonstraties.[338] Consumenten worden door middel van een persoonlijke brief met folder uitgenodigd. De dagtochten vinden plaats in verschillende (horeca)gelegenheden in Nederland. Tijdens de dagtochten krijgen de deelnemers een broodmaaltijd en een warme maaltijd aangeboden. Het grootste deel van de dag wordt in beslag genomen door de verkoopdemonstraties. Hierbij wordt opgemerkt dat er beperkte beschikbaarheid van de producten is ('op=op'). De exacte prijs van de producten wordt niet genoemd. Aan het einde van de dag kan er nog kort worden gedanst en bingo worden gespeeld.

Besluit en bezwaar. Proactief heeft door het niet noemen van de daadwerkelijke prijs artikel 6:193d lid 2 juncto artikel 6:193e sub c BW overtreden. Deelnemers namen hierdoor een beslissing tot aankoop en werden onder druk gezet als zij zich wilden terugtrekken.[339] De Consumentenautoriteit overweegt dat een uitnodiging tot aankoop de daarin opgesomde essentiële informatie dient te bevatten. De boete bedraagt € 20.000. De Consumentenautoriteit oordeelt dat er sprake is van misleiding omtrent de beschikbaarheid van het product. Op grond van artikel 6:193c lid 1 sub b BW is een handelspraktijk misleidend indien informatie wordt verstrekt

> 'die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden al dan niet door de presentatie ten aanzien van: (…) b) de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid (…).'

De verkopers gaven aan dat de beschikbaarheid zeer beperkt was (op=op), terwijl in werkelijkheid het aantal producten hoger bleek te liggen. Deze overtreding valt niet onder artikel 6:193g sub g BW waar de nadruk op het tijdselement ligt om een onmiddellijke beslissing af te dwingen. Het gaat hier om een onjuiste voorstelling over de omvang van de voorraad.[340] Uit de

337 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/529/101. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.4, nr. 3.
338 Het besluit betreft de onderzoeksperiode van 19 juli tot 1 september 2009.
339 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/529/101, zie randnummer 86.
340 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/529/101, zie overweging 57.

'op=op' en 'weg=weg' slogans kan worden afgeleid dat voormelde mededelingen werden gedaan om de deelnemers onder druk te zetten om zodoende een snelle beslissing over de aankoop van het desbetreffende product af te dwingen. Voor de overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub b BW legt de Consumentenautoriteit een boete van € 10.000 op. Het besluit blijft na de bezwaarprocedure in stand.[341]

Commentaar. Men kan zich afvragen of slogans als op=op en weg=weg ook niet vallen onder gangbare en rechtmatige reclamepraktijken als bedoeld in artikel 6:193b lid 4 BW. In dat geval zou het geen oneerlijke handelspraktijk zijn. Het zal afhankelijk zijn van de omstandigheden waarin dergelijke mededelingen worden gedaan. Maar het lijkt niet zo waarschijnlijk dat de consument werkelijk gelooft dat verkopers op een verkoopdemonstratie te weinig producten bij zich hebben.

(7) R&S Handelsvertretung GmbH

Casus. R&S Handelsvertretung GmbH (R&S) draagt feitelijk zorg, in de door de Consumentenautoriteit onderzochte periode, voor verkoopdemonstraties onder de naam ITC Reisclub ten behoeve van Goltex Vertriebs GmbH.[342] Tijdens deze demonstraties worden voedingssupplementen, ergotrainers en Energie Smog Protectors van R&S verkocht. Zij organiseert, om deze producten te verkopen, verkoopdemonstraties op afgelegen locaties. Net als in het geschil met Pro-Actief wordt melding gemaakt van een beperkte beschikbaarheid van de producten. Ook wordt de exacte prijs van de te verkopen producten niet genoemd.

Besluit. Net als in het besluit inzake Pro-Actief oordeelt de Consumentenautoriteit dat de artikelen 6:193c lid 1 sub b BW en artikel 6:193d juncto artikel 6:193e sub c BW zijn overtreden. De boetes zijn € 20.000 respectievelijk € 10.000. Op grond van artikel 6:193c lid 1 sub b BW is de oneerlijke handelspraktijk het verstrekken van feitelijke onjuiste informatie die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie ten aanzien van de voornaamste kenmerken van het product, zoals de beschikbaarheid, waardoor de consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Het gebruik van op=op als slogan is dan ook een oneerlijke handelspraktijk met betrekking tot informatie over de beschikbaarheid.

Op grond van artikel 6:193d juncto artikel 193e sub c BW is een misleidende omissie een oneerlijke handelspraktijk. Een misleidende omissie is het om in de uitnodiging tot aankoop niet opnemen van de (juiste) prijs, inclusief belastingen en andere kosten. Het niet of onduidelijk noemen van de prijs is dan ook een oneerlijke handelspraktijk.

341 Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/691/41.
342 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake R&S Handelsvertretung GmbH, CA/NB/529/102.

Bezwaar. In de beslissing op bezwaar matigt de Consumentenautoriteit de boetes.[343] De reden hiervan is gelegen in de beoordeling dat R&S zou bemiddelen tussen de verkopers in relatie tot de verkoopdemonstraties. De rol van R&S zou dan beperkt zijn. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat R&S weliswaar een eigen verantwoordelijkheid heeft, maar dat de boete wel in aanmerking komt voor matiging van 30%.

Beroep. De rechtbank oordeelt in beroep dat de bezwaren van R&S ongegrond zijn.[344] In beroep staat de vraag van toerekenbaarheid aan R&S centraal.

(8) Goltex

Casus. Goltex Vertrieb GmbH (Goltex) organiseert verkoopdemonstraties voor consumenten.[345] Tijdens deze demonstraties worden voedingssupplementen, ergotrainers en Energy Smog Protectors verkocht. De dagtochten worden omschreven als 'onze gezellige dagtocht', 'lentefeest in de Betuwe', 'uitnodiging voor Tiroolse dag' en 'de grote lentetocht 2009'. In de flyers staat vermeld dat er gratis producten en gratis lunches worden verstrekt. Hierbij staat wel een asterisk met een verwijzing naar de tekst 'voor nieuwe clubleden'. In de praktijk dienen de producten en de lunches betaald te worden. Dit was alleen anders als er een (duur) product werd aangeschaft. De prijs voor een dagtocht bedraagt €1,90 p.p.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat sprake is van een misleidende handelspraktijk in de zin van artikel 6:193g sub t BW (aanbieden gratis product). Het betreft de gratis lunch en bepaalde gratis producten die zouden worden aangeboden. Goltex merkt echter op dat er bij 'gratis' een asterisk staat. Deze asterisk verwijst naar de tekst dat de lunch alleen voor leden is. Dit lidmaatschap blijkt echter in het geheel niet te bestaan, althans geen inhoud te hebben. De Consumentenautoriteit oordeelt dat er gebruik is gemaakt van een wervingspraktijk met gratis producten die niet gratis blijken te zijn. Er dienen 'onvermijdelijke' kosten, namelijk kosten voor het kopen van een ander product, te worden gemaakt om het gratis product te verkrijgen. Bovendien worden de voorwaarden om lid te worden niet verduidelijkt en evenmin is er een inhoudelijk clublidmaatschap. Voor de overtreding van artikel 6:193g lid 1 sub t BW legt de Consumentenautoriteit een boete op van €100.000.

Met betrekking tot de omschrijving van de dagtochten oordeelt de Consumentenautoriteit dat de indruk wordt gewekt dat het gaat om een dagje uit of een toeristische excursie. In werkelijkheid kent de dag een hoofdactiviteit die bestaat uit verkoopdemonstraties. Dit wordt echter niet vermeld, althans

343 Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake R&S Handelsvertretung GmbH, CA/NB/692/32.
344 Rb. Rotterdam 30 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2590.
345 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Goltex Vertriebs GmbH, CA/NB/529/100. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.4, nr. 2.

zeer cryptisch.[346] Het betreft een handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c lid 1 sub c BW (motieven handelaar/handelspraktijk).

In het kader van misleiding met betrekking tot de prijs, ex artikel 6:193c lid 1 sub d BW merkt de Consumentenautoriteit op dat de dagtocht normaal € 19,90 per persoon zou zijn, maar in dit geval slechts € 1,90. De formulering van de uitnodigingen wekt de indruk dat de geadresseerde speciaal is geselecteerd en dat die selectie betekent dat aan hem/haar een fikse korting op de prijs wordt gegeven. Hiertoe zou de consument eerder worden bewogen zich aan te melden voor een dergelijke dagtocht. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Goltex artikel 6:193c lid 1 sub c en d BW heeft overtreden. De boete bedraagt € 100.000.

Na de bezwaarprocedure blijven de boetes ongewijzigd in stand.[347]

Beroep. Het oordeel over de overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub d BW (misleidende handelspraktijk ten aanzien van de prijs) houdt in beroep geen stand.[348] Het persoonlijk aanbieden van voordeel maakt niet dat de aangeboden korting misleidend is, aldus de rechtbank Rotterdam. De rechtbank acht, gezien de motieven van Goltex, het persoonlijk aanbieden van specifiek prijsvoordeel mogelijk wel misleidend, maar hiervoor heeft zij reeds een boete gehad. Er is echter geen sprake van een overtreding op grond van artikel 6:193c lid 1 sub d BW.[349] De boete wordt met € 25.000 verlaagd.

Hoger beroep. Het besluit blijft na hoger beroep van Goltex in stand.[350] De ACM is echter ook in beroep gegaan tegen de vernietiging van de boete op grond van artikel 6:193c lid 1 sub d BW. Het CBb oordeelt dat sprake is van misleiding ten aanzien van de prijs, dan wel ten aanzien van een specifiek prijsvoordeel. Aan alle deelnemers is de dagtocht aangeboden voor de prijs van € 1,90. Het beroep van de ACM is dan ook gegrond. De boete wordt daarom weer verhoogd met € 25.000.

Goltex doet nog een beroep op het feit dat zij haar activiteiten op de Duitse markt ook uitvoert en dat de Duitse autoriteiten Goltex al meerdere malen hebben gecontroleerd. Het CBb overweegt echter dat de boetes redelijk zijn. De drie boetes van elk € 100.000 worden met in totaal € 2.500 verlaagd wegens overschrijding van de redelijke termijn.

Commentaar. Uit het verschil van inzicht tussen de rechtbank en het CBb over wat nu een specifiek prijsvoordeel is, kan worden afgeleid dat dit begrip niet eenduidig is. Goltex biedt de korting aan een ieder aan. Is daarmee sprake van misleiding? Is dit niet ook een onderdeel van gangbare reclamepraktijken? De

346 Het enige waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het niet om een dagtocht gaat maar om verkoopdemonstraties is de zin "Reizen-introductie en promotie van nieuwigheden". De Consumentenautoriteit acht dit te cryptisch om uit af te kunnen leiden dat het een verkoopdemonstratie is.

347 Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Goltex, CA/NB/694/41.

348 Rb. Rotterdam 25 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0879.

349 Rb. Rotterdam 25 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0879, zie r.o. 22.

350 CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

verschillende beoordeling toont wederom aan dat de grens tussen een gangbare handelspraktijk en een misleidende handelspraktijk dun kan zijn.

d. Banners, tv-reclames en internetboekingen

(9) Fotosessie

Casus. Fotosessie biedt fotoshoots aan en richt zich daarbij met name op jongvolwassenen. Fotosessie benadert consumenten zelf via internet met de mededeling dat zij geselecteerd zijn voor een fotoshoot of consumenten kunnen Fotosessie zelf benaderen waarna Fotosessie eenzelfde selectiebericht verzendt.[351] De fotoshoot wordt aangeboden voor € 125 in plaats van de gestelde normale prijs van € 450.

Besluit. De Consumentenautoriteit overweegt dat de door Fotosessie gebruikte uitdrukkingen en formuleringen op haar website en in haar individuele aan consumenten gerichte e-mails, webberichten en correspondentie, oneerlijke handelspraktijken zijn. Deze wekken de indruk dat de consument is geselecteerd als model en dat Fotosessie een rol van betekenis zou kunnen spelen voor de consument die een carrière als model ambieert. Het betreft hier misleidende handelspraktijken als bedoeld in artikel 6:193c lid 1 sub b BW (voornaamste kenmerken van product). Fotosessie is geen modellenbureau en selecteert ook geen talenten. Dat dit in de algemene voorwaarden is vermeld doet niet terzake, omdat de algemene voorwaarden pas worden ontvangen nadat de overeenkomst tot stand is gekomen en die dan ook te laat ter hand gesteld zouden zijn. Daarnaast is de tekst zo omvangrijk dat dit niet gelezen zal worden. De boete bedraagt € 50.000.

Voorts oordeelt de Consumentenautoriteit dat het niet meedelen van de mogelijkheid tot ontbinding een misleidende omissie is ex artikel 6:193d juncto artikel 6:193f sub b juncto artikel 7:46c lid 1 (oud) BW. De boete bedraagt € 50.000.

Fotosessie heeft eveneens in strijd gehandeld met artikel 193g sub g BW door bedrieglijk te beweren dat het product slechts onder speciale voorwaarden gedurende zeer beperkte tijd beschikbaar zou zijn (zwarte lijst). De bevestigingsmail waarin de consument werd aangespoord om binnen drie dagen de afspraak te bevestigen, heeft de consument ervan kunnen weerhouden om binnen de bedenktijd de fotoshoot te annuleren. De boete bedraagt € 50.000. Overigens wordt de boete gezien de financiële situatie van Fotosessie gematigd.

Bezwaar. In bezwaar wordt, na advies van de Bezwaarschriften Adviescommissie (BAC), het besluit met betrekking tot de boete voor de overtreding van artikel 6:193g sub g BW herroepen omdat geen overtreding is komen vast te staan.[352] De BAC merkt op dat Fotosessie op de website had staan dat de actie slechts

351 Sanctiebesluit 14 januari 2010 inzake Fotosessie.com, CA/NCB/437/28. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 6 en 4.5.3.4, nr. 4.

352 Besluit op bezwaar 17 februari 2011 inzake Fotosessie, CA/NCB/437/86.

139 dagen geldig is.[353] In artikel 6:193g sub g BW wordt de term 'zeer beperkte tijd' gebruikt. Het aantal van 139 dagen kan niet worden aangemerkt als een 'zeer beperkte tijd'. Evenmin valt de bevestigingsmail met de drie dagen bedenktijd waarna de korting zou vervallen onder artikel 6:193g sub g, BW. Het aanmoedigen van een bepaalde handeling bij het aangaan van de overeenkomst onder de voorwaarde dat de korting zal vervallen is op zich geen oneerlijke handelspraktijk. Dit geldt te meer daar de overeenkomst reeds tot stand is gekomen.

Beroep. De rechtbank bekrachtigt de overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub b BW en de boete blijft gehandhaafd. Ten onrechte is de verwachting gewekt dat een loopbaan als model in het verschiet ligt. De dienstverlening van Fotosessie was hier echter niet op gericht. Fotosessie heeft geen beroep aangetekend tegen de overtreding van artikel 6:193d juncto 6:193f lid 1 sub b BW.

(10) Celldorado

Casus. Artiq Mobile B.V. (Celldorado is een handelsnaam van Artiq, hierna: 'Celldorado')[354] is een onderneming die reclame maakt voor het afsluiten van contracten voor sms-diensten via internet (celldorado.com): 'IQtest', 'IQtest Facebook', 'Brainage', 'Lovetest' en 'Datameter' en via televisie: 'Relatietest', 'Bierglas', 'Ware liefde Friendfinder' en 'Beest in bed'. In de beoordeling maakt de Consumentenautoriteit een onderscheid tussen de internet- en de televisiereclames.

De reclames via internet verlopen via een banner. Als de consument op de banner klikt, komt hij op de zogenaamde landingspagina. De consument kan op deze landingspagina een test invullen. Aan het einde van de test kan de consument zijn mobiele nummer invullen en op de button 'ga verder' klikken. Als de consument dat doet dan verschijnt de tekst in beeld 'wij hebben je nummer ontvangen! Sms nu OK naar [shortcode] om jouw [naam van de test] – test te ontvangen'. De consument ontvangt tevens een sms met een ontvangstbevestiging. In deze sms staat:

> 'Antwoord OK naar [shortcode]. Info [telefoonnummer]. Stoppen: stop naar [shortcode]. Abonnementsdienst [prijs] E/wk". Op de landingspagina staat in een klein lettertype de tekst: "Speel de leukste games. Dit is een betaalde abonnementsdienst, € [prijs], max 3 items per week. Afmelden? Sms STOP naar [shortcode].'

Daaronder staat in kleinere letters een tekst met dezelfde strekking evenals een verwijzing naar de algemene voorwaarden, de mededeling dat Celldorado werkt volgens de Nederlandse Code of Conduct voor SMS-diensten en het adres van Celldorado.

353 Advies BAC 27 augustus 2010 inzake Fotosessie.com B.V., CA/NCB/437/85.

354 Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 8, 4.5.2.4, nr. 7 en 4.5.3.2, nr. 1.

De consument wordt in de tv-reclame uitgenodigd om een sms-bericht te sturen met een keyword aan de shortcode. Onder in het beeld is een zwarte balk zichtbaar waar in kleine witte letters nadere informatie wordt gegeven. Onder meer valt te lezen dat het een abonnementsdienst betreft, hoe afgemeld dient te worden en wat de kosten zijn.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt in haar besluit dat Celldorado met de internetuitingen sms-abonnementsdiensten beoogt te verkopen. De reclame-uitingen prijzen een test aan waarvan de consument de uitslag wil weten. De informatie dat het gaat om een abonnementsdienst is niet expliciet genoeg, aldus de Consumentenautoriteit, en is dan ook in strijd met artikel 6:193c lid 1 sub a BW (informatie omtrent de aard van het product). De boete voor de overtredingen bedraagt € 275.000 (inclusief verhoging van € 25.000).

Ook oordeelt de Consumentenautoriteit dat Celldorado artikel 6:193c lid 1 sub f BW (voeren van erkenningen, prijzen, bekroningen, etc.) heeft overtreden door zich van een 'certified' logo op de website te bedienen. Omdat de schade beperkt is wordt hiervoor geen boete opgelegd.

Voorts heeft Celldorado op haar website aangegeven gebonden te zijn aan de SMS-gedragscode en de daarvan deel uitmakende SMS-Reclamecode (artikel 6:193c lid 2 sub b BW). De Consumentenautoriteit oordeelt dat er vijf punten van deze code zijn overtreden. Door de Consumentenautoriteit wordt een boete van € 165.000 opgelegd (inclusief € 15.000 verhoging).

Het niet-meedelen van het vereiste dat de consument moet beschikken over van een geschikt telefoontoestel acht de Consumentenautoriteit een misleidende omissie in de zin van artikel 6:193d juncto 6:193e sub a, BW. Het weglaten of verborgen houden van de prijs, identiteit, BTW-nummer, KvK-nummer en contactgegevens zijn eveneens misleidende omissies ex artikel 6:193d juncto artikel 6:193e onder b en c en artikel 6:193f sub a en b, BW. Hiervoor wordt een boete opgelegd van € 220.000 voor de internetreclames (dit is inclusief een verhoging van € 20.000 op de maximale boete). Voor de tv-reclames wordt een boete opgelegd van € 275.000 (inclusief € 25.000 verhoging).

Het onjuist omschrijven dat het eerste item gratis is bij de Date-meter, betreft een overtreding van de zwarte lijst ex artikel 6:193g, aanhef en onder t, BW. De Consumentenautoriteit legt hiervoor een boete van € 50.000 op.

De boetes zijn verhoogd omdat Celldorado een partij is die al enige tijd op de markt actief is en zich bewust is van de problemen die spelen rondom het aanbod van sms-diensten en de ophef daarover in alle media.

Bezwaar. Na de bezwaarprocedure blijft het besluit ten aanzien van de onderhavige punten in stand.[355]

Beroep. In beroep oordeelt de rechtbank met betrekking tot overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub a BW in relatie tot de internetuitingen anders dan de Consumentenautoriteit.[356] Celldorado voert aan dat de informatie, dat het

355 Besluit op bezwaar 3 maart 2011 inzake Celldorado, CA/NB/510/87.
356 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358.

een abonnementsdienst betreft, wel is opgenomen op de website. De consument dient (in sommige gevallen) echter op de landingspagina naar beneden te scrollen. De rechtbank is van oordeel dat de Consumentenautoriteit in haar besluit onvoldoende heeft onderbouwd dat het misleidende informatie over het werkelijke aanbod betreft. De gemiddelde consument kan, aldus de rechtbank, doorzien dat het gaat om een betaalde abonnementsdienst. Op de landingspagina is de benodigde informatie te vinden en scrollen is daarbij een gebruikelijke handeling op het internet. De internetuitingen bieden de gemiddelde consument voldoende tijd en gelegenheid om de informatie te bekijken. Kortom, er is geen sprake van een overtreding.[357]

Met betrekking tot overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW (vermelding gebonden te zijn aan Gedragscode) oordeelt de rechtbank in lijn met de Consumentenautoriteit, met uitzondering van één overtreding uit de gedragscode omtrent de identificatiegegevens. De landingspagina's zijn wel transparant genoeg en scrollen behoort tot de normale internethandelingen. De boete van € 150.000 wordt door de rechtbank gematigd, omdat één van de vijf gedragingen naar het oordeel van de rechtbank geen overtreding is. Daarnaast is er sprake van samenloop met artikel 6:193g sub t BW (het gebruik van het woord gratis, hetgeen ook is verboden in de gedragscode). De boete wordt gematigd tot € 100.000.

Het besluit met betrekking tot de vaststelling van de overtreding ex artikel 6:193g sub t BW wordt door de rechtbank in stand gelaten.

De overtreding ex artikelen 6:193e sub a, b, en c en artikel 6:193f sub a en b BW als geconstateerd in het besluit blijven in stand. Dit geldt zowel voor de internetuitingen als de tv-uitingen.

Het besluit omtrent het niet in acht nemen van de vereiste professionele toewijding blijft eveneens na beroep in stand. De boete wordt gematigd tot € 25.000 in verband met samenloop met artikel 6:193d juncto 6:193e sub a BW. In het kader van de verwijtbaarheid van de overtreding van het vereiste van de professionele toewijding stelt Celldorado dat zij van mening is dat zij de Wet oneerlijke handelspraktijken heeft nageleefd, omdat zij in overeenstemming handelde met de SMS-Gedragscode en de SMS-Reclamecode. De rechtbank oordeelt dat de naleving van de codes een partij niet vrijwaart van schending van haar verplichtingen volgens de Whc. Deze codes zijn opgesteld in het kader van zelfregulering waarbij de branche zelf verantwoordelijkheid neemt. In het algemeen leidt naleving van deze codes niet tot de conclusie dat daarmee per definitie is voldaan aan overige verplichtingen die op een partij rusten. Overigens heeft Celldorado ook niet aangegeven voor welke overtredingen dit verweer zou gelden.

Met betrekking tot de verhogingen van de maximale boetes oordeelt de rechtbank in beroep dat de reden waarom deze verhogingen zijn opgelegd niet terecht is. De Consumentenautoriteit heeft, ten onrechte, deze verhogingen opgelegd omdat Celldorado een voortrekkersrol zou hebben en bewust de grenzen zou hebben opgezocht. De rechtbank concludeert dat deze verhogingen ten onrechte zijn.

357 Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358, zie r.o. 7.4 en 7.5.

Hoger beroep. Het CBb oordeelt met betrekking tot de overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub a BW (internet) dat Celldorado is afgeweken van de SMS-Reclamecode.[358] De informatie is zo gepresenteerd dat die van ondergeschikt belang lijkt. In de SMS-Reclamecode zijn bepaalde eisen gesteld aan kleurcodes en afmetingen. Het CBb ziet geen aanleiding voor een ander oordeel dan de door de ACM in eerste instantie opgelegde boete van € 250.000.

Met betrekking tot artikel 6:193c lid 2 sub b BW (internet), het niet nakomen van de gedragscode, overweegt het CBb dat voor de vraag of het niet-nakomen van de gedragscode automatische en misleidende handeling is er sprake moet zijn van een besluit over een transactie die de consument ander niet had genomen.[359] De ACM heeft, aldus het CBb, aangenomen dat de consument mogelijk geen abonnement zou afsluiten bij een sms-dienstaanbieder die de SMS-Gedragscode niet toepast. Deze onderbouwing is onjuist. Alle omstandigheden van het geval dienen te worden aangenomen bij de vraag of de consument een andere aankoopbeslissing zou hebben genomen. Het rapport van de ACM biedt onvoldoende aanknopingspunten om te oordelen dat artikel 6:193c lid 2 sub b BW (internet) is overtreden.

Het besluit met de constatering dat artikel 6:193d BW in verbinding met 193e sub a, b en c BW en artikel 6:193f sub a en b BW, voornaamste kenmerken product (internet), is overtreden, blijft in stand. Wel overweegt het CBb dat een causaal verband tussen het ontbreken van de essentiële informatie en het door de consument te nemen besluit over een overeenkomst, aanwezig dient te zijn. Gezien het feit dat de dienst niet werkt wanneer men niet over het juiste medium beschikt, wordt dit causaal verband aanwezig geacht. Omdat het KvK-nummer en het BTW-nummer wel op de landingspagina te vinden waren wordt de boete gematigd tot € 150.000.

Het besluit dat Celldorado artikel 6:193d lid 1, 2 en 3 en 6:193e sub a, b en c en artikel 6:193f sub b BW (televisie) heeft overtreden, blijft in stand. Het betreft een uitnodiging tot aankoop waarin onvoldoende informatie is verstrekt. Zo is niet meegedeeld dat de consument een bepaald toestel dient te hebben en dat bij bijvoorbeeld de 'FriendFinder' de vriend ook toestemming dient te geven om zijn locatiegegevens beschikbaar te stellen. Wel matigt het CBb de boete tot € 150.000 omdat voldoende is vast komen te staan dat de consument wist dat hij een abonnement afsloot.

Commentaar. Celldorado stelt dat er een spanning bestaat tussen de normen van de Wet oneerlijke handelspraktijken en het legaliteitsbeginsel (artikel 7 EVRM). Het betreft de kenbaarheid van de norm die wordt overtreden. Of de norm voldoende kenbaar is of niet voor de betrokken partijen wordt, aldus Pavillon, niet systematisch getoetst.[360] Zoals hierboven beschreven oordeelt de Consumentenautoriteit dat van consumenten niet verwacht mag worden dat er gescrolld moet worden en acht de rechtbank scrollen gebruikelijk bij

358 CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285.

359 Het CBb onderbouwt deze visie met het arrest van het HvJ EU 19 december 2013, C-281/12, ECLI:EU:2013:C:859 (*Trento Sviluppo*), punt 33.

360 Pavillon 2013, p. 67.

internethandelingen. Het CBb vindt een antwoord op deze vraag in de SMS-Gedragscode. Het was voor Celldorado echter niet duidelijk of zij nu wel of niet voldeed aan de norm van artikel 6:193c lid 1 sub a BW. Opmerkelijk is dat de BAC opmerkt dat op voorhand niet altijd met zekerheid kan worden bepaald wat 'duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige' presentatie van informatie is.[361]

Het vereiste van professionele toewijding uit artikel 6:193b lid 2 BW wordt ingevuld met de Gedragscode waaraan de ondernemer zich heeft verbonden. Deze codes vrijwaren de ondernemer echter niet van de op hem rustende wettelijke verplichtingen.[362] Hiermee is het niet voldoen aan dit criterium dus slechts gedeeltelijk te voorzien. Het oordeel van het CBb maakt de gedragscodes tot een minimumstandaard.[363] Opvallend is dat door het CBb met betrekking tot de overtreding van artikel 6:193b lid 2 BW een sterke koppeling wordt gemaakt met het vereiste dat de consument een andere keuze had gemaakt als hij geweten had dat de aanbieder de gedragsregels overtrad. Hierbij dienen alle omstandigheden te worden meegewogen. De ACM heeft het verband tussen het niet-naleven van de gedragscode en het besluit van de consument over het sluiten van een overeenkomst, volgens het CBb, te snel aangenomen.

Opmerkelijk is verder dat het CBb oordeelt dat, in relatie tot de televisiereclames, het voor de consument duidelijk is dat er een abonnement wordt afgesloten, maar dat er onvoldoende informatie is verstrekt omtrent de inhoud van het abonnement. Als tot uitgangspunt wordt genomen dat de consument op de hoogte is van het feit dat een abonnement wordt afgesloten, dan mag ook wel een bepaalde inspanning van de consument worden verwacht om te onderzoeken wat de inhoud van het abonnement is, lijkt mij.[364] A-G Wissink merkt in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad inzake Stichting Misrekening/ING op dat een reclameboodschap die is aan te merken als uitnodiging tot aankoop, niet steeds zelf alle essentiële informatie moet bevatten. Ook in het arrest Ving Sverige van het Hof van Justitie EU, waarop A-G Wissink zich baseert, wordt dit onderschreven.[365] Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden, worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium alsook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen in aanmerking genomen.[366] Daarbij mag verdisconteerd worden dat de gemiddelde consument soms op zoek moet gaan naar nadere informatie.[367]

361 Advies BAC 7 december 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/86, randnummer 5.61. Zie ook Pavillon 2013, p. 68.
362 Rb. Rotterdam 19 april, 2012, ECLI:RBROT:2012:BW3358, r.o. 23.3.
363 Pavillon 2013, p. 67.
364 Zie in dit kader ook HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1191 en meer in het bijzonder de conclusie van de A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314.
365 HvJ EU 12 mei 2011, C-122/10, ECLI:EU:C:2011:299 (*Ving Sverige*).
366 Conclusie A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314, nr. 3.32.
367 Ibid.

Civiele rechter. Deze boete, opgelegd door de ACM, heeft gevolgen voor internet- en telefoonproviders. De rechtbank Middelburg, sector kanton, oordeelt in een geschil omtrent de kosten voor sms-diensten van Celldorado, dat Telfort, als provider via welke weg consumenten de sms-diensten ontvingen, wellicht niet verantwoordelijk is voor de misleiding op grote schaal, maar zich wel laat gebruiken om de gelden voor Celldorado te innen.[368] Bij de overwegingen speelt mee dat de Consumentenautoriteit inmiddels een boete heeft uitgedeeld aan Celldorado. Evenmin is aangetoond dat de abonnee zich heeft aangemeld voor deze diensten. De vordering tot betaling van de facturen die zien op het gebruik van de sms-diensten van Celldorado worden in deze civiele zaak afgewezen.

(11) Ryanair

Casus. Ryanair biedt vliegtickets aan.[369] In Nederland doet zij dat via haar Nederlandse website in de Nederlandse taal. Op deze website wordt ook een telefoonnummer van de klantenservice genoemd. Als men van deze klantenservice gebruik wenst te maken, dan wordt men slechts in de Engelse taal te woord gestaan.

Besluit en bezwaar. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Ryanair een misleidende handelspraktijk voert door bellers met de klantenservice slechts in het Engels te woord te staan. Weliswaar blijkt uit het contactformulier dat rechtstreekse communicatie met Ryanair in het Engels plaatsvindt, maar de Consumentenautoriteit oordeelt dat de Nederlandstalige website met boekingsmogelijkheden in het Nederlands, wel degelijk de belofte inhoudt dat dienstverlening in het Nederlands beschikbaar is. De aftersales is een onlosmakelijk onderdeel van de vliegreizen die Ryanair biedt. Ryanair heeft hiermee de misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in artikel 6:193g sub h BW. Het besluit blijft na de bezwaarprocedure van Ryanair in stand.[370]

Beroep. Ryanair voert aan dat pas sprake is van een overtreding als de *after sales*-dienstverlening in het Nederlands is beloofd, expliciet is toegezegd of is verzekerd. Dit volgt uit de Richtlijn Oneerlijke handelsparktijken. Van een dergelijke belofte is geen sprake. De enkele omstandigheid dat de consument aan het gebruik van de Nederlandse taal op de website van Ryanair mogelijk de verwachting aan ontleent dat hij ook in zijn eigen taal met eiseres zou kunnen communiceren, levert niet een dergelijke belofte op. Ryanair voert voorts aan dat de ACM niet tot het oordeel kan komen dat artikel 6:193g, aanhef en onder h, BW is overtreden, omdat geen sprake zou zijn van bedrog. Er is dan ook geen sprake van een misleidende handelspraktijk op grond van artikel 6 Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken.

368 Rb. Middelburg, sector kanton, 22 februari 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BY6918.
369 Sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 7, 4.5.2.3, nr. 1, 4.5.2.6, nr. 1 en 4.5.3.4, nr. 5.
370 Besluit op bezwaar 24 oktober 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/27.

Naar het oordeel van de rechtbank maakt de omstandigheid dat het gaat om een Nederlandstalige website, waarop ook kan worden geklikt op 'contact opnemen met de klantenservice' dat sprake is van 'beloven' van de dienst klantenservice. Deze klantenservice is echter Engelstalig en daarmee staat vast dat artikel 6:193g, aanhef en onder h, BW is overtreden.[371]

Hoger beroep. Het CBb bevestigt in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank.[372] Het CBb overweegt dat handelspraktijken die in de bijlage bij de richtlijn zijn genoemd onder alle omstandigheden misleidend zijn. Ruimte voor een aanvullende toetsing of sprake van bedrog is bestaat niet meer.

Commentaar. Het gaat hier om de uitleg van 'beloven'. Naar mijn mening is de stelling van Ryanair, dat de Nederlandstalige website nog geen belofte inhoudt tot een Nederlandstalige klantenservice, verdedigbaar.

Daarnaast is de opmerking van Ryanair omtrent het bedrog interessant. Het woord 'bedrog' komt niet voor in artikel 6:193c BW maar is afkomstig uit artikel 6 van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken. In de parlementaire geschiedenis wordt wel bedriegen genoemd in relatie tot artikel 6:193c BW. Artikel 6:193c BW geeft de algemene definitie van misleidende handelspraktijken. Onder invloed van de in sub a tot en met g genoemde omstandigheden neemt de consument een beslissing die hij anders niet had genomen. Artikel 6:193g BW betreft omstandigheden die onder alle omstandigheden misleidend zijn, zo ook het niet duidelijk communiceren dat er een klantenservice in een andere taal wordt aangeboden. Het criterium dat de consument een andere beslissing neemt die hij anders niet had genomen is geen criterium dat volgt uit de zwarte lijst. Ik vraag mij af hoeveel consumenten zich, met de wetenschap dat de klantenservice in het Engels is, hebben laten tegenhouden en een andere vliegmaatschappij zouden hebben gekozen. Consumenten zullen zich veelal laten leiden door de (goedkoopste) prijs. De richtlijn en daarmee ook de Nederlandse wetgeving is op dit punt wel erg streng. Zeker gezien de oplossing die Ryanair heeft bewerkstelligd om de overtreding te beëindigen. Ryanair heeft naar aanleiding van dit besluit op de website de opmerking opgenomen dat de klantenservice in het Engels is. Deze opmerking is pas te zien als men doorklikt naar het klachten/contactformulier. Een klacht ontstaat veelal pas na boeking. Is een consument geholpen met de opmerking dat de klantenservice in het Engels is?

(12) Corendon

Casus. Corendon biedt op haar website ondermeer pakketreizen aan en losse vliegtickets. Bijkomende kosten werden onderaan in de zogenaamde *footer* van de webpagina vermeld. De ACM heeft de website van Corendon in de periode van 20 augustus tot en met 9 februari 2016 onderzocht en getoetst aan artikel 6:193d juncto 6:193e lid 1 sub c BW.

371 Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868, r.o. 6.3.4.
372 CBb 15 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:103.

Besluit. ACM concludeert dat Corendon in strijd heeft gehandeld met artikel 6:193d juncto 6:193e lid 1 sub c BW.[373] Corendon heeft op haar website niet stéeds de definitieve prijs voor haar pakketreizen vermeld. Bij de vermelde prijs kwamen nog bijkomende kosten. Voor pakketreizen waren dit € 25 aan boekingskosten en € 2,50 aan kosten voor het Calamiteitenfonds. Voor deze dienst had de consument dus vanaf het begin geen volledig beeld van de prijs. Ten onrechte heeft Corendon gedurende het grootste deel van de pleegperiode volstaan met het onopvallend vermelden van deze kosten onderaan de pagina's in de *footer* in het wit in een rood vlak helemaal onderaan verstopt onder (onder meer) de informatie over de Kamer van Koophandel dan wel net boven de *footer*. De consument diende hiervoor ver naar beneden te *scrollen*. Pas op het moment dat de consument de geselecteerde pakketreis wilde boeken, kwamen de bijkomende kosten bovenop de prijs die de consument tot dat moment had gezien. Voor de vastgestelde overtredingen legt ACM boetes op met een totaal van € 200.000.

(13) Financial Media en Huurbegeleiding

Casus. Huurbegeleiding en Financial Media zijn eigenaren van verschillende websites waarop huurwoningen worden aangeboden.[374] Consumenten kunnen tegen betaling zich laten registreren op die websites. Na registratie worden de consumenten telefonisch benaderd voor – onder meer – het ondertekenen van een akte van cessie. De strekking van de akte is dat de consument de loonvordering op zijn werkgever zowel cedeert aan Huurbegeleiding voor het incasseren van haar honorarium als aan toekomstige verhuurders in het geval van achterstallige huurpenningen. Volgens uitspraken van meerdere kantonrechters is deze akte van cessie niet rechtsgelding. Desondanks hield Huurbegeleiding consumenten voor dat zij met het ondertekenen van die akte sneller in aanmerking zouden komen voor een huurwoning.

Financial Media incasseert zonder machtiging automatisch kosten bij consumenten en verlengt de abonnementen zonder dat hierover wordt geïnformeerd.

De ACM heeft onderzoek gedaan naar de vraag of Huurbegeleiding en Financial Media zich houden aan de wettelijke bepalingen met betrekking tot de oneerlijke handelspraktijken.

Besluit en bezwaar. Huurbegeleiding en Financial Media hebben via websites en telefonische aanbieden van dienstverlening en een akte van cessie, zonder dat daarbij op duidelijk wijze informatie is verstrekt over de voornaamste kenmerken, de prijs, de wijze van betaling en het herroepingsrecht van de overeenkomst aan de consument oneerlijke handelspraktijken gehanteerd in de zin van artikel 6:193d BW (misleidende omissies). De ACM acht de informatie over de wijze van betaling van de prijs, het via de inkomensverstrekker van

373 Sanctiebesluit 16 juni 2016 inzake Corendon, ACM/DJZ/2016/203244_OV.

374 Sanctiebesluit 26 mei 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/202336_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 10 en 4.5.3.2, nr. 5.

de consument incasseren van een aan een dienstverlener verschuldigde bedragen, niet gangbaar in de marktpraktijk van telefonische verkoop. Als hierover niet tijdig, duidelijk begrijpelijk en ondubbelzinnig over wordt geïnformeerd is sprake van een misleidende handelspraktijk. Huurbegeleiding en Financial Media hebben onvoldoende duidelijk dat de loonvordering werd gecedeerd.

Ook met betrekking tot de stilzwijgende verlenging van de overeenkomst is de consument onvoldoende geïnformeerd. Op de website wordt de informatie over de maandelijkse kosten en de stilzwijgende verlenging van het contract niet eerder kenbaar gemaakt dan onder de link 'voorwaarden' op de pagina waarop de consument zijn gegevens kan invullen om in contact te komen met de verhuurder. Daarnaast staat op de registratiepagina de zin 'De maandbijdrage is slechts € 19,95 waarvoor u een maand lang onbeperkt kan reageren.' Hieruit blijkt onvoldoende dat er sprake is van stilzwijgende verlenging na de eerste maand.

De consument is eveneens onjuist geïnformeerd over het herroepingsrecht. Huurbegeleiding hanteert wel het herroepingsrecht. Zij heeft alleen de voorwaarden, de termijn en de modaliteiten voor de uitoefening van het herroepingsrecht op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel te laat verstrekt. Financial Media heeft in de voorwaarden het herroepingsrecht uitgesloten.

De ACM legt huurbegeleiding een boete op van € 300.000 over overtreding van art. 6:193d BW en Financial Media € 200.000. Het verschil zit in de duur van de periode van de overtreding. In bezwaar blijft het besluit in stand.[375]

(14) T.O.M.

Casus. T.O.M. B.V. verkoopt verschillende producten, zoals fietsen, sportartikelen, kleding en speelgoed, via diverse verkoopkanalen, waaronder ook webwinkels. Consumenten die hun online bestelling retour hadden gezonden en contact opnamen om te vragen waar hun geld bleef, kregen te horen dat zij hun retourzending niet conform de retourprocedure hadden aangeboden.[376] Zo hadden bijvoorbeeld consumenten hun IBAN nummer niet doorgegeven. In deze gevallen betaalde T.O.M. het geld niet terug, maar kregen de consumenten een waardebon. Ook betaalde T.O.M. in verschillende gevallen niet de leveringskosten terug.

Besluit en bezwaar. De ACM beoordeelt de vraag of T.O.M. consumenten geen misleidende informatie heeft verstrekt over het recht op ontbinding bij overeenkomsten op afstand en zij die de overeenkomst hebben ontbonden, heeft terugbetaald. De ACM overweegt dat het recht van ontbinding bij overeenkomsten op afstand van groot belang is omdat dit recht de informatieachterstand die de consument heeft ten opzichte van koop in een fysieke winkel, compen-

375 Besluit op bezwaar 6 december 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/207273_OV.

376 Sanctiebesluit 9 juni 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/403307_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 11 en par. 4.5.3.2, nr. 6.

seert. T.O.M. heeft via de websites en de standaard e-mails structureel onjuiste en/of misleidende informatie omtrent het recht van ontbinding en de daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting verstrekt. Op de website wekte T.O.M. ten onrechte de indruk dat de consument zijn IBAN nummer moet vermelden wil hij recht hebben op terugbetaling door T.O.M. In het geval dat een consument rechtsgeldig had ontbonden, deed T.O.M. niets vanwege het ontbreken van het IBAN nummer. Een consument die niets hoort van T.O.M. zal, aldus de ACM, ten onrechte eerder geneigd zijn de misleidende en/of onjuiste informatie als juist te aanvaarden.

T.O.M. betaalde consumenten die wel klaagden terug in de vorm van een waardebon. Consumenten zijn hiermee beknot in hun rechten omdat zij niet met hetzelfde betaalmiddel zijn terugbetaald. Evenmin heeft T.O.M. de leveringskosten terugbetaald. Consumenten hebben een onjuist beeld van hun rechten gekregen door toedoen van T.O.M. De ACM legt T.O.M. een basisboete op van €200.000. Gezien de hoogte van de boete en de samenhang tussen geconstateerde overtredingen wordt de boete gematigd tot €160.000. In bezwaar blijft het besluit in stand.[377]

d. Promotionele actie

(15) Garant-o-Matic

Casus. Garant-o-Matic is een postorderbedrijf dat via promotionele acties haar catalogi onder de aandacht brengt.[378] Garant-o-Matic heeft mailings aan (potentiële) consumenten, met name ouderen, verstuurd waarin staat dat de consument binnen zeven dagen moet reageren om in aanmerking te komen om één van de opgesomde elektronische producten, te weten een IPod, Sony LCD, luxe Nokia, Canon fotocamera en vele cd-spelers, te ontvangen. De consument dient hiervoor de verzendkosten ad €19,99 over te maken. Onder de consumenten die binnen twee dagen reageerden werden de IPod, Sony LCD, Nokia en Canon verloot. Consumenten die reageerden binnen de promotieperiode ontvingen de cd-speler. Garant-o-Matic is aangesloten bij de Gedragscode Promotionele Kansspelen.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat van een misleidende omissie aanwezig is in de zin van artikel 6:193d lid 2 juncto artikel 6:193e sub a BW (ontbreken voornaamste kenmerken in uitnodiging aankoop). De brief doet voorkomen alsof de consument binnen zeven dagen moet reageren om één van de opgesomde elektronische producten te ontvangen, maar om kans te maken moet hij binnen twee dagen reageren. Als hij na die twee dagen reageert zijn, m.u.v. de cd-speler, de producten/prijzen niet meer beschikbaar. Ook zal, aldus de Consumentenautoriteit, aan de consument na lezing van de brief niet duidelijk zijn dat de draagbare cd-speler tegen betaling van €19,99 feitelijk

377 Besluit op bezwaar 24 november 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/206888_OV.
378 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.4, nr. 6 en 4.5.2.4, nr. 8.

gedurende de hele promotieperiode beschikbaar is. Het feit dat voormelde termijn van twee dagen in de reglementen is vermeld doet hier niet aan af. De boete wordt vastgesteld op € 10.000.

Voorts oordeelt de Consumentenautoriteit dat het omschrijven van een product als gratis misleidend is in de zin van artikel 6:193g sub t BW. Er dient in dit geval immers meer dan de onvermijdelijke kosten te worden voldaan. De consument dient een bedrag van € 19,99 te betalen om dit product thuisbezorgd te krijgen. Deze kosten zijn niet alleen de onvermijdelijke kosten om het product thuis bezorgd te krijgen. Volgens de specificatie van het bedrag omvat het bedrag ook personeelskosten in, het doen van mailings etc. Het gaat dus niet louter om de onvermijdelijke kosten. De boete bedraagt € 50.000.

Garant-o-Matic is eveneens een verplichting uit de Gedragscode Promotionele Kansspelen niet nagekomen. Onder punt 11 van het reglement geeft Garant-o-Matic aan dat de promotie is georganiseerd met in achtneming van de Gedragscode Promotionele Kansspelen. Dit impliceert dat Garant-o-Matic de Gedragscode kent en zich daaraan gebonden acht. Op grond van artikel 5 lid 1 van de Gedragscode mag een oproep tot deelname aan en informatie over een kansspel niet misleidend of onvolledig zijn en geen valse verwachtingen wekken. Deze bepaling is kenbaar en concreet. Hiermee heeft Garant-o-Matic in strijd gehandeld en is sprake van een handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c lid 2 sub b BW. Voor deze overtreding is geen boete opgelegd. Gezien de ernst van de overtredingen worden de boetes met 20% verhoogd.

Bezwaar. In het besluit op bezwaar wordt, op advies van de BAC, de overtreding van artikel 6:193c lid 2 sub b BW vernietigd (strijd met gedragscode).[379] De Gedragscode Promotionele Kansspelen betreft niet een vrijwillige gedragscode in de zin van zelfregulering door de markt. Dergelijke gedragscodes vallen niet onder de reikwijdte van artikel 6:193c lid 2 sub b BW.

(16) Lecturama

Casus. Lecturama biedt via telemarketing, per post en internet hobby- en verzamelpakketen aan. Lecturama maakt gebruik van call-centers. Bij de telefonische verkopen doet Lecturama consumenten een aanbieding voor een kennismakingspakket in combinatie met één of meerdere gratis producten, zoals bijvoorbeeld een luxe opbergmap. Voor het kennismakingspakket brengt Lecturama een bedrag in rekening dat ligt onder de € 10 inclusief verzendkosten. Bij een positieve reactie gaat het script verder met het in orde maken van de verzending. Vermeld wordt dat er geen koopverplichting is. Als het pakket bevalt hoeft de consument niets te doen, de vervolgzendingen zullen komen. Bij een negatieve reactie luidt het script:

379 Besluit op bezwaar Consumentenautoriteit 20 mei 2011 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/47.

> 'ik begrijp u, maar… Dit hobbypakket is inclusief gratis materialen. Deze kennismakingszending mag u altijd houden, wat u ook beslist. Wilt u het kennismakingspakket toch ontvangen?'

Op de website wordt de suggestie gewekt dat er gratis materialen worden verstrekt bij de afname van een kennismakingspakket. Er wordt echter geen informatie verstrekt over de vervolgzendingen.

Besluit. De ACM overweegt dat uit de scripts volgt dat de 'gratis' producten worden gebruikt om de consument over te halen om in te gaan op het aanbod van het kennismakingspakket.[380] Tijdens de gesprekken wordt niet duidelijk gemaakt dat de verkoper hem feitelijk niet alleen een kennismakingspakket verkoopt maar ook vervolgzendingen. De ACM overweegt dat het voor de consument onduidelijk is dat door in te gaan op het aanbod van het kennismakingspakket tegen een relatief kleine vergoeding, hij volgens Lecturama ook instemt met de vervolgzendingen. Bij een positieve reactie wordt in het geheel niet gerefereerd aan de vervolgzendingen. Een voorwaarde, aldus de Leidraad voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken,[381] voor het gebruik van 'gratis' in een gezamenlijke aanbieding is dat de kosten van de aanbieding voor de consument duidelijk moeten zijn. Er is geen prijstransparantie. In één gesprek probeert Lecturama zowel het kennismakingspakket als de vervolgzendingen te verkopen. De consument moet zich actief inspannen als hij van deze zendingen af wil en de kosten wil tegengaan. Doet de consument dit niet dan wordt hij geconfronteerd met automatische incasso van bedragen die aanmerkelijk hoger zijn dan het bedrag van het kennismakingspakket. Er is dan ook sprake van strijd met artikel 6:193g sub t BW.

Met betrekking tot het gebruik van het woord 'gratis' op de website oordeelt de ACM dat van een overtreding van artikel 6:193g sub t BW plaatsvindt omdat de enige informatie over vervolgzendingen schuil gaat achter een link 'garantie'. Daarnaast is deze informatie niet volledig omdat de totaalprijs per zending en de totaalprijs van alle afleveringen niet worden vermeld.

Uit de aanbiedingen per post kan ook niet worden opgemaakt dat een expliciet akkoord wordt gegeven voor vervolgzendingen. Maar omdat Lecturama bij bestelling via de post nabelt, beoordeelt de ACM louter het kennismakingspakket. Op basis daarvan kan geen overtreding worden vastgesteld. Er wordt een boete ad € 150.000 opgelegd.

(17) Calatus

Casus. Calatus biedt het puzzelblad Editie Enigma aan. Op de website editie enigma.nl wordt het puzzeltijdschrift omschreven als 'Ruim een half pond

380 Sanctiebesluit 30 april 2015 inzake Lecturama, ACM/DJZ/2015/202277_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.5, nr. 5 en 4.5.3.4, nr. 7.

381 SEC (2009) 1666; te raadplegen: http://ec.euopa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_nl.pdf.

puzzel- en leesplezier voor het hele gezin!' Naast de mogelijkheid voor consumenten om zelf een abonnement afsluiten, worden consumenten via een callcenter benaderd. De verkoop van het puzzelblad via telemarketing staat in het onderzoek van de ACM centraal. Via telemarketing worden halfjaarabonnementen verstrekt. Het gesprek wordt aangevangen met het vestigen van de aandacht op een gratis puzzelboekje. Dit boekje krijg je slechts bij een halfjaarabonnement.

Besluit. De ACM overweegt dat het voor de consument niet duidelijk is dat hij een halfjaarabonnement afsluit. Hiermee is de aard van het product onduidelijk en worden de voornaamste kenmerken van het product niet helder gemaakt.[382] Ook bestaat er misleiding ten opzichte van de prijs. Hiermee heeft Calatus artikel 6:193c lid 1 sub a, b en d, BW overtreden.

Eveneens laat Calatus informatie over haar product weg of verstrekt deze op onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze. Ook blijkt het commerciële kenmerk niet duidelijk. Op grond van artikel 6:193f sub b BW is bij commerciële communicatie de informatie genoemd in artikel 7:46c lid 1 sub b (oud) BW in ieder geval essentieel (belangrijkste kenmerken product). Dit geldt ook voor de prijs (artikel 7:46c lid 1 sub c (oud) BW), de wijze van betaling, aflevering en uitvoering van de overeenkomst (artikel 7:46c lid 1 sub e (oud) BW). Op grond van artikel 6:193f sub b BW juncto artikel 7:46c lid 1 sub b, c en e (oud) BW is er sprake van misleidende omissies.

Gezien de samenloop van de overtredingen legt de ACM één boete op ter hoogte van € 200.000. De ACM beschouwt de overtreding als zeer ernstig.

4.5.3.4 Agressieve handelspraktijken

Handelspraktijken worden als agressief gekwalificeerd wanneer zij in hun feitelijke context, al hun kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, waaronder het gebruik van lichamelijk geweld of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperken of kunnen beperken waardoor deze consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen (artikel 6:193b lid 1 juncto 6:193h lid 1 BW). Hierbij dient rekening gehouden te worden, aldus lid 2, met het tijdstip, de plaats, de aard en de vasthoudendheid die bij de handelspraktijk wordt gedemonstreerd, etc. In artikel 6:193i BW is een zogenaamde zwarte lijst opgenomen. In deze lijst staan handelspraktijken die onder alle omstandigheden agressief zijn.

382 Sanctiebesluit 1 juli 2015 inzake Calatus, ACM/DJZ/2015/203593_OV.

a. Energie

(1) Nederlandse Energiemaatschappij

Casus. De NEM heeft na de liberalisatie van de energiemarkt via telemarketing nieuwe klanten aan zich proberen te binden.

Besluit. De NEM maakt zich schuldig aan agressieve handelspraktijken. De Consumentenautoriteit overweegt dat het hardnekkig en ongewenst aandringen een agressieve handelspraktijk is in de zin van artikel 6:193i sub c BW (hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail, etc.).[383] Uit 41 gesprekken blijkt dat consumenten aangeven dat zij niet geïnteresseerd zijn in een overstap. De callcentermedewerker legt zich daar niet bij neer en probeert de consument toch tot een overstap te bewegen. Ook blijkt uit meldingen op Consuwijzer dat, hoewel consumenten aangaven niet geïnteresseerd te zijn in een overstap, zij toch voortdurend werden benaderd. De hoge frequentie van telemarketing waarmee de NEM consumenten benadert, acht de Consumentenautoriteit ook een agressieve handelspraktijk in de zin van artikel 6:193i sub c BW. Omdat dit mede wordt begrepen onder artikel 11.7 Tw (oud) maakt de Consumentenautoriteit van haar bevoegdheid geen gebruik en laat zij dit over aan de toen nog bestaande OPTA.[384] De boete bedraagt € 200.000.

Bezwaar en beroep. Na de bezwaar- en beroepsprocedure blijft het besluit in stand.[385]

Boete OPTA. De OPTA heeft voor overtreding van artikel 11.7 Tw (oud) een boete van € 225.000 opgelegd.[386] Op grond van deze bepaling is het niet toegestaan om consumenten telefonisch te benaderen indien zij hebben aangegeven dat zij niet meer gebeld willen worden (recht van verzet).

b. Georganiseerde reisjes

(2) Goltex

Casus. Goltex organiseert verkoopdemonstraties waar zij ergotrainers, Energy Smog Protectors en voedingssupplementen verkoopt.[387] Consumenten ontvangen per post een persoonlijke uitnodiging om deel te nemen aan de dagtochten. Bij de uitnodigingen zitten ook waardebonnen en winstcertificaten. Deze dienen

383 Rb. Rotterdam, 13 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184.
384 Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake NEM, CB/NB/527/29, zie randnummer 122 e.v. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.5, nr. 4 en 4.5.3.2, nr. 2.
385 Besluit op bezwaar inzake NEM 20 mei 2011, CA/NB/527/68; Rb. Rotterdam 13 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184.
386 OPTA 5 juli 2010, OPTA/ACNB/2010/201930.
387 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Goltex Vertriebs GmbH & Co, CA/NB/529/100. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 8.

in de touringcar, op de stoel, achtergelaten te worden. Alle deelnemende consumenten krijgen bij terugkomst in de touringcar een aantal producten.

Besluit. Goltex heeft agressieve handelspraktijken verricht door consumenten bedrieglijk de indruk te geven dat zij een prijs gewonnen hebben of zullen winnen, terwijl er geen sprake is van een prijs of voordeel (artikel 6:193i sub h BW). Ten aanzien van 'prijzen' wordt de indruk gewekt dat het ging om een uniek gewin, terwijl bij cadeaus werd aangegeven dat deze voor iedere deelnemer beschikbaar waren. Er is echter geen onderscheid gemaakt tussen prijzen en cadeaus. De producten die de deelnemers op hun stoel aantroffen waren geschenken. De Consumentenautoriteit overweegt dat op sommige uitnodigingen termen werden gebruik als 'super-Jokerprijs' of 'super-voltreffer uit de grote tombola'. In andere gevallen werd de prijs echter zeer specifiek omschreven zoals een 10-delige pannenset. Deze prijzen zijn nooit uitgereikt. In de uitnodiging is door Goltex onderscheid gemaakt tussen cadeaus en prijzen. Er is dan ook bedrieglijk de indruk gewekt die er sprake is van een prijs of ander soortgelijk voordeel. De boete bedraagt € 100.000.

Bezwaar en beroep. Na de bezwaar- en beroepsprocedure blijft het besluit in stand.[388]

(3) Pro-Actief

Casus. Pro-Actief organiseert dagtrips met verkoopdemonstraties voor voornamelijk schoonheidsproducten naar afgelegen locaties.[389] Deelnemers kunnen de zaal weliswaar verlaten maar bevinden zich op een locatie waar nauwelijks iets te doen is en waar zij moeilijk op eigen gelegenheid naar huis kunnen gaan. Ook worden de gordijnen van de zaal gesloten waarin de twee maal tweeëneenhalf uur durende demonstraties plaatsvinden. Voorts worden uitspraken gedaan als 'gooi je je gezondheid weg?' of 'zet je vandaag een stap naar een betere gezondheid' etc. Door de verkopers wordt een beroep gedaan op de deelnemers om in ruil voor de goedkope busreis wat terug te doen, namelijk een product te kopen.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat de gekozen locatie een afhankelijke positie creëert. Als bijzonder ernstig beoordeelt de Consumentenautoriteit de wijze waarop wordt ingespeeld op de mogelijke gezondheidstoestand van de (vooral oudere) deelnemers. Eveneens worden uitspraken gedaan zonder enige wetenschappelijke onderbouwing. De werkwijze van de verkopers wordt beoordeeld als ongepaste beïnvloeding van de consumenten. Daarmee is sprake van een handelspraktijk die, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, agressief is door intimidatie, beperking van keuzevrijheid en

388 Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Goltex, CA/NB/694/41. Rb. Rotterdam 30 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2590.

389 Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/529/101. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 6.

ongepaste beïnvloeding, waardoor de consument een beslissing over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen (artikel 6:193h lid 1 BW). De boete bedraagt € 120.000.

Bezwaar. Er is geen inhoudelijk bezwaar gemaakt tegen de geconstateerde en beboete agressieve handelspraktijken.[390]

c. Banners, tv-reclames en internetboekingen

(4) Fotosessie

Casus. Fotosessie deelt de consument mee dat hij of zij is geselecteerd voor een fotoshoot en deze aangeboden krijgt voor € 125 in plaats van € 450.[391] Deze korting geldt echter voor iedereen. Bij verzuim met betrekking tot de facturen en bij te late annulering verhoogt Fotosessie de prijs van de shoot met € 15 bij de eerste aanmaning en later met nog eens € 325. De aanmaningen worden ondertekend door een persoon van de juridische afdeling. Deze persoon blijkt in het geheel niet te werken bij Fotosessie en evenmin beschikt Fotosessie over een juridische afdeling.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat Fotosessie agressieve handelspraktijken voert door consumenten bedrieglijk voor te houden dat zij geselecteerd zijn of een soortgelijk voordeel hebben behaald. Dit terwijl er helemaal geen sprake is van een korting of een gewonnen shoot. Fotosessie biedt iedereen de fotoshoot aan voor dezelfde prijs. Het betreft een handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b lid 1 en lid 3 juncto 6:193i sub h BW (bedrieglijk de indruk wekken dat consument een prijs heeft gewonnen of een ander soortgelijk voordeel). De boete wordt vastgesteld op € 80.000.

Eveneens oefent Fotosessie met betrekking tot facturen bij verzuim en te late annulering een aanzienlijke mate van dreiging en intimidatie uit. Aanvankelijk verhoogt Fotosessie de prijs van de shoot met € 15, maar later met nog eens € 325. Dit kwalificeert de Consumentenautoriteit als een agressieve handelspraktijk in de zin van artikel 6:193h lid 1 BW. De boete bedraagt € 50.000.[392]

Bezwaar en beroep. Na de bezwaar- en beroepsprocedure blijft het besluit op deze punten in stand.[393]

---

390 Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/691/41. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.3.3, nr. 6.

391 Sanctiebesluit 14 januari 2010 inzake Fotosessie, CA/NCB/437/28. Zie over dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 9 en 4.5.3.3, nr. 9.

392 De boetes worden overigens gematigd als gevolg van de financiële situatie van Fotosessie.

393 Besluit op bezwaar 17 februari 2011 inzake Fotosessie, CA/NCB/437/86, Rb. Rotterdam 14 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW8407.

(5) Ryanair

Casus. Ryanair biedt in het boekingsproces reisverzekeringen aan.[394] Zo komt de consument langs het scherm met het opschrift 'koop uw reisverzekering'. Heel klein onderaan staat de mogelijkheid 'verzeker me niet'. Als een consument dat aanklikt dan komt er in beeld 'Belangrijk bericht etc.'. Onder deze teksten staan twee buttons 'Nee dank u ik zal het risico wel nemen' en 'Ja voeg toe aan mijn boeking'.

Besluit. De Consumentenautoriteit oordeelt dat er geen sprake is van agressieve handelspraktijk ex artikel 6:193h lid 1 BW door ongepaste beïnvloeding. Onvoldoende blijkt van het misbruiken van een machtspositie om pressie uit te oefenen op zodanige wijze dat het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen aanzienlijk wordt beperkt. Wel oordeelt de Consumentenautoriteit dat de wijze waarop Ryanair de reisverzekering aanbiedt misleidend is en strijdig met de professionele toewijding. De eerste vraag is 'Selecteer het land waar u woonachtig bent'. Deze vraag is niet gericht op het afsluiten van een reisverzekering. De consument kan hierdoor misleid worden. Daarnaast is de optie 'verzeker me niet' moeilijk te vinden. Deze staat in de lijst met landen. Ook de button 'nee dank u, ik zal het risico wel nemen' leidt de aandacht af van de mogelijkheid dat ook bij andere aanbieders reisverzekeringen kunnen worden afgesloten. Er is geen sprake van agressieve handelspraktijken, maar wel van misleidende handelspraktijken. Omdat de overtreding is gekwalificeerd als 'agressief' en niet als 'misleidend' kan de Consumentenautoriteit, vanwege de onjuiste grondslag, geen boete opleggen.[395]

d) Promotionele acties

(6) Garant-o-Matic

Casus. Garant-o-Matic brengt haar catalogi onder de aandacht door middel van promotionele acties.[396] Consumenten ontvangen een mailing met daarin de mededeling dat er een pakket voor hen klaar staat met een LCD tv, een Nokia telefoon, een Canon camera of een van de vele draagbare cd-spelers. De consument dient slechts de verzendkosten van € 19,99 te betalen. In werkelijkheid gaat het om een loterij waarbij de tv, de Nokia en de Canon worden verloot onder de inzenders die binnen twee dagen hebben gereageerd. De overige consumenten kunnen gedurende de gehele promotieperiode alleen een draagbare cd-speler ontvangen.

394 Sanctie besluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.1, nr. 7, 4.5.2.3, nr. 1, 4.5.2.6, nr. 1 en 4.5.3.3, nr. 11.

395 Tegen dit deel van het besluit is dan ook geen bezwaar of beroep ingesteld. Zie voor overige overtredingen sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16 en de uitspraak in beroep Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868, par. 4.5.2.1, nr. 7, par. 4.5.2.3, nr. 1, par. 4.5.2.6, nr. 1 en par. 4.5.3.3, nr. 11.

396 Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.4, nr. 8, 4.5.3.3, nr. 15.

Besluit. De Consumentenautoriteit concludeert dat Garant-o-Matic bedrieglijk de indruk wekt dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zou winnen, terwijl de consument feitelijk een bedrag van € 19,99 moest betalen, waarvoor hij een draagbare cd-speler ontving, om in aanmerking te komen voor prijzen. De Consumentenautoriteit kwalificeert de handelspraktijk van Garant-o-Matic dan ook als agressief in de zin van artikel 6:193i sub h BW. De boete is niet uitgesplitst per overtreding en bedraagt derhalve samen met de misleidende handelspraktijken € 120.000 (inclusief verhoging).

(7) Lecturama

Casus. Lecturama biedt via telemarketing, per post en internet hobby- en verzamelpakketen aan. Lecturama maakt gebruik van callcenters. Nadat de consument het bestelproces heeft doorlopen, ontvangt hij tegen betaling het bestelde kennismakingspakket. Dan blijkt dat de consument ook vervolgzendingen kan verwachten. De consument moet zelf actie ondernemen om de vervolgzendingen niet (meer) te ontvangen. De vraag is of er sprake is van onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzendingen of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd maar waar de consument niet om heeft gevraagd (artikel 6:193i sub f BW).

Besluit. Via het verkoopkanaal telemarketing komen de vervolgzendingen pas aan de orde als de consument positief reageert op het kennismakingspakket.[397] De ACM stelt vast dat de consument in een gesprek wordt gevraagd akkoord te gaan met de toezending van het kennismakingspakket en de vervolgzendingen. De woorden 'vervolgpakketten' en 'aflevering' komen in het script wel voor, maar dit wordt niet toegelicht. De consument is dan ook niet volledig geïnformeerd over de totaalprijs, omvang en inhoud van de vervolgzendingen. Er is dan ook sprake van een overtreding van artikel 6:193i sub f BW (vragen terugzending van producten waar de consument niet om heeft gevraagd).

Bij bestelling via de website krijgt de consument, nadat hij geklikt heeft op 'ja stuur mij…' de tekst 'hierbij machtig ik Lecturama om via automatische incasso het verschuldigde bedrag af te schrijven van mijn bank- of girorekening (…)'. Alleen achter de link 'garantie' blijkt dat na het kennismakingspakket vervolgzendingen zullen worden toegezonden. Het woord 'garantie' dekt niet de lading. De consument is er niet op bedacht dat hierachter de voorwaarden schuilgaan. De ACM concludeert dat de consument voorts dat ook al heeft hij de voorwaarden achter de link 'garantie' gelezen hij niet geacht kan worden expliciet akkoord te zijn gegaan met de vervolgzendingen. De ACM oordeelt dat er een overtreding is van artikel 6:193i sub f BW.

Bij de bestellingen per post heeft Lecturama nagebeld. Daarom is er geen overtreding van artikel 6:193i sub f BW.

In alle gevallen stelt de ACM vast dat Lecturama vraagt om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van de producten

397 Sanctiebesluit 30 april 2015 inzake Lecturama, ACM/DJZ/2015/202277_OV. Zie voor dit besluit ook par. 4.5.2.5, nr. 5, 4.5.3.3, nr. 16.

die zij heeft geleverd. Daarmee is voldaan aan het tweede vereiste van artikel 6:193i sub f BW. Er dient namelijk via automatische incasso betaald te worden. Als er geen automatische incasso is afgegeven dan zitten er acceptgirokaarten bij de zendingen. Als de consument de zending niet wil houden dan moet de consument deze terugsturen. Als de consument nalaat te betalen dan start Lecturama een incassoprocedure. De boete bedraagt € 300.000.

4.5.3.5 Conclusie

De oneerlijke handelspraktijken zijn onderverdeeld in misleidende (artikel 6:193c BW) en agressieve handelspraktijken (artikel 6:193h BW). Er is slechts een beperkt aantal uitspraken waarin is vastgesteld dat verkopers agressieve handelspraktijken die op de zwarte lijst staan hanteerden (artikel 6:193i BW).[398] In drie besluiten is een overtreding van artikel 6:193i sub h BW (Goltex, Fotosessie en Garant-o-Matic)[399] geconstateerd en in één zaak een overtreding van artikel 6:193i sub c BW (de NEM). Op grond van artikel 6:193h lid 1 BW is tweemaal een boete opgelegd (Pro-Actief en Fotosessie).[400]

Bij het beboeten van de misleidende handelspraktijken valt op dat in bezwaar en beroep de boetebesluiten een aantal maal worden herroepen (in bezwaar) c.q. (deels) worden vernietigd (in beroep). De Celldorado-zaak springt eruit omdat in beroep wordt geoordeeld dat er geen overtreding is van artikel 6:193c lid 1 sub a BW. De consument dient op de landingspagina naar beneden te scrollen om te zien dat het om een abonnementsdienst ging en dat wordt acceptabel geacht. In hoger beroep overweegt het CBb echter anders en oordeelt dat er strijd is met de SMS-Gedragscode.[401]

In de overige zaken betreft het de uitleg van artikel 6:193c lid 2 sub a BW (het NEM-besluit),[402] de uitleg van artikel 6:193c lid 1 sub d BW (Goltex: persoonlijk aanbieden van voordeel),[403] de vernietiging van de boete op non-coöperatief gedrag, artikel 6:193c lid 2 sub b BW (Garant-o-Matic: strijd met gedragscode),[404] de uitleg van 'zeer beperkte tijd' ex artikel 6:193g sub g BW (Fotosessie)[405] en de vraag of er sprake is van een structurele overtreding in de zin van artikel 6:193g sub g BW (Greenchoice).[406]

De verlaging van verschillende boetes is mogelijk te verklaren door de verschillen tussen een onafhankelijke rechter en een toezichthouder als de ACM, die met een opgedragen taak bevoegdheden uitvoert. Deze verschillen doen

398 Zie par. 4.5.3.4.
399 Zie par. 4.5.3.4, nr. 2, 4 en 6.
400 Zie par. 4.5.3.4, nr. 3 en 4.
401 Zie par. 4.5.3.3, nr. 10.
402 Zie par. 4.5.3.3, nr. 4.
403 Zie par. 4.5.3.3, nr. 8.
404 Zie par. 4.5.3.3, nr. 13.
405 Zie par. 4.5.3.3, nr. 9.
406 Zie par. 4.5.3.3, nr. 3.

zich voor zowel in de vergelijking tussen de civiele rechter ten opzichte van de ACM als toezichthouder als ook in de vergelijking met de bestuursrechter en de ACM. De (open) normen in relatie tot de misleidende handelspraktijken lijken ruimte te bieden voor verschillende interpretaties. Het gaat in de meeste gevallen niet zozeer om de vraag of sprake is van een overtreding in de zin van de Wet oneerlijke handelspraktijken, maar wel om de ernst, de verwijtbaarheid en de specifieke omstandigheden van deze overtreding en daarmee om de hoogte van de boete.[407] Zo matigt de rechtbank in beroep, bijvoorbeeld in het Celldorado-zaak, de boetes vanwege samenloop met andere overtredingen (artikel 3:15d lid 1 sub b met artikel 6:193d lid 2 en 3 en artikel 6:193f sub a BW). Of het gaat om een autoriteit die (te) sterk voor de belangen van de consument opkomt of van 'beginnersenthousiasme' is in deze fase, gelet op het korte bestaan van de autoriteit, nog moeilijk te beoordelen.

Wat voorts opvalt, is het verschil in toetsing van de omstandigheden door de civiele rechter respectievelijk de ACM. Een civiele rechter weegt (meer) de belangen van de individuele partijen mee. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de kantonrechter te Haarlem die, in relatie tot artikel 6:193b lid 4 BW waar reclame wordt uitgezonderd van oneerlijke handelspraktijken, oordeelt dat de mededeling van de NEM dat zij de goedkoopste is, een gangbare reclamepraktijk is.[408] Bij reclame maken horen nu eenmaal overdrijvingen en aanprijzingen. Teksten als 'wij zijn de goedkoopste' zijn geen enkele consument vreemd. De ACM bekijkt dergelijke uitlatingen echter meer in de context van het gehele onderzoek en beoordeelt de gedragingen van de ondernemer meer in het algemeen.

Dat de (open) normen ruimte bieden voor meerdere interpretaties betekent ook dat er een spanningsveld met artikel 7 EVRM, het legaliteitsbeginsel, bestaat. Strijd met het legaliteitsbeginsel is merkwaardigerwijs slechts in het Celldorado-besluit aan de orde gekomen. Gezien de hoogte van de boetes vraagt het beleid van de ACM om meer duidelijkheid. Overigens heeft de praktijk, zo blijkt ook uit de evaluatie uit 2010 die naar aanleiding van de Wet oneerlijke handelspraktijken is gehouden, om nadere handvatten gevraagd.[409]

4.6 Conclusie

Toezichtprivaatrecht?

Uit de genoemde besluiten van de ACM in relatie tot de handhaving van het consumentenrecht kan geconcludeerd worden dat de ACM overtredingen fors beboet. In civiele procedures spelen de artikelen 6:193a e.v. BW echter een

407 Zie ook B. Keirsbilck, 'Vijf jaar bestuursrechtelijke handhaving van de Nederlandse Wet oneerlijke handelspraktijken (2008-2013)', *SEW*, 2013/11, p. 489.

408 Zie par. 4.5.3.3, nr. 4.

409 *Kamerstukken II* 2011/12, 33070, nr. 1, p. 6. Zie voor bespreking evaluatie par. 4.2.2.

bescheiden rol, althans er wordt (nog) zelden een beroep op gedaan. Hoewel de wetgever de consument is tegemoet gekomen, door te bepalen dat oneerlijke handelspraktijken onrechtmatig zijn, doen nog weinig consumenten een beroep op deze bepalingen. Waarschijnlijk zijn de kosten in verhouding tot het schadebedrag veelal te hoog om een procedure te starten.

Omdat er weinig privaatrechtelijke uitspraken zijn is een vergelijking tussen de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van de artikelen 6:193a e.v. BW lastig. Het consumentenrecht is wel een duidelijk voorbeeld van een rechtsgebied waarop een toezichthouder het gedrag van contractanten probeert te 'sturen' met het opleggen van boetes.

De vraag rijst of er welbeschouwd nog wel sprake is van handhaving van privaatrechtelijke regels. Er is in ieder geval sprake van wetgeving met een sterk punitief karakter die in het privaatrecht is 'opgenomen'. Daarnaast valt op dat de regelgeving erg publiekrechtelijk aandoet door de grote hoeveelheid lijsten (misleidende en agressieve handelspraktijken en informatieplichten). De vraag is welk voordeel, boven de reeds bestaande privaatrechtelijke handhavingsinstrumenten als dwaling, misbruik van omstandigheden etc., de plaatsing van de Wet oneerlijke handelspraktijken in het BW oplevert als de consument er weinig gebruik van maakt.

De informatieplichten en de handhavingsmiddelen voor consumenten lijken wel toegankelijker en daardoor door consumenten sneller te worden ingezet dan de Wet oneerlijke handelspraktijken. Dit blijkt met name uit het beroep op artikel 6:230m e.v. BW (7:46c (oud) BW) door consumenten zelf.[410] Deze regeling lijkt effectief, omdat veel consumenten er een beroep op doen en bijna alle tijdige beroepen (lijken te) slagen, waardoor de overeenkomst word ontbonden of waardoor de termijn waarbinnen de ontbinding kan worden ingeroepen, wordt verlengd.[411] De consument heeft hiermee een sterk middel in handen om een verkoper die zijn informatieplichten niet nakomt, daar toch toe te dwingen.

Wellicht past, met name in relatie tot de Wet oneerlijke handelspraktijken, de term toezichtrecht beter dan publiek- of privaatrecht.

In de literatuur wordt wel gesuggereerd dat het feit dat de regels worden nageleefd belangrijker is dan de vraag of handhaving bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk geschiedt en wie welke regels handhaaft.[412] Mijns inziens wordt er dan te snel voorbij gegaan aan de verschillende achtergrond en doelen van het privaatrecht respectievelijk het bestuursrecht. Om de te onderscheiden doelen te bereiken zijn verschillende handhavingsmiddelen in het leven geroepen, die hun eigen achtergrond hebben. Als deze door elkaar gaan lopen kan dit verwarring zaaien en kan dat de oorzaak zijn van het niet naleven van

410 Zie par. 4.5.2.4.

411 Zie ook Tigelaar 2015, p. 206-213.

412 W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', ín: M.B.M. Loos & W.H. van Boom (red.), *Handhaving van het consumentenrecht*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 150.

de regels. Zo hanteert het privaatrecht open normen waarmee de autonomie van partijen tot uitdrukking kan komen, terwijl het bestuursrechtelijk beboeten van deze open normen strijd met artikel 7 EVRM kan opleveren, hetgeen nauwkeurige invulling vereist. Handhaving van privaatrecht, waarin de belangen van individuele partijen centraal staan en de omstandigheden van het geval een grote rol spelen, kan in botsing komen met bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen, waarbij het algemene belang centraal staat. Kortom, om tegemoet te komen aan de eisen van het legaliteitsbeginsel van artikel 7 EVRM moeten er meer handvatten komen voor de marktpartijen. Dit zal echter wel ten koste gaan van één van de voordelen van het privaatrecht, namelijk de flexibiliteit van de open normen. Toch vraagt 'de vorm' van bestuursrechtelijke handhaving hierom.

Een te actieve ACM?

Bij de bespreking van de handhaving van de besluiten en uitspraken valt op, zowel bij de precontractuele informatieplichten[413] als bij de oneerlijke handelspraktijken,[414] dat de boetes van de ACM in een aantal gevallen in bezwaar, na advies van de BAC, of in beroep worden gematigd. Hieruit zou de voorzichtige conclusie getrokken kunnen worden dat de ACM open normen (te) onvriendelijk voor de ondernemers uitlegt.

Vermoedelijk zijn deze 'correcties' door de bestuursrechter beter te verklaren door de taken en missie van de ACM. De ACM is immers toezichthouder met de taak om de positie van de consument op de markt te bewaken. Dit volgt ook uit de vaststelling wie de 'gemiddelde consument' in een bepaalde casus is. De ACM is erop gericht om een groep kwetsbare consumenten extra bescherming te bieden.[415] Een onafhankelijke rechter, zowel in het bestuursrecht als in het privaatrecht, weegt de belangen van de betrokken partijen nadrukkelijker mee. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het besluit inzake de Keukenconcurrent.[416] Hierin wordt een boeteverhoging opgelegd wegens non-coöperatief gedrag. In beroep wordt deze boeteverhoging teruggedraaid, daar het een ten onrechte toegepaste sanctie betreft voor een partij wegens het innemen van een processtandpunt en de ACM op een (te) actieve wijze haar taken opvat. Dat betekent niet direct dat sprake is van non-coöperatief gedrag. Ook als sprake is van samenloop, twee of meer boetes voor eenzelfde handeling, matigt de rechtbank de boete. De ACM neemt het zekere voor het onzekere door op beide grondslagen een boete op te leggen. Zo wordt het risico vermeden dat de keuze voor één grondslag, wanneer deze grondslag in beroep onjuist blijkt te zijn, resulteert in een niet beboete overtreding. In die zin is het te begrijpen

413 Zie par. 4.5.2.
414 Zie par. 4.5.3.
415 Zie ook Keirsbilck 2013, p. 477.
416 Zie par. 4.5.3.3, nr. 1.

dat de ACM voor meerdere ankers gaat liggen. Het leidt wel tot meer beroepsprocedures.

Ook is er mogelijk een zekere druk vanuit de politiek op de ACM. Immers meer boetes zijn meer inkomsten. In het regeerakkoord van 2012 zijn de inkomsten uit boetes meegenomen tot wel 125 miljoen euro in 2017.[417]

Dat een redelijk aantal boetes in beroep sneuvelt, zou de ACM onzeker hebben gemaakt.[418] Om marktpartijen te corrigeren probeert de ACM marktpartijen daarom eerst aan te spreken op hun gedrag. Zo hoopt de ACM een procedure te voorkomen. Het voordeel is dat marktpartijen in een vroeg stadium hun gedrag (kunnen) corrigeren. Het nadeel is dat dergelijke waarschuwingen kunnen leiden tot een gebrek aan bewijs van de overtreding. Door de waarschuwingen informeel te houden komen niet alle waarschuwingen vast te liggen. Mocht de marktpartij de overtreding niet staken en legt de ACM toch een boete op dan kan deze boete in beroep (deels) ongegrond worden verklaard wegens gebrek aan bewijs, zie bijvoorbeeld de zaak KLM in verband met artikel 23 Luchtvaartverordening.[419]

Gemiddelde consument

De definitie van de gemiddelde consument is niet eenduidig. De civiele rechter lijkt uit te gaan van een geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument.[420] Ook in overweging 18 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken[421] wordt, onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie, uitgegaan van de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument. Een consument verdiept zich in algemene voorwaarden en kijkt verder dan reclame-uitingen.[422] Ook van een op internet actief zijnde consument mag worden verwacht dat hij bepaalde kennis, bijvoorbeeld over de gemiddelde prijs, heeft (Otto-uitspraak),[423] dan wel dat bepaalde reclame- uitingen niet al te serieus genomen moeten worden (NEM).[424] Daarnaast kan bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden, worden meegewogen of de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument is gesteld. Ook kan van de gemiddelde consument soms verlangd

417 NRC 11 april 2015 'Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek.'
418 NRC 11 april 2015 'Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek.'
419 Zie par. 4.5.2.6, nr. 2.
420 Pavillon 2013, p. 69. Zie ook Pavillon 2011, p. 359. Zie over de gemiddelde consument ook nader M.Th. Beumers & W.H. van Boom, 'De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht', in: M.Th. Beumers, W.H. van Boom & M.A. Loth, *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens* (preadviezen VASR), Deventer: Kluwer 2016, p. 1-32.
421 Richtlijn 2005/29/EG.
422 Pavillon 2011, p. 360.
423 Zie par. 4.5.2.1, nr. 8 bij commentaar.
424 4.5.3.3, nr. 4.

worden dat hij op zoek gaat naar nadere informatie (Stichting Misrekening/ING en Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl).[425]

De bestuursrechter lijkt de lat hoger te leggen voor bedrijven en oordeelt sneller dat de consument is misleid. Zo lijkt de gemiddelde consument minder moeite te hoeven doen om (essentiële) informatie tot zich te nemen. Zo oordeelt bijvoorbeeld de ACM dat in relatie tot de informatieplichten het opnemen van bijvoorbeeld het KvK- of BTW-nummer in de algemene voorwaarden onvoldoende is.[426] Ook in relatie tot de Wet oneerlijke handelspraktijken overweegt de ACM dat een promotionele actie in feite een kansspel is dat niet in de reglementen kan worden opgenomen (Garant-o-Matic).[427] De informatie dient direct duidelijk te zijn voor de consument. Vergelijk in deze zin ook de toespitsing van de discussie of de informatie beschikbaar is al dan niet zonder te scrollen of verborgen achter links.

De gemiddelde consument wordt in de besluiten van de ACM met betrekking tot de Wet oneerlijke handelspraktijken over het algemeen gevonden in een bepaalde groep consumenten die als zwak wordt aangemerkt. De verkoper dient met zwakkere groepen meer rekening te houden en er bedacht op te zijn dat zij voor bepaalde verkooptechnieken extra vatbaar zijn. De ACM neemt deze groepen extra in bescherming.[428] In het Fotosessie-besluit[429] worden tieners en jongvolwassenen aangemerkt als doelgroep, in Garant-o-Matic ouderen,[430] net als in de besluiten over georganiseerde reisjes. Het is belangrijk dat de maatstaf om te bepalen wie de gemiddelde consument is duidelijker wordt, aangezien hier ook de beoordeling van de handelspraktijken van afhangt. Bij zwakkere groepen consumenten zijn bepaalde praktijken immers minder snel geoorloofd dan bij een andere categorie consumenten.

Open en vage normen

Dat open normen en artikel 7 EVRM met elkaar op gespannen voet staan wordt ook duidelijk uit de beschreven uitspraken. Het is daarom opvallend dat artikel 7 EVRM slechts in één besluit aan de orde is gekomen. De ACM is zelf van mening dat de normen niet dusdanig 'open' zijn dat van een professionele onderneming als [Greenchoice] niet kan worden verwacht dat zij in staat is de betreffende normen na te leven. Toegegeven dient te worden dat over de meeste in dit hoofdstuk genoemde normen weinig misverstand zal bestaan. Daarnaast kent de Wet Oneerlijke handelspraktijken veel voorschriften en lijsten die invulling geven aan de verschillende open normen. Toch zijn er ook gevallen waarin het niet duidelijk is of er al dan niet sprake is van een

425 Zie par. 4.5.3.3, nr. 10 onder commentaar.
426 Zie par. 4.5.2.1, nr. 5 en nr. 8.
427 Zie par. 4.5.2.4, nr. 8.
428 Zie ook Keirsbilck 2013, p. 477.
429 Zie par. 4.5.2.4, nr. 6.
430 Zie par. 4.5.2.4, nr. 8.

oneerlijke handelspraktijk terwijl dit, gezien de hoogte van de boetes, vanuit een oogpunt van rechtszekerheid voor zowel de consument als de professionele verkoper wel duidelijk zou moeten zijn. Het Celldorado-besluit is hiervan het duidelijkste voorbeeld.[431] Vanuit de praktijk wordt door ondernemers dan ook gevraagd om meer richtlijnen, zoals blijkt uit de evaluatie van de Wet oneerlijke handelspraktijken. Deze duidelijkheid wordt gevraagd ondanks de gedetailleerde regels van de Wet oneerlijke handelspraktijken.

Omdat de regels ruimte laten voor interpretatie, daar deze open en daarmee vaag zijn, neemt ook de kracht van de preventieve werking van de regels af. Voor de ACM maakt het de afweging om over te gaan tot het beboeten van overtredingen moeilijk, omdat zij bang is dat het mogelijk niet tot een veroordeling komt. De ACM maakt bij het overgaan tot vervolging een afweging of een procedure stand zal houden in beroep en/of hoger beroep.[432] De afschrikwekkende werking van boetes neemt af als bij marktpartijen het besef ontstaat dat overtredingen moeilijk te beboeten zijn.

Spontane naleving door marktpartijen zou het beste gestimuleerd worden door duidelijke en opvolgbare regels.[433] Dit lijkt mij een juist uitgangspunt en ik onderschrijf hierbij ook de kanttekening dat niet uit het oog verloren moet worden dat tegenover de belangen van de consumenten de belangen van de ondernemers staan.[434] Van Boom merkt op dat de gebruikelijke toezichthoudersstrategieën het invullen van zowel de privaat- als bestuursrechtelijke flexibele normen aan de hand van *responsive regulation* (duidelijkheid geven waar nodig is) de branche stimuleren tot internaliseren van normen en ontwikkelen van 'goede praktijken', sanctioneren waar duidelijke regels verwijtbaar niet nageleefd worden, de beste methode is.[435] Ik wil hier wel de kanttekening bij plaatsen dat het van groot belang is dat er afstemming plaatsvindt tussen privaat- en publiekrecht. Daarnaast dient duidelijk te zijn hoe groot de verantwoordelijkheid is van de consument dan wel de ondernemer. De verschillende handhavingsmethoden kunnen gezien de verschillende doelstellingen van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, leiden tot verschillende toepassing van dezelfde regels. In het belang van een coherent handhavingssysteem dient dat te worden voorkomen.

Geabstraheerde handhaving?

Een verklaring voor het relatief hoge aantal zaken waarin de rechtbank in beroep boetes van de ACM matigt, is mogelijk te vinden in het feit dat de ACM

431 Zie par. 4.5.3.3, nr. 10.

432 Evaluatie van het functioneren van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) in de periode april 2013 – maart 2015, Den Haag: Kwink Groep 2015, p. 27. Te raadplegen op https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/12/07/evaluatieonderzoek-acm-eindrapport .

433 Van Boom 2010b, p. 150.

434 Van Boom 2010b, p. 150.

435 Van Boom 2010b, p. 150.

tot doel heeft boetes op te leggen voor meerdere overtredingen van één marktpartij. Er zal immers pas tot actie worden overgegaan als er sprake is van 'meerdere klachten van consumenten. De (open) normen uit bijvoorbeeld de wettelijke regeling oneerlijke handelspraktijken, maar ook bij de verschillende informatieverplichtingen, dienen geobjectiveerd en veralgemeniseerd te worden. Deze objectivering leidt tot discussies als 'is nu eenmaal of tweemaal doorklikken op een website voldoende duidelijk en begrijpelijk?', 'hoe groot dient het lettertype te zijn?', 'In hoeverre is scrollen op een website of binnen een sms'je een normale handeling?'. Ondanks de uitgebreid ingevulde begrippen en lijsten die op het eerste oog goed te begrijpen zijn, is er toch teveel ruimte voor interpretatieverschillen. Bij de beoordeling van een privaatrechtelijk geschil kunnen de individuele omstandigheden van het geval worden meegenomen. Bij de publiekrechtelijke beoordeling ligt dat veel moeilijker. Dit komt enerzijds door de handhavingsmethode (het spanningsveld boete en artikel 7 EVRM) en anderzijds doordat meerdere gevallen, in wisselende omstandigheden, gelijk bestraft dienen te worden. Dit probleem wordt enigszins ondervangen door het criterium van 'de gemiddelde consument', maar zoals hierboven besproken bestaat hierover weinig duidelijkheid.

Ik heb echter mijn bedenkingen tegen de oplossing om in het bestuursrecht open, flexibele normen nader in te vullen met (nog meer) beleidsregels. Ik vraag mij ook af of dit de coherentie van de handhaving ten goede komt. De verschillende handhavingsmethoden uit het privaatrecht en het bestuursrecht doorkruisen elkaar nu eenmaal. Een oplossing zou beter gezocht kunnen worden in het aanpassen van het boetesysteem. Boetes vragen om heldere duidelijke regels die weinig tot geen ruimte overlaten interpretatie. De ACM probeert met een informele aanpak duidelijkheid te creëren.[436] Mogelijk kan meer richting en duidelijkheid vanuit de ACM worden gegeven met aanwijzingen en lasten onder dwangsom.

Resumerend

De ACM handhaaft met publiekrechtelijke middelen privaatrechtelijk geaarde regels, grotendeels te vinden in het BW, die consumenten dienen te beschermen. De bescherming van 'zwakke' consumenten heeft tot doel het welzijn van de consumenten te verbeteren. Een goed geïnformeerde consument, die in vrijheid keuzes kan maken, is daarnaast ook van belang voor een goed functionerende (interne) markt. De publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels die consumenten beschermen, dient het algemene belang.

De achtergrond van de ACM en de wijze van handhaving leidt tot verschillen met de privaatrechtelijke wijze van handhaving. De civiele rechter weegt in individuele gevallen de belangen van de partijen mee. Bij de handhaving

436 Zie als voorbeeld ook het bericht van de ACM 11 mei 2016 over de maaltijdboxen, https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15797/Consument-kan-makkelijker-van-maaltijdbox-af-dankzij-ACM/.

door de ACM staat het belang van de markt centraal, zodat individuele omstandigheden van het concrete geval bij de beoordeling buiten beschouwing blijven. De overtreding door de ondernemer wordt afgeleid uit het effect dat de overtreding op het functioneren van de markt kan hebben, ongeacht of die overtreding in het concrete geval nadelen voor de consument teweeg heeft gebracht.

De wijze van handhaving, het opleggen van boetes wegens overtreding van open en vage normen, levert spanning op met het legaliteitsbeginsel. De vraag dringt zich op of niet gezocht dient te worden naar alternatieve vormen van handhaving. Gedupeerde consumenten zijn immers niet direct gebaat bij publiekrechtelijke handhaving, zij blijven voor schadevergoeding aangewezen op de civielrechtelijke weg. In hoofdstuk 6 ga ik hier nader op in.[437]

437 Zie par. 6.4.4.

5 AFM als handhaver van privaatrecht in het financiële recht

5.1 INLEIDING

5.1.1 Afhankelijkheid van financiële markten

Bij Lombardije wordt snel gedacht aan mooie meren, smakelijke wijnen en goede pasta's. De idee dat het pandjeshuis, in de volksmond 'de Lommerd' genoemd, een exportproduct van deze streek is, herinnert aan lang vervlogen tijden. Een armlastige die geld nodig had kon in de late Middeleeuwen proberen geld te lenen op een onderpand. Hiervoor kon hij terecht bij rondreizende, over het algemeen uit Lombardije afkomstige, geldwisselaars.[1] Als er voldoende geld was om de lening en de rente af te betalen kon de pandgever zijn kostbaarheid weer retour ontvangen.

Vanaf het moment dat mensen niet langer zelfvoorzienend waren in hun dagelijkse behoeften, ontstond de ruilhandel. Geld groeide uit tot het ruilmiddel bij uitstek. Een ruilmiddel dat niet meer is weg te denken uit onze samenleving. Geld is niet beperkt gebleven tot een betalingsvorm die dient om te voorzien in eerste levensbehoeften als kleding en eten. Complexe financiële producten als hypotheken, verzekeringen, pensioenen en aandelen maken onderdeel uit van het dagelijkse leven. Hier komt nog bij dat de financiële markt niet is beperkt tot de eigen landsgrenzen, maar wereldwijd met elkaar samenhangt. De afhankelijkheid van de financiële markten is groter dan ooit.

Deze afhankelijkheid van de financiële markten maakt de partijen op de markt kwetsbaar en kwetsbare partijen zijn niet goed voor de stabiliteit van de markt. Deze kwetsbaarheid blijkt vooral wanneer zich een crisis voordoet en het vertrouwen in de financiële markten afbrokkelt. De kredietcrisis uit de zomer van 2007 is hiervan een goed voorbeeld. Aanvankelijk begon de crisis in de Verenigde Staten met een hypotheekcrisis als gevolg van een stagnerende huizenmarkt. In 2008 groeide de crisis echter uit tot een kredietcrisis. Er ontstond een sneeuwbaleffect van hypotheken die niet meer afgelost konden worden, banken die niet meer aan hun verplichtingen konden voldoen, dalende aandelenkoersen en groeiend wantrouwen van consumenten jegens banken,

1 De Nederlandse Bank, *Van kauri tot euro; De geschiedenis van ons geld*, Amsterdam: De Nederlandse Bank 2010, p. 15.

verzekeraars en pensioenfondsen. Om voornoemde redenen is het toezicht dat op zich wel bestond, opnieuw bekeken en aanmerkelijk aangescherpt.

5.1.2 Ontstaan toezicht financiële markten

Publiekrechtelijk toezicht op de financiële markten kent nog niet een heel lange traditie. De eerste publiekrechtelijke wet in Nederland is aan het begin van de Eerste Wereldoorlog naar aanleiding van de beurskrach in Amsterdam ontstaan.[2] De financiële markten en de financiële dienstverlening werden daarvoor beheerst door het privaatrecht, meer specifiek door het verbintenissenrecht en het contractenrecht als onderdeel van het verbintenissenrecht.[3] Als gevolg van de crisis op de financiële markten, maar ook door het streven naar eenwording van de (financiële) markten binnen de Europese Unie, is er steeds meer publiekrechtelijk toezicht gekomen. Privaatrechtelijke handhaving zou, gezien het ex post c.q. herstelkarakter van de privaatrechtelijke sanctie, te kort schieten om de grote risico's die financiële markten met zich mee kunnen brengen, te beteugelen.[4] Nakoming van overeenkomsten en schadevergoeding zijn daarvoor niet toereikend. Het voorkomen van risicovolle situaties is een publiek belang waarvoor privaatrechtelijke herstelsancties niet bruikbaar zouden zijn.[5] Bovendien ligt het initiatief van de privaatrechtelijke handhaving bij de benadeelde. De benadeelde zal eigen afwegingen maken omtrent de handhaving. Deze afweging kan bijvoorbeeld afhankelijk zijn van de te maken kosten en het te behalen rendement. Hierdoor is het onzeker of met succes privaatrechtelijk kan worden gehandhaafd.[6] Dat privaatrecht tekort zou schieten wordt ook gesignaleerd in de Parlementaire Geschiedenis:

> 'In principe kan het feit dat een bepaald gedrag ook reeds op grond van het civiele recht van een financiële onderneming wordt verlangd een reden zijn om het stellen van publiekrechtelijke regels achterwege te laten. Of dit wenselijk is hangt echter af van de vraag of het civiele recht het gedrag van financiële ondernemingen voldoende (duidelijk) normeert en of de effectiviteit daarvan publiek toezicht overbodig maakt. Het regelen van aspecten van de relatie tussen cliënt en financiële onderneming biedt immers vergaande mogelijkheden om de naleving van regels af te dwingen. Bovendien biedt het publieke toezicht de mogelijkheid om financiële ondernemingen die bijvoorbeeld de informatie- en adviesverplichtingen ernstig overtreden te beboeten of zelfs de toegang tot de markt te ontzeggen. Financiële

2 C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: BJu 2012, p. 5.
3 O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiekrecht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *Themis* 2012/5, p. 223.
4 A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis* (preadvies), Deventer: Kluwer 2009, p. 46. Zie ook par. 2.5.2.
5 Scheltema & Scheltema 2009, p. 49.
6 Scheltema & Scheltema 2009, p. 50.

> ondernemingen zullen dit waarschijnlijk ervaren als een sterke prikkel tot naleving van de wettelijke verplichtingen.'[7]

Publiekrechtelijk toezicht is dan ook noodzakelijk om de privaatrechtelijke regels te versterken zodat het publieke belang en de zwakkere partij optimaal beschermd kunnen worden.[8] De publiekrechtelijke weg is noodzakelijk in het kader van het scheppen van een *fair and orderly market* en een *level playing field*.[9] Het privaatrecht blijft belangrijk bij schadeveroorzakende overtredingen.[10] Individuele partijen kunnen immers via privaatrechtelijke wegen schadeacties instellen. Toezichtmaatregelen zien meer op het voorkomen van schade.

5.1.3 Privaatrechtelijk geaarde regels in het publiekrecht

Om publiekrechtelijk toezicht mogelijk te maken zijn verschillende privaatrechtelijke regels omgezet in publiekrechtelijke regels.[11] Een belangrijk voorbeeld vormt de zorgplicht van banken. De (bijzondere) zorgplicht van banken is vooral in de jurisprudentie van de civiele rechter ontwikkeld en dient voornamelijk het beschermen van de belangen van de individuele contractspartij (artikel 7:401 BW). De evolutie van het privaatrechtelijke begrip 'zorgplicht' met betrekking tot banken kan echter niet meer los worden gezien van publiekrechtelijke gedragsregels voor banken en andere financiële ondernemingen in de financiële toezichtwetgeving. In 2014 is met de invoering van artikel 4:24a in de Wft een nieuwe generieke zorgplicht ingevoerd. Vóór de invoering van deze generieke zorgplicht waren reeds tal van privaatrechtelijke zorgverplichtingen van banken terug te vinden in specifieke publiekrechtelijke financiële toezichtwetgeving.[12] Voorbeelden zijn te vinden in de artikelen 4:23 en 4:24 Wft waarin een bijzondere zorgplicht van de bank, het ken-uw-klant-beginsel, is vastgelegd. Deze omgezette privaatrechtelijke begrippen zijn echter geen exacte kopieën van de privaatrechtelijke zorgverplichting.[13] De toezichtwetgeving heeft getracht de zorgplicht meer bruikbaar te maken voor de praktijk en in dienst te stellen van het algemeen belang.

Over de oorsprong en het gebruik van gedragsregels (zoals de zorgplichten) bestaat wel discussie. Volgens Grundmann-van de Krol zijn handelingen met betrekking tot financiële instrumenten toegestaan zolang de noodzakelijke informatie wordt verschaft en de zorgvuldigheid in acht wordt genomen. Dit

---

7 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 317.
8 Scheltema & Scheltema 2009, p. 51-52.
9 Grundmann-van de Krol 2012, p. 57.
10 Grundmann-van de Krol 2012, p. 58.
11 Cherednychenko 2012b, p. 224. Zie ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 62.
12 Cherednychenko 2012b, p. 224-225.
13 Cherednychenko 2012b, p. 224-225.

is een equivalent voor de redelijkheid en billijkheid die de verkoper van een goed of dienst in acht behoort te nemen.[14] De Autoriteit Financiële Markten (AFM) overweegt zelf echter dat de publiekrechtelijke zorgplicht, naast de civielrechtelijke zorgplicht, ook voortkomt uit andere bronnen.[15] Kruithof ontkent in zijn algemeenheid zelfs de privaatrechtelijke komaf van de gedragsregels (waaronder de zorgplichten).[16]

5.1.4 Plan van behandeling

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht in hoeverre de bestuursrechtelijke handhaving door de AFM inhoudelijk verschilt van de privaatrechtelijke handhaving dan wel overeenkomsten daarmee vertoont. Om een beeld te krijgen van de achtergronden van de publiekrechtelijke handhaving zal de achtergrond van het financiële toezicht worden geschetst (paragraaf 5.2). Hierbij wordt ook aandacht besteed aan Europese ontwikkelingen. De Europese (paragraaf 5.3) en de Nederlandse regelgeving zullen worden besproken (paragraaf 5.4). Aandacht verdient vervolgens de functie van de AFM als handhaver van de financiële regelgeving (paragraaf 5.5). In de casestudy passeren de informatieplichten, de zorgplichten, misleidende informatie, de aantasting van overeenkomst met derden en de *iustum pretium*-leer de revue (paragraaf 5.6). De uitleg en toepassing van deze privaatrechtelijke geaarde regels wordt in deze paragraaf vergeleken met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter. Beschouwd wordt eveneens de aansluiting van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke middelen op elkaar en, waar mogelijk, wordt bezien hoe de aansluiting verbeterd kan worden. In de laatste paragraaf worden de conclusies getrokken (paragraaf 5.7).

5.2 Achtergrond toezicht op financiële markten

5.2.1 Inleiding

In deze paragraaf zal worden stilgestaan bij de beginfase van het financiële toezicht. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan de Europese ontwikkelingen die van grote invloed zijn geweest en nog steeds zijn op het financiële toezicht.

---

14 Zie C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door het effectenrecht: beschouwingen omtrent Nederlands effectenrecht*, Den Haag: BJu 2006, p. 497. Zie ook Cherednychenko 2012b, p. 223.

15 Zie bijv. Besluit AFM inzake SNS 12 augustus 2009, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/sns-bank-nv.ashx, zie voor bespreking par. 5.6.3.9.

16 M. Kruithof, 'De privaatrechtelijke werking van de MiFID 2004 gedragsregels: een analyse van de mate waarin zij de wederzijdse rechten en plichten van dienstverlener en cliënt kunnen aanvullen en beperken', in: Instituut Financieel Recht (red.), *Financiële regulering in de kering*, Antwerpen: Intersentia 2012, par. 6 e.v.

5.2.2 Kenmerken financiële markten

Financiële dienstverlening wordt van oudsher beheerst door het verbintenissenrecht, meer in het bijzonder het contractenrecht.[17] Hierin is pas aan het begin van de 20ste eeuw verandering gekomen. Vanaf dat moment is, gezien de specifieke kenmerken van de financiële markten, de behoefte ontstaan aan publiekrechtelijk toezicht. In deze paragraaf zullen de specifieke kenmerken van de financiële markten worden belicht.

Er zijn verschillende financiële markten te onderscheiden. Deze markten kenmerken zich door de financiële producten en diensten die op de betreffende markt wordt verhandeld. Financiële producten en diensten zijn bijvoorbeeld: een beleggingsobject (zie artikel 1:1 Wft onder financieel product sub a), een betaalrekening (sub b) een verzekering (sub f). Een financiële dienst is het aanbieden van financiële producten (artikel 1:1 Wft onder financiële dienst sub a), het adviseren (sub b), bemiddelen (sub d) of verlenen van een beleggingsdienst (sub h).

Ook dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen markten waarop louter professionele spelers actief zijn en markten de waarop afnemers niet professioneel zijn en financiële producten en diensten afnemen voor privédoeleinden.[18] Voor de professionele markt zijn minder (gedrags)regels voorgeschreven.

Naast aanbieders en afnemers van de financiële producten en diensten zijn er intermediairs. Deze intermediairs verlenen beleggingsdiensten en bemiddelen en adviseren over financiële producten.

Op de Nederlandse financiële markten zijn twee toezichthouders, te weten de AFM en DNB, actief. Bovendien zijn er daarnaast nog verschillende Europese financiële toezichthouders ingesteld. De vier belangrijkste toezichthouders zijn de European Systemic Risk Board (ESRB), de European Banking Authority (EBA), de European Securities and Markets Authority (ESMA) en de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA).

De financiële markten hebben een aantal specifieke kenmerken. Scheltema en Scheltema onderscheiden vier specifieke kenmerken: de strategische functie van banken en verzekeraars, de ondoorzichtigheid van de risico's, de grote invloed van transacties op de financiële positie van mensen en de internationale verwevenheid van de financiële markten.[19]

Het vertrouwen in het functioneren van de financiële sector is van groter publiek belang dan bij andere bedrijven in het algemeen.[20] Het faillissement van banken zou zulke verstrekkende gevolgen hebben dat ingrijpen door de overheid is gerechtvaardigd.

---

17 Cherednychenko 2012b, p. 223.
18 M. van Eersel, *Handhaving in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 7.
19 Scheltema & Scheltema 2009, p. 3-4.
20 Scheltema & Scheltema 2009, p. 3-4.

Veel financiële producten hebben een risico-element omdat ze afhankelijk zijn van wisselende rentestanden, aandelenkoersen en toekomstige prijzen. Voor het inschatten van risico's dient men over informatie te beschikken. Hoe meer informatie, hoe beter de risico's ingeschat kunnen worden. Deze risico's zijn echter ook afhankelijk van het goed functioneren van de markt. Als bepaalde risico's zich verwezenlijken kunnen er neveneffecten optreden waar geen rekening mee is gehouden.[21] De grote invloed op de financiële positie van mensen wordt geïllustreerd door hypotheken en pensioenen. Disfunctioneren van de financiële sector heeft dan ook direct invloed op het inkomen van mensen. Ten slotte zijn financiële markten internationaal met elkaar verweven. Dit geldt voor effectenmarkten, maar ook voor banken. Zo lenen banken grensoverschrijdend bij elkaar en zijn effectenmarkten evenmin aan grenzen geboden. De autonomie van de nationale overheid is dan ook beperkt.[22]

Het bovenstaande geeft aan waarom de financiële markten, in mededingingsrechtelijke zin, geen perfecte markten zijn. Immers, op een perfecte markt zijn er zoveel aanbieders en afnemers dat de prijs niet kan worden beïnvloed. Op een perfecte markt is ook vrije toe- en uittreding tot de markt mogelijk. Andere voorwaarden voor een perfecte markt zijn homogene producten en de beschikking over dezelfde informatie voor iedereen.[23]

5.2.3 Beginfase financieel toezicht

Het eerste toezicht op de financiële sector in Nederland dateert uit de tweede helft van de 19e eeuw met het opnemen van artikel 355 in het Wetboek van Strafrecht omtrent publieke misleiding en de introductie van de bepalingen in het Wetboek van Koophandel over de beurs van koophandel.[24] Als gevolg van de Eerste Wereldoorlog en de dalende koersen zijn de eerste publiekrechtelijke wetten ontstaan. De tijdelijke Beurswet 1914[25] werd ingevoerd waardoor de effectenbeurzen onder toezicht kwamen te staan. De Beurswet liet veel ruimte aan beurzen om eigen regels op te stellen en om op de naleving daarvan toe te zien.[26] De regels voor beursleden en instellingen waren voornamelijk privaatrechtelijk van aard. Handel buiten de beurs om werd pas in 1985 gereguleerd in de Wet Effectenhandel.[27] De 'tijdelijke' Beurswet 1914 is uiteindelijk van kracht gebleven tot de inwerkingtreding van de Wet toezicht effec-

21 Scheltema & Scheltema 2009, p. 4.
22 Scheltema & Scheltema 2009, p. 4-5.
23 Zie onder meer: P. Cartwright, *Bank, Consumers and Regulations*, Oxford: Hart 2004, p. 15-16.
24 Zie F.W.J. van der Eerden & L. Silverentand (red.), *Hoofdlijnen Wft*, Deventer: Kluwer 2015, p. 2 e.v. en Grundmann-van de Krol 2012, p. 5.
25 Stb. 1914, 445.
26 Grundmann-van de Krol 2012, p. 6.
27 *Stb*. 1985, 570.

tenverkeer 1992 (Wte 1992).[28] In de Wte 1992 is het toezicht op de beurzen en het toezicht op de handel buiten de beurzen om in één wet geïntegreerd.[29] De regulering van de beurshandel en de buitenbeurshandel betreft de relatie tussen vragers van kapitaal en beleggers, de relatie tussen tussenpersonen en beleggers, de organisatie van de effectenbeurzen en de relatie tussen beleggers onderling.[30]

Het doel van de Wte 1992 is tweeledig.[31] Ten eerste wordt gestreefd naar een adequate functionering van de effectenmarkten. Een goed functionerende markt zou een efficiënte prijsvorming en middelenallocatie in de hand werken. Dit dient bereikt te worden door het bevorderen van het vertrouwen van beleggers en spaarders in het financiële bestel. Hierdoor zullen beleggers sneller gebruik maken van de bestaande kanalen binnen het financiële bestel om hun middelen te beleggen. Ten tweede dienen beleggers en spaarders te worden beschermd tegen malafide aanbiedingen, onvoldoende informatie en ondeskundig optreden. De Wte 1992 is in 1995 vervangen door de Wte 1995.[32]

De financiële toezichtwetgeving was tot de introductie van de Wft sectoraal ingericht.[33] Voor de verschillende sectoren waren er verschillende formele wetten. Zo was de Wet toezicht kredietwezen 1992 voor de kredietinstellingen, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 samen met de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf voor de verzekeraars, de Wte 1995 voor de effecteninstellingen en de Wet toezicht beleggingsinstellingen voor de beleggingsinstellingen. De verschillende regelgeving zag telkens op dezelfde problematiek, maar was niet overal gelijkluidend. Daarnaast waren er sector-overstijgende ontwikkelingen. Hierbij dient gedacht te worden aan integriteit en consumentenvoorlichting en -advisering.[34] Deze ontwikkelingen hebben geleid tot het wetsvoorstel Wft. De Wet assurantiebemiddelingsbedrijf, de Wet op het consumentenkrediet, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en de Wet financiële dienstverlening zijn uiteindelijk in de Wft opgenomen. De Wft is op 1 januari 2007 in werking getreden en vormt het raamwerk voor de financiële toezichtwetgeving. In paragraaf 5.3.3 zal nader stil gestaan worden bij de Wft.

5.2.4 Europees financieel toezicht

Het Nederlandse financiële toezichtrecht heeft zich in korte tijd sterk ontwikkeld. De invloeden vanuit de Europese Unie zijn hierbij groot te noemen. De

28 *Stb.* 1991, 141.
29 *Kamerstukken II* 1988/89, 21038, nr. 3, p. 1.
30 Van Eersel 2013, p. 12.
31 *Kamerstukken II* 1988/89, 21038, nr. 3, p. 2.
32 *Stb.* 1996/537.
33 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 2.
34 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 3.

Nederlandse financiële wetgeving betreft voor een aanzienlijk gedeelte Europees recht dat is geïmplementeerd in de Nederlandse wet- en regelgeving aangevuld met regelgeving op enkele terreinen die nog buiten het werkterrein van de Europese wetgever zijn gebleven.[35]

De eerste richtlijnen met betrekking tot de Europese financiële markten zijn de Richtlijn inzake de toelatingseisen van effecten tot een effectenbeurs,[36] de Richtlijn met betrekking tot de opstelling, het toezicht en de verspreiding van het prospectus dat gepubliceerd moet worden voor de toelating van effecten tot de officiële naleving van een effectenbeurs[37] en de in 1982 tot stand gekomen Richtlijn inzake de periodieke informatieverschaffing door beursgenoteerde instellingen.[38] Deze richtlijnen betreffen met name minimumharmonisatie en zijn dan ook vooral gericht op het creëren van een Europese interne markt.[39]

In 1985 is het 'Witboek omtrent de voltooiing van de interne markt' door de Europese Commissie aan de Europese Raad uitgebracht.[40] Het Witboek beoogt het uitwisselen van financiële producten en diensten te vergemakkelijken. Hierbij worden op minimale wijze de voorschriften met betrekking tot toelating en sanctionering vanuit Europa gecoördineerd.[41] Het beginsel van 'toezicht van het thuisland', waarbij het toezicht in eerste instantie is toevertrouwd aan de bevoegde instantie van de Lidstaat, wordt als uitgangspunt genomen. In het Witboek worden voorts een aantal te nemen maatregelen genoemd. Dit resulteerde onder meer in de Richtlijn inzake instellingen voor collectieve belegging in effecten,[42] de eerste Prospectusrichtlijn,[43] de eerste Richtlijn inzake voorwetenschap[44] en in een eerste Richtlijn inzake beleggingsdiensten.[45]

Als gevolg van de invoering van de euro is door de Europese Commissie het Financial Services Action Plan 1999-2005 (MSAP) opgesteld.[46] Om het hoofddoel, het realiseren van een interne markt voor financiële diensten, te verwezenlijken zijn drie speerpunten geformuleerd: het realiseren van een interne *wholesale* markt voor financiële diensten, het tot stand brengen van

35 Zie ook Cherednychenko 2012b, p. 227.
36 Richtlijn 79/279/EEG van 5 mei 1979, *PbEG* L 66.
37 Richtlijn 80/390/EEG van 17 maart 1980, *PbEG* L 100.
38 Richtlijn 82/121/EEG van 15 februari 1982 *PbEG* L 48.
39 Zie overwegingen Richtlijn 79/279/EEG van 5 mei 1979, *PbEG* L 66 en ook Grundmann-van de Krol 2012, p. 30.
40 COM (85) 310 def. van juni 1985.
41 COM (85) 310 def. van juni 1985, overweging 103, p. 28.
42 Richtlijn 85/611/EEG van 20 december 1985, *PbEG* L 375.
43 Richtlijn 89/298/EEG van 17 april 1989, *PbEG* L 124.
44 Richtlijn 89/592/EEG van 13 november 1989, *PbEG* L 334.
45 Richtlijn 93/22/EEG van 10 mei 1993, *PbEG* L 141.
46 COM (1999) 232, mei 1999.

open en veilige retailmarkten en het versterken van het bedrijfseconomisch toezicht.[47]

Dit MSAP heeft geleid tot enkele richtlijnen zoals de Richtlijn marktmisbruik[48] die de Richtlijn inzake voorwetenschap verving, de tweede Prospectusrichtlijn,[49] de *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID) die in de plaats kwam van de Richtlijn beleggingsdiensten[50] en de Transparantierichtlijn ter vervanging van de Richtlijn over melden van zeggenschap en kapitaal belang.[51] Er is met de introductie van deze richtlijnen een verschuiving van minimumharmonisatie naar maximumharmonisatie gaande.[52] Daarnaast is er ook meer aandacht voor de handhaving van de regelgeving door nationale toezichthouders gekomen.[53] Zo blijkt onder meer uit overweging 60 van de MiFID dat het toezicht in de lidstaten overal even intensief dient te zijn. Een minimumpakket aan maatregelen in combinatie met voldoende handhavingsmiddelen moet de doelmatigheid van dit toezicht garanderen.[54] Het *level playing field* kan niet worden gegarandeerd door alleen materiële normen, ook handhavingsmiddelen maken hier een onlosmakelijk onderdeel van uit.[55]

In 2005 is een nieuw Witboek op het gebied van financiële diensten door de Europese Commissie uitgebracht.[56] Het toezicht op de financiële markten krijgt in dit Witboek opnieuw aandacht.[57] De bestaande richtlijnen worden op dat moment voldoende geacht. De aandacht wordt verschoven naar het verzamelen van gemeenschappelijk data.[58]

De financiële crisis van 2007 heeft er echter voor gezorgd dat er nadere richtlijnen zijn ingevoerd en dat nog steeds nieuwe richtlijnen in ontwikkeling

47 http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_general_framework/l24210_en.htm.

48 Richtlijn 2003/6/EG van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmacht manipulatie, *PbEU* L 96.

49 Richtlijn 2003/71/EG van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/31/EG, *PbEG* L 345.

50 Richtlijn 2004/39/EG van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, *PbEG* L 145.

51 Richtlijn 2004/109/EG van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten, *PbEU* L 390.

52 Grundmann-van de Krol 2012, p. 32.

53 Grundmann-van de Krol 2012, p. 32. Zie ook E. Ferran, *Building an EU Securities Market*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 49.

54 Richtlijn 2004/39/EG van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, *PbEG* L 145, overweging 60.

55 Grundmann-van de Krol 2012, p. 32.

56 Com (2005), 629 def. van 1 december 2005.

57 Com (2005), 629 def. van 1 december 2005, zie hoofdstuk 3.

58 Com (2005), 629 def. van 1 december 2005, p. 11.

zijn. Zo is er de tweede Richtlijn inzake gekwalificeerde deelnemingen[59] en de tweede herziene en gecodificeerde ICBE-Richtlijn.[60] Eveneens zijn de Prospectusverordening en richtlijn herzien[61] en wordt de MiFID geëvalueerd en is er een MiFID II en MiFIR.[62]

59 Richtlijn 2007/22/EG van 5 september tot wijziging van enkele richtlijnen wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwerving en vergroting van deelnemingen in de financiële sector, *PbEU* L 247.

60 Richtlijn 2009/65/EG van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve beleggingen in effecten, *PbEU* L 302.

61 Richtlijn 2010/73/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van Richtlijn 2003/71/EG betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en Richtlijn 2004/109/EG betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten (de Wijzigingsrichtlijn), *PbEU* L 327. En ook Richtlijn 2010/78/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 98/26/EG, 2002/87/EG, 2003/6/EG, 2003/41/EG, 2003/71/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG, 2005/60/EG, 2006/48/EG, 2006/49/EG en 2009/65/EG wat de bevoegdheden van de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen) en de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten) betreft, *PbEU* L 331/120. Verordening (EG) nr. 809/2004 van de Commissie van 29 april 2004 tot uitvoering van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de in het prospectus te verstrekken informatie, de vormgeving van het prospectus, de opneming van informatie door middel van verwijzing, de publicatie van het prospectus en de verspreiding van advertenties betreft, *PbEG* L 149. Sinds de invoering van de Verordening is deze een aantal keer gewijzigd: Verordening (EG) 211/2007 van de Commissie van 27 februari 2007 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 809/2004 tot uitvoering van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de in het prospectus te verstrekken financiële informatie betreft wanneer de uitgevende instelling een complexe financiële geschiedenis heeft of een aanzienlijke financiële verplichting is aangegaan, *PbEG* L 61/24; Verordening (EG) nr. 1289/2008 van de Commissie van 12 december 2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 809/2004 tot uitvoering van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat met prospectussen en reclame verband houdende elementen betreft, *PbEG* L 340/17; Verordening EU nr. 486/2012 van de Commissie van 30 maart 2012 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 809/2004 wat de vormgeving en de inhoud van het prospectus, het basisprospectus, de samenvatting en de definitieve voorwaarden betreft en wat de informatievereisten betreft, *PbEU* L 150/1; Verordening (EU) nr. 862/2012 van de Commissie van 4 juni 2012 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 809/2004 wat de informatie over de toestemming tot het gebruik van het prospectus, de informatie over onderliggende indexen en het vereiste van een door onafhankelijke accountants opgesteld verslag betreft, *PbEU* L 256/4.

62 Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU, *PB* L 173/349 van 12 juni 2014. Verordening (EU) Nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, *PB* L 173/84 van 12 juni 2014.

5.2.5 Europese toezichthouder

Het Europees toezicht is ingesteld op grond van artikel 114 VWEU (artikel 95 EG-verdrag *oud*).[63] Als gevolg van de financiële crisis is een aantal tekortkomingen aan het licht gekomen met betrekking tot het toezicht.[64] Naar aanleiding van de crisis heeft de Groep Larosière aanbevelingen gedaan om de toezichtregelingen te verbeteren. De aanbevelingen betreffen voornamelijk betere samenwerking en coördinatie tussen nationale toezichthouders, onder meer door de oprichting van nieuwe Europese toezichthoudende autoriteiten en een Europees orgaan dat toezicht houdt op risico's in het financiële stelsel als geheel.[65] De aanbevelingen hebben geresulteerd in een Europese toezichtsysteem dat bestaat uit twee pijlers, namelijk het macro- en het microprudentieel toezicht.[66]

Het Europees Comité Raad voor Systeemrisico's (ESRB)[67] is verantwoordelijk voor het macroprudentieel toezicht in de Unie (artikel 3 lid 3 Verordening). Het ESRB dient er met name zorg voor te dragen dat er geen grote onrust ontstaat en dat de financiële markten stabiel blijven.[68] Het ESBR wordt ondersteund door de ECB.[69]

Het microprudentieel toezicht is opgedragen aan drie sectorale Europese toezichthouders, de Europese Bank Autoriteit (EBA), de Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen (EIOPA) en de Europese Effectenautoriteit (ESMA).[70] De taken van deze toezichthouders zijn onder meer: het uitoefenen van de volledige toezichtbevoegdheden voor sommige specifieke entiteiten, het zorgen voor een gecoördineerde reactie in crisissituaties, het vergaren van microprudentiële gegevens en het opnemen van een internationale rol als deze wordt toegekend.

Het Europese toezicht dient er voor te zorgen dat er voldoende samenwerking en informatie-uitwisseling tussen nationale toezichthouders plaatsvindt zodat er gezamenlijk kan worden opgetreden door de nationale autoriteiten bij ingewikkelde regelingen. Door dit gezamenlijke optreden kan er rekening worden gehouden met de vele (nationale) regels omtrent toezicht en regulering.

---

63 Mededeling van de Commissie, 'Europees financieel toezicht', Com (2009) 252 def., p. 9 en 17.

64 Mededeling van de Commissie, 'Europees financieel toezicht', Com (2009) 252 def., p. 2.

65 Mededeling van de Commissie, 'Europees financieel toezicht', Com (2009) 252 def., p. 2.

66 Mededeling van de Commissie, 'Europees financieel toezicht', Com (2009) 252 def., p. 3-4.

67 Verordening nr. 1092/2010 van de Raad van 24 november 2010 betreffende macroprudentieel toezicht van de Europese Unie op het financiële stelsel en tot oprichting van een Europees Comité voor systeemrisico's, *PbEG* L 331.

68 Zie overweging 6 Verordening nr. 1092/2010 van de Raad van 24 november 2010.

69 Verordening nr. 1096/2010 van de Raad van 17 november 2010 tot toewijzing aan de Europese Centrale Bank van specifieke taken betreffende de werking van het Europees Comité voor systeemrisico's, *PbEG* L 331.

70 Mededeling van de Commissie, 'Europees financieel toezicht', Com (2009) 252 def., p. 10.

5.2.6 Conclusie

De financiële markten onderscheiden zich van andere markten door een aantal specifieke kenmerken. Gezien het grote belang van een stabiele financiële sector is toezicht noodzakelijk. Het publieke toezicht kent geen lang verleden, maar heeft zich sinds de financiële crisis exponentieel ontwikkeld. Veel toezichtwetgeving is gebaseerd op Europese richtlijnen en verordeningen en ziet op harmonisatie van de regelgeving in de verschillende lidstaten van de Europese Unie. Deze regelgeving is van minimumharmonisatie verschoven naar maximumharmonisatie.

Met de introductie van de Wft in 2007 is de verschillende wetgeving voor de diverse sectoren geïntegreerd. Door de toename van cross-sectoraal en grensoverschrijdend financieel verkeer bleek eenduidige wetgeving noodzakelijk. In paragraaf 5.3.3 zal nader worden ingegaan op de Wft.

5.3 Relevante Europese regelgeving

5.3.1 Inleiding

In deze paragraaf zal de voor dit onderzoek relevante regelgeving worden besproken. Aangezien veel wet- en regelgeving vanuit Europa komt, zullen de belangrijkste richtlijnen en verordeningen worden belicht. In het kader van het Financial Service Action Plan (MSAP) is de wetgevingsprocedure met betrekking tot de Europese harmonisatieregelgeving aangepast. Ter uitvoering van deze zogenaamde Lamfalussy-wetgevingsprocedure zijn naast uitvoeringsrichtlijnen ook uitvoeringsverordeningen vastgesteld. Omdat verordeningen rechtstreekse werking hebben zijn deze verordeningen, in tegenstelling tot de richtlijnen, niet geïmplementeerd in de Wft.

De Richtlijn Marktmisbruik, de Prospectusrichtlijn en de MiFID-richtlijn worden wel gezien als de Lamfalussy-richtlijnen. Hierop bestaat echter kritiek omdat alleen bij de MiFID-richtlijn alle verschillende stadia van de Lamfalussy-procedure zijn doorlopen.[71] De Lamfalussy-procedure houdt in dat regelgeving via verschillende niveaus wordt uitgewerkt. Het *Commitee of European Securities Regulators* (CESR), dat op 1 januari 2011 is opgegaan in de ESMA, speelt hierbij een belangrijke rol. Op het hoogste niveau stellen de Raad en het Europees Parlement essentiële beginselen vast (level 1). Deze beginselen worden in een richtlijn of verordening vastgelegd. In deze richtlijn of verordening wordt aangegeven op welke punten de Commissie uitvoeringsmaatregelen dient vast te stellen. Het vaststellen van deze uitvoeringsmaatregelen vormt level 2. Deze uitvoeringsmaatregelen kunnen worden neergelegd in een richtlijn

71 Zie W.A.J. Mijs en J.M.C. Weitjens, 'Inleiding MiFID', in: F.M.A. 't Hart (red.), *MiFID 'Vanuit praktijk en theorie bezien'*, Amsterdam: NIBESVV 2007, p. 13.

of een verordening. Lidstaten implementeren richtlijnen vervolgens in hun eigen rechtstelsel (level 3). Level 4 betreft de handhaving door de Europese Commissie.[72]

Er wordt door de EU, in de financiële sector, voornamelijk gewerkt met maximumharmonisatierichtlijnen, waarbij gestreefd wordt naar totale harmonisatie om zo het niveau van regelgeving in de verschillende lidstaten op een gelijk niveau te krijgen. Vrije toegang tot de verschillende Europese financiële markten door financiële instellingen is hierbij een belangrijk uitgangspunt. Om een eenduidig toegangsbeleid tot stand te brengen is de hieronder te bespreken Prospectusrichtlijn tot stand gekomen. Ook marktintegriteit en de bescherming van de belegger zijn belangrijke speerpunten voor de Europese wetgever (Richtlijn Marktmisbruik en MiFID). Aandacht wordt ook besteed aan de naar aanleiding van de financiële crisis geïntroduceerde richtlijn voor beleggingsinstellingen, de AIFM-richtlijn.[73] Deze richtlijnen zullen hieronder worden toegelicht.

5.3.2 Richtlijn Marktmisbruik

De Richtlijn Marktmisbruik[74] heeft tot doel het bevorderen van de marktintegriteit.[75] Marktmisbruik is onder meer handel met voorwetenschap en marktmanipulatie.[76] Het tegengaan van handel met voorwetenschap en marktmanipulatie moet de integriteit van de Europese financiële markten bevorderen en dient het vertrouwen van de beleggers in deze markten te vergroten.[77]

Voorwetenschap houdt in dat wordt gehandeld met concrete kennis die niet openbaar is gemaakt en die rechtstreeks of middellijk betrekking heeft op één of meer emittenten van financiële instrumenten of op één of meer financiële instrumenten.[78] De voorwetenschap kan vervolgens worden gebruikt bij de verwerving of vervreemding van financiële instrumenten, terwijl de betrokken partij weet of zou moeten weten dat de informatie waarover men beschikt voorwetenschap is. Marktmanipulatie houdt in het geven van onjuiste of misleidende signalen waardoor het aanbod, de vraag of de koers

72 Zie voor deze regelgeving K.W. Broekhuizen, 'Jaarverslag CESR 2003', *TvE* 2004/4, p. 67-68.

73 Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van Verordening (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/201, *PbEU* L 174.

74 Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik), *PbEG* L 96, gewijzigd bij Richtlijn 2008/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 208, *PbEG* L 81.

75 Zie overweging 11.

76 Zie overweging 12.

77 Zie overweging 12.

78 Zie overweging 16, zie ook artikel 1 lid 1 Richtlijn.

van financiële instrumenten beïnvloed wordt, handelsorders waardoor de koers beïnvloed worden, handelsorders waarbij gebruik wordt gemaakt van oneigenlijke constructies en het verspreiden van onjuist of misleidende signalen met betrekking tot financiële instrumenten. (artikel 1 lid 2 Richtlijn Marktmisbruik).

Marktmanipulatie en voorwetenschap kunnen voorts de prijsvorming op de financiële markten beïnvloeden.[79] Efficiënte prijsvorming kan alleen bestaan als beleggers worden voorzien van volledige, correcte en toegankelijke informatie, waarbij gelijkheid van informatieverschaffing van groot belang is.[80]

De bepalingen omtrent marktmisbruik zijn geïmplementeerd in hoofdstuk 5.4 van de Wft.[81]

5.3.3 Prospectusrichtlijn en prospectusverordening

Met de Prospectusrichtlijn[82] wordt beoogd de eisen inzake opstelling, goedkeuring en verspreiding van het prospectus, dat wordt gepubliceerd wanneer effecten worden aangeboden aan het publiek of toegelaten tot de handel op de markt, te harmoniseren.[83] Om dit doel te bereiken, verplicht de Prospectusrichtlijn lidstaten om aanbiedingen van effecten aan het publiek of het toelaten van effecten tot de handel op een in een lidstaat gelegen of functionerende gereglementeerde markt, afhankelijk te stellen van de publicatie van het prospectus dat is goedgekeurd door een bevoegde toezichthouder of toezichthoudende instantie van een andere lidstaat.[84]

---

79 *Kamerstukken II* 2004/05, 29827, nr. 3, p. 3.

80 *Kamerstukken II* 2004/05, 29827, nr. 3, p. 3.

81 Per 3 juli 2016 zijn de regels van de Verordening marktmisbruik van toepassing: Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet handhaving consumentenbescherming, de Wet op de economische delicten en het Wetboek van strafvordering in verband met de implementatie van Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (*PbEU* 2014, L 173) en Richtlijn nr. 2014/57/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (*PbEU* 2014, L 173) (Wet implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik). Voor literatuur J.T. de Jong, 'Een verordening marktmisbruik: Wat gaat er straks veranderen?', in: Nederlands Compliance Instituut (red.), *Jaarboek compliance* 2014, Capelle a/d IJssel: Nederlands Compliance Instituut 2014, p. 23-50. En C.J. Langendijk & A.L. Wilmink 'Opgelet: nieuwe, verscherpte regels over marktmisbruik. Vijf belangrijke verplichtingen uit de Verordening marktmisbruik toegelicht', in: Nederlands Compliance Instituut (red.), *Jaarboek Compliance 2016*, Cappelle a/d IJssel: Nederlands Compliance Insitutt 2016, p. 187-222.

82 Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG, *PbEG* L 345.

83 Richtlijn 2003/71/EG (Prospectusrichtlijn), zie art. 1 lid 1.

84 *Kamerstukken II* 2011/12, 33023, nr. 3, p. 2.

Het prospectus is een document dat belangrijke financiële en niet-financiële informatie bevat en door uitgevende instellingen aan potentiële beleggers ter beschikking wordt gesteld wanneer effecten worden uitgegeven en aan het publiek worden aangeboden.[85] De achterliggende gedachte van de prospectusplicht is het beschermen van de beleggers.[86] Er wordt daarbij rekening gehouden met verschillende typen beleggers. Zo hoeft voor aanbiedingen die uitsluitend voor gekwalificeerde beleggers zijn bedoeld geen informatie te worden verstrekt door middel van de publicatie van het prospectus.[87] Samen met de gedragsregels zou de verstrekking van passende en volledige informatie over effecten en de uitgevende instellingen de bescherming van de beleggers ten goede moeten komen. Deze informatie draagt zo bij aan de goede werking en de ontwikkeling van de effectenmarkten.[88]

Als het prospectus aan de eisen van de Prospectusrichtlijn voldoet en volgens artikel 13 van de Prospectusrichtlijn wordt goedgekeurd door de bevoegde autoriteit, dan kunnen de effecten op basis van het prospectus in alle lidstaten worden aangeboden. De Prospectusrichtlijn is overigens in 2010 op enkele punten gewijzigd.[89] Deze wijzigingen zien onder meer op de verhoging van drempelbedragen en de verhoging van de aantallen voor uitzonderingen op de prospectusplicht.[90]

Naast de Prospectusrichtlijn is er eveneens een Prospectusverordening.[91]

---

85 *Kamerstukken II* 2004/05, 30013, nr. 3, p. 3.

86 Richtlijn 2003/71/EG (Prospectusrichtlijn), zie overweging 16.

87 Richtlijn 2003/71/EG (Prospectusrichtlijn), zie overweging 16 en art. 3 lid 2.

88 Richtlijn 2003/71/EG (Prospectusrichtlijn), zie overweging 18.

89 Richtlijn 2010/73/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van Richtlijn 2003/71/EG betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en Richtlijn 2004/109/EG betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten (de Wijzigingsrichtlijn), *PbEU* L 327. En ook Richtlijn 2010/78/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 98/26/EG, 2002/87/EG, 2003/6/EG, 2003/41/EG, 2003/71/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG, 2005/60/EG, 2006/48/EG, 2006/49/EG en 2009/65/EG wat de bevoegdheden van de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen) en de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten) betreft, *PbEU* L 331/120.

90 Zie voor een korte samenvatting *Kamerstukken II* 2011/12, 33023, nr. 3, p. 2.

91 Verordening (EG) nr. 809/2004 van de Commissie van 29 april 2004 tot uitvoering van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de in het prospectus te verstrekken informatie, de vormgeving van het prospectus, de opneming van informatie door middel van verwijzing, de publicatie van het prospectus en de verspreiding van advertenties betreft, *PbEG* L 149. Sinds de invoering van de Verordening is deze een aantal keer gewijzigd: Verordening (EG) 211/2007 van de Commissie van 27 februari 2007 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 809/2004 tot uitvoering van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de in het prospectus te verstrekken financiële informatie betreft wanneer de uitgevende instelling een complexe financiële geschiedenis heeft of een aanzienlijke financiële verplichting is aangegaan, *PbEG* L 61/24; Verordening

De Prospectusverordening strekt ter uitvoering van de Prospectusrichtlijn en bepaalt onder meer gedetailleerd hoe de inhoud van het prospectus eruit dient te zien. Aangezien het een verordening betreft, werkt deze rechtstreeks en zijn de regels niet nader omgezet of uitgewerkt in de nationale regelgeving.

De Prospectusrichtlijn is geïmplementeerd in hoofdstuk 3.5 van (het Deel Gedragstoezicht) van de Wft.

5.3.4 MiFID en de MiFID Uitvoeringsverordening

De *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID) van 21 april 2004 is op 1 mei 2004 in werking getreden.[92] De MiFID vervangt de Richtlijn beleggingsdiensten uit 1993.[93] Het doel van de MiFID is beleggers een hoog niveau van bescherming te bieden en beleggingsondernemingen in staat te stellen overal in de Europese Gemeenschap diensten te verrichten op basis van toezicht door de lidstaat van herkomst.[94] Om deze doelstellingen te bereiken dient een allesomvattend regelgevingskader voor de uitvoering van transacties in financiële instrumenten te worden vastgesteld. De uitvoering van transacties van beleggers kan zo aan de hoogste normen beantwoorden en de integriteit en algemene efficiëntie van het financiële bestel kan gehandhaafd blijven.[95]

Via de reeds genoemde Lamfalussy-wetgevingsprocedure dient een aantal belangrijke onderwerpen nader uitgewerkt te worden. De MiFID zelf is een kaderrichtlijn (level 1) en is verder uitgewerkt in een Uitvoeringsrichtlijn MiFID[96] en een Uitvoeringsverordening MiFID[97] (level 2).

(EG) nr. 1289/2008 van de Commissie van 12 december 2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 809/2004 tot uitvoering van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat met prospectussen en reclame verband houdende elementen betreft, *PbEG* L 340/17; Verordening EU nr. 486/2012 van de Commissie van 30 maart 2012 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 809/2004 wat de vormgeving en de inhoud van het prospectus, het basisprospectus, de samenvatting en de definitieve voorwaarden betreft en wat de informatievereisten betreft, *PbEU* L 150/1; Verordening (EU) nr. 862/2012 van de Commissie van 4 juni 2012 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 809/2004 wat de informatie over de toestemming tot het gebruik van het prospectus, de informatie over onderliggende indexen en het vereiste van een door onafhankelijke accountants opgesteld verslag betreft, *PbEU* L 256/4.

92 Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad, *PbEG* L 145/1.

93 Richtlijn 93/22/EEG van de Raad van 10 juni 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten, *PbEG* L 141.

94 Richtlijn 2004/39/EG, zie overweging 2.

95 Zie overweging 5, Richtlijn 2004/39/EG.

96 Richtlijn 2006/73/EG van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 10 augustus 2006 tot uitvoering van Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de door beleggingsondernemingen in acht te nemen organisatorische eisen en

Om een samenhangend en op de risico's afgestemd regelgevingskader te creëren voor de voornaamste soorten systemen die op de Europese financiële markten bestaan, zijn er in de MiFID drie verschillende handelsplatformen gedefinieerd: de gereglementeerde markt,[98] het multilaterale handelsplatform[99] en de beleggingsondernemingen met systematische interne afhandeling[100] (artikel 2, onder 8, van de Uitvoeringsverordening MiFID). Overigens zal een vierde handelsplatform worden toegevoegd door MiFID II.[101] Het gaat om een zogenaamde Organised Trading Facility (OFT).[102]

Handelsplatformen brengen vraag naar en aanbod van financiële instrumenten bij elkaar.

De MiFID stelt aan zowel gereglementeerde markten alsook aan Multilaterale handelsfaciliteiten (MTF's) en beleggingsondernemingen met systematische interne behandeling (SI's) bepaalde eisen. De MiFID heeft geleid tot een (uitbreiding van het) aantal vergunningsverplichtingen met betrekking tot beleggingsdiensten en activiteiten.[103] Voor het beheren van een gereglementeerde markt heeft een marktexploitant een vergunning nodig. De exploitatie van een MTF

---

voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening en wat betreft de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn, *PbEG* L 241.

97 Verordening 1287/2006 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 10 augustus 2006 tot uitvoering van Richtlijn 2004/39/EG van het Europese Parlement en de Raad wat de voor beleggingsonderneming geldende verplichtingen betreffende het bijhouden van gegevens, het melden van transacties, de markttransparantie, de toelating van financiële instrumenten tot de handel en de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn, *PbEU* L 241.

98 Gereglementeerde markten zijn: 'multilaterale handelssystemen waarin koop- en verkoopintenties van derden met betrekking tot financiële instrumenten worden samengebracht, zodat overeenkomsten tot stand komen met betrekking tot deze financiële instrumenten, die volgens de regels van de systemen van de markten tot de handel zijn toegelaten', (artikel 1.1 Wft).

99 Multilaterale handelsfaciliteit (MFT) zijn: 'door een beleggingsonderneming geëxploiteerd multilateraal systeem dat meerdere koop- en verkoopintenties van derden met betrekking tot financiële instrumenten, binnen dit systeem en volgens de niet-discretionaire regels, samenbrengt op zodanige wijze dat er een overeenkomst uit voortvloeit overeenkomstig de geldende regels inzake vergunningverlening en het doorlopende toezicht', (artikel 1.1 Wft).

100 beleggingsonderneming met systematische interne behandelingen (SI) gedefinieerd en wel als onderneming 'die frequent op georganiseerde, regelmatige en systematische wijze, voor eigen rekening en buiten een gereglementeerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit om transacties uitvoert door orders van cliënten met betrekking tot aandelen uit te voeren', artikel 1.1 Wft*).*

101 Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU, *PB* L 173/349 van 12 juni 2014.

102 Een OFT is een handels platform dat geen gereglementeerde markt of MFT is maar waar wel koop- en verkooporders worden samengebracht. Exploitanten van een OFT moeten eveneens een vergunning aanvragen, art. 2 lid 1 sub 7 MiFIR.

103 In hoofdstuk I van titel II staan voorwaarden en procedures voor de vergunningsverlening. In hoofdstuk II van titel II staan uitoefeningsvoorwaarden voor beleggingsondernemingen. In afdeling 2 komen bepalingen ter bescherming van de belegger aan de orde.

is een beleggingsactiviteit waarvoor eveneens een vergunning verkregen dient te worden. SI's voeren buiten de gereglementeerde markt of MTF voor eigen rekening transacties van cliënten in aandelen uit. Hiervoor geldt dan ook geen vergunningsplicht, maar deze transacties moeten wel worden gemeld aan de toezichthouder.

Een aantal (rechts)personen is uitgezonderd van de reikwijdte van de MiFID. In artikel 1, tweede lid, MiFID is bepaald welke delen van de richtlijn van toepassing zijn op kredietinstellingen. Als een kredietinstelling tevens beleggingsdiensten aanbiedt en/of beleggingsactiviteiten verricht, dan valt zij wel onder de gehele MiFID.[104] In artikel 2 wordt een aantal vrijstellingen gegeven waarop de MiFID niet van toepassing is, zoals verzekeringsondernemingen en pensioenfondsen.[105]

Om de door de nationale wetgevers en toezichthouders opgeworpen barrières bij grensoverschrijdende dienstverlening te slechten en ervoor te zorgen dat beleggingsondernemingen onder dezelfde voorwaarden gelijke toegang hebben tot alle markten in de Gemeenschap, tracht de MiFID de gedragsregels en organisatorische eisen te harmoniseren.[106] Om tot een optimaal beschermingsniveau te komen wordt in de MiFID een drietal typen cliënten onderscheiden: professionele cliënten, niet-professionele cliënten en de in aanmerking komende tegenpartij. Deze classificatie is van belang voor de mate van bescherming van de belegger en voor de vraag welke gedragsregels een beleggingsonderneming in acht moet nemen.[107] De in aanmerking komende tegenpartij ontvangt de minste bescherming en de niet-professionele cliënt de meeste. Op de niet-professionele tegenpartij zijn de gedragsregels van toepassing die gelden voor de betreffende beleggingsdienst of transacties.[108] Cliënten kunnen verzoeken om voor een hoger of lager beschermingsniveau in aanmerking te komen. Deze classificatie heeft dan ook gevolgen voor de zorgplicht van een beleggingsonderneming. De keuze voor een ander beschermingsniveau door een cliënt kan dit wel ingewikkeld maken. Aangezien er ook een privaatrechtelijke zorgplicht bestaat, is de vraag hoe de wisselwerking is tussen de publiekrechtelijke en civielrechtelijke zorgplicht.[109]

In het navolgende zullen de belangrijkste gedragsregels worden besproken. Het betreft het ken-uw-cliënt-beginsel, de *best execution*-verplichting, de bewaarplicht en de inducementregel.

---

104 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 11.

105 In MiFID II worden de uitzonderingen overigens drastisch ingeperkt. Zo zal er geen uitzondering meer zijn op de vergunningsplicht voor de handel voor eigen rekening als zij zijn aangesloten bij een gereglementeerde markt of een MTF.

106 Overweging 4, Richtlijn 2006/73/EG.

107 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 23.

108 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 23.

109 T.H. de Villeneuve, 'Cliëntclassificatie onder MiFID', in: F.M.A. 't Hart (red.), *'Vanuit praktijk en theorie bezien'*, Amsterdam: Nibesvv 2007, p. 75.

5.3.4.1 Informatievoorziening en het ken-uw-cliënt-beginsel

De MiFID schrijft voor dat van een beleggingsonderneming ten aanzien van de belangen van haar cliënten, wanneer zij beleggingsdiensten verleent of beleggingsactiviteiten verricht, een loyale, billijke en professionele inzet mag worden verwacht (artikel 19 lid 1 MiFID). Deze zorgplicht houdt onder meer in dat alle informatie verstrekt aan (potentiële) cliënten correct, duidelijk en niet misleidend dient te zijn (artikel 19 lid 2 MiFID). Beleggingsondernemingen dienen de risico's en kenmerken van een aangeboden beleggingsdienst of financieel instrument inzichtelijk te maken zodat cliënten en potentiële cliënten doordachte beslissingen kunnen nemen over het al dan niet aangaan van een overeenkomst.[110] Artikel 19 lid 2 MiFID is geïmplementeerd in artikel 4:19 Wft. In tegenstelling tot in artikel 4:19 lid 1 Wft wordt in artikel 19 lid 2 MiFID geen onderscheid gemaakt in de wijze waarop de informatie de cliënt bereikt, bijvoorbeeld vanwege een (actief) verstrekken van informatie door een financiële onderneming of door het (passief) beschikbaar houden van informatie voor cliënten door een financiële onderneming. Artikel 4:19 lid 1 Wft ziet op informatievoorziening in verband met alle vormen van financiële dienstverlening en soorten financiële producten een heeft daarmee een breder bereik dan de norm in de MiFID.

In artikel 19 lid 2 MiFID wordt evenmin onderscheid gemaakt tussen informatie die door en informatie die namens een beleggingsonderneming wordt verstrekt. De kern van de norm ziet op de kwaliteit van de informatie die wordt aangeboden en niet zozeer op de wijze van distributie van die informatie. Deze informatie dient correct, duidelijk en niet misleidend te zijn.

Artikel 19 lid 3 MiFID ziet op informatie over de beleggingsonderneming en haar diensten, financiële instrumenten en voorgestelde beleggingstrategieën, plaatsen van uitvoering en kosten en bijbehorende lasten. Artikel 19 lid 3 MiFID is geïmplementeerd in artikel 4:20 Wft. De informatie die aan de (potentiële) cliënt wordt verstrekt dient deze redelijkerwijs in staat te stellen om de aard en de risico's van de aangeboden beleggingsdienst en van de specifiek aangeboden categorie van financieel instrument te begrijpen en derhalve met kennis van zaken beleggingsbeslissingen te nemen.

Als een beleggingsonderneming een beleggingsadvies uitbrengt of het individuele vermogen beheert, dient de beleggingsonderneming informatie in te winnen over de ervaring en kennis van de cliënt, zijn beleggingsdoelstellingen en zijn financiële situatie (artikel 19 lid 4 MiFID). Als een beleggingsonderneming oordeelt dat de voorgenomen dienst of een financieel instrument niet geschikt is voor een cliënt, dan zal dit leiden tot een negatief advies of het niet verrichten van de voorgenomen transactie. Dit wordt ook wel het 'ken-uw-cliënt-beginsel' genoemd; het is geïmplementeerd in artikel 4:23 Wft.

110 Zie derde lid.

Mag een financiële instelling bij de informatieverstrekking op grond van artikel 19 lid 2 en 3 MiFID uitgaan van de gemiddelde consument of cliënt, in geval van het vierde lid gaat het om een afgestemd advies, waarbij de financiële onderneming haar informatieverstrekking dient af te stemmen op de individuele kenmerken en behoeften van de cliënt.[111]

Bij het verlenen van andere beleggingsdiensten dient de beleggingsinstelling informatie over kennis en ervaring van een cliënt op beleggingsgebied met betrekking tot het speciale product in te winnen (artikel 19 lid 5 MiFID). Ingeval de beleggingsonderneming tot de conclusie komt dat een financieel instrument of een beleggingsdienst niet passend is voor een cliënt, omdat de benodigde kennis en ervaring ontbreken, dient de cliënt te worden gewaarschuwd. Deze waarschuwingsplicht geldt ook wanneer de beleggingsonderneming te weinig informatie heeft ontvangen om de geschiktheid te beoordelen.

In artikel 19 lid 6 MiFID is een aantal uitzonderingen op het zogenaamde 'ken-uw-cliënt-beginsel' neergelegd. Zo is hier bijvoorbeeld bepaald dat, onder voorwaarden, beleggingsondernemingen deze verplichting niet hebben wanneer de beleggingsdiensten slechts bestaan in het uitvoeren van orders van cliënten en/of het ontvangen en doorgeven van deze orders (*execution only*-diensten). Artikel 19 lid 5 en 6 MiFID zijn geïmplementeerd in artikel 4:24 Wft.

Overigens wordt in MiFID II het 'ken-uw-cliënt-beginsel' aangescherpt. Zo voorziet de richtlijn in aanscherping van de criteria voor zogenaamde niet-complexe producten.[112] Ook dient een beleggingsonderneming bij het verlenen van *execution only* diensten een passendheidstoets te verrichten als deze diensten worden verleend in combinatie met het verstrekken van krediet voor de aanschaf van financiële instrumenten.[113]

5.3.4.2 Best execution-verplichting

De algemene zorgplicht die beleggingsondernemingen hebben is in artikel 21 MiFID verder uitgewerkt in de zogenaamde *best execution*-verplichting. Deze verplichting houdt in dat een beleggingsonderneming maatregelen dient te treffen om bij de uitvoering van orders van cliënten het best mogelijke resultaat te behalen. Een aantal factoren is bepalend bij de vraag of een beleggingsonderneming getracht heeft het beste resultaat te behalen voor de cliënt. Relevante

111 R.A. Stegeman (red.), *Wet op het financieel toezicht; tekst en toelichting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 751.

112 Richtlijn 2014/65/EU van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (MiFID II), *PbEG* 173/349, artikel 25.

113 Richtlijn 2014/65/EU van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (MiFID II), *PbEG* 173/349, zie overweging 53.Zie voor bespreking van MiFID II onder meer L.J. Silverentand en J.M. Sprecher, 'MiFID II: Een overzicht', *TFR* 2012/5 en D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten* (preadvies), Deventer: Kluwer 2015.

factoren zijn de prijs van het financiële instrument en de uitvoeringskosten. Snelheid, waarschijnlijkheid van uitvoering en afwikkeling, omvang, aard van de order, markteffect en eventuele andere impliciete transactiekosten mogen alleen voorrang krijgen boven de directe prijs- en kostenoverwegingen voor zover deze aspecten ertoe bijdragen dat voor de niet-professionele cliënt het best mogelijke resultaat wordt behaald gelet op de totale tegenprestatie.[114] Die tegenprestatie bestaat uit de prijs voor het financiële instrument en de uitvoeringskosten. De reden waarom de MiFID regels stelt omtrent het behalen van het beste resultaat voor cliënten is om de concurrentie tussen handelsplatformen te bevorderen.[115] Vanwege de concurrentie zou de kwaliteit van de dienstverlening verbeteren en een scherpere prijs voor het uitvoeren van orders gerealiseerd moeten worden.[116]

5.3.4.3 Bewaarplicht

Om de markttransparantie te vergroten zijn in de MiFID verschillende bepalingen opgenomen die beogen dit doel te verwezenlijken.[117] Beleggingsondernemingen worden verplicht om relevante gegevens over de verrichte transacties te bewaren en om transacties in tot de handel op een gereglementeerde markt toegelaten financiële instrumenten te melden aan de bevoegde autoriteiten. De bevoegde autoriteit kan dan nagaan of op een loyale, billijke en professionele wijze en op een manier die bevorderlijk is voor de integriteit van de markt is gehandeld door deze beleggingsondernemingen.

Ook dient aan beleggingsondernemingen met systematische interne afhandeling van aandelen, beleggingsondernemingen die een MTF exploiteren of beheren en aan marktexploitanten de verplichting opgelegd te worden om prijzen voor en na de handel te publiceren, zodat marktdeelnemers en belegger deze prijzen kunnen vergelijken.[118]

5.3.4.4 Inducementregel

In de Uitvoeringsrichtlijn MiFID zijn bepalingen omtrent *inducements* opgenomen.[119] Het betreft een uitwerking van artikel 19 lid 1 MiFID waar is bepaald dat beleggingsondernemingen zich op loyale, billijke en professionele wijze inzetten voor de belangen van cliënten bij het verlenen van beleggingsdiensten. De *inducement*regelgeving houdt in dat beleggingsondernemingen geen vergoeding of provisies van een cliënt ontvangen en geen geldelijk voordeel aan-

114 Richtlijn 2006/73/EG, zie overweging 67.
115 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 22.
116 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 22.
117 Richtlijn 2004/39/EG, art. 25-30.
118 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 25.
119 Artikel 26 Richtlijn 2006/73/EG.

nemen, tenzij de cliënt vooraf uitdrukkelijk heeft ingestemd met het gebruik van de instrumenten onder gespecificeerde voorwaarden en de financiële instrumenten van deze cliënt uitsluitend worden gebruikt onder de gespecificeerde voorwaarden waarmee door de cliënt is ingestemd.[120]

In MiFID II is neergelegd dat een beleggingsonderneming die een cliënt meedeelt dat beleggingsadvies op onafhankelijke basis wordt verstrekt of die vermogensbeheerdiensten verleent, geen provisies, commissies of enige geldelijke tegemoetkomingen mag ontvangen die worden/wordt betaald of verstrekt door een derde partij of persoon die voor rekening van een derde partij handelt.[121]

Door het provisieverbod ontvangen beleggingsondernemingen dan ook alleen rechtstreeks een vergoeding van cliënten. De financiële band tussen verzekeraars en banken enerzijds en bemiddelaars en adviseurs anderzijds wordt doorgesneden.

5.3.4.5 Afronding

De MiFID streeft beleggersbescherming na door middel van gedragsregels. Deze gedragsregels kunnen ook privaatrechtelijke consequenties hebben, al ontbreken klassieke privaatrechtelijke bepalingen in de MiFID. Het ontbreken van privaatrechtelijke bepalingen, in de zin dat de toezichtbepalingen louter als toezichtregels gezien dienen te worden, waaraan geen enkele derdenwerking toekomt en die geen uitsluitsel geven over doorwerking in privaatrechtelijke verhoudingen, wordt gezien als een Europees fenomeen.[122] Toch is er wel consensus over het principe dat de gedragsregels in de MiFID gevolgen hebben voor het privaatrecht.[123] Er is echter onduidelijkheid over de verhouding tot de algemene regeling van het verbintenissenrecht en de precontractuele aansprakelijkheid. In de casestudy zal hier nader onderzoek naar worden gedaan.

120 Richtlijn 2006/73/EG, zie art. 19 lid 1.

121 Richtlijn 2014/65/EU van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (MiFID II), *PbEG* L 173/349, zie art. 24, vijfde en zesde lid.

122 M. Tison, 'De civielrechtelijke dimensie van MiFID in rechtsvergelijkend perspectief', *Ondernemingsrecht* 2010/61, p. 303-304.

123 Tison 2010, p. 312.

5.3.5 AIFM-Richtlijn

De zogeheten AIFM-Richtlijn[124] geeft een Europees kader voor beleggingsinstellingen en is op 8 juni 2011 aangenomen. De richtlijn beoogt het tot stand brengen van een interne markt voor beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen (abi's) en het bewerkstelligen van een geharmoniseerd regelgevings- en toezichtskader.[125] Door meer transparantie naar beleggers en toezichthouders toe zou er een verhoogde beleggersbescherming moeten worden gecreëerd. Een abi is een instelling voor collectieve belegging, met inbegrip van beleggingscompartimenten daarvan die bij een reeks beleggers kapitaal ophaalt om dit overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van deze beleggers te beleggen en die niet vergunningsplichtig is uit hoofde van artikel 5 van Richtlijn 2009/65/EG.[126]

Zogenaamde 'instellingen voor collectieve beleggingen in effecten' (icbe's) vallen derhalve niet onder de richtlijn omdat deze al onder Richtlijn 2009/65/EG vallen.[127] Veel voorkomende abi's zijn aandelenfondsen, hedgefondsen en obligatiefondsen. In overweging 1 van de AIFM-Richtlijn wordt opgemerkt dat beheerders van beleggingsinstellingen grote invloed kunnen uitoefenen op de markten waarop zij beleggen, maar ook op de ondernemingen waarin zij beleggen. Beleggingsinstellingen bieden via een collectief beleggers de mogelijkheid om gespreid te beleggen. Beleggers die niet doorlopend beleggingsbeslissingen willen nemen, kunnen dat dan overlaten aan een vermogensbeheerder. Grofweg is de keuze dan tussen een individuele vermogensbeheerder en een collectieve vermogensbeheerder. Beheerders van beleggingsinstellingen hebben doorgaans een positief effect op de markten waarop zij opereren en op de economie als geheel.[128] Neveneffecten kunnen echter zijn dat via beheerders van beleggingsinstellingen bepaalde risico's worden verspreid door het financiële stelsel waardoor deze risico's kunnen worden versterkt. Systeemrisico's moeten door de regelgeving beter worden beheerst.

Naast regels rondom vergunningen, risicobeheer, transparantie en liquiditeit, geeft de AIFM-Richtlijn regels over (pre-)contractuele informatieplichten. Artikel 23 geeft een reeks aan informatieplichten, zoals een beschrijving van de beleggingsstrategie en –doelstellingen van de abi (sub a), identiteit (sub d) en een beschrijving van het beheer van het liquiditeitsrisico van de abi (sub h).

---

124 Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordening (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/201 *PbEU* L 174.

125 Richtlijn 2011/61/EU, zie overweging 4.

126 Richtlijn 2011/61/EU, zie art. 4 lid 1.

127 Een icbe heeft tot doel de collectieve belegging in effecten van uit het publiek aangetrokken kapitaal; waar bij risicospreiding wordt toegepast en een icbe is open-ended en koopt op verzoek van een deelnemer diens deelnemingsrechten in ten laste van haar activa.

128 *Kamerstukken II* 2011/12, 33235, nr. 3, p. 4.

Deze precontractuele informatieplichten strekken ertoe de beheerder van een beleggingsinstelling informatie te laten verstrekken aan een belegger voordat deze rechten van deelneming in een beleggingsinstelling aanschaft.[129] Zo kan door de belegger vooraf een verantwoord oordeel worden gevormd.

De beheerder van een beleggingsdienst dient ook bepaalde informatie te verstrekken aan de deelnemers die al deelnemen in een beleggingsinstelling. Het gaat hier derhalve om verplichtingen tijdens de duur van het contract. Zo dient de beheerder op grond van artikel 23 lid 4 en 5 van de Richtlijn periodiek een risicoprofiel van de beleggingsinstelling te verschaffen en daarnaast het totale bedrag van de door de beleggingsinstelling gebruikte hefboomfinanciering te verstrekken.[130]
Op 22 juli 2013 is de richtlijn in Nederland geïmplementeerd in de Wft.

5.4 Relevante Nederlandse wetgeving; Wet op het financieel toezicht

5.4.1 Inleiding

In deze paragraaf zal de relevante Nederlandse wetgeving worden besproken.

5.4.2 Wet op het financieel toezicht

De Wft is op 1 januari 2007 in werking getreden en is als kaderwet het eerste niveau van regelgeving voor de financiële markten.[131] Aan de totstandkoming van de Wft is, zoals hiervoor reeds beschreven, een lang proces voorafgegaan.[132] In de Wft is een aantal verschillende wetten opgenomen met als doel meer inzicht en eenheid te creëren binnen de tot de inwerkingtreding van de Wft bestaande sectorale inrichting.[133] Een tweede hoofddoelstelling is dat het toezicht functioneel dient te zijn. Zo kan bijvoorbeeld specifiek rekening worden gehouden met gedragselementen, zoals consumentenbescherming.[134] Het derde doel van de Wft betreft de marktgerichtheid. Hiermee wordt bedoeld het bevorderen van de concurrentie door het creëren van een *level playing field*, waarbij nationale, internationale en cross-sectorale gelijke

129 *Kamerstukken II* 2011/12, 33235, nr. 3, p. 19.
130 Hefboomfinanciering houdt op grond van artikel 4 lid 1 sub v, Richtlijn 2011/61/EU het volgende in: 'een methode waarmee de abi-beheerder de positie van een door hem beheerde abi met geleend contant geld of geleende effecten, met een hefboom in de vorm van derivaten posities of anderszins vergroot.'
131 R.J. Schotsman (red.), *Praktijkgids Wft. Financiële markten en ondernemingen onder toezicht*, Amsterdam: NIBESVV 2013, p. 92.
132 Zie par. 5.2.3.
133 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 3-4.
134 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 4.

gevallen gelijk worden behandeld.[135] De Wft dient ook de rechtszekerheid ten goede te komen. Het moet voor financiële ondernemingen op elk moment duidelijk zijn wat er op grond van de wetgeving van hen wordt verwacht.[136]

Er zijn zes verschillende vormen van regulering van de financiële markten te vinden in de Wft waarmee bovengenoemde doelstellingen bereikt dienen te worden. Het betreft verboden, regulering van de markttoegang, voorschriften van doorlopende aard voor onder toezicht staande instellingen, meldingsplichten en andere geboden, regulering van de financiële infrastructuur en de zogenoemde 'bankierseed'.[137]

Het toezicht in Nederland komt tot uiting in het zogenaamde *twin peaks model* of met andere woorden het functionele model. Dit houdt in dat het toezicht is verdeeld in prudentieel toezicht en gedragstoezicht die elk hun eigen toezichthouder kennen. Dit model komt tot uitdrukking in de indeling van de Wft en daarmee het toezicht op de financiële markten. De Wft is opgedeeld in vijf delen: een deel Algemeen, een deel Markttoegang, een deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen, een deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen en een deel Gedragstoezicht financiële markten.

In het deel Algemeen staan onderwerpen die zowel voor het prudentieel als het gedragstoezicht van belang zijn. Het betreft met name definitiebepalingen, de inrichting en bevoegdheden van DNB en de AFM, een geheimhoudingsregime en samenwerking tussen nationale en internationale toezichthouders. Zo wordt in het deel Algemeen bepaald dat de Wft ziet op financiële producten en diensten (artikel 1:1 Wft). Financiële producten zijn onder meer een beleggingsproduct (sub a), een krediet (sub e) en een spaarverzekering met inbegrip van de daaraan verbonden spaarfaciliteiten (sub f). Financiële diensten zijn onder meer het aanbieden (sub a), het adviseren over andere financiële producten dan financiële instrumenten (sub b) en het verlenen van een beleggingsdienst (sub h).

Het deel Markttoegang betreft de eisen die gesteld worden aan financiële ondernemingen om toegang te krijgen tot de Nederlandse en buitenlandse markt. De toegang tot de Nederlandse markt staat open voor financiële ondernemingen met een zetel in Nederland indien zij een vergunning hebben.[138] Ook financiële ondernemingen met een zetel in het buitenland die een bijkantoor in Nederland willen openen of die hun diensten in Nederland willen aanbieden, kunnen toegelaten worden als aan de gestelde eisen is voldaan.

Het deel Prudentieel toezicht heeft met name betrekking op kredietinstellingen, verzekeraars, clearinginstellingen en op regelingen die prudentieel van aard zijn. Prudentieel toezicht is specifiek gericht op de soliditeit van de financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële

135 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 4.
136 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 4.
137 Van Eersel 2013, p. 15-16.
138 Zie hoofdstuk 2.2 Wft.

sector.[139] Het accent ligt bij het prudentiële toezicht met name op de bedrijfsvoering van de financiële onderneming.[140] Het prudentieel toezicht is opgedragen aan DNB.

Het deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen betreft adviseurs, bemiddelaars, beleggingsondernemingen en aanbieders van financiële producten.

Het deel Gedragstoezicht financiële markten heeft betrekking op aanbieders van effecten, transparantieverplichtingen voor uitgevende instellingen, marktexploitanten, voorkoming van machtsmisbruik, en houders van zeggenschap in uitgevende instellingen waarvan de effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt en het openbaar bod.

Gedragstoezicht op de financiële sector is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.[141] De transactie staat bij gedragstoezicht meer centraal dan bij prudentieel toezicht. Het gedragstoezicht is opgedragen aan de AFM. Omdat de AFM in dit hoofdstuk centraal staat zal nader worden stilgestaan bij gedragstoezicht.

5.4.2.1 Gedragstoezicht

Gedragstoezicht ziet op het goed functioneren van de financiële markten. Het gedragstoezicht is noodzakelijk om een efficiënte financiële marktinfrastructuur te onderhouden. Deze marktinfrastructuur brengt vraag en aanbod van anonieme deelnemers op de financiële markten bij elkaar. Als de markt imperfecties vertoont dan kan dit grote gevolgen hebben voor deelnemers op de financiële markten en op de gehele economie.[142] Om imperfecties te voorkomen is het gedragstoezicht in drie soorten toezicht opgedeeld, namelijk: toezicht op adequate informatieverstrekking, instellingstoezicht en toezicht op overige regels gericht op de integriteit van de financiële onderneming.[143]

Het gedragstoezicht kent vier categorieën normadressaten: financiële ondernemingen, uitgevende instellingen, houders van markten in financiële instrumenten en een ieder die zich op de financiële markten begeeft.

Het gedragstoezicht is gesplitst over twee delen omdat het deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen samenhangt met de Delen Markttoegang financiële ondernemingen en Prudentieel toezicht financiële ondernemingen. De overige drie normadressaten in het gedragstoezicht hebben gemeen dat zij geen toegang tot de markt verkrijgen door middel van een vergunning of

139 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 29, zie ook art. 1:24 Wft.
140 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 29.
141 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 312, zie ook art. 1:24 Wft.
142 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 313.
143 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 314.

notificatie en derhalve niet onder het Deel Prudentieel toezicht vallen. Daarom is gekozen voor een apart deel Gedragstoezicht financiële markten.[144]

Voor efficiënte financiële markten is het van belang dat iedere deelnemer toegang heeft tot de relevante informatie om beslissingen te nemen en dat er regels zijn op basis waarvan deelnemers transacties met elkaar kunnen aangaan die bijdragen aan het bereiken van marktevenwicht.[145]

De zorgvuldige omgang met cliënten of consumenten dient gedeeltelijk de doelstelling om een efficiënte financiële marktinfrastructuur te onderhouden. Deze zorgvuldige omgang met cliënten rechtvaardigt overheidsingrijpen aangezien financiële producten als risicovol worden beschouwd. Consumenten kunnen de risico's moeilijker beoordelen dan financiële ondernemingen. De financiële onderneming heeft meer kennis omdat financiële producten vaak gecompliceerd, heterogeen en ervaringsproducten zijn.[146]

In afdeling 4.2.3 van de Wft zijn verplichtingen opgelegd aan financiële ondernemingen die zien op zorgvuldige dienstverlening. Het betreft hier met name geïmplementeerde verplichtingen vanuit de MiFID. Zo is in de artikelen 4:23 en 4:24 Wft het 'ken-uw-cliënt-beginsel' terug te vinden. In artikel 4:24a Wft is de algemene zorgplicht opgenomen. Het betreft hier echter wel een zorgplicht van nationale herkomst, dus niet een implementatie van een bepaling uit de MiFID.[147] De artikelen 4:19 tot en met 4:22 Wft betreffen informatieverstrekking door en reclame-uitingen van financiële ondernemingen gericht op de consument. Een algemene zorgplicht in het kader van beleggingsondernemingen is te vinden in artikel 4:90 BW.

De informatieplichten die op financiële ondernemingen rusten dienen echter niet alleen ter bescherming van de cliënten en consumenten. De informatieplichten bevorderen ook een grotere markttransparantie waardoor producten beter met elkaar vergeleken kunnen worden en de concurrentie en marktwerking vergroot worden.[148] Informatievoorziening is echter niet altijd voldoende. In sommige gevallen dienen consumenten in het geheel niet blootgesteld te worden aan bepaalde risico's. Een financiële onderneming heeft daarom de plicht om na te gaan of consumenten deze risico's kunnen dragen. Ook kunnen cliënten of consumenten niet altijd nagaan hoe de interne situatie bij de financiële onderneming is. Daarom dient een toezichthouder erop toe te zien dat de financiële onderneming voldoende waarborgen biedt voor een verantwoorde dienstverlening.[149]

---

144 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 317.
145 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 313.
146 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 313.
147 O.O Cherednychenko, 'Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht: op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?', *WPNR* 2013/6998, p. 1122-1128. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, nr. 3.
148 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 313.
149 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 313.

De bescherming van de individuele cliënt, consument of belegger dient ook te voorkomen dat deze kwetsbare groep hard wordt getroffen bij onregelmatigheden op de financiële markten waardoor deze groep zich zal terugtrekken van de financiële markten. Door terugtrekkende partijen zal de markt kleiner worden en een kleinere markt leidt tot een kleiner aanbod van risicodragend kapitaal. Dit is slecht voor een goed functionerende nationale economie.[150]

5.4.2.2 Verhouding tot het civiele recht

De regels van de Wft zijn toezichtregels en publiekrechtelijk van aard. Toch kunnen deze regels ook gevolgen hebben voor de contractuele verhouding van partijen onderling op de markt. In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat het feit dat een bepaalde gedraging ook reeds op grond van het civiele recht van een financiële onderneming wordt verlangd, een reden kan zijn om het stellen van publiekrechtelijke regels achterwege te laten. Of dit wenselijk is hangt echter af van de vraag of het civiele recht het gedrag van financiële ondernemingen voldoende (duidelijk) normeert en of de effectiviteit daarvan publiek toezicht overbodig maakt. Het (publiekrechtelijk) regelen van aspecten van de relatie tussen cliënt en financiële onderneming biedt immers vergaande mogelijkheden om de naleving van regels af te dwingen. Bovendien biedt het publieke toezicht de mogelijkheid om financiële ondernemingen die bijvoorbeeld de informatie- en adviesverplichtingen ernstig overtreden, te beboeten of zelfs de toegang tot de markt te ontzeggen. Financiële ondernemingen zullen dit, aldus nog steeds de Memorie van Toelichting, waarschijnlijk ervaren als een sterke prikkel tot naleving van de wettelijke verplichtingen.[151] De uit het privaatrecht afgeleide regels worden in het bestuursrecht verder uitgewerkt tot gedetailleerde gedragsregels die meer houvast beogen te bieden in de praktijk dan het privaatrecht.[152] Dit is de reden waarom de nationale wetgever de gedragsregels uit MiFID bestuursrechtelijk heeft geïmplementeerd.

De financiële toezichtwetgeving, enkele uitzonderingen daargelaten, regelt – aldus de Memorie van Toelichting – echter niet de civielrechtelijke gevolgen van het niet-naleven van de wetgeving.[153] Zo dient de vraag of het niet-naleven van de Wft-reclameregels ook betekent dat er sprake is van civielrechtelijke misleiding beoordeeld te worden aan de hand van het BW en de daarop gebaseerde jurisprudentie.[154]

150 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 314.
151 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 317.
152 Cherednychenko 2012b, p. 225.
153 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 304.
154 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 304.

Met betrekking tot artikel 3:40 lid 2 BW is er door de wetgever in artikel 1:23 Wft wel een uitzondering gemaakt. In artikel 1:23 Wft is neergelegd dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling, verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels, niet op grond daarvan aantastbaar is. Op grond van artikel 3:40 lid 2 BW zijn rechtshandelingen in strijd met dwingendrechtelijke wetsbepalingen nietig of vernietigbaar. De keuze om tot uitgangspunt te nemen dat schending van publiekrechtelijke normen in het financiële recht geen nietigheid tot gevolg heeft, is gebaseerd op de rechtsgevolgen die nietigheid met zich meebrengt. Nietigheid heeft immers tot gevolg dat er ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan (bijv. op grond van onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 BW), hetgeen leidt tot rechtsonzekerheid.[155] Voorts zouden beleggers voldoende civielrechtelijke mogelijkheden hebben om zich te verweren.[156] Hierbij kan gedacht worden aan acties op grond van dwaling, wanprestatie, misleiding of onrechtmatige daad. Dwaling is een belangrijke grond voor vernietiging (artikel 6:228 BW), waarbij aan alle verrichte of nog te verrichten prestaties de grondslag komt te ontvallen (artikel 3:53 BW). Ontbinding heeft geen terugwerkende kracht, toekomstige prestaties hoeven echter niet meer te worden verricht; wel ontstaan op grond van de artikelen 6:271 tot en met 6:279 BW ongedaanmakingsverplichtingen.

In geval van schade zal, aldus de parlementaire geschiedenis, een actie op grond van onrechtmatige daad het meest voor de hand liggen.[157]

Het gedrag van financiële ondernemingen kan bovendien getoetst worden aan de zorgplicht uit het civiele recht. De civielrechtelijke zorgplicht bij de overeenkomst van opdracht is te vinden in artikel 7:400 BW ev. Artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Ook in de Algemene Bankvoorwaarden is de zorgplicht voor banken neergelegd.[158]

Ook in hoofdstuk 4.2.3 van de Wft, waarin de MiFID is geïmplementeerd, zijn publiekrechtelijke vormen van privaatrechtelijke gedragsregels voor financiële ondernemingen bij het verlenen van beleggingsdiensten te vinden.[159]

5.4.3 Conclusie

Veel nationale regelgeving in de financiële sector is gebaseerd op Europese verordeningen en richtlijnen. De Europese discussie over toezicht ziet op de

155 Zie ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 74-75.
156 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 393.
157 Dit kan bij financiële producten als verzekeringsovereenkomsten en beleggingsproducten tot ingewikkelde berekeningen leiden. *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 393.
158 Zie art. 2 Algemene Bankvoorwaarden, www.nvb.nl -> publicaties.
159 Cherednychenko 2012b, p. 224.

gevolgen van de integratie van de verschillende financiële markten. Door de toegenomen complexiteit van financiële producten en de internationalisering van de markten bleek het oude sectorale toezicht niet langer toereikend.[160] De verschillende Europese richtlijnen en verordeningen betreffen dan ook onderwerpen als harmonisatie van regelgeving en vergroting van de samenwerking in de uitvoering van het toezicht. In het kader van de harmonisatie van de regels staat de cross-sectorale dimensie steeds meer centraal.[161]

In Nederland zijn de Europese richtlijnen over het algemeen geïmplementeerd in de Wft. Het zogenaamde *twin peaks model* komt hier duidelijk in naar voren. Het toezicht is verdeeld in prudentieel en gedragstoezicht. Het gedragstoezicht ziet onder meer op de verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. Onder het gedragstoezicht vallen de zorgplicht, het ken-uw-cliënt-beginsel, het provisieverbod (artikel 4:24a Wft jo artikel 86c BGfo) en de *best execution*-verplichting (4:90a Wft). De gevolgen van deze bepalingen voor de civiele verhouding tussen partijen wordt, aldus de Memorie van Toelichting op de Wft, volledig beheerst door het civiele recht, met uitzondering van artikel 3:40 BW.

De verhouding tussen de privaatrechtelijke regels en de bestuursrechtelijke regels is van belang voor de vraag of er nog sprake is van een Europees *level playing field*. Als de bescherming van de nationale private regels verder zou strekken dan de publieke bestaat er alsnog geen Europees *level playing field*.[162] In de casestudy zal hier nader aandacht aan worden besteed.

5.5 Functie AFM op financiële markten

5.5.1 Inleiding

Zoals reeds in de vorige paragraaf opgemerkt is het Nederlandse toezicht gebaseerd op het *twin peaks model*. Dit heeft ook gevolgen voor de toezichthouders. Het toezicht op de Nederlandse financiële markten is toebedeeld aan De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Op grond van artikel 1:24 Wft is het prudentieel toezicht toebedeeld aan DNB en op grond van artikel 1:25 Wft het gedragstoezicht aan de AFM. Aangezien het onderzoek zich concentreert op handhaving door de AFM zal in deze paragraaf aandacht worden besteed aan de functie van de AFM en de handhavingsbevoegdheden van de AFM. In paragraaf 5.5.2 zal het financieel toezicht door de AFM worden besproken en in 5.5.3 de handhavingsmiddelen die de AFM ter beschikking staan.

160 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 8.
161 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 8.
162 Cherednychenko 2012b, p. 232.

5.5.2 Financieel toezicht door AFM

De doelstelling van het financieel toezicht is volgens de wetgever tweeledig. Ten eerste gaat het om het beschermen van de 'afnemers' van de diensten die door ondernemingen worden aangeboden of verricht. Ten tweede gaat het om het bevorderen van de goede werking van de financiële markten en het handhaven van het vertrouwen in de financiële sector.[163]

Deze doelstelling komt tot uitdrukking in de twee soorten toezicht die terug te vinden zijn in de Wft. Regelgeving met betrekking tot toezicht op de Nederlandse financiële markten is voornamelijk te vinden in de Wft.[164] Bij de Wft behoort een groot aantal besluiten, regelingen en beleidsregels. De artikelen 1:24 en 1:25 Wft geven de taken voor de toezichthouders weer. Zo dient prudentieel toezicht te worden onderscheiden van gedragstoezicht. Prudentieel toezicht houdt, ex artikel 1:24 lid 1 Wft, het toezicht in op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector. Gedragstoezicht is volgens artikel 1:25 lid 1 Wft gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.

Naast de vraag welke toezichthouder bevoegd is, bepaalt de tweedeling in prudentieel en gedragstoezicht de houding van de toezichthouder evenals de eventuele handhaving.[165] Zo blijkt uit een evaluatie van de doelmatigheid van het financiële toezicht dat DNB problemen oplost achter de schermen terwijl de AFM meer de openbaarheid opzoekt.[166]

Naast het gedragstoezicht uit de Wft is de AFM ook bevoegd om in een aantal gevallen handhavend op te treden op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) en de Wet Oneerlijke Handelspraktijken. Deze handhavende bevoegdheid zal met name spelen ten aanzien van partijen die effecten aanbieden op grond van een vrijstelling of zijn uitgezonderd van de regels die zijn neergelegd in de Wft.

Tegen besluiten van de AFM kan men in bezwaar gaan. Daarna staat beroep bij de rechtbank Rotterdam open (artikel 8:6 juncto bijlage 2 artikel 7 Awb). Tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam kan hoger beroep worden ingesteld bij het CBb (artikel 8:105 jo bijlage 2 artikel 11 Awb). De besluiten worden in de verschillende instanties vol getoetst.[167]

---

163 *Kamerstukken II* 1995/96, 24843, nr. 1, p. 3

164 Naast de Wft zijn er nog andere financiële toezichtwetten zoals de Pensioenwet, Wet toezicht accountantsorganisaties, Wet toezicht financiële verslaggeving, Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, Wet financiële betrekkingen buitenland 1994

165 Van der Eerden & Silverentand 2015, p. 7.

166 *Kamerstukken II* 2009/10, 32466, nr. 1. Zie ook Van der Eerden & Silverentand 2015, p. 7.

167 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 18.

5.5.3 Handhavingsbevoegdheden AFM

De AFM kan, als er sprake is van een overtreding, overgaan tot handhavend optreden. Hierbij is keuze uit diverse sancties met een reparatoir en/of een punitief karakter. Deze sancties zijn neergelegd in hoofdstuk 1.4 van de Wft. Het onderscheid tussen reparatoire en punitieve sancties is met name relevant vanwege de toepasselijkheid van de rechtswaarborgen waarmee de overtreder wordt geconfronteerd. Deze waarborgen gelden alleen bij punitieve sancties en niet bij reparatoire sancties. Zo kan een boete slechts eenmaal voor hetzelfde feit worden opgelegd (*ne bis in idem*-beginsel).[168] Herstelsancties kunnen meerdere malen worden opgelegd. Reparatoire en punitieve sancties kunnen ook tegelijkertijd worden opgelegd.

Naast deze sancties hanteert de AFM ook feitelijke mogelijkheden tot handhaving, waarbij gedacht kan worden aan gesprekken, waarschuwingen (1:94 Wft) of uitoefenen van druk (aangifte).

5.5.3.1 Reparatoire sancties

Algemene en bijzondere aanwijzingsbevoegdheden
De AFM kan op grond van artikel 1:75 Wft aanwijzingen geven. Deze aanwijzingen mogen niet strekken tot aantasting van overeenkomsten tussen de partij waaraan de aanwijzing wordt gegeven en derden zoals bijvoorbeeld de kopers van effecten die zijn aangeboden in strijd met de prospectusplicht (lid 3).[169] Een aanwijzing heeft een reparatoir karakter en is gericht op de beëindiging of ongedaanmaking van een overtreding dan wel ter voorkoming van herhaling daarvan. De aanwijzing kan derhalve geen gebod bevatten om overeenkomsten met individuele cliënten te wijzigen (zie lid 3). Dit sluit aan bij het uitgangspunt dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met de Wft niet om die reden aantastbaar is, tenzij de Wft anders bepaalt (1:23 Wft).[170] Wel zou een individuele cliënt via het civiele recht zijn rechten kunnen uitoefenen, uiteraard met de beperkingen van artikel 1:23 Wft in gedachten.[171] De civielrechtelijke gevolgen voor de overeenkomsten na een aanwijzing komen nader aan bod in de casestudy.[172]

Op grond van artikel 1:77 Wft kan de toezichthouder ook besluiten om een financiële onderneming, die toestemming heeft om in een andere EU

168 Art.5:44 Awb.
169 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, Zesde Nota van Wijziging, nr. 41, p. 62.
170 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, Zesde Nota van Wijziging, nr. 41, p. 62.
171 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, Zesde Nota van Wijziging, nr. 41, p. 63.
172 Zie de bespreking van Investerra: par. 5.6.6.2, nr. 5. Zie voor nadere literatuur ook Van Eersel 2013, p. 66. Zie ook R.E. van Esch (red.), *Inleiding financieel recht*, Deventer: Den Hollander 2012, p. 322. Zie ook CBb 28 augustus 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB2456, *JOR* 2007/274, m.nt. J.F. de Groot. Het betreft hier een uitspraak inzake DNB. Deze zaak zal dan ook niet nader worden besproken.

lidstaat actief te zijn, maar die de aanwijzingen niet op volgt, te verbieden actief te zijn in de andere lidstaat.

Naast de algemene aanwijzingsbevoegdheden heeft de AFM ook specifieke aanwijzingsbevoegdheden. Zo kan de AFM aanwijzingen geven over de toelating van effecten tot de markt als niet voldaan wordt aan de regels (hoofdstuk 5.1 Wft). In artikel 5:25 Wft is bepaald dat de AFM aanwijzingen kan geven wanneer niet wordt voldaan aan de Prospectusverordening. Enkele andere specifieke aanwijzingsbevoegdheden voor de AFM zijn te vinden in artikel 5:32h Wft en de artikelen 5:51 en 5:61 Wft. Artikel 5:32h Wft betreft de aanwijzing om financiële producten op te schorten, te onderbreken of door te halen met het oog op de bescherming van het belang van beleggers. De artikelen 5:51 en 5:61 Wft geven de AFM de bevoegdheid om aanwijzingen te geven om alsnog (juiste) meldingen omtrent zeggenschap of kapitaalbelangen te doen.

Benoeming curator

Naast de algemene aanwijsbevoegdheid kan het onder omstandigheden nodig zijn om verdergaande grip te krijgen op de bedrijfsvoering als de regels worden overtreden of overtreden dreigen te worden.[173] Op grond van artikel 1:76 Wft kan een curator benoemd worden. Een curator kan worden benoemd als de financiële onderneming niet aan de regels uit de Wft voldoet en niet binnen de gestelde termijn de aanwijzingen van de toezichthouder op grond van artikel 1:75 Wft worden opgevolgd (zie artikel 1:76 lid 1 juncto lid 2 sub a Wft). Op grond van het eerste of het tweede lid van artikel 1:76 Wft kan zowel de AFM als DNB een curator aanstellen als respectievelijk gedrags- of prudentiële regels zijn overtreden. Op grond van het derde en vierde lid kan alleen DNB een curator aanstellen.

Last onder dwangsom

Op grond van artikel 1:79 Wft kan de AFM een last onder dwangsom opleggen. De last onder dwangsom kan worden opgelegd in het kader van de in de bijlage bij artikel 1:79 Wft genoemde overtredingen (lid 1 sub a). Eveneens kan een last onder dwangsom worden opgelegd bij overtreding van voorschriften met betrekking tot het toezicht op financiële markten of op die markten werkzame personen, gesteld ingevolge in een amvb aangewezen verordening als bedoeld in artikel 288 VWEU (lid 1 sub b), alsmede de Verordening ratingbureaus (lid 1 sub c) en de medewerkingsplicht als omschreven in artikel 5:20 Awb (lid 1 sub d). Binnen een redelijke termijn dient de overtreder de voorschriften van de toezichthouder op te volgen. Bij het in gebreke blijven hiervan zal de dwangsom worden verbeurd. De last onder dwangsom heeft tot doel het beëindigen van de overtreding dan wel het voorkomen van toekomstige overtredingen. Bij de oplegging van een dwangsom is bepalend of de overtre-

---

173 Kamerstukken II 2003/04, 29708, nr. 3, p. 43.

ding van een specifieke bepaling doorlopend kan worden overtreden en of met de dwangsom kan worden bewerkstelligd dat de overtreding wordt beëindigd of herhaling van de overtreding kan worden voorkomen.[174]

Overige handhavingsmiddelen
Minder vaak voorkomende reparatoire sancties zijn een tijdelijk aanbiedingsverbod voor beleggingsinstellingen (artikel 1:77a Wft) en het ontnemen van de bevoegdheid van een accountant of actuaris om een verklaring met betrekking tot de financiële onderneming af te leggen (artikel 1:78 Wft).

5.5.3.2 Punitieve sancties

Boete
In de artikelen 1:80 e.v. Wft is de bestuurlijke boete geregeld. De boete kan worden opgelegd op voorschriften die zijn genoemd in de bijlage bij dit artikel (lid 1 sub a). Daarnaast kan de boete ook worden opgelegd bij overtredingen van voorschriften van in het besluit uitvoering EU-verordening financiële markten aangewezen verordeningen (de prospectusverordening, de Verordening grensoverschrijdende betalingen en de Uitvoeringsverordening MiFID-richtlijn (lid 1 sub b), als ook de verordening ratingbureaus (lid 1 sub c) en op overtreding van de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb (lid 1 sub d)).

De boete wordt opgelegd door de toezichthouder die de overtreding heeft vastgesteld. De boete mag echter niet worden opgelegd door personen die betrokken zijn geweest bij het vaststellen van de overtreding en het onderzoek.[175] De bestuursrechter toetst de hoogte van de boete vol, dus niet marginaal, en kan zelf, indien noodzakelijk, een nieuwe boete vaststellen.[176] In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat bestuursrechtelijke handhaving een goed alternatief is voor privaatrechtelijke en strafrechtelijke handhaving, mits aan de eisen van artikel 6 EVRM wordt voldaan.[177] Hieraan wordt voldaan doordat extra waarborgen als het zwijgrecht en de cautieplicht zijn geregeld. Voorts krijg de betrokkene de gelegenheid om zijn zienswijze naar voren te brengen voordat de boete wordt opgelegd en staat altijd rechtspraak in twee feitelijke instanties open (rechtbank en CBb).[178]

Overigens geldt dat voor alle overtredingen waar een last onder dwangsom kan worden opgelegd, de AFM de keuze heeft om als alternatief een boete op te leggen.[179]

174 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 413.
175 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 18.
176 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 18.
177 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 18.
178 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 19.
179 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 413.

Een afschrikwekkende werking, de reputatie van de financiële onderneming is immers in het geding, heeft ook de publicatie van de boete dan wel de last onder dwangsom door de toezichthouder. Dit kan op grond van de artikelen 1:97, 1:98 en 1:99 Wft.

Intrekking van vergunning of wijziging of beperking
Het intrekkingen, wijzigen of beperken van de vergunning door de toezichthouder kan onder meer als de vergunning op basis van onjuist verstrekte gegevens tot stand is gekomen (artikel 1:104 lid 1 sub b Wft) of als niet wordt voldaan aan de regels van de Wft of aan voorschriften of beperkingen die aan de vergunning gebonden zijn (lid 1 sub d). De intrekking van een vergunning is een zwaar middel dat pas kan worden ingezet als andere handhavingsmiddelen niet voldoende effectief zijn gebleken.[180]

5.5.4 Conclusie

In Nederland zijn de AFM en DNB samen verantwoordelijk voor het toezicht op de financiële markt. Aan de AFM is het gedragstoezicht toebedeeld en aan DNB het prudentieel toezicht. Het gedragstoezicht ziet toe op het gedrag van instellingen die zich op de financiële markten begeven. Als er sprake is van overtreding, dan heeft de AFM een aantal handhavingsmiddelen tot haar beschikking. Deze zijn onder te verdelen in reparatoire en punitieve sancties. Welke sancties worden ingezet zal afhangen van het geval en de te bereiken doelen en tevens is het inzetten van de handhavingsinstrumenten een discretionaire bevoegdheid. Om deze bevoegdheid in te vullen zijn beleidslijnen gepubliceerd door de AFM.[181]

5.6 AFM ALS HANDHAVER OP FINANCIËLE MARKTEN EN CONTRACTENRECHT

5.6.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt aan de hand van besluiten van de AFM, uitspraken van de rechtbank Rotterdam (beroep) en het CBb (hoger beroep) de bestuursrechtelijke handhaving geanalyseerd van met name informatieplichten, zorgplichten en regels tegen misleiding. Deze begrippen zijn in de Wft neergelegd en worden door de AFM gehanteerd, maar kennen een sterke link met het privaatrecht aangezien deze begrippen een privaatrechtelijke oorsprong hebben (zie paragraaf 5.1.3). De doelstelling van deze vergelijkbare regels in het

180 Van Eersel 2013, p. 72.
181 *Stcr.* 2008, p. 30, 'Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandse Bank'.

privaatrecht en het publiekrecht verschilt echter wel. Het privaatrecht geeft regels omtrent de totstandkoming en afwikkeling van overeenkomsten en behartigt de individuele belangen van de individuele marktspelers (zie paragraaf 5.1.3 en meer algemeen hoofdstuk. 2). Het gedragstoezicht in het financieel toezicht dient het publiek belang. Hierbij kan gedacht worden aan het toezicht op adequate informatieverstrekking aan consumenten bij het aanschaffen van financieel complexe producten en het bewaken van economische rust op de financiële markten (zie paragraaf 5.4.2.1).

In het algemeen wordt aanvaard dat bestuursrechtelijke handhaving naast privaatrechtelijke handhaving in de financiële sector nodig is.[182] De centrale vraag die in deze paragraaf aan de orde komt is in hoeverre de AFM privaatrechtelijk geaarde regels toepast. Nagegaan wordt welke regels van het privaatrecht worden gehandhaafd en welke bestuursrechtelijke instrumenten hiervoor worden gebruikt. Vervolgens komt aan de orde de vraag of de achtergrond en visie van de AFM al dan niet strijden met het civielrecht.

In deze paragraaf wordt eerst de terminologie uiteengezet. Vervolgens komt in verschillende subparagrafen de bestuursrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels aan bod. Aan de hand van besluiten van de AFM, waar nodig van commentaar voorzien, zal worden geanalyseerd hoe de AFM privaatrechtelijk geaarde regels met bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen toepast. In relatie tot de vraag in hoeverre privaatrechtelijk geaarde regels zich lenen voor handhaving met bestuursrechtelijke middelen, zal ook het privaatrechtelijke kader per onderwerp worden besproken. Bij deze analyse en problematisering worden de uitleg en toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders vergeleken met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter, wordt de wijze waarop de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zich tot elkaar verhouden beoordeeld en worden verder, waar mogelijk, suggesties gedaan om eventuele fricties te verminderen.

5.6.2 Informatieplichten in de precontractuele fase

5.6.2.1 Inleiding; terminologie

De termen zorgplichten en informatieplichten, waaronder ook mededelingsplichten en waarschuwingsplichten vallen, verdienen in het kader van deze paragraaf enige nadere omschrijving, omdat zowel in de literatuur als in de rechtspraak verschillende definities te vinden zijn.[183] Daarnaast dienen pri-

182 Zie onder meer Scheltema & Scheltema 2009, p. 51.

183 Zie onder meer K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 1-15; C.C. van Dam, in: Jac. Hijma (e.a.) *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 168.

vaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplichten en informatieplichten nog van elkaar te worden onderscheiden. In de paragrafen 5.6.2 en 5.6.3 worden zorg- en informatieplichten besproken. Om aan te geven wat er in die paragrafen mee wordt bedoeld zullen de gebruikte termen hier nader worden gedefinieerd. Omdat deze terminologie zich heeft ontwikkeld vanuit het civiele recht wordt in deze paragraaf een poging gedaan om een globale omschrijving te geven van de 'civiele zorgplicht', in het bijzonder met betrekking tot de financiële sector.

De 'civiele zorgplicht' is een ruim begrip en omvat voornamelijk informatieplichten en daarnaast overige (onderdelen van de) zorgplichten. Informatieplichten kunnen worden onderverdeeld in het moeten informeren van zichzelf (de onderzoeksplicht) en het moeten informeren van een ander (mededelingsplicht of waarschuwingsplicht). De onderzoeksplicht en de mededelings- en waarschuwingsplicht komen in het privaatrecht van oudsher onder meer voor bij het dwalingsleerstuk (artikel 6:228 BW). In relatie tot dwaling wordt ook wel het onderscheid gemaakt tussen 'positieve' en 'negatieve' informatieplichten, oftewel het bevorderen van juiste en volledige informatieverstrekking respectievelijk het verbieden van onjuiste informatieverstrekking.[184]

Daarnaast staan in het BW ook de basale informatieplichten, zoals bijvoorbeeld in de artikel 6:193c e.v. BW en artikel 3:15d BW.[185] Hiermee wordt gedoeld op het informeren van de consument over het juiste adres van de onderneming, het KvK-nummer, het BTW-nummer etc. In dit hoofdstuk wordt met informatieplichten deze basale informatie niet bedoeld. Dergelijke basale informatieplichten zijn ook niet in de Wft te vinden. Met het begrip informatieplichten wordt in dit hoofdstuk aangesloten bij de manier waarop deze term bijvoorbeeld in het dwalingsleerstuk gehanteerd wordt. Door bij dwaling aan te sluiten is een betere vergelijking mogelijk tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke zorgplichten die op financiële instellingen rusten zodat de overeenkomsten en verschillen duidelijk worden.

Onder de 'overige (onderdelen van de) zorgplichten' wordt onder meer de bescherming van de zwakkere partij verstaan. Deze zorgverplichtingen kunnen negatief of positief van aard zijn, in die zin dat zij kunnen strekken tot het 'ontzien' respectievelijk het 'bevorderen' van andermans belangen.[186]

Gezien de maatschappelijke functie en de vertrouwenspositie die bepaalde beroepsgroepen hebben, rust op deze professionele dienstverleners een 'bijzondere zorgplicht'. Zo hebben op grond van vaste jurisprudentie financiële dienstverleners een bijzondere zorgplicht zodat consumenten geen onverantwoorde risico's nemen.[187] Het bestaan van een bijzondere zorgplicht hangt samen met de bijzondere risico's van de handel waarin de belegger zich begeeft

184 Jansen 2012, p. 9.
185 Zie voor de term basale informatieplichten: Jac. Hijma, *Asser/Hijma* 2013 (7-1*) nr. 89c.
186 Jansen 2012, p. 21.
187 Jansen 2012, p. 512. Zie ook HR 24 januari 1997, NJ 1997/260, r.o. 3.2.

of wil begeven, de bijzondere positie en maatschappelijk functie van de financiële instelling, de veronderstelde professionaliteit, deskundigheid en ervaring van de instelling en het gebrek daaraan bij de (particuliere) belegger en de aard van de (pre)contractuele verhouding die in meer of mindere mate aanleiding kan geven tot een bepaalde vertrouwenspositie van de instelling tegenover de belegger.[188] De bijzondere zorgplicht vraagt, gezien deze positie van een (financiële) dienstverlener, verdergaande zorg dan in een generieke, meer gelijkwaardige, rechtsverhouding ter bescherming van de zwakkere partij.[189] Deze verdergaande zorg houdt in bepaalde gevallen enerzijds een verdergaande waarschuwingsplicht in (bijvoorbeeld het waarschuwen voor mogelijke risico's omtrent het restschuldrisico) en anderzijds een onderzoeks- en adviseringsplicht aangaande de inkomens- en vermogenspositie en verwachtingen van beleggers.[190] De reikwijdte van de 'bijzondere zorgplicht' is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Ook kan er sprake zijn van zorgplichten jegens derden.

5.6.2.2 Informatieplichten in het civiele recht

Informatieplichten zijn in het verbintenissenrecht een belangrijke verbindende schakel tussen de ongelijkheid van kennis van de wederzijdse contractanten en de wederzijdse eigen verantwoordelijkheid van partijen om de benodigde kennis te vergaren.[191] Gebrek aan kennis kan leiden tot teleurstelling bij de marktpartij met betrekking tot de uitkomst van de overeenkomst. Zo kan een partij bijvoorbeeld verwachten dat een product bepaalde eigenschappen bezit die het niet blijkt te bezitten. Had hij hier zelf onderzoek naar moeten doen of had de wederpartij hem uit de droom moeten helpen?

In beginsel is een marktpartij zelf verantwoordelijk voor de verkrijging van deze informatie en dient zij dan ook zelf onderzoek te doen. Op dit beginsel bestaan echter uitzonderingen. Er zijn in het verbintenissenrecht omstandigheden waarin waarschuwingsplichten of mededelingsplichten rusten op de wederpartij. Dit geldt bijvoorbeeld voor, zoals al eerder gezegd in paragraaf 5.1.2, het beschermen van de zwakkere partij tegen irrationeel

188 M. Wallinga, 'De bijzondere zorgplicht: de loper van het verbintenissenrecht op financieel gebied?', *WPNR* 2016/7116, par. 2. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 174; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2014), nr. 20; Jansen 2012, p. 506.

189 J.G.J. Rinkes, 'Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht', *NTHR* 2007/6, p. 231; Tjong Tjin Tai 2006, p. 174.

190 Jansen 2012, p. 518, O.O. Cherednychenko 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010/11, par. 4.

191 Jansen 2012, p. 1.

handelen.[192] Gezien de complexiteit van financiële producten speelt de informatieachterstand bij consumenten in de financiële wereld een grote rol. Voor goed functionerende financiële markten is van belang dat de partijen die zich op de markt begeven, beschikken over voldoende informatie, zodat zij tot een afgewogen beslissing komen.[193]

Een belangrijke grondslag voor het aannemen van informatieplichten is de redelijkheid en billijkheid (artikelen 6:2 en/of 6:248 BW). In het arrest Baris/Riezenkamp[194] heeft de Hoge Raad het beginsel dat partijen zich bij een overeenkomst dienen te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid mede van toepassing verklaard op de precontractuele fase. Ook bij de invulling van de mededelingsplicht bij dwaling ex artikel 6:228 lid 1 sub b BW spelen de redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol.[195]

Deze rol van de redelijkheid en billijkheid is ook van belang bij de invulling van de informatieplichten.[196] Een goed voorbeeld met betrekking tot financiële instellingen is te vinden in het arrest Fortis/Bourgonje.[197] In dit arrest gaat het om een zeer vermogende belegger die met (de rechtsvoorganger van) Fortis een vermogensbeheerrelatie was overeengekomen. In het aandelenpakket zaten ook veel aandelen van het bedrijf Predictive. Bourgonje had zelf nauwe banden met Predictive, waardoor hij over *inside* informatie beschikte. Medio 2000 daalt de koers van de aandelen van Predictive sterk. Bourgonje stelt een vordering tot schadevergoeding in op grond van de stelling dat Fortis de op haar rustende zorgplicht (waarschuwingsplicht) had geschonden door hem niet te adviseren de aandelen zo snel mogelijk te verkopen. Het hof wijst de vordering toe, ondanks het verweer van Fortis dat Bourgonje zich herhaaldelijk

192 Zie onder meer J.B.M. Vranken, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 202-203; R.R.R. Hardy, *Differentiatie in het (Europees) contractenrecht* (diss. Maastricht) Den Haag: BJu 2009, p. 72-73.

193 Scheltema & Scheltema 2009, p. 87.

194 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 678, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

195 P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2009, p.152.

196 Ter invulling van de redelijkheid en billijkheid in relatie tot de civiele zorgplicht is een heel breed jurisprudentiekader ontwikkeld. Ik kies voor het arrest Fortis/Bourgonje omdat de AFM bij de toepassing van de artikelen 4:19 tot en met 4:22 Wft aansluiting lijkt te zoeken bij dit arrest voor de invulling van de in deze artikelen geregelde informatieplichten. Ik besef dat de waarschuwingsplicht in dit arrest Fortis/Bourgonje strikt genomen door de Hoge Raad onder de bijzondere zorgplicht wordt geschaard. Maar omdat de bijzondere zorgplicht naast de waarschuwingsplicht ook de onderzoeks- en adviseringsplicht inhoudt, acht ik dit gerechtvaardigd aangezien het in het arrest Fortis/Bourgonje om de waarschuwingsplicht gaat. In paragraaf 5.6.3 komen arresten van de Hoge Raad aan bod die meer zien op de bijzondere zorgplicht. Zie voor meer jurisprudentie onder meer Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2014) nr. 108, Jansen 2012, p. 24. Zie ook HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192, m.nt. C.J. van Zeben (*Rabobank/Everaars*). En zie O.O. Cherednychenko, 2010, p. 67 en HR 11 juli 2003, *NJ* 2005/103 (*Van Zuylen/Rabobank),* zie par. 3.6.3. Anders S.B. Van Baalen, ''Rien ne va plus'. Over opties, zorg en aansprakelijkheid', *VrA* 2004, p. 46.

197 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2011/54, m.nt. A.C.W. Pijls.

had uitgelaten over het feit dat hij *inside* kennis had en dat de koersen ten positieve zouden ombuigen. In cassatie overweegt de Hoge Raad dat op een vermogensbeheerder als een professionele en deskundige partij een bijzondere, op de eisen van redelijkheid en billijkheid gebaseerde zorgplicht, in dit geval waarschuwingsplicht, rust. Deze waarschuwingsplicht hield in dat de bank de verplichting had om de niet-professionele cliënt 'uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te waarschuwen' voor de door deze met betrekking tot de samenstelling van zijn portefeuille genomen risico's. Alle ter zake doende omstandigheden dienen te worden meegewogen bij de vraag waartoe deze waarschuwingsplicht in een concreet geval daadwerkelijk verplicht.[198] Deze omstandigheden betreffen naast het feit dat Bourgonje zich gedroeg als iemand met *inside* kennis, ook de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van Bourgonje. In Fortis/Bourgonje staat de civielrechtelijke beoordeling van de vraag of op Fortis een waarschuwingsplicht rustte centraal. De publiekrechtelijke toezichtwetgeving speelt in Fortis/Bourgonje geen rol.

In de volgende subparagraaf zal de wisselwerking tussen de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke informatieplichten worden besproken.

5.6.2.3 Informatieplichten in de Wft

In de artikelen 4:19 tot en met 4:22 Wft zijn diverse informatieplichten opgenomen die een rol spelen in de precontractuele fase. De informatieplichten dienen er voor te zorgen dat de consument voldoende informatie krijgt om de complexe financiële producten beter te kunnen doorzien. Het gebrek aan professionaliteit en kennis bij de consument om de financiële producten te beoordelen, dient zo gecompenseerd te worden.[199] De bepalingen zijn nader uitgewerkt in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo).[200] Ter ondersteuning van de markt heeft de AFM de beleidsregels 'Beleidsregel Informatieverstrekking' opgesteld over de interpretatie van de informatieplichten.[201]

In artikel 4:19 Wft is bepaald dat een financiële onderneming er zorg voor draagt dat de door of namens haar verstrekte of beschikbaar gestelde informatie ten aanzien van een financieel product, financiële dienst of nevendienst geen afbreuk doet aan volgens de Wft te verstrekken informatie. Zowel de verplicht als onverplicht verstrekte informatie dient in overeenstemming te zijn met de eisen die de Wft daaraan stelt. Dit betekent dat in een reclameuiting geen informatie over rendementen mag worden opgenomen die in strijd is met informatie over rendementen die de beleggingsinstelling op grond van

198 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2011/54, zie r.o. 3.4.

199 Scheltema & Scheltema 2009, p. 95.

200 Artikelen 49-63 BGfo.

201 AFM, *Beleidsregel Informatieverstrekking*, versie september 2013 te vinden op http://www.afm.nl/~/media/files/wetten-regels/beleidsregel/beleidsregel-informatieverstrekking.ashx

de wet voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst inzake een beleggingsproduct dient te verstrekken.[202] Ook informatie die anders wordt gepresenteerd dan vergelijkbare informatie of bijvoorbeeld wordt verstopt in een grote hoeveelheid andere informatie is niet alleen onduidelijk, maar waarschijnlijk ook misleidend.[203] Op grond van het tweede lid van artikel 4:19 Wft mag de door de financiële onderneming verstrekte informatie, waaronder ook reclame-uitingen vallen, niet incorrect, onduidelijk of misleidend zijn. Regels met betrekking tot het tweede lid worden nader uitgewerkt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (artikel 4:19 lid 4 Wft).

Het derde lid van artikel 4:19 Wft geeft de norm weer dat het commerciële oogmerk van de financiële onderneming herkenbaar dient te zijn. Het huidige artikel 4:19 Wft is het resultaat van de implementatie van artikel 19 lid 2 MiFID.

Artikel 19 lid 3 MiFID is geïmplementeerd in artikel 4:20 Wft. In artikel 4:20 Wft is de verplichting neergelegd om passende informatie te verstrekken aan (potentiële) cliënten om hen zo in staat te stellen de aard en de risico's van de aangeboden beleggingsdienst te begrijpen en met kennis van zaken beleggingsbeslissingen te nemen.[204] Deze informatie dient tijdig te worden verstrekt. Met 'tijdig' wordt bedoeld dat de consument 'geruime tijd' krijgt om de informatie tot zich te nemen, hetgeen weer afhankelijk is van de urgentie van de situatie en van de tijd die de cliënt nodig heeft om de desbetreffende informatie in zich op te nemen en daarop te reageren.[205] De informatie dient voor de totstandkoming van de overeenkomst te worden verstrekt. De informatie mag worden gegeven in gestandaardiseerde vorm (artikel 4:20 lid 6 Wft). Dit volgt uit artikel 19 lid 3 MiFID. Artikel 4:20 Wft is echter geen expliciete implementatie van artikel 19 lid 3, derde gedachtestreepje, MiFID.[206]

5.6.2.4 Vervolg informatieplichten in Wft: besluiten AFM

In het hierna volgende zullen de besluiten van de AFM met betrekking tot de informatieplichten worden besproken, waar nodig van commentaar worden voorzien en vervolgens worden vergeleken met het civiele recht.

(1) GoodWood

Casus. GoodWood is een aanbieder van duurzame beleggingsproducten die zich richt op de Nederlandse markt. Tectona is een onafhankelijke stichting die onder meer gerechtigd is tot het houden van alle activa van participanten

202 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 118.
203 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 119.
204 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 120.
205 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 120.
206 Cherednychenko 2012b, p. 232, zie ook D. Busch, 'Het 'civiel effect' van MiFID: Europese invloed op aansprakelijkheid van vermogensbeheerders', *Ondernemingsrecht* 2012/12, p. 71, voetnoot 31.

in GoodWood. Tectona treedt op als bewaarder van de activa zodat het vermogen van de participanten afgescheiden wordt van de operationele onderneming. GoodWood en Tectona hebben beleggingsobjectprospectussen beschikbaar gesteld. De AFM is van oordeel dat de prospectussen van GoodWood niet duidelijk aangeven welke onderneming de contractspartij is.

Besluit. De AFM geeft bij besluit van 20 september 2007 GoodWood en Tectona een aanwijzing ex artikel 1:75 Wft waarin is bepaald dat de prospectussen verduidelijkt dienen te worden omtrent de exacte constructie en partijverhoudingen.[207] GoodWood handelt op dat punt in strijd met artikel 4:19 lid 2 Wft.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. GoodWood doet hangende het bezwaar dat zij heeft ingediend een verzoek om een voorlopige voorziening bij de rechtbank. De vraag die daarbij naar voren komt is onder meer of er misleidende informatie is verstrekt door te suggereren dat Tectona de bewaarder is, terwijl de participanten in werkelijkheid geen overeenkomst met Tectona sluiten maar met Goodwood.[208] Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is er weliswaar geen sprake van een rechtstreekse overeenkomst tussen Tectona en de participant maar dat maakt niet dat de informatie in de prospectussen onjuist of misleidend is. In de prospectussen en de daarin opgenomen overeenkomst blijkt immers dat de participant een overeenkomst met GoodWood sluit. Anderzijds is in de beleggingsvoorwaarden juist een belangrijke rol aan Tectona toebedeeld. Niet is gebleken dat die rol onjuist is weergegeven. De verdeling van bevoegdheden tussen Tectona en GoodWood zoals die blijkt uit de beleggingsvoorwaarden is weliswaar complex, maar Goodwood beslist uiteindelijk over het tijdstip en de hoogte van de uitkeringen aan participanten. Er is daarom onvoldoende grond om te oordelen dat er sprake is van onbegrijpelijkheid of misleiding. De voorzieningenrechter oordeelt dan ook dat er geen grond is voor de gegeven aanwijzing en wijst de voorlopige voorziening toe en schorst het besluit tot zes weken na bekendmaking van de beslissing op bezwaar.[209]

(2) A

Casus. In 2010 is A, een beleggingsinstelling, een reclamecampagne gestart aangaande de uitgifte door C van obligaties van D. Deze obligaties hebben een nominale waarde van € 5.000. De reclamecampagne betreft een televisiereclamespot en een internetbanner. In de reclame-uitingen wordt vermeld dat er een eerste recht van hypotheek wordt geboden en een vaste rente. Niet wordt vermeld dat er bepaalde risico's zijn verbonden aan dit product. De reclame-uitingen bevatten wel de tekst:

207 Voor feiten en besluit zie Rb. Rotterdam 23 oktober 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC1469.
208 Rb. Rotterdam 23 oktober 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC1469.
209 Een beslissing op bezwaar is niet bekend.

> 'de waarde van uw belegging kan fluctueren. In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst. Dit product bevat kosten en risico's. Raadpleeg de prospectus.'

De AFM heeft A bij besluit van 7 september 2010 een last onder dwangsom opgelegd voor overtreding van artikel 51a lid 1 BGfo (een uitwerking van artikel 4:19 lid 2 Wft) van € 4.000 per dag(deel) met een maximum van € 80.000. De AFM heeft daarbij geoordeeld dat de algemene disclaimer een onvoldoende waarschuwing was. Hierbij is in aanmerking genomen dat deze boodschap slechts drie seconden zichtbaar is en zeer slecht leesbaar vanwege de achtergrond en het lettertype. A heeft nagelaten de specifieke risico's te noemen. Bij besluit van 21 februari 2011 zijn de bezwaren van A tegen het besluit waarin de last onder dwangsom is opgelegd ongegrond verklaard. Ook in beroep blijft de dwangsom staan.[210] In de onderhavige zaak legt de AFM A wederom een boete op voor dezelfde feiten, maar op grond van artikel 4:19 lid 2 Wft.

Besluit en bezwaar. De AFM legt bij besluit van 12 september 2011, in het kader van de overtreding van artikel 4:19 lid 2 Wft juncto artikel 51a BGfo ook een boete op. Omdat de overtreding van artikel 51a BGfo reeds is vastgesteld in het besluit van 7 september 2010 is er ook sprake van een overtreding van artikel 4:19 Wft lid 2 Wft. De boete bedraagt € 62.500. Dit is het basisbedrag van € 500.000[211] verhoogd met 25% in verband met verhoogde verwijtbaarheid en vervolgens gematigd met 90% wegens beperkte draagkracht. In het besluit op bezwaar zijn de stellingen van A ongegrond verklaard.

Beroep. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de AFM voldoende duidelijk gemaakt welke gedragingen een overtreding opleveren en waarom A wordt gelast om zich in toekomstige reclame-uitingen ter zake van financiële instrumenten niet meer schuldig te maken aan zulke uitingen.[212] Voorts is A gehouden een correcte en duidelijke indicatie van de mogelijke risico's te geven. Nu de mogelijke risico's juist waren verbonden aan de uitkering van de vaste rente heeft de AFM in haar besluitvorming niet ten onrechte gesproken van specifieke risico's die hadden moeten worden genoemd. De algemene disclaimer is hiervoor onvoldoende. De verhouding tussen de risico's en de voordelen is onduidelijk. Omdat A reeds een last onder dwangsom opgelegd had gekregen was voor A duidelijk dat A de artikelen 4:19 lid 2 Wft juncto artikel 51a BGfo overtrad.

Toch houdt de boete geen stand. De rechtbank is namelijk van oordeel dat de AFM onvoldoende rekening heeft gehouden met de beperkte ernst van de

---

210 Rb. Rotterdam 1 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU6943.

211 Besluit houdende regels voor het vaststellen van de op grond van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op te leggen bestuurlijke boetes (Besluit bestuurlijke boetes financiële sector), *Stb.* 2009, 329.

212 Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9417, *JOR* 2013/74, m.nt. J.A. Voerman. In deze zaak is ook nog een voorlopige voorziening gewezen namelijk Rb. Rotterdam 1 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU6946. De uitspraak van de voorzieningenrechter is in lijn met de uitspraak in beroep.

overtreding.[213] Het prospectus is door de AFM goedgekeurd en daarin is 'in niet mis te verstane bewoordingen' te vinden dat er risico's kleven aan dit financiële product. Beleggers baseren hun aankoop niet slechts op basis van de reclameboodschap maar dienen eerst kennis te nemen van de producteigenschappen van het product via de website van A. Hierin zijn ook de risico's vermeld. De AFM had de boete daarom naar beneden moeten bijstellen. Het besluit kan dan ook geen stand houden. De rechtbank stelt de boete uiteindelijk zelf vast op € 10.000.[214]

Hoger Beroep. In hoger beroep voert A aan dat de norm uit artikel 4:19 lid 2 Wft onvoldoende bepaalbaar is voor haar.[215] Het CBb oordeelt dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat artikel 51a BGfo een invulling is van artikel 4:19 lid 2 Wft. De AFM was dan ook bevoegd een boete op te leggen.

De AFM voert aan dat het prospectus zelf aan de eis van artikel 4:19 lid 2 Wft dient te voldoen, namelijk correct, duidelijk en niet misleidend. Dat op de website en in het prospectus wel evenwichtige informatie is te vinden doet hier niet aan af. Het CBb volgt dit standpunt en is daarom ook van oordeel dat er geen sprake is van verminderde ernst van de overtreding. De boete wordt dan ook weer vastgesteld op € 62.500.

Commentaar. De boete houdt in beroep niet volledig stand omdat onder meer het prospectus ook een duidelijke beschrijving van de risico's bevatte. De bestuursrechter lijkt hier rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Het prospectus is door de AFM goedgekeurd en daarin is 'in niet mis te verstane bewoordingen' te vinden dat er bepaalde risico's kleven aan dit product. De disclaimer met de standaardtekst 'De waarde van uw beleggingen kan fluctueren', is onvoldoende om te beantwoorden aan de informatieplicht van 4:19 Wft. Daarnaast is het benoemen van de risico's in het prospectus evenmin voldoende. In artikel 19 lid 3 van de MiFID is bepaald dat waarschuwingen in gestandaardiseerde vorm mogen geschieden. In artikel 4:20 Wft is dit geïmplementeerd. Volgens de wetgeving mag dus gewaarschuwd worden in gestandaardiseerde vorm, maar dit is blijkbaar niet zomaar voldoende.

Wel neemt de rechtbank Rotterdam bij de vaststelling van de hoogte van de boete mee, hoewel een gestandaardiseerde waarschuwingsplicht als bedoeld in artikel 4:20 Wft onvoldoende wordt geacht, het feit dat in dit geval de waarschuwing was te vinden in het prospectus. De AFM had de ernst van de overtreding moeten meewegen bij de bepaling van de hoogte van de boete.

Het CBb vernietigt de uitspraak op dit punt echter en oordeelt in het voetspoor van de AFM dat de reclame-uiting zelf dient te voldoen aan de eisen van artikel 4:19 lid 2 Wft. Deze overweging van het CBb, dat de reclame-uiting zelf voldoende duidelijk dient te zijn, levert een verschil op met de civielrechtelijke benadering. De omstandigheden van het geval worden in het civiele recht immers meegewogen. Zo volgt uit de conclusie van de A-G bij het arrest

213 Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9417, zie r.o. 6.
214 Rb. Rotterdam 6 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3466, *JOR* 2013/246, m.nt. J.A. Voerman.
215 CBb 2 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:456.

Stichting Misrekening/ING dat de consument uit meerdere bronnen informatie omtrent het beleggingsproduct had kunnen halen dan uitsluitend de folder.[216]

(3) Dela Natuur- en levensverzekeringen N.V.

Casus. Dela biedt op haar website informatie aan over het door haar aangeboden product Coöperatiespaarplan. Op 1 december 2011 heeft de AFM geoordeeld dat de naam 'DELA Coöperatiesparen' misleidend is omdat hierdoor de indruk werd gewekt dat het een louter spaarproduct betrof en niet duidelijk was dat het tevens een verzekeringsproduct betrof. Dela diende duidelijk in haar uitingen te vermelden dat het ook ging om een verzekering. Na enkele aanpassingen heeft de AFM begin 2012 laten weten dat Dela aan de voorwaarden had voldaan.

Hierna heeft Dela nog een aantal malen onduidelijkheid laten bestaan over de vraag of het een verzekering betrof. Die gevallen betroffen onder meer het tonen van het Coöperatiespaarplan op een vergelijkingswebsites met andere spaarproducten en reclame op Google. Op 24 mei 2013 heeft de AFM Dela een aanwijzing gegeven die in het kort neerkomt op het gebod dat alle reclame-uitingen in lijn met artikel 4:19 lid 2 Wft dienen te zijn.[217] In de periode van 30 mei tot en met 3 juni 2013 heeft de AFM een reclame-uiting in de vorm van een groot spandoek gezien op het Muntplein te Amsterdam. Dit spandoek bevatte de tekst:

> 'Geld opzij zetten met gegarandeerd 2,75% rente? Kijk op www.dela.nl/spaarplan'

Besluit. Bij besluit van 16 april 2014 legt de AFM Dela een bestuurlijke boete op van € 500.000 wegens overtreding van artikel 4:19 lid 2 Wft in de periode van 14 maart 2013 tot en met 3 juni 2013.[218] Het spandoek geeft geen aanknopingspunten voor consumenten om te denken dat het financiële product ook een verzekering is. Ook op de vergelijkingswebsite en in de Google advertenties werd de indruk gewekt dat het slechts een spaarproduct betrof.

In de zienswijze heeft Dela aangevoerd dat er geen sprake is van misleiding, maar van het achterwege laten van informatie. In het civiele recht is het, aldus Dela, vaste jurisprudentie dat pas sprake is van misleiding als het economisch gedrag van de consument wordt beïnvloed. Dit is niet aannemelijk gemaakt door de AFM. De AFM overweegt echter dat artikel 4:19 Wft niet het aangaan van een overeenkomst centraal stelt, maar de verstrekte informatie als zodanig. Deze informatie dient altijd correct te zijn. Voor overtreding van artikel 4:19 Wft is niet vereist dat het economische gedrag van consumenten door de misleidende informatie wordt of kan worden beïnvloed. Van een overtreding

216 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1191 (Stichting Misrekening/ING); conclusie A-G Wissink, 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314.

217 Zie ook beroep tegen aanwijzing: Rb. Rotterdam 10 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6048.

218 Besluit AFM 16 april 2014 inzake Dela, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2014/dela.ashx.

is sprake als de informatie of reclame-uiting op zichzelf een misleidend karakter heeft.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar en bezwaar. Dela betoogt dat bij de drie reclame-uitingen geen sprake is van het schenden van de in artikel 4:19 lid 2 Wft omschreven norm.[219] Het spaarplan heeft een spaarkarakter en uit de wet volgt niet dat vermeld dient te worden dat het ook een verzekering betreft. Dela doet wat zij in de reclame-uitingen vermeldt.

De voorzieningenrechter verwerpt dit betoog. Het eenzijdig benadrukken van het spaarkarakter en het niet verstrekken van informatie die duidelijk maakt dat het een verzekering betreft, is naar het oordeel van de voorzieningenrechter in strijd met hetgeen in artikel 4:19 lid 2 Wft is bepaald. Het feit dat het ook een verzekering betreft is immers relevant voor de uitkering. De voorzieningenrechter wijst de gevraagde voorziening tot het niet openbaar maken van de boete dan ook af.[220] Bij besluit van 28 november 2014 heeft de AFM het bezwaar van X tegen het primaire besluit ongegrond verklaard.[221]

Beroep. De rechtbank oordeelt dat sprake is van een schending van artikel 4:19 lid 2 Wft en dat bij de gemiddeld geïnformeerde consument een onjuiste verwachting wordt gewekt over de aard of de werking van het product, onder meer door het weglaten van een wezenlijk kenmerk van het product. De rechtbank passeert het verweer van Dela dat de vermelding op de vergelijkingssite, het spandoek en op Google Adwords geen zelfstandige reclame-uitingen zijn, maar dat zij slechts verwijzen naar de website van Dela waar wel alle informatie over de aard van het spaarplan stond vermeld. Dat het spaarplan een verzekering is, is een basiskenmerk van het product. De consument dient hierover correct, duidelijk en niet misleidend te worden geïnformeerd. Door het gebruik van het woord 'sparen' wordt de suggestie gewekt dat het om een bancair product gaat. Een reclame-uiting wekt doorgaans bij de consument de eerste interesse voor een product. Consumenten moeten daarom niet op het verkeerde been worden gezet.

De rechtbank heeft geen aanknopingspunten gevonden om aan te sluiten bij de normen in het Burgerlijk Wetboek ter zake van misleidende reclame. De AFM heeft in dit verband terecht gewezen op artikel 4:20 Wft waarin het aangaan van een overeenkomst centraal staat en waarin wel een verband wordt gelegd tussen het economische gedrag van de consument en de niet correcte, onduidelijke of misleidende informatie. In artikel 4:19 lid 2 Wft daarentegen staat de verstrekte informatie als zodanig centraal en is reeds sprake van een overtreding indien de informatie op zichzelf incorrect, onduidelijk of misleidend is.

Het betoog van Dela dat zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat zij met de verschillende reclame-uitingen de open norm van artikel 4:19 lid 2 Wft niet had overtreden omdat dit een open norm is en in de Leidraad Mislei-

219 Rb. Rotterdam 10 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6047.
220 Er is geen beslissing op bezwaar bekend.
221 Kenbaar uit Rb. Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9454.

ding van de AFM niet als concreet voorbeeld staat opgenomen dat een verzekering niet als een zuiver bancair spaarproduct mag worden gepresenteerd, wordt door de rechtbank verworpen. Dela heeft een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wet te houden en op de AFM rust geen verplichting om de open norm uitputtend te regelen in lagere wet- en regelgeving.

De rechtbank matigt, vanwege de korte duur van de overtreding, de boete tot € 50.000. Voorts wordt de boete vanwege termijnoverschrijding nog met € 2.500 gematigd.

Commentaar. Dela geeft niet aan welke civiele misleidingsjurisprudentie door haar wordt bedoeld. Hoogstwaarschijnlijk zal zijn gedoeld op jurisprudentie inzake artikel 6:193c BW waar de misleidende handelspraktijken zijn geregeld. Artikel 6:193c BW bepaalt dat een handelspraktijk misleidend is wanneer informatie feitelijk onjuist is of de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden waardoor de consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen. Om te beoordelen of sprake is van een misleidende handelspraktijk dient dus getoetst te worden welke beslissing de consument zou hebben genomen indien de informatie niet misleidend zou zijn geweest.

Grundmann-van de Krol stelt dat aangenomen mag worden dat de AFM in de uitoefening van haar taak om toezicht uit te oefenen op de naleving van de normen 'correct' en 'niet-misleidend' uit artikel 4:19 Wft rekening houdt met de jurisprudentie die ontwikkeld is in het kader van de artikelen 6:194 BW en 6:193c BW.[222] Gezien het bovenstaande betwijfel ik of dit gebeurt. Sterker nog, de reclame-uiting wordt geheel zelfstandig, los van alle relevante omstandigheden van het geval beoordeeld. Met het in hoofdstuk 4 besproken arrest Stichting Misrekening/ING in het achterhoofd is deze overweging van de rechtbank interessant.[223] A-G Wissink concludeert voor dit arrest dat van de gemiddelde consument verwacht mag worden dat hij soms op zoek gaat naar nadere informatie. Alle omstandigheden van het geval zijn hierbij van belang.[224] Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium als ook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen.[225] De context dient meegenomen te worden bij de beantwoording van de vraag of voldoende informatie, in casu de folder, is verstrekt aan de gemiddelde consument.

Een ander aspect dat opvalt is dat de rechtbank overweegt dat op grond van de wetsartikelen en de Leidraad het voor Dela voldoende duidelijk was hoe de open norm van artikel 4:19 lid 2 Wft ingevuld moest worden. De Leidraad wordt hiermee gelijkgesteld aan de wet. Dit terwijl de Leidraad

222 Grundmann-van de Krol 2012, p. 612.
223 Zie par. 4.5.3.3, nr. 5.
224 Conclusie A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314, nr. 3.32.
225 Conclusie A-G Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314, nr. 3.32.

Misleiding 2007[226] slechts richting wilde geven aan de marktpartijen zonder de open norm daadwerkelijk in te vullen.[227] De Leidraad wordt daarmee verheven tot norm.

(4) SNS

Casus. Op 14 mei 2009 heeft tussen de AFM en SNS een gesprek plaatsgevonden naar aanleiding van een artikel in het Financiële Dagblad van 7 mei 2009. Dit artikel betrof de betrokkenheid van SNS bij beleggers die in de Madoff-gerelateerde fondsen zijn ingestapt. SNS heeft samengewerkt met verschillende vermogensadviseurs. Deze vermogensadviseurs selecteerden voor cliënten 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen'. Dit zijn beleggingsfondsen die niet bij de AFM zijn geregistreerd. De cliënt van de vermogensadviseur die op diens advies, bij een dergelijk beleggingsfonds wilde beleggen, opende bij SNS een effectenrekening op basis van *execution only* dienstverlening. Dit houdt in dat uitsluitend door de klant opgegeven effectenorders zonder vorm van beleggingsadvies worden uitgevoerd. De AFM heeft vijf prospectussen van de niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen bekeken. Twee van de vijf zijn gelinkt aan Madoff.

Besluit en bezwaar. SNS heeft aan de AFM toegezegd zelf een intern onderzoek te doen naar niet-gereguleerde beleggingsfondsen. De AFM heeft een onderzoeksrapport opgesteld en dit aan SNS toegestuurd. De AFM oordeelt dat, omdat niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen zich op cruciale punten onderscheiden van 'reguliere' beleggingsfondsen, het een productcategorie betreft waarover de cliënt tevoren specifiek moet worden geïnformeerd, ook in het kader van *execution* only diensten. SNS was dan ook gehouden om een algemene, gedetailleerde beschrijving van 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen' te verstrekken om haar cliënten als niet-professionele beleggers in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen (artikel 58c lid 1 BGfo). Ook was SNS gehouden om haar cliënten te informeren over het feit dat zij via de *execution only* dienstverlening van SNS konden beleggen in fondsen die voor hen als particulieren in beginsel niet openstonden, gelet op de minimale initiële instapbedragen en de eisen die de fondsen aan beleggers stelden en die als 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen' niet in Nederland mochten worden aangeboden.

De AFM heeft bij besluit van 20 januari 2011 een boete van € 30.000 opgelegd over de periode van 21 januari 2008 tot en met april 2008. Bij besluit op bezwaar van 1 september 2011 is dit besluit in stand gebleven.

Beroep. In beroep betoogt SNS dat de AFM een buitenwettelijke maatstaf hanteert door de categorie 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen' te

226 http://old.findinet.nl/bedrijfsvoering/kennisportal/informatie/leidraad-norm-misleiding.pdf.

227 Aldus constateren T. Loonen & R. Schotsman, 'Leidraden binnen financiële dienstverlening', *Trema* 2016/6, p. 210.

gebruiken.[228] Ook zou artikel 4:20 Wft geen toepassing dienen te vinden in geval van *execution only* diensten. Hierbij past niet de eis dat de beleggingsonderneming voorafgaand aan elke transactie informatie over het onderwerp van die transactie proactief aanreikt. SNS meent dat zij er op mocht vertrouwen dat de beleggingsadviseur die beschikte over een vergunning de relevante informatie verstrekte aan de cliënt. De rechtbank Rotterdam overweegt dat het in de onderhavige zaak beleggingsfondsen betreft waarop geen adequaat toezicht wordt gehouden en waaraan bijzondere risico's kleven: het risico van een hoge volatiliteit van de prijs, het risico van beperkte liquiditeit of geen liquiditeit en het risico om het gehele vermogen te verliezen. De term niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen is gebruikt om de complexiteit van deze fondsen aan te duiden. Gelet op artikel 4:20 lid 1 en 2 Wft en artikel 58c BGfo rust op SNS als beleggingsonderneming onder meer de verplichting om een algemene uitleg te geven aan een niet-professionele belegger over de hefboomwerking en de gevolgen daarvan, het risico dat de gehele belegging verloren gaat, de volatiliteit van de prijs en het risico van beperkingen in bestaande markten voor de fondsen.[229] Deze informatie dient met de niet-professionele belegger gedeeld te worden voordat hij een beleggingsbeslissing neemt. SNS kan zich niet vrijwaren van deze verplichting door te verwijzen naar de externe vermogensadviseur. Indien SNS zou hebben vastgesteld dat de externe vermogensadviseur wel volledig aan de ook op hem rustende precontractuele informatieplicht had voldaan, zou dit eventueel kunnen afdoen aan de ernst van de overtreding. Het beroep wordt ongegrond verklaard.

Hoger beroep. In hoger beroep verklaart het CBb het beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam ongegrond.[230]

Civiele rechter. De civiele rechter, rechtbank Midden-Nederland, heeft met betrekking tot het bovenstaande feitenkader ook een oordeel geveld.[231] Namens beleggers verwijt de Stichting Claim SNS/Bos & Partners dat SNS in samenspraak met Bos & Partners voor cliënten in fondsen heeft belegd die niet alleen ongeschikt waren, maar ook op individuele basis niet toegankelijk waren. Door kunstgrepen is deze toegankelijkheid toch gecreëerd, zonder de cliënten hierover adequaat te informeren. De Stichting vordert onder meer een verklaring voor recht dat SNS tekort is geschoten in haar informatieplicht (artikel 6:74 BW). SNS voert onder meer als verweer dat Bos & Partners de cliënten van SNS Bank steeds volledig en accuraat heeft ingelicht over de fondsen en dat dit SNS Bank ontsloeg van de verplichting om diezelfde informatie ook nog eens aan haar cliënten te verschaffen.[232] De rechter oordeelt dat SNS haar informatieplicht op grond van artikel 4:20 lid 1 Wft heeft geschonden. Met betrekking

228 Rb. Rotterdam 3 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9415.
229 Rb. Rotterdam 3 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9415, zie r.o. 8.2.
230 CBb 17 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:249.
231 Rb. Midden Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9836, *JOR* 2013/76, m.nt. C.W.M. Lieverse.
232 Rb. Midden Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9836, *JOR* 2013/76, zie r.o. 4.3.72.

tot de vraag of SNS gevrijwaard is van haar informatieverplichting nu de externe adviseurs hieraan reeds voldaan hebben, overweegt de rechtbank dat niet is bewezen dat de externe adviseurs de informatie waar het om gaat reeds verschaft hebben. Evenmin zijn er redenen om aan te nemen dat SNS er op mocht vertrouwen dat deze externe adviseurs de informatie reeds hadden verstrekt. Tussen de externe adviseurs en SNS zijn hierover geen afspraken gemaakt.[233] Lieverse leidt hieruit af de civiele rechter (wel) ruimte laat voor het eventueel delegeren van informatieplichten.[234] De civiele rechter en de bestuursrechter lijken hierin van elkaar te verschillen. De bestuursrechter overweegt in beroep immers dat in geval de externe adviseur wel aan zijn informatieverplichtingen heeft voldaan dit weliswaar aan de ernst van de overtreding van SNS zou afdoen, maar er nog steeds sprake zou zijn van een overtreding.[235]

(5) BinckBank

Casus. Binck is een vermogensbeheerder mag beleggingsdiensten en nevendiensten verrichten. Zij doet dit onder meer onder de naam Alex. In de periode van 16 januari tot en met 25 augustus 2014 heeft Binck via verschillende media (radio televisie, kranten, tijdschriften en internetbanners) reclame gemaakt voor de beleggingsdiensten die zij onder de naam Alex aanbiedt. In de reclame-uitingen belooft Binck een rendement om trots op te zijn, waarbij percentages tot 58% groei worden getoond. De getoonde percentages behoren echter bij verschillende risicoprofielen met een breed scala aan mogelijkheden. Daarnaast zijn de percentages hoger dan de gemiddelde cumulatieve rendementen van de verschillende cliënt portefeuilles en de spreiding van de behaalde rendementen door cliënten is groot. De gehanteerde wijze van adverteren met het tonen van het rendement van één portefeuille past niet bij het individuele karakter van het vermogensbeheer door Binck. Eveneens wordt in de reclame-uitingen gesuggereerd dat er een verband is tussen de rendementspercentages enerzijds en de werkwijze van Alex en het getoonde profiel anderzijds. De vraag is of de reclame-uitingen in lijn zijn met artikel 4:19 lid 2 Wft.

Besluit. De AFM oordeelt dat Binck artikel 4:19 lid 2 Wft heeft overtreden.[236] De AFM legt een boete op van € 75.000. De informatie gaf een misleidend beeld omdat getoonde cumulatieve rendementen structureel hoger waren dan de gemiddelde cumulatieve rendementen van de cliëntportefeuilles. Cliënten begrijpen niet dat er niet met modelportfolio's wordt gewerkt en dat niet iedereen in een bepaald profiel hetzelfde rendement heeft. Cliënten zijn niet in staat gesteld om informatie over het rendement juist te interpreteren. Even-

233 Rb. Midden Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9836, *JOR* 2013/76, m.nt. C.W.M. Lieverse, r.o. 4.3.73.

234 Rb. Midden Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9836, *JOR* 2013/76, m.nt. C.W.M. Lieverse.

235 Rb. Rotterdam 3 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9415, *JOR* 2013/73, m.nt. V.H. Affourtit.

236 Besluit AFM 1 juli 2016 inzake BinckBank, https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2016/jul/boete-binckbank-misleidende-reclames.

min blijkt uit de reclame-uitingen dat de rendementen afhankelijk zijn van verschillende factoren. Daarnaast is de getoonde informatie misleidend omdat Binck in de uitingen een verband suggereert tussen de getoonde rendementspercentages enerzijds en de werkwijze van Binck en het getoonde profiel anderzijds. Dit gesuggereerde verband is misleidend omdat elk ander willekeurig behaald percentage van een cliëntportefeuille binnen hetzelfde risicoprofiel getoond had kunnen worden en een ander beeld had laten zien. Het individuele karakter van de dienstverlening van Binck betekent dat elke portefeuille op basis van de verschillende daaraan ten grondslag liggende factoren ander gepresenteerd zal worden.

De AFM overweegt, onder verwijzing naar Dela, dat iedere reclame-uiting zelfstandig alle moet voldoen aan de voorwaarde dat de uiting correct, duidelijk en niet misleidend is. De stelling dat de reclame moet worden gezien tegen de achtergrond van de overige informatie die aan klanten is verstrekt gaat dan ook niet op. De AFM verwijst ook nar de Beleidsregel Informatieverstrekking van 25 september 2013[237] waarin dit is aangegeven.

5.6.2.5 Wisselwerking civielrechtelijke en bestuursrechtelijke informatieplichten

Privaatrecht en maximumharmonisatie

In het civiele recht worden, zoals in paragraaf 5.6.2.2 besproken, bij de beantwoording van de vraag of de informatieplichten zijn geschonden, via de redelijkheid en billijkheid, de omstandigheden van het geval meegewogen. Naast de gedragingen van de cliënt zijn ook de mate van deskundigheid en relevante ervaring van belang. De in Fortis/Bourgonje neergelegde verplichting om 'uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te waarschuwen voor de door deze met betrekking tot de samenstelling van zijn portefeuille genomen risico's,'[238] zou een bescherming in het verbintenissenrecht kunnen opleveren die verder of minder ver gaat dan de waarschuwingsplicht in het toezichtrecht.[239] Artikel 19 lid 3, derde gedachtestreepje, MiFID, geïmplementeerd in artikel 4:20 Wft, waarin is bepaald dat informatie aan (potentiële) cliënten passend dient te zijn om hen in staat te stellen de aard en de risico's van de aangeboden beleggingsdienst te begrijpen en met kennis van zaken beleggingsbeslissingen te nemen, volgt namelijk een ander systeem dan de lijn uit Fortis/Bourgonje. De vermogensbeheerder moet een 'passende' waarschuwing geven over de risico's die verbonden zijn aan bepaalde beleggingsstrategieën.[240] In artikel 19 lid 3 MiFID staat slechts dat de waarschuwing weliswaar dusdanig moet zijn dat de cliënt de risico's begrijpt en daardoor met kennis van zaken kan handelen, maar niettemin in gestandaardiseerde

237Te raadplegen op: https://www.afm.nl/beleidsregelinformatieverstrekking.

238 HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251, r.o. 3.4.

239 Cherednychenko 2012b, p.232.

240 D. Busch, 'De invloed van MiFID op aansprakelijkheid in de Europese financiële sector', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen en T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 29.

vorm mag worden verstrekt. Het 'uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen waarschuwen' uit Fortis/Bourgonje gaat, aldus Busch, verder dan louter in gestandaardiseerde vorm passend waarschuwen.[241] De passende, maar gestandaardiseerde, bescherming uit de MiFID zou een voldoende waarborg zijn, aldus Busch.[242] Er is dan ook geen reden om een verdergaande bescherming aan te nemen.

Busch pleit ervoor dat de civiele rechter de zorgplicht, waaronder ook de waarschuwings- en informatieplichten, meer laat aansluiten bij de publiekrechtelijke zorgplicht. Dit komt de rechtszekerheid en een *level playing field* ten goede. De civielrechtelijke zorgplicht zou dus niet verder of minder vergaand bescherming moeten bieden dan voorgeschreven door de MiFID.[243] De MiFID voorziet namelijk in maximumharmonisatie, al zegt noch de MiFID noch de MiFID II iets over de invloed van de MiFID op het civiele (aansprakelijkheids)recht, terwijl harmonisatie van beleggersbescherming wel een kerndoelstelling is.[244]

Busch ziet zijn standpunt bevestigd in de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de zaak Genil/Bankinter.[245] Het gaat in deze uitspraak om een verzoek om nietigverklaring van renteswapcontracten. De betrokken Spaanse banken hebben de, hierna in paragraaf 5.6.3 te bespreken, ken-uw-cliënt regels niet nageleefd. De Spaanse rechter stelt onder meer een prejudiciële vraag over de civielrechtelijke gevolgen van deze schending. Het Hof bepaalt dat het aan de lidstaten zelf is om te bepalen wat de civielrechtelijke gevolgen zijn, maar dat daarbij wel het effectiviteitsbeginsel in acht genomen moet worden.[246] Uit de uitspraak van het Hof volgt, aldus Busch en ook Grundmann, dat de civiele rechter niet soepeler mag zijn dan de bestuursrechter, aangezien dit in strijd zou zijn met het effectiviteitsbeginsel.[247] Of de civiele rechter strenger mag zijn dan de bestuursrechter volgt niet uit de uitspraak van het Hof. Uit de antwoorden van het Hof op prejudiciële vragen

241 Busch 2013a, p. 29.

242 Busch 2013a, p. 29.

243 D. Busch, 'De civiele zorgplicht van banken tegenover professionele beleggers – renteswaps met (semi-)publieke instellingen en het MKB', *Ondernemingsrecht* 2013/33, p. 179. Zie ook Busch 2012, met name p. 70 e.v.

244 Richtlijn 2004/39/EG, *PbEU* L 145, 30 april 2004, p. 1-47 (MiFID), zie overweging 2 en zie European Commission, 20 oktober 2011, (COM 2011) 656 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council(Recast), p. 1.
Zie ook Busch 2015, par. 9.3.

245 HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-604/11, ECLI:EU:C:2013:344, (*Genil 48 SL e.a./Bankinter SA e.a.*).

246 Overweging 57.

247 D. Busch, 'Europees Hof van Justitie spreekt zich uit over het 'civiel effect' van MiFID', *TFR* 2013/6, p. 167; S. Grundman, 'The Bankinter Case on MiFID Regulation and Contract Law', *ERCL* 2013/9, p. 273. Zie ook F.D. Negra, 'The private enforcement of the MiFID conduct of business rules. An Overview of Italian and Spanish Experiences', *ERCL* 2014/10, nr. 4, p. 578-579.

van de Rotterdamse rechtbank in Nationale Nederlanden[248] lijkt, aldus Busch, zelfs te volgen dat het Hof blind is voor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Dit zou leiden tot de conclusie dat de civiele rechter geen strengere zorgplichten mag opleggen dan de normen die voortvloeien uit de MiFID.[249] Wallinga meent daarentegen uit de uitspraak Genil/Bankinter valt af te leiden dat de nationale lidstaten de principiële vrijheid hebben om zelf de privaatrechtelijke consequenties te bepalen van de MiFID en dat de richtlijn niet de reikwijdte van de privaatrechtelijke dimensie omvat.[250] Als de toezichthouder administratieve sancties kan opleggen ex artikel 51 MiFID dan is aan het effectiviteitsbeginsel voldaan, aldus Wallinga.[251]

Op de vraag of op grond van open en/of ongeschreven regels zoals de zorgplicht, de precontractuele goede trouw en de redelijkheid en billijkheid nadere regels gesteld mogen worden, heeft het Hof van Justitie op een prejudiciële vraag van de rechtbank Rotterdam, geantwoord dat het aan de lidstaat is om de rechtsgrondslag van verplichtingen tot het verstrekken van aanvullende informatie te bepalen teneinde zowel een daadwerkelijk begrip door de verzekeringnemer van de belangrijkste kenmerken van de verzekeringsproducten die hem worden aangeboden als een toereikend niveau van rechtszekerheid, te waarborgen.[252] De grondslag van de aanvullende informatie is irrelevant, wel dient voorspelbaar te zijn welke informatie verstrekt dient te worden.

Tegen het één op één overnemen van de publiekrechtelijke regels in civiele rechtspraak kan worden ingebracht dat door het niet blindelings volgen van de publiekrechtelijke regels een onwenselijke privaatrechtelijke uitkomst kan worden voorkomen. Wel kan het niet navolgen van de publiekrechtelijke regels door de civiele rechter de strekking van MiFID I en MiFID II, het bereiken van een hoge graad van harmonisatie, ondermijnen, aldus terecht Cherednychenko.[253]

Omstandigheden van het geval

Of de civiele zorgplicht (in casu waarschuwingsplicht) verder of minder ver gaat dan de publiekrechtelijke zorgplicht is, zoals reeds opgemerkt, erg afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit is goed te zien bij de zaken

248 HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286 (*Nationale Nederlanden Levensverzekeringen Mij*).

249 Busch 2015, p. 217.

250 M. Wallinga, 'Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling: lessen uit Duitsland en Europa, *NTBR* 2014/35, p. 294 e.v. Wallinga wijst ook op een uitspraak van het Duitse BGH. De Duitse rechter overweegt, in het licht van Genil/Bankinter, dat de MiFID slechts de publiekrechtelijke en niet ook de privaatrechtelijke dimensie omvat (BGH 17 september 2013, XI ZR 332/12).

251 Wallinga 2014, p. 295.

252 HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, r.o. 27. Voor de prejudiciële vraag zie Rb. Rotterdam 28 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5159.

253 O.O. Cherednychenko, 'Financial Consumer Protection in the EU: Towards a Self-sufficient European Contract Law for Consumer Financial Services?', *ERCL* 2014/10(4), p. 491.

omtrent de renteswaps. Zo hangt de omvang van de zorgplicht (waarschuwingsplicht) af van de omstandigheden van het specifieke geval, waaronder begrepen de deskundigheid en relevante ervaring van de cliënt, de ingewikkeldheid van het product en de aan het product verbonden risico's.[254] Van een cliënt mag worden gevraagd dat hij omzichtig en oplettend te werk gaat en de aan hem opgestuurde stukken en adviezen zorgvuldig leest. Als er onduidelijkheden zijn dan dient de cliënt de bank om opheldering te vragen. In verschillende gevallen leidt de uitkomst van de vraag of voldoende is geïnformeerd dan ook tot verschillende uitkomsten.[255]

In een enkele zaak wordt een directe koppeling gemaakt tussen informatieplichten uit het civiele recht en de artikelen 4:19 en 4:20 Wft en de invloed van deze artikelen op de civiele informatieplichten. Zo overweegt het hof Den Bosch in de zaak ABN Amro/Westkant dat de publiekrechtelijke zorgplicht (informatieplicht) de privaatrechtelijke zorgplicht (informatieplicht) wel beïnvloedt, maar niet bepaalt. Dat de financiële dienstverlener gehouden kan zijn om een verdergaande zorgplicht (informatieplicht) in acht te nemen dan de publiekrechtelijke zorgplicht, vloeit voort uit de redelijkheid en billijkheid, aldus het hof.[256]

Het hof Den Bosch erkent overigens wel dat de informatie bedoeld in de artikelen 4:19 en 4:20 Wft in gestandaardiseerde vorm verstrekt mag worden. Het hof overweegt dat uit de artikelen 4:20 lid 1 Wft, artikel 80a BGfo (een uitwerking van artikel 4:20 lid 1 Wft) en artikel 19 lid 3 MiFID volgt dat de bank de cliënt voldoende indringend en in niet mis te verstane bewoordingen dient te waarschuwen.[257] Het hof neemt, aldus Van der Wiel en Wijnberg,

254 Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3173, r.o. 4.8. Zie ook Rb. Amsterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2280.

255 Zie bijv. HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191, *JOR* 2015/235, m.nt. C.W.M. Lieverse. De Hoge Raad overweegt dat de zorgplicht kan meebrengen dat de bank de cliënt behoort te waarschuwen voor de risico's van voortzetting van een bepaald beleggingsbeleid en dat de bank er pas op mag vertrouwen dat de cliënt ermee instemt bepaalde risico's te lopen als hij, na hier uitdrukkelijk op te zijn gewezen door de bank, daarmee instemt. Het betreft hier wel een bijzonder feitencomplex. Zie ook Rb. Oost-Brabant 22 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4429; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5414 (de rechtbank gaat in deze zaak zelfs over tot ontbinding van de renteswapovereenkomst) en hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647 (in deze zaak wordt dwaling aangenomen; het betreft ook hier specifieke omstandigheden).

256 Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, *JOR* 2014/168, zie r.o. 4.11.4. Zie ook rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272, r.o. 4.151.

257 Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, *JOR* 2014/168, zie r.o. 4.11.10.

de regels uit de MiFID als minimumnorm.[258] Uit de MiFID volgt immers dat ook in gestandaardiseerde vorm passend gewaarschuwd kan worden.[259]

Mijns inziens kan, op grond van besluit A van het CBb (paragraaf 5.6.2.4, nr. 2), de vraag gesteld worden of ook de *bestuurs*rechter niet een strengere waarschuwingsplicht oplegt dan op grond van de MiFID vereist is. Immers in het besluit A is in het prospectus 'in niet mis te verstane bewoordingen' te vinden dat er risico's kleven aan het financiële product. De formulering 'in niet mis te verstane bewoordingen' lijkt uit het civiele recht te komen, en is strenger dan het begrip 'passend'. Daarnaast is het prospectus een vorm om informatie in gestandaardiseerde vorm te verstrekken. De rechter houdt in beroep wel rekening met de omstandigheden, maar ondanks het (passend) waarschuwen in gestandaardiseerde vorm, is er sprake van een overtreding.

Misleiding

Op grond van de artikelen 4:19 lid 2 en 4:20 Wft dient de verstrekte informatie begrijpelijk te zijn en niet misleidend. Ook hier speelt de vraag of de civiele rechter strenger of minder streng kan zijn dan de bestuursrechter. In het arrest Lehman Brothers van het hof Amsterdam komt de vraag aan de orde of de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken ten aanzien van het begrip essentiële informatie geen andere, strengere eisen stelt dan de artikelen 4:19 en 4:20 Wft en de daarop gebaseerde artikelen 58a lid 3 en 58c lid 1 BGfo.[260] De vraag of brochures een mededeling bevatten die door vorm of inhoud bij degenen tot wie zij zich richten of die zij bereiken een onjuiste verwachting of een onjuiste dan wel onvolledige voorstelling van zaken kan doen ontstaan en dus in een of meer opzichten misleidend is, moet worden beantwoord aan de hand van de vraag of bij een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige oplettende niet-professionele belegger na lezing van de brochures een onjuiste voorstelling van zaken omtrent de werken en de risico's kan zijn ontstaan of onjuiste verwachtingen kunnen zijn gewekt.[261] Het hof beantwoordt de vraag of er sprake is van misleiding aan de hand van de stukken als geheel.

Door de vraag aan de hand van de stukken als geheel te beantwoorden komt een verschil tussen privaatrechtelijke handhaving en bestuursrechtelijke handhaving naar voren. De civiele rechter houdt rekening met de omstandigheden van het geval. Dit in tegenstelling tot hetgeen het CBb overweegt in besluit A (zie paragraaf 5.6.2.4, nr. 2), namelijk dat de reclame-uiting op

258 B.T.M. van der Wiel en I.J.F. Wijnberg in hun noot onder Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, *JOR* 2014/168.

259 Zie ook D. Busch, 'De invloed van MiFID op aansprakelijkheid in de Europese financiële sector', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen en T.M.C. Arons (red.), Aansprakelijkheid in de financiële sector, Deventer: Kluwer 2013, p. 29.

260 Hof Amsterdam 14 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3906, *JOR* 2013/212, m.nt. J.W.P.M. van der Velden, zie r.o. 4.11.

261 Hof Amsterdam 14 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3906, *JOR* 2013/212, m.nt. J.W.P.M. van der Velden, zie r.o. 4.14.

zichzelf aan de eisen van artikel 4:19 lid 2 Wft dient te voldoen. De bestuursrechter had in beroep de boete nog gematigd omdat het door de AFM goedgekeurde prospectus evenwichtige informatie bood. De cliënt had dus goed geïnformeerd kunnen zijn. In de literatuur wordt opgemerkt dat de algemene beschrijving van de aard en risico's van de financiële instrumenten op grond van artt. 4:20 Wft jo. 58c lid 1 BGfo, in tegenstelling tot hetgeen geldt in het civiele recht, niet hoeft te worden afgestemd op de deskundigheid van de individuele consument, maar dient te worden afgestemd op de gemiddelde 'maatman-consument'.[262] In het civiele recht worden de individuele omstandigheden van het geval, waaronder met name de deskundigheid van de cliënt, immers meegewogen.

Op het civiele arrest Lehman Brothers bestaat wel kritiek omdat het moeilijk te rijmen zou zijn met het arrest World Online van de Hoge Raad. In World Online[263] lijkt de Hoge Raad van oordeel dat mededelingen apart getoetst dienen te worden aan de maatstaf van misleiding.[264] Van der Velden meent dat het apart toetsen van de mededelingen ook de maatstaf is van artikel 6:193a e.v. BW. Van der Velden acht de uitspraak van het hof in de Lehman Brothers zaak dan ook moeilijk te rijmen met het uitgangspunt van artikel 6:193a e.v. BW en met de World Online-zaak.

Er wordt, aldus Frieling, in het World Onlinearrest een onderscheid gemaakt naar de vraag of een op zichzelf staande mededeling misleidend is dan wel of de mededeling, in de geplaatste context, de belegger heeft misleid. Bij het laatste gaat het om de beïnvloeding van de beleggingsbeslissing.[265] Bij een abstracte beoordeling speelt de maatmanbelegger een rol, maar bij de individuele beoordeling van de aansprakelijkheid spelen de kennis en ervaring op beleggingsgebied van de individuele belegger een rol. De verschillende (misleidende) mededelingen zullen dan toch zeker in hun context gezien dienen te worden, waarbij de mededelingen niet los van elkaar beoordeeld kunnen worden.

De individuele omstandigheden worden naar mijn mening dan ook in het civiele recht meegewogen bij de beantwoording van de vraag of de belegger in casu misleid is. Dit volgt ook uit het arrest van de Hoge Raad Stichting Misrekening/ING. De A-G meent dat de consument omtrent het beleggings-

262 M. Neering, 'Aansprakelijkheid bij *execution only*, advies en vermogensbeheer', in: D. Busch (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 391.

263 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *JOR* 2010/43, m.nt. K. Frielink, zie r.o. 4.25.1.

264 Hof Amsterdam 14 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3906, *JOR* 2013/212, m.nt. J.W.P.M. van der Velden, punt 6.

265 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *JOR* 2010/43, m.nt. K. Frielink, zie r.o. 4.10.4 en K. Frielink in zijn noot onder dit arrest, punt 8.

product uit meer bronnen informatie had kunnen halen dan alleen uit de folder met de gewraakte uitingen.[266]

Overduidelijke reclame-uitingen, met uitdrukkingen als '100% kapitaalsgarantie' en 'gegarandeerd uw inleg terug', zijn bezien in het licht van brochures niet misleidend als het voor de niet-professionele belegger duidelijk is geweest dat en welke risico's er waren.[267]

De wettelijke informatieplicht op grond van artikel 4:20 Wft verschilt dan ook op dit punt van de civielrechtelijke informatieplicht. Deze civielrechtelijke informatieplicht houdt immers rekening met de individuele omstandigheden van het geval.

5.6.2.6 Afronding

Waarschuwen en informeren van niet-professionele beleggers op grond van de Wft in een gestandaardiseerde waarschuwing, zoals toegestaan op grond van de wet, is niet zonder meer voldoende om een boete van de AFM te ontlopen. Op grond van de MiFID mag een beleggingsinstelling de belegger in gestandaardiseerde vorm 'passend' waarschuwen. Uit de besproken besluiten volgt echter dat het voor de niet-professionele belegger duidelijk dient te zijn welk product wordt afgenomen en met wie de overeenkomst wordt gesloten. Standaardexoneraties voldoen niet zomaar, zoals volgt uit het besluit A.[268] Bovendien is in het besluit A sprake van een door de AFM goedgekeurde prospectus waarin de risico's worden omschreven met de term 'in niet mis te verstane bewoordingen'.[269] De formulering 'in niet mis te verstane bewoordingen' in relatie tot de waarschuwingsplicht is terug te vinden in het arrest van de Hoge Raad inzake Fortis/Bourgonje (civiel recht). De kritiek op dit arrest is dat de civiele rechter daarmee strenger is dan op grond van de MiFID vereist is.[270] Zoals hiervoor aangegeven lijkt naar mijn mening hetzelfde te gelden voor de AFM en de bestuursrechter.

Mocht dit zo zijn, dan stemt de benadering van de AFM en de bestuursrechter overeen met het civiele recht. De AFM en de bestuursrechter achten het waarschuwen 'in niet mis te verstane bewoordingen' de norm. Het waarschuwen 'in niet mis te verstane bewoordingen' is een term die zwaarder is dan 'passend'. Het prospectus lijkt mij juist de manier bij uitstek om in gestandaardiseerde vorm te waarschuwen. Dit levert de interessante conclusie op dat ook de AFM een verdergaande bescherming dan de MiFID lijkt voor te staan.

---

266 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1191; conclusie Wissink 20 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:314 (*Stichting Misrekening/ING*).

267 Rb. Amsterdam 2 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP6838; hof Amsterdam 26 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5509, *JOR* 2013/173, m.nt. B.P.M. van Ravels.

268 Zie par. 5.6.2.4, nr. 2.

269 Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9417, *JOR* 2013/74, m.nt. J.A. Voerman, r.o. 6.

270 Busch 2012, p. 71-72.

Hiermee komt de maximumharmonisatie van de regelgeving onder druk te staan.

Ondanks de genoemde overeenkomsten lopen de uitspraken van de civiele rechter enerzijds en de AFM en de bestuursrechter anderzijds in de zaak SNS wel uiteen.[271] De civiele rechter heeft in tegenstelling tot de AFM wel oog voor gevallen waarin reeds door een externe adviseur is geadviseerd. Deze omstandigheid wordt immers wel meegewogen door de civiele rechter. Ook overweegt de civiele rechter dat tussen betrokken beleggers, bijvoorbeeld in geval van *execution only*-diensten, afspraken kunnen worden gemaakt over wie de consumenten informeert. Dit, terwijl de bestuursrechter juist oordeelt dat de vraag of de niet-professionele belegger reeds is geadviseerd door bijvoorbeeld de externe adviseur, alleen gevolgen heeft voor de beoordeling van de ernst van de overtreding.

De redelijkheid en billijkheid speelt binnen het civiele recht een grote rol, waardoor alle relevante omstandigheden worden meegenomen. Bij de bestuursrechtelijke handhaving lijkt het meewegen van de omstandigheden slechts te kunnen resulteren in het eventueel matigen van de boete, maar er blijft wel sprake van een overtreding.[272] Hier wordt duidelijk dat de waarschuwingsplicht in bestuursrechtelijke zin niet geïnterpreteerd kan worden vanuit het kader van de redelijkheid en billijkheid. De waarschuwingsplicht is uit de privaatrechtelijke context gehaald en dit kan tot de situatie leiden dat er bestuursrechtelijk wel sprake is van een overtreding, terwijl privaatrechtelijk, op grond van de redelijkheid en billijkheid, geen sanctie toegepast zou worden.[273]

De norm uit artikel 4:19 Wft is open geformuleerd. Het spanningsveld tussen artikel 7 EVRM en open normen blijft actueel bij de invulling van de verschillende waarschuwingsplichten. In het Dela-besluit wordt het verschil tussen civielrechtelijke handhaving en bestuursrechtelijke handhaving duidelijk.[274] Deze uitspraak illustreert dat bij bestuursrechtelijke handhaving het gedrag van de overtreder wordt bestraft, zonder dat de benadeling van de consument daarbij direct van belang is. Bij civiele handhaving staan daarentegen het gedrag en de benadeling van de (individuele) consument centraal.

271 Zie par. 5.6.2.4, nr. 4.
272 zie besluit A, par. 5.6.2.4, nr. 2.
273 Zie ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 64.
274 Zie par. 5.6.2.4, nr. 3.

5.6.3 Bijzondere zorgplicht

5.6.3.1 Inleiding

In de Wft zijn verschillende zorgplichten te vinden. Het enkel voorzien van informatie wordt onvoldoende geacht om consumenten te beschermen tegen irrationeel handelen met betrekking tot complexe financiële producten.[275] De term zorgplichten lijkt in de rechtspraktijk bij voorkeur te worden gebruikt indien men zich niet wil vastleggen op een contractuele dan wel delictuele grondslag voor toe- of afwijzing van de vordering.[276] Tjong Tjin Tai heeft de zorgplicht gedefinieerd als 'een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object'.[277] Veel zorgplichten in de jurisprudentie zijn aanvaard op het grensvlak van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.[278]

Zorgplicht heeft te maken met 'zorgen' en krijgt daardoor een ethisch karakter. Zorgen houdt in het toezien en moeite doen dat iets geschiedt of onderhouden wordt. Informeren is het zichzelf of een ander verschaffen van kennis.[279] Toch worden, zoals in paragraaf 5.6.2.1 beschreven, deze termen ook wel door elkaar gebruikt en vallen informatieplichten onder het bredere begrip zorgplichten.

De zorgplichten die in deze paragraaf worden besproken leggen, in een aantal gevallen, op financiële ondernemingen de plicht om de belangen van de consument te behartigen. De 'bijzondere zorgplicht' verplicht de financiële instelling als bij uitstek professioneel en deskundig om de particuliere, niet-professionele cliënt in meer of mindere mate bescherming te bieden tegen zichzelf.[280] Deze bijzondere zorgplicht kan er toe leiden dat de bank verplicht is verder te gaan dan het informeren en waarschuwen van (potentiële) cliënten in de zin dat ook onderzoek gedaan dient te worden naar de individuele behoefte, kennis en wensen van de individuele cliënt. De reikwijdte is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.[281] De bijzondere zorgplicht speelt zowel een rol in de precontractuele fase als in de contractuele fase.

Het is goed om in gedachten te houden dat er onderscheid valt te maken in drie zogenoemde 'service levels' bij beleggingsdiensten. Het betreft: *execution only*, advies en vermogensbeheer.[282]

---

275 Scheltema & Scheltema 2009, p. 96.
276 Jansen 2012, p. 21.
277 Tjong Tjin Tai 2006, p. 97.
278 Jansen 2012, p. 21.
279 Rinkes 2007, p. 231.
280 HR 23 mei 1997, *NJ* 1998/192, r.o. 3.3.
281 Scheltema & Scheltema 2009, p. 96 en ook Wallinga 2016, par. 2.
282 Neering 2013, p. 373 e.v. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 (*Levob*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184 (*GeSP/Aegon*).

* *Execution only* houdt in dat de cliënt zelfstandig beslist over zijn beleggingsbeslissingen. De beleggingsonderneming voert slechts de orders van de cliënt uit. Er rusten minder verantwoordelijkheden op de beleggingsonderneming en artikel 4:23 Wft geldt dan ook alleen voor vermogensbeheer en advies en niet voor *execution only*. Dit betekent dat er geen onderzoek gedaan hoeft te worden naar de risicobereidheid en de doelstellingen van de cliënt. Mocht de cliënt niet meer aan zijn verplichtingen kunnen voldoen, dan dient de beleggingsonderneming erop toe te zien dat de cliënt zekerheden stelt of de posities sluit (artikel 86 lid 2 BGfo).

In adviesrelaties verstrekt de beleggingsonderneming, op verzoek van de cliënt of ongevraagd, adviezen aan de cliënt over aan- en verkoop van bepaalde financiële instrumenten. De cliënt kan vervolgens zelf beslissen of hij de adviezen opvolgt. Er bestaat geen verplichting om ongevraagd adviezen te verstrekken. Hier lijkt wel een verschil te bestaan met het arrest Fortis/Bourgonje[283] waarin de Hoge Raad wel een adviesplicht, om het aandelenpakket zo snel mogelijk te verkopen, lijkt aan te nemen. In de effectenleasezaken neemt de Hoge Raad aan dat de zorgplicht er zelfs toe kan strekken dat het advies inhoudt om te adviseren van de overeenkomst af te zien.[284] Deze adviesplicht lijkt dan ook verder te kunnen reiken dan de bestuursrechtelijke adviesplicht. De eis van artikel 4:23 Wft bevat geen verplichting tot advisering.

Bij vermogensbeheer is de beleggingsonderneming bevoegd zelfstandig en naar eigen inzicht beleggingsbeslissingen te nemen en uit te voeren voor rekening van de cliënt. Er is per transactie geen aparte toestemming meer nodig van de cliënt. Het gaat om het beheren van individueel vermogen.

5.6.3.2 Privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht

De algemene privaatrechtelijke zorgplicht met betrekking tot de overeenkomst van opdracht kan worden gevonden in artikel 7:401 BW. In dit artikel is bepaald dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht zal nemen. De opdrachtnemer dient hierbij te handelen als een redelijk bekwaam en redelijk handelende vakgenoot.[285]

Op grond van vaste rechtspraak, door de Hoge Raad in Rabobank/Van der Steeg c.s.[286] kort opgesomd, heeft de bank als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener een bijzondere zorgplicht bij beleggingsadviesrelaties met de particuliere belegger.[287] Deze bijzondere zorgplicht houdt onder meer in dat de bank vooraf onderzoek doet naar de financiële mogelijkheden,

283 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/ 251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; *JOR* 2011/ 54, m.nt. Pijls.
284 Zie ook Neering 2013, p. 376.
285 *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2014, nr. 200.
286 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, m.nt. Jac. Hijma, r.o. 4.3.1.
287 Deze lijn is ook bevestigd in HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3229, *NJ* 2015/456.

deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en dat de bank de cliënt dient te waarschuwen voor mogelijke risico's die aan een voorgenomen of toegepaste beleggingsstrategie zijn verbonden. Daarnaast waarschuwt de bank de cliënt ook als de toegepaste of voorgenomen beleggingsstrategie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Deze plicht strekt mede ter bescherming van het mogelijke gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid bij cliënt.[288]

Dit betekent niet dat er geen enkele verantwoordelijkheid bij de cliënt ligt. Er wordt uitgegaan van een zogenoemde maatman-consument: van een gemiddeld geïnformeerde, gewone consument mag in ieder geval worden verwacht dat hij weet dat effecten niet alleen in waarde kunnen stijgen, maar ook in waarde kunnen dalen, en van een omzichtige en oplettende consument mag worden verwacht dat hij zich vooraf redelijke inspanningen getroost om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico's te doorgronden en dat hij de in de brochures opgenomen aanprijzingen, lofuitingen en voorbeelden met prudentie beschouwt.[289] Ook contractuele factoren kunnen van invloed zijn op de zorgplicht. Zo kan, in algemeen civielrechtelijke zin, een beperkte vergoeding een reden zijn dat er slechts naar enkele aspecten van de zaak wordt gekeken en geen volledige beoordeling wordt gegeven.[290] De vraag is in hoeverre dit geldt voor financiële producten, al zou dit wel een rol kunnen spelen bij *execution only* dienstverlening. Aanvullende verplichtingen kunnen ook worden afgeleid uit de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW en artikel 6:2 BW.[291] Dit volgt uit onder meer uit de arresten Dexia,[292] Levob[293] en Aegon.[294]

5.6.3.3 Privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht jegens cliënten en potentiële cliënten

Uit vaste jurisprudentie volgt dat financiële dienstverleners een bijzondere zorgplicht hebben ten opzichte van consumenten.[295] Een van de eerste arresten waarin de bijzondere zorgplicht wordt aangenomen is Dinkgreve/ING.[296] De invulling van de zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het

288 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, m.nt. Jac. Hijma, r.o. 4.3.1.

289 R. Stijnen, 'De zorgplicht van artikel 4:23 Wft: geschikte financiële dienstverlening door financiële ondernemingen', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 36. Zie ook Jansen 2012, p. 503.

290 *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2014/98. Zie ook HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1558, *NJ* 2006/245 en HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1090, *RvdW* 2011/1069.

291 *Asser/Tjong Tjin Tai* 7-IV 2014/99.

292 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*).

293 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 (*Bolle/Levob*).

294 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/200, m.nt. C.W.M. Lieverse (*GeSP/Aegon*).

295 Het voert te ver om hier al deze jurisprudentie uiteen te zetten. Zie voor een goed overzicht Jansen 2012, p. 512-527. Zie ook Caria 2014, p. 44 e.v.

296 HR 24 januari 1997, *NJ* 1997/260, r.o. 3.2.

geval.[297] De bijzondere zorgplicht op het terrein van de optiehandel en effectenlease is door de Hoge Raad uitgewerkt in verschillende arresten. Bij de optiehandel is het arrest Van Zuylen/Rabobank een bekend voorbeeld.[298] Dit arrest ziet op de contractuele zorgplicht. De beleggingsinstelling dient niet zomaar mee te gaan met de wensen van de cliënt.[299] Waarschuwen is niet genoeg, de beleggingsinstelling moet in bepaalde gevallen zelfs weigeren een overeenkomst aan te gaan.[300]

In de bekende effectenlease-arresten Bolle/Levob,[301] Dexia/De Treek[302] en GeSp/Aegon[303] wordt aangenomen dat de bijzondere zorgplicht ook geldt in de precontractuele fase. In deze arresten heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag hoe de zorgplicht dient te worden ingevuld met betrekking tot het aangaan van effectenovereenkomsten. In deze arresten is een verdergaande waarschuwingsplicht en een verdergaande onderzoeksplicht aangenomen voor effectenaanbieders. De verdergaande waarschuwingsplicht houdt in dat de dienstverlener de potentiële cliënt dient te wijzen op de risico's van het beleggingsproduct. Zo overweegt de Hoge Raad onder meer in GeSP/Aegon[304] dat op Aegon als professionele dienstverlener een bijzondere zorgplicht rust, die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze zorgplicht vloeit voort uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid. De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij relevant zijn de deskundigheid en ervaring van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's en de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling is gehouden met inbegrip van de gedragsregels.[305]

In De Treek/Dexia en Levob/Bolle oordeelt de Hoge Raad in gelijke bewoordingen over de vraag of er een verdergaande waarschuwingsplicht is en hoe deze ingevuld dient te worden.

---

297 HR 9 januari 1998, *NJ* 1999/285 (*MeesPierson/Ten Bos* c.s.), r.o. 362; HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje* c.s), r.o. 3.4. Zie ook Jansen 2012, p. 512.

298 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, *NJ* 2005/103 (*Van Zuylen/Rabobank*).

299 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, *NJ* 2005/103 (*Van Zuylen/Rabobank*). Zie ook HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/660, m.nt. C.J. van Zeben (*Van de Klundert/Rabobank*).

300 Zie ook W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger, *NTBR* 2003/10, p. 560.

301 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 (*Levob*).

302 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*).

303 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/200, m.nt. C.W.M. Lieverse (*GeSP/Aegon*).

304 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/200, m.nt. C.W.M. Lieverse (*GeSP/Aegon*).

305 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/200, m.nt. C.W.M. Lieverse (*GeSP/Aegon*), r.o. 4.6.2.

De civiele rechter neemt niet de *execution only*-relatie als oriëntatiepunt om uitwerking te geven aan die bijzondere zorgplicht.[306] In de procedures wordt betoogd door de aanbieders dat het aanbieden van gestandaardiseerde producten vergelijkbaar is met de zogenaamde '*execution only*' relatie waar minder vergaande zorgplichten zouden gelden.[307] Dit standpunt wordt verworpen.

Naast de verdergaande waarschuwingsplicht heeft de beleggingsinstelling ook een verdergaande onderzoeksplicht. Deze onderzoeksplicht ziet op de vraag in hoeverre de uit de overeenkomst voorvloeiende verplichtingen naar redelijke verwachtingen kunnen worden gedragen door de afnemers. Zo overweegt de Hoge Raad in GeSP/Aegon dat naast de verdergaande waarschuwingsplicht voor het bijzondere risico van de restschuld Aegon inlichtingen diende in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de deelnemers. Hieraan doet, aldus de Hoge Raad, niet af, dat de aan de 'Sprintplan'-overeenkomsten verbonden financiële risico's beperkter zouden zijn dan bij andere effectenlease-overeenkomsten, waar de op Aegon rustende bijzondere zorgplicht ertoe strekt de particuliere deelnemer te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.[308] Mocht blijken dat een particuliere deelnemer dit risico niet kan dragen, dan dient de instelling het product te ontraden.[309] Deze verplichting gaat echter niet zo ver dat de effecteninstelling het aangaan van de overeenkomst dient te weigeren.[310]

Kort gezegd houdt de bijzondere zorgplicht derhalve enerzijds een waarschuwingsplicht omtrent het restschuldrisico in en anderzijds een onderzoeks- en adviseringsplicht aangaande de inkomens- en vermogenspositie van beleggers.[311] Deze bijzondere zorgplicht beoogt meer dan informeren en reikt, zoals in de volgende paragraaf zal blijken, verder dan de mededelingsplicht uit hoofde van dwaling ex artikel 6:228 lid 1 sub b BW.

5.6.3.4 Dwaling

De Hoge Raad oordeelt in de arresten Dexia en Levob dat geen sprake is van schending van een mededelingsplicht in de zin van artikel 6:228 BW (dwaling).[312] De waarschuwingsplicht is kennelijk wel geschonden, maar er bestaat

306 Stijnen 2011, p. 37.
307 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.11.5.
308 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/200, m.nt. C.W.M. Lieverse (*GeSP/Aegon*), r.o. 4.6.8.
309 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*), r.o. 5.1.
310 Zie bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 (*Levob),* r.o. 4.7.2.
311 Jansen 2012, p. 517-518.
312 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.4.5.

geen mededelingsplicht in de zin van artikel 6:228 BW.[313] Over deze scheiding tussen de precontractuele mededelingsplicht en de uit de bijzondere zorgplicht voorvloeiende waarschuwings- en onderzoeksplicht is in de literatuur het nodige geschreven.[314] Er is, volgens de Hoge Raad, sprake van een schending van de precontractuele waarschuwingsplicht omtrent het restschuldrisico, maar het beroep op dwaling vanwege schending van de mededelingsplicht ex artikel 6:228 lid 1 sub b BW wordt verworpen. De Hoge Raad overweegt daarover dat 'op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's, waaronder het restschuldrisico, redelijkerwijze te voorkomen.'[315] De aanbieders hebben de mededelingsplicht daarom niet geschonden. De aanbieders hebben voldoende informatie verstrekt op grond waarvan de afnemers een beeld konden krijgen van de eigenschappen van het product. Toch rust op de aanbieder, zoals hierboven reeds genoemd, een bijzondere zorgplicht die inhoudt dat de aanbieder de afnemer beschermt tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaring, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's en de regelgeving tot nakoming van de zorgplicht, waaronder de gedragsregels. In niet mis te verstane bewoordingen had Bolle door Levob gewaarschuwd moeten worden voor het risico dat aan het einde van de looptijd van de overeenkomst nog een schuld zou resteren.[316] Daarnaast had onderzoek gedaan moeten worden naar de inkomenspositie van Bolle, onder meer naar de vraag of hij bij een restschuld aan de betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen. De bijzondere zorgplicht reikt dan ook verder dan de algemene mededelingsplicht bij dwaling.[317] Kortom, de Hoge Raad oordeelt dat er geen sprake is van dwaling en dat de overeenkomst niet op die grond vernietigd kan worden. Dat de mededelingsplicht op grond van het 'ken-uw-cliënt'- beginsel wel geschonden is, brengt in deze zaak geen dwaling in de zin van artikel 6:228 BW mee.

Dit roept de vraag op wat nu het verschil is tussen de mededelingsplicht in de zin van dwaling en de waarschuwingsplicht bij de bijzondere zorgplicht. Castermans en Den Hollander merken op dat er wel verschillen zijn tussen de onderzoeksplicht c.q. mededelingsplicht van de aanbieder bij dwaling en de onderzoeksplicht c.q. waarschuwingsplicht op grond van het 'ken-uw-cliënt'-beginsel. Bij dwaling is het onderzoek gericht op de kennis van de

313 S.B. van Baalen, 'Drie recente effectenleasearresten van de Hoge Raad', *Ondernemingsrecht* 2009/176, nr. 4, p. 757. Zie ook A.G. Castermans & W.P. den Hollander, 'Dwaling tussen privaat- en publiekrecht', *WPNR* 2012/6940 p. 563.

314 Onder meer: Castermans & Den Hollander 2012, p. 563, Van Baalen 2009, 176, nr. 4, Jansen 2012, p. 518-519.

315 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia)*, r.o. 4.4.5,

316 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 (*Bolle/Levob)*, r.o. 4.5.5.

317 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia)*, r.o. 4.4.5.

dwalende en op wat de dwalende subjectief beweegt. Bij het 'ken-uw-cliënt'-beginsel staat de vraag centraal of de transactie voor de cliënt objectief gezien verantwoord is.[318] Toch vervaagt dit verschil bij de invulling van de verschillende onderzoeksplichten.

Ook Van Boom en Lindenbergh merken op dat aan de ene kant het verschil flinterdun lijkt te zijn maar aan de andere kant is het resultaat dan wel het uitgangspunt fundamenteel.[319] Het gaat in beide gevallen om het verstrekken en inwinnen van informatie om de koper te beschermen. Het rechtsgevolg van de schending van de mededelingsplicht maakt de overeenkomst echter vernietigbaar (artikel 6:228 BW). De overeenkomst dient volledig te worden teruggedraaid. De schending van de waarschuwingsplicht brengt alleen het recht op schadevergoeding met zich mee. Op grond van artikel 6:101 BW kan daarbij rekening worden gehouden met eigen schuld.[320] In de literatuur wordt opgemerkt dat het onderscheid mogelijk is ingegeven door het gewenste resultaat.[321] Bij vernietiging zouden alle lasten voor rekening komen van de aanbieder en de onvoorzichtige cliënt zou vrijuit gaan.[322] Er wordt voor gepleit dat, net als bij gedeeltelijke ontbinding, (partiële) nietigheid en aanpassing van de overeenkomst meer toepassing moeten kunnen vinden.[323] Partiële nietigheid zal echter niet eenvoudig te realiseren zijn, immers welk gedeelte van de aandelentransactie wordt vernietigd en welk gedeelte niet? Eventueel zou aansluiting kunnen worden gezocht bij artikel 6:278 BW (wijziging van de waardeverhouding) of artikel 6:248 lid 2 BW (redelijkheid en billijkheid).[324]

Op grond van artikel 1:88 jo 1:89 BW (het instemmingsvereiste van de partner) zijn effectenleasetransacties overigens wel vernietigd. De angst voor de gevolgen van vernietiging als argument houdt dan ook geen stand.[325] In dit kader is door Dexia in de zaak Dexia/Van Tuijl artikel 6:278 BW naar voren gebracht.[326] De Hoge Raad heeft het beroep op dit artikel echter verworpen. Hijma kan in zijn noot onder het arrest, ondanks de nodige hobbels, echter wel sympathie opbrengen voor een beroep op artikel 6:278 BW.[327] Als

318 Castermans & Den Hollander 2012, p. 567. Zie ook Jansen 2012, p. 519.

319 W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *AA* 2010/3, p. 194.

320 In een uitspraak van de rechtbank Zeeland-West Brabant oordeelt de rechtbank overigens dat de Rabobank weliswaar voldoende heeft geïnformeerd over de werking van de renteswaps en er dus geen sprake is van dwaling, maar dat dit niet wegneemt de Rabobank is tekortgeschoten in de nakoming van de verbintenissen die voorvloeien uit de bijzondere zorgplicht. Op grond van deze tekortkoming kon de overeenkomst buitengerechtelijk worden ontbonden. Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415.

321 Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 194; Van Baalen 2009, 176, nr. 4; Jansen 2012, p. 519.

322 Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 194.

323 Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 195; Castermans & Den Hollander 2012, par. 6.

324 Zie voor nadere uitwerking hiervan Van Boom & Lindenbergh 2010, p. 195.

325 Jansen 2012, p. 520.

326 HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, *NJ* 2009/578, m.nt. Jac. Hijma.

327 HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, *NJ* 2009/578, m.nt. Jac. Hijma.

de beurskoersen niet zo sterk waren gedaald dan was een vernietiging op grond van artikel 1:88 jo 1:89 BW zeer waarschijnlijk uitgebleven. Nu dit niet het geval is wordt het 'partner-artikel' ontdekt en gebruikt, terwijl de instemming van de partner vóór de koersdaling waarschijnlijk geen probleem zal zijn geweest.[328]

De Hoge Raad lijkt de afweging van de belangen, waaronder ook de eigen verantwoordelijkheid van beleggers, achteraf tot uitdrukking te willen laten komen in de, hierna te bespreken, eigen schuld ex artikel 6:101 BW.[329] Het betreft wellicht een rechtspolitieke keuze omdat de gevolgen van vernietiging te onoverzichtelijk worden geacht en te veel impact op de stabiliteit van de markt zouden hebben.[330]

5.6.3.5 Eigen schuld

In De Treek/Dexia en Levob speelt de eigen schuld van de belegger een rol. De belegger wist of moest weten dat er sprake was van beleggen met geleend geld dat terugbetaald diende te worden ongeacht de waarde van de effecten bij aflossing. Een deel van de schade komt daarom voor rekening van de belegger. Immers van een maatmanbelegger mag worden verwacht dat hij zich voor het aangaan van die overeenkomst redelijke inspanningen getroost om de betekenis van hetgeen in de overeenkomst is bepaald te doorgronden en de voor hem uit de overeenkomst volgende verplichtingen en risico's te begrijpen. Uit de desbetreffende overeenkomst was voldoende kenbaar dat het een lening betrof (in casu van € 90.000), dat er aan die lening aflossingsverplichtingen zaten en dat sprake was van een belegging in effecten met geleend geld waaraan risico's verbonden zijn.[331] Jansen merkt naar aanleiding van het arrest van het hof Amsterdam in de Defam effectenlease zaak[332] op dat de indruk gerechtvaardigd lijkt dat 'het aanbieden van een effectenleaseproduct als zodanig reeds kwalificeert als schending van de bijzondere zorgplicht, en dat de eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument hier enkel achteraf kan worden verdisconteerd, in het kader van de eigen schuld'.[333] Het hof achtte de mededeling in de brochure dat een eventueel tekort aangezuiverd diende te worden, geen waarschuwing in niet mis te verstane bewoor-

328 HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, *NJ* 2009/578, m.nt. Jac. Hijma, punt 13.
329 Jansen 2012, p. 510.
330 In dit kader wijs ik op een artikel van T.M.C. Arons, 'Van financiële massaproducten en (massa) vernietigingssancties. Vernietiging van overeenkomsten wegens oneerlijke handelspraktijk. Nederlandse toevoeging aan de consumentenrichtlijn', *Ondernemingsrecht 2015/104*, p. 526- 534. Arons wijst erop dat via art. 6:193j lid 3 BW vernietiging in geval van oneerlijke handelspraktijken wel mogelijk is. Dit betekent een doorkruising van art. 1:23 Wft.
331 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Bolle/Levob Bank*), *NJ* 2012/ 183, *RF* 2009/64, r.o. 4.9.2.
332 Hof Amsterdam 14 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ2973.
333 Jansen 2012, p. 522.

dingen. Wel neemt het hof 40% eigen schuld van de belegger aan, omdat uit de brochure 'voldoende kenbaar was dat het geleende geld terug betaald diende te worden ongeacht de waarde van de aandelen op het tijdstip van verkoop'.[334]

5.6.3.6 Zorgplicht jegens derden

Ook ten opzichte van derden die niet direct voornemens zijn cliënt te worden van de bank, heeft de bank soms een zorgplicht. Dit volgt uit het arrest Safe Haven.[335] Onzorgvuldig handelen van de bank houdt in dit arrest in dat zij vanaf het moment dat zij zich realiseert dat mogelijk in strijd met de Wte (1995) wordt gehandeld, namelijk door het niet hebben van een vergunning, de bank niets heeft gedaan om zich daaromtrent zekerheid te verschaffen, welke zekerheid zij zich door onderzoek had kunnen verschaffen.[336] Het wordt de bank verweten dat zij geen onderzoek heeft ingesteld naar de vergunningsplicht van Safe Haven (cliënt) op het moment dat de bank zich realiseerde dat er mogelijk strijd was met Wte (1995).[337]

De zorgplicht van de bank gaat in zijn algemeenheid echter niet zo ver dat een bank onderzoek moet doen naar de vraag of door haar gefinancierde bedrijven jegens haar onrechtmatig handelen.[338] Evenmin hoeft de bank hangende een onderzoek naar de rechtmatigheid van beleggingsactiviteiten van een van haar klanten en voordat zij weet of had moeten weten dat die activiteiten onrechtmatig zijn, haar relatie met die klant te beëindigen of derden tegen die klant te waarschuwen. Hiermee komen immers de belangen van haar eigen klant in het geding en deze belangen dient de bank in het kader van haar eigen contractuele relatie met die klant voorop te stellen.[339]

Uit de door de Hoge Raad geformuleerde zorgplicht in Safe Haven:

> 'De zorgplicht van een bank strekt zich (…) uit tot derden met wier belangen zij rekening behoort te houden',

volgt, aldus de rechtbank Rotterdam, de verplichting dat de bank rekening dient te houden met de belangen van derden die betrokken zijn bij het handelen van de bank dat in het desbetreffende geval aan de orde is. Derden die niet voldoende betrokken zijn, handelen in feite los van de bank.[340] Het is daarmee wel onduidelijk waar de grens tussen hen die wel en hen die niet

334 Hof Amsterdam 14 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ2973, r.o. 3.20.
335 HR 23 december 2005, *NJ* 2006/289.
336 HR 23 december 2005, *NJ* 2006/289, r.o. 6.3.4.
337 J.C.A.T. Frima, 'De civiele zorgplicht van de bank jegens derden', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 47.
338 Rb. Arnhem 10 september 2008, *RF* 2009/10 (*Arcantis/Rabobank),* zie r.o. 4.9.
339 Rb. Arnhem 10 september 2008, RF 2009/10 (*Arcantis/Rabobank*), zie r.o. 4.10.
340 Rb. Rotterdam 13 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR1592 (Van den Berg), r.o. 4.12.

gewaarschuwd dienen te worden, precies ligt.[341] In Safe Haven heeft de bank pas een onderzoeksplicht nadat de bank zich realiseert dat Safe Haven mogelijk vergunningsplichtig is. Er bestond geen actieve onderzoeksplicht.[342]

De ene derde is echter niet de andere derde. Uit het arrest Renzenbrink/Van Lanschot[343] volgt, in het kader van de zorgplicht ten opzichte van derden, dat de bank niet aansprakelijk is voor vermogensbeheer gevoerd door een derde. In Renzenbrink/Van Lanschot heeft de bank slechts een doorgeefluik-functie. De bank werd ingeschakeld omdat de vermogensbeheerder Xernthe nog geen vergunning had om activiteiten als vermogensbeheerder te verrichten. De bank had Renzenbrink niet aangebracht bij de vermogensbeheerder. Daarom heeft Van Lanschot de zorgplicht van artikel 25, sub c Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1995, niet geschonden.[344] In de noot wordt opgemerkt dat er gezien het feit dat de derden ook zelf cliënt zijn van de bank, mogelijk sneller sprake is van aansprakelijkheid dan bij het arrest Safe Haven. Er wordt immers tijdelijk zonder vergunning gehandeld door de derde en de bank wordt ingeschakeld om dit gat op te vullen.[345]

5.6.3.7 Zorgplichten in de Wft

Zoals beschreven in paragraaf 5.3.3, is in de artikelen 4:23 en 4:24 Wft het '*ken-uw-cliënt*-beginsel' terug te vinden. Artikel 4:23 Wft ziet op het verlenen van de diensten beleggingsadvies en vermogensbeheer. Artikel 4:24 Wft ziet op het verlenen van beleggingsdiensten behalve de diensten beleggingsadvies en vermogensbeheer.[346] In artikel 4:24a Wft is de algemene zorgplicht neergelegd. Ook zijn er specifieke zorgplichten zoals artikel 14 Wta voor accountants en behelst artikel 4:90 Wft een algemene zorgplicht voor beleggers. De verplichtingen die voor beleggingsondernemingen voortvloeien uit de artikelen 4:20, 4:23 en 4:24 Wft kunnen worden gelezen als een uitwerking van deze algemene zorgvuldigheidsnorm van 4:90 Wft.[347] Artikel 4:34 lid 1 Wft is een variant op het '*ken-uw-cliënt*-beginsel'. Artikel 4:34 Wft ziet op het aanbieden van hypothecair zowel als consumptief krediet. Het betreft hier het voorkomen van overkreditering.[348] Op grond van het tweede lid mag geen krediet wor-

341 I.S.J. Houben, 'Zorgplicht bank jegens derden', *MvV* 2006/5.1, p. 88 en A.J.C.M. Meijs, 'Bank, zorgplicht en derden: enkele lessen voor de bancaire praktijk', *MvV* 2013/12.3, p. 352.
342 HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, *NJ* 2006/289 (*Safe Haven),* zie r.o. 6.3.4. Zie ook Frima 2011, p. 59.
343 HR 24 november 2006, *RF* 2007/2 (*Renzenbrink/Van Lanschot*).
344 HR 24 november 2006, *RF* 2007/2 (*Renzenbrink/Van Lanschot*).
345 HR 24 november 2006, *RF* 2007/2 (*Renzenbrink/Van Lanschot*), met wenk.
346 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 123-125.
347 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 133.
348 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 524.

den verleend aan consumenten als dit met het oog op overkreditering van de consument onverantwoord is.[349]

Met betrekking tot de optiehandel geldt, op grond van civielrechtelijke jurisprudentie, een weigeringsplicht.[350] Volgens deze rechtspraak heeft de financiële onderneming, gezien de grote financiële risico's bij optiehandel, een bijzondere zorgplicht ten opzichte van de niet-professionele cliënt.[351] Cherednychenko merkt op dat artikel 85 BGfo een bestuursrechtelijke pendant is van het contracteerverbod. In artikel 85 BGfo is bepaald dat een beleggingsonderneming geen transacties mag verrichten voor de niet-professionele belegger als het aanwezige saldo ontoereikend is om de uit de transacties voortvloeiende verplichtingen te voldoen.[352] Dit verbod heeft echter een bredere strekking dat alleen de optiehandel.[353]

5.6.3.8 Vervolg zorgplichten in de Wft: besluiten AFM op grond van artikel 4:23 Wft

In artikel 4:23 Wft is bepaald dat een financiële onderneming die een consument of, ingeval het een financieel instrument of verzekering betreft, een cliënt adviseert of een individueel vermogen beheert, informatie inwint over diens financiële positie, kennis ervaring, doelstellingen en risicobereidheid (sub a). Het advies of de wijze van beheer van het vermogen wordt door de instelling gebaseerd op de ingewonnen informatie als bedoeld in sub a (sub b).

(1) O&B

Casus. O&B adviseert omtrent beleggingsverzekeringen. De AFM heeft onderzoek gedaan naar de wijze waarop O&B adviseert en in hoeverre voldoende relevante informatie wordt ingewonnen conform artikel 4:23 lid 1 sub a en b Wft. In 13 dossiers heeft O&B onvoldoende informatie ingewonnen over de doelstelling, kennis, ervaring, risicobereidheid en financiële positie van cliënten. In 12 van de 13 dossiers is niet aannemelijk gemaakt met welke gegevens het geprognosticeerde nettorendement is berekend. Hierdoor heeft O&B deze cliënten een te hoog nettorendement voorgespiegeld en heeft O&B haar cliënten niet correcte en misleidende informatie verstrekt.

Besluit. Bij besluit van 15 april 2009 heeft de AFM O&B een boete opgelegd van € 6.000 wegens overtreding van artikel 4:23 lid 1 sub a en b Wft.[354]

---

349 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 524.

350 Zie o.a. O.O. Cherednychenko, 'Verboden rechtshandelingen in het financiële bestuursrecht in civielrechtelijk perspectief', *MvV* 2014/7.2, p. 182.

351 Zie onder meer HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/660, m.nt. C.J. van Zeben (*Van de Klundert/Rabobank*); HR 11 juli 2003, *JOR* 2003/199, *NJ* 2005/103, m.nt. E. Du Perron (*Kouwenberg/Rabobank*).

352 Cherednychenko 2014a, p. 182.

353 Ibid.

354 Besluit niet gepubliceerd, volgt uit Rb. Rotterdam 2 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1746.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. De voorzieningenrechter overweegt dat de onderzoeksrapportage van 20 juni 2008 voldoende grondslag biedt voor de conclusie van de AFM dat artikel 4:23 Wft is overtreden. Het is aan O&B om, indien zij wel voldoende informatie inwint bij de cliënten, dit zelf te documenteren. De voorzieningenrechter oordeelt dat de gebreken die zijn geconstateerd meer zijn dan een incidentele fout en dat het aannemelijk is dat de boete ad € 6.000 in bezwaar in stand zal blijven.[355]

(2) Leensysteem

Casus. Het onderzoek van de AFM betreft klantdossiers met betrekking tot consumptieve kredieten die via bemiddeling door Leensysteem zijn afgesloten. In het onderzoekrapport is opgemerkt dat Leensysteem in de veronderstelling verkeerde dat zij bemiddelde op basis van het *execution only*-principe.[356] De AFM gaat echter uit van '*adviseren*' omdat de consument niet volledig zelf bepaalt bij welke aanbieder een offerte wordt aangevraagd door Leensysteem en omdat Leensysteem specifiek het consumptief krediet aanbeveelt aan bepaalde consumenten.

In het onderzoeksrapport heeft de AFM de volgende bevindingen gedaan. Vijf dossiers bevatten informatie over de maandelijkse bruto hypotheeklasten. Over de aard en hoogte van de hypothecaire lening en de hoogte van de rente en de rentevaste periode ontbreekt informatie in het dossier. In zes dossiers staat in het kredietaanvraagformulier onder het kopje doel 'Woningverbetering'. Het krediet is echter aangewend voor het oversluiten van bestaande consumptieve kredieten. Er is geen informatie te vinden over de doelstellingen met betrekking tot het oversluiten van de kredieten. Verder ontbreekt informatie over de risicobereidheid met betrekking tot de betaalbaarheid van lasten en kan de rente tussentijds gewijzigd worden zonder dat cliënten daarop zijn gewezen. De AFM heeft in zes van de door haar beoordeelde dossiers geconstateerd dat niet kon worden vastgesteld of door Leensysteem informatie was ingewonnen over zowel de financiële positie, de doelstellingen als de risicobereidheid van de consument, terwijl die informatie wel relevant zou moeten zijn voor het advies. De AFM overweegt dat het stellen van de vraag niet impliceert dat de informatie is ingewonnen.

Besluit. Bij besluit van 18 augustus 2009 heeft de AFM Leensysteem B.V. een boete opgelegd van € 6.000 voor de overtreding van artikel 4:23 lid 1 sub a en b Wft. Leensysteem heeft aangevoerd dat uit de vraagstelling 'Heeft u voldoende informatie ontvangen inzake rente en renterisico?' en 'Heeft u voldoende informatie ontvangen inzake inkomensrisico (overlijden, werkeloosheid en arbeidsongeschiktheid)?' opgemaakt kan worden dat er wel informatie

355 Rb. Rotterdam 2 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1746. Er is geen beslissing op bezwaar bekend.

356 Besluit AFM 18 augustus 2009 inzake LeenSysteem B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/leensysteem-bv.ashx. Zie ook Rb. Rotterdam 16 september 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ8562.

is ingewonnen over de risicobereidheid met betrekking tot renteschommelingen gedurende de looptijd van het krediet respectievelijk de betaalbaarheid van de lasten van het krediet bij een inkomensterugval.[357] Ten aanzien van de reikwijdte van artikel 4:23 Wft overweegt de AFM dat informatie omtrent de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid moet worden ingewonnen voor zover dit relevant is. Dit houdt in dat de mate waarin informatie wordt ingewonnen afhankelijk is van de complexiteit van het product of de dienst. Dat in het onderhavige geval geen sprake is van beleggingen maakt dan ook dat door de financiële dienstverlener minder informatie over de genoemde aspecten uitgevraagd hoeft te worden. De informatie dient echter wel voldoende te zijn voor een passend advies.[358]

Bezwaar. De AFM handhaaft in bezwaar het primaire besluit.[359] Leensysteem heeft niet per individudeel dossier bezien of het afsluiten van een consumptief krediet meer passend was dan het afsluiten van een hypothecair krediet. De term woningverbetering is gebruikt voor zowel daadwerkelijke woningverbetering als voor verbetering van het woongenot in de breedste zin van het woord. Een reconstructie van de dossiers is dan ook niet mogelijk en de toezichthouder kan daardoor niet bepalen of op dit punt een passend advies is gegeven. Leensysteem heeft niet alle relevante informatie ingewonnen over de doelstellingen en daarmee is artikel 4:23 lid 1 sub a en b Wft overtreden.

Commentaar. Leensysteem heeft aangevoerd dat zij in de veronderstelling verkeerde dat er sprake was van *execution only*-dienstverlening. Dit had zij dan ook op haar website vermeld ten tijde van de aanvraag van de Wft-vergunning. Hierbij zou een verminderde zorgplicht van toepassing zijn. In de parlementaire geschiedenis staat in de toelichting dat financiële ondernemingen niet verplicht zijn te adviseren. Producten kunnen ook op basis van *execution only* worden aangeboden. Dit dient wel aan de cliënt te worden meegedeeld.[360] Overigens ontslaat *execution only* dienstverlening de instelling niet van de informatieverplichting van artikel 4:20 Wft. De AFM overweegt dat er op basis van de ingewonnen informatie een passend advies gegeven dient te worden. Het woord 'passend' is echter niet terug te vinden in de parlementaire geschiedenis.[361]

In een vergelijkbaar besluit, inzake GMS, staat eveneens de vraag centraal of er sprake is van *execution only* dienstverlening.[362] Het betoog faalt in het besluit GMS eveneens, omdat GMS in de uitoefening van een beroep of bedrijf

357 Besluit AFM 18 augustus 2009 inzake LeenSysteem B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/leensysteem-bv.ashx, zie p. 6.

358 Besluit AFM 18 augustus 2009 inzake LeenSysteem B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/leensysteem-bv.ashx, zie p. 8.

359 Beslissing op bezwaar 14 december 2009 inzake Leensysteem, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/beslissing-bezwaar/bb-leensysteem.ashx. Er is op 16 september ook een voorlopige voorziening gewezen. Deze is door de rechtbank Rotterdam afgewezen. Rb. Rotterdam 16 september 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ8562.

360 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 513.

361 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 513.

362 Rb. Rotterdam 13 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP1903.

een of meer specifieke financiële producten aanbeveelt aan een bepaalde groep consumenten. Er is geen sprake van *execution only*, omdat er nadrukkelijk beleggingsobjecten worden aangeprezen.

De vraag of er sprake is van *execution only*-dienstverlening, advisering of vermogensbeheer is van belang voor de civiele aansprakelijkheid. Zo overweegt de rechtbank Rotterdam dat de civiele op redelijkheid en billijkheid gebaseerde (bijzondere) zorgplicht, die op de bank (in casu de Rabobank) rust in het kader van kredietverstrekking, minder ver gaat dan de (bijzondere) zorgplicht die op de bank zou rusten wanneer er sprake zou zijn van een vermogensbeheerrelatie.[363] Toch mag van de bank, als professionele dienstverlener, worden verwacht dat zij de cliënt persoonlijk en indringend, in duidelijke en niet mis te verstane bewoordingen informeert over de werking en risico's van dit wezenlijke onderdeel, de nadelige effecten van een renteswap bij daling van de rente van het renteswapcontract. Daarnaast dient de cliënt gewaarschuwd te worden voor de consequenties van overschrijding van het afgesproken bedrag.[364] Als dit niet kan worden aangetoond dan is, in dit geschil, de dwaling aangetoond.

(3) Inhout Sales & More

Casus. Inhout heeft haar cliënten (consumenten) in de onderzochte dossiers geadviseerd om te investeren in beleggingsobjecten (participatie) van Reforestacion Grupo Internacional, een bedrijf in Costa Rica dat handelt in teakhout. Het betrof hier de aankoop van vruchtgebruik op deze teakbomen in Costa Rica. De AFM heeft vanaf 14 oktober 2009 onderzoek gedaan bij Inhout.

Besluit en bezwaar. De AFM heeft geconstateerd dat de adviezen aan de cliënten zijn uitgebracht zonder voldoende informatie in te winnen ex artikel 4:23 lid 1 sub a Wft. Evenmin zijn de adviezen gebaseerd op de (on)voldoende ingewonnen informatie. Dit houdt een overtreding in op grond van artikel 4:23 lid 1 sub b Wft. Bij besluit van 24 maart 2010 heeft de AFM een last onder dwangsom opgelegd van € 10.000 per dag tot een maximum van € 100.000 gericht tegen het tegengaan van verdere overtreding van artikel 4:23 Wft. In bezwaar heeft de AFM de dwangsom onverkort in stand gelaten.[365]

Beroep. Inhout stelt zich, in beroep, op het standpunt dat er geen sprake is van overtreding van artikel 4:23 lid 1 Wft omdat zij gebruik maakt van een zogenaamd klantenprofiel zonder dat de wet dit voorschrijft.[366] Aan de hand van dit profiel worden vragen aan cliënten gesteld met het oog op de advisering. Het advies van Inhout sluit aan bij de algemeen bekende feiten, interpretatie,

363 Rb. Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2935.
364 Rb. Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2935, r.o. 4.10.
365 Besluit AFM 24 maart 2010 inzake Inhout Sales & More B.V. en besluit op bezwaar AFM 23 september 2010. Niet gepubliceerd op www.afm.nl. Te kennen uit Rb. Rotterdam 9 juni 2011 RBROT:2011:BQ8039, *JOR* 2011/292, m.nt. F.M.A. 't Hart (*Inhout Sales & More*).
366 Rb. Rotterdam 9 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8039, JOR 2011/292, m.nt. F.M.A. 't Hart (*Inhout Sales & More*).

ervaring met en kennis van bestaande klanten. Vast staat, aldus Inhout, dat er structureel gebruik is gemaakt van een klantprofiel voor de informatiewinning en dat er meermaals contact is geweest met de klant. Hiermee zou Inhout verder gaan dan op basis van de wet is vereist.

De rechtbank overweegt dat artikel 4:23 lid 1 sub b Wft zo moet worden uitgelegd dat bij de vraag of de financiële onderneming aan haar zorgplicht heeft voldaan, te weten het geven van een geschikt advies, niet als maatstaf dient te worden gehanteerd of het advies van de financiële onderneming naar het oordeel van de toezichthouder het best mogelijke advies is, maar of gelet op de voorhanden gegevens als bedoeld in onderdeel a van dat artikellid het advies – naar objectieve maatstaven – in redelijkheid kon worden gegeven.[367] De AFM dient te bewijzen dat niet is voldaan aan de in artikel 4:23 lid 1 sub b Wft neergelegde zorgplicht en dat Inhout derhalve niet de benodigde informatie heeft ingewonnen voor een zorgvuldig advies. Het hanteren van een klantprofiel is niet voldoende om een overtreding op grond van artikel 4:23 lid 1 sub a en b Wft te voorkomen. De adviezen van Inhout werden bovendien telefonisch verleend voordat de benodigde informatie was ingewonnen. Voorts is vastgesteld dat bij tegenstrijdige antwoorden binnen een profiel niet is doorgevraagd. Zo is in de gevallen dat de klant aangaf volledige zekerheid te willen, gebleken dat tegenvallende opbrengsten niet konden worden opgevangen met andere middelen of dat doelstellingen niet bereikt konden worden binnen de gewenste tijd.[368]

De last onder dwangsom van € 10.000 per dag tot een maximum van € 100.000 is dan ook terecht opgelegd door de AFM.

Commentaar. Artikel 4:23 Wft onderscheidt in het '*ken-uw-cliënt*-beginsel' twee zorgplichten, namelijk een onderzoeksplicht en de plicht om het advies te baseren op de ingewonnen informatie.[369] De onderzoeksplicht houdt in dat er informatie wordt ingewonnen over de cliënt ten aanzien van diens financiële positie, doelstelling, risicobereidheid, kennis en ervaring. Op basis van deze informatie dient een passend advies te worden verstrekt.

Het betreft hier open normen die niet nader zijn ingevuld door de Wft. Dit maakt het lastig om precies te bepalen hoeveel informatie nu moet worden ingewonnen en wanneer een advies passend is. Het is aan de AFM om te bewijzen dat niet aan deze verplichtingen is voldaan. Wel geeft de rechtbank hier een inhoudelijke norm ter zake van geschikte advisering en een bewijslastregel.[370] De inhoudelijke norm, zoals geformuleerd door de rechtbank, houdt in dat geschikte advisering niet betekent dat het best mogelijke advies wordt gegeven, maar dat maatgevend is of gelet op de ingewonnen gegevens het advies – naar objectieve maatstaven – in redelijkheid kan worden gegeven.[371]

De AFM stelt zich op het standpunt dat aan de markt voldoende *guidance* is gegeven aan de markt over de interpretatie van de norm van artikel 4:23

367 Rb. Rotterdam 9 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8039, r.o. 2.3.1.
368 Rb. Rotterdam 9 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8039, r.o. 2.3.2.
369 Zie ook F.M.A. 't Hart in *JOR* 2011/292.
370 Stijnen 2011, p. 30.
371 Stijnen 2011, p. 31.

Wft. In een later besluit inzake Inhout Sales & More verwijst de AFM naar de rapporten 'Kwaliteit, advies en transparantie bij hypotheken' en 'Beleggingsverzekeringen – Kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen'.[372] Artikel 4:23 Wft is zogenaamde '*principle based*' wetgeving. Hier ga ik nader op in paragraaf 5.6.3.9.

(4) X

Casus. X is bemiddelaar op het gebied van verzekeringen, pensioenen en hypotheken. De AFM heeft 30 dossiers van X geselecteerd en vier dossiers onderzocht in het kader van het onderzoek 'Kwaliteit advies en transparantie pensioenen'. Het onderzoek richtte zich op pensioenadviezen aan werkgevers voor rechtstreeks verzekerde regelingen voor groepen werknemers. X heeft in de periode van december 2008 tot maart 2009 aan vier werkgevers een bepaald pensioenproduct geadviseerd, waarbij in drie van de vier door AFM onderzochte dossiers geen dan wel onvoldoende informatie is ingewonnen, waarmee X artikel 4:23 lid 1 sub a Wft heeft overtreden. Omdat X in die drie dossiers onvoldoende informatie heeft ingewonnen heeft X haar advies ook niet mede kunnen baseren op alle benodigde informatie, waarmee zij artikel 4:23 lid 1 sub b Wft heeft overtreden.

Besluit/bezwaar/beroep. De AFM heeft vervolgens bij besluit van 27 oktober 2010 een boete opgelegd van €30.000.[373] In bezwaar en in beroep bij de rechtbank Rotterdam is het besluit van de AFM in stand gebleven.[374]

Hoger beroep. Bij het CBb staat de vraag centraal of een boete ook opgelegd kan worden aan een tussenpersoon die werkgevers adviseert rechtstreeks verzekerde pensioenregelingen voor groepen werknemers af te sluiten.[375] X voert in hoger beroep aan dat de geconstateerde tekortkomingen in de adviestrajecten zien op de informatie-inwinning die van belang zou zijn voor de pensioenovereenkomst en niet voor de uitvoeringsovereenkomst. De gegeven adviezen van X hadden slechts betrekking op uitvoeringsovereenkomsten en bij het aangaan of het verlengen van de uitvoeringsovereenkomsten is de onderliggende pensioenovereenkomst een gegeven. Die maakt onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemers. Het inwinnen van informatie over de financiële positie of de risicobereidheid van betrokken werkgevers ten aanzien van de onderliggende pensioenovereenkomsten is daarom niet relevant.

372 Besluit AFM 17 mei 2011 inzake Inhout Sales & More B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/boete-inhout-sales-more-bv.ashx.

373 Voor deze overtredingen geldt op grond van artikel 1:181, eerste lid, Wft (oud) en artikelen 2 en 3 van Besluit boetes Wft een boetetarief van €6.000. Deze boete is vermeerderd met factor 5 nu meer dan 50 mensen werkzaam zijn bij X. Het besluit en de beslissing op bezwaar zijn niet gepubliceerd, volgt uit Rb. Rotterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU5317.

374 Rb. Rotterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU5317.

375 CBb 6 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:42, *PJ* 2014/46.

Bovendien is artikel 4:23 Wft niet van toepassing op pensioenovereenkomsten, aldus X.

De AFM voert aan dat de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Daaraan kan in de advisering over de uitvoeringsovereenkomsten niet voorbij worden gegaan. Bij advisering over de uitvoeringsovereenkomst diende X rekening te houden met afspraken in de pensioenovereenkomst. Een wijze van advisering waarin alleen naar de uitvoeringsovereenkomst gekeken zou worden, is niet voor te stellen.

Het CBb overweegt dat niet in geschil is dat X heeft geadviseerd over verlenging dan wel wijzing van uitvoeringsovereenkomsten die strekken tot verzekering van de pensioenovereenkomsten en dat op advisering over dergelijke uitvoeringsovereenkomsten artikel 4:23 Wft van toepassing is. Dit advies kan, aldus het CBb, niet los worden gezien van de onderliggende pensioenovereenkomsten. Gelet daarop kan in dit geval niet worden gezegd dat de informatie die de AFM door X in het kader van haar advisering ingewonnen wenste te zien, niet ook betrekking had op de advisering door X over de uitvoeringsovereenkomsten.[376]

Het CBb geeft een aantal criteria die zien op de relevantie van het inwinnen van informatie conform artikel 4:23 lid 1 Wft.[377] Het betreft onder andere de financiële consequenties voor de werkgever en het tijdsverloop. Een tussenpersoon dient zich bij advisering over een nieuwe uitvoeringsovereenkomst te houden aan artikel 4:23 Wft. Het CBb komt dan ook tot het oordeel dat de AFM de boetes terecht heeft opgelegd.

Commentaar. Opmerkelijk is dat de cliënten van X tevreden zijn over de gegeven adviezen en de kwaliteit daarvan. Dit is echter geen reden om de ontbrekende informatie niet in te winnen.[378] Dit onderstreept dat de AFM primair het algemeen belang behartigt, zonder daarbij direct de individuele belangen van consumenten mee te wegen.

(5) A

Casus. De vergunning van A is naar aanleiding van onderzoek door de AFM ingetrokken om de reden dat de betrouwbaarheid van beleidsbepaler E en F niet langer buiten twijfel staat. Ook heeft A de AFM niet onverwijld geïnformeerd over incidenten en heeft A geen beheerste en integere bedrijfsvoering van haar bedrijf gewaarborgd doordat zij samenwerkt met bemiddelaars die niet in het bezit zijn van een vergunning. Bovendien handelt A in strijd met de zorgplicht.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 13 januari 2011 is de vergunning ingetrokken. Dit besluit is bekrachtigd in bezwaar bij besluit van 13 mei 2011.[379]

376 CBb 6 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:42, r.o. 5.2.
377 CBb 6 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:42, r.o. 5.3.
378 J.J.C. van den Brink in zijn noot onder CBB 6 februari 2014, *PJ* 2014/46.
379 Besluit en beslissing op bezwaar zijn niet gepubliceerd, kenbaar uit Rb. Rotterdam 15 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9027.

Beroep. Artikel 4:23 Wft wordt in het kader van het verstrekken van hypothecair krediet ingevuld aan de hand van de Gedragscode Hypothecaire Financiering (GHF). A adviseerde een krediet met een factor van 5,6 tot 5,9 maal het jaarinkomen. Dit lag fors hoger dan het GHF.[380] Er is geen cijfermatige ondersteuning voor de reden van deze overschrijding. Het feit dat de hypotheekdossiers waren doorgestuurd door DSB aan A doet niet af aan het feit dat eiseres een eigen zorgplicht had.[381]

Commentaar. Interessant is dat het al dan niet hebben van een vergunning, volgens de rechtbank Rotterdam in een civiele zaak, geen reden is om de overeenkomst te ontbinden. Het niet hebben van de vereiste vergunning betekent niet zonder meer dat er sprake is van niet-nakoming van verplichtingen uit de overeenkomst.[382] In een civielrechtelijke procedure zou een vordering tot schadevergoeding op grond van bijvoorbeeld wanprestatie niet zomaar toegewezen worden om het enkele feit dat de financiële instelling niet over de vereiste vergunning beschikt; er moet immers schade zijn geleden.

(6) DFD

Casus. DFD heeft een vergunning voor het bemiddelen in hypothecair krediet, schadeverzekeringen, levensverzekeringen en spaarrekeningen speciaal gericht op militairen. DFD bemiddelt uit dien hoofde in een tweetal keuzefondsen die beleggingsverzekeringen van Aegon behelzen. De AFM heeft onderzoek gedaan naar de wijze waarop DFD heeft bemiddeld en geadviseerd in deze twee keuze fondsen. De AFM is tot de conclusie gekomen dat DFD in de 12 door de AFM gecontroleerde dossiers onder meer de volgende overtredingen heeft begaan. In alle dossiers is onvoldoende informatie ingewonnen over de inkomsten en uitgaven van cliënten, over de wijze waarop de verschillende geïnventariseerde doelstellingen zich tot elkaar verhouden, hoe de cliënt verwacht in de toekomst de maandelijkse premie te kunnen blijven opbrengen en over het gewenste doelvermogen of doelrendement van de cliënt. In geen van de dossiers is informatie ingewonnen over de behoefte en noodzaak van de cliënt om een overlijdensrisicoverzekering als onderdeel van de beleggingsverzekering af te sluiten.

Besluit. Bij besluit van 23 maart 2011 heeft de AFM DFD een bestuurlijke boete opgelegd van €50.000 voor de overtreding van artikel 4:23 lid 1 sub a en b Wft.[383] DFD heeft zich verweerd met de stelling dat zij heel goed kan inschatten wat de inkomenssituatie van militairen is. Zij is hierin immers gespecialiseerd. De AFM is van oordeel dat het noodzakelijk is dat de dienstverlener de informatie inwint. Doet de dienstverlener dit niet, dan kan er geen sprake zijn

380 Rb. Rotterdam 15 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9027.
381 Rb. Rotterdam 15 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9027, zie r.o. 2.4.2.
382 Rb. Rotterdam 7 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0387, *JOR* 2012/148.
383 Besluit AFM 23 maart 2011 inzake DFD, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/defin-dienstverleners.ashx.

van een op maat gesneden advies. Ook het feit dat veel klanten van DFD niet hebben nagedacht over de doelstelling van de belegging, is geen excuus voor DFD om informatie hierover niet in het dossier op te nemen.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. DFD betoogt, in de procedure om een voorlopige voorziening,[384] dat zij artikel 4:23 lid 1 Wft niet heeft overtreden. De AFM heeft onvoldoende rekening gehouden met de omstandigheid dat de klanten van DFD jonge militairen zijn en dat DFD in deze markt een bijzondere positie inneemt. Daar komt bij dat DFD de klanten alleen adviseert aan vermogensopbouw in algemene zin te doen, dus zonder specifiek doelvermogen. DFD heeft alle informatie die redelijkerwijs nodig is om deze groep te adviseren, ingewonnen. Voor zover bepaalde informatie ontbreekt, is deze informatie niet noodzakelijk. DFD stelt verder dat zij geen informatie heeft ingewonnen over de voor de cliënten gewenste omvang van de garantie van het product (wel of geen overlijdensrisicoverzekering), omdat de omvang van de garantie van het product niet flexibel is. DFD meent verder dat de door haar geadviseerde beleggingsverzekeringen geschikt zijn voor haar cliënten en daar zit nu eenmaal een overlijdensrisicoverzekering in. Doorvragen op dit punt is volgens haar niet zinvol.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat bij de beantwoording van de vraag of DFD aan haar zorgplicht heeft voldaan, niet als maatstaf dient te worden genomen of het advies van DFD naar het oordeel van de toezichthouder het best mogelijke advies is, maar of, gelet op de voorhanden gegevens, het advies in redelijkheid kon worden gegeven. In navolging van de uitspraak van 19 december 2009[385] wijst de voorzieningenrechter er op dat het op de weg van DFD had gelegen om zich genoegzaam te documenteren. De veronderstelling dat de door haar geadviseerde beleggingsverzekeringen passen bij haar cliënten en dat het niet zinvol zou zijn om door te vragen, snijdt geen hout. Specifieke informatie kan niet achterwege blijven in gevallen waarin een product gewoonlijk aan de wensen van een bepaalde categorie cliënten tegemoet komt, want een advies dat gewoonlijk goed is, kan in uitzonderingsgevallen onjuist zijn. Artikel 4:23 lid 1 Wft beoogt ook uitzonderingsgevallen te beschermen.

Gelet hierop kwam de AFM de bevoegdheid toe om een bestuurlijke boete van € 50.000 op te leggen. De AFM is hiermee afgeweken van het, onder het nieuwe boetestelsel veel hogere, basisbedrag van € 500.000 vanwege de draagkracht van DFD. De voorzieningenrechter oordeelt dat de AFM voldoende rekening heeft gehouden met de omstandigheden van DFD.[386]

Commentaar. De AFM overweegt dat de werkingssfeer van artikel 4:23 Wft ook gevallen omvat waarin het beleid over het algemeen goed te noemen is, maar er uitzonderingsgevallen kunnen zijn waarin het beleid niet voldoet aan de wettelijke zorgplicht. Vergelijkbare overwegingen worden gevonden in het

384 Rb. Rotterdam 21 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8872, *JOR* 2011/231.
385 Rb. Rotterdam 19 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG8136.
386 Er is geen beslissing op bezwaar bekend.

besluit inzake Burghthuys Adviesgroep.[387] Burghthuys stelt dat er onderzoek gedaan is naar een homogene doelgroep. De voorzieningenrechter oordeelt dat dit Burghthuys niet ontslaat van haar plicht om een op de cliënt toegesneden advies te geven en daartoe de nodige informatie te vergaren. De specifieke informatievergaring kan niet achterwege blijven in gevallen waarin een product 'vrijwel steeds' aan de wensen van een bepaalde categorie cliënten tegemoet komt, noch als aangenomen kan worden dat bepaalde omstandigheden zich bij hen' gewoonlijk' voordoen: een advies dat gewoonlijk goed is, is in uitzonderingsgevallen onjuist.

Bezien in het licht van de doelstelling van het publiekrecht, het beschermen van het algemeen belang, is het opmerkelijk dat bij de besluiten van de AFM rekening wordt gehouden met de uitzonderingsgevallen. Immers, het publiekrecht gaat niet zozeer over individuele gevallen, maar over het algemeen belang. Het publieke belang betreft in dit kader onder meer het bestrijden van verschillen in informatie en professionaliteit tussen marktpartijen. Ook valt consumentenbescherming onder het publieke belang, maar vooral in de zin van het scheppen van optimale condities voor een goede marktwerking en structurele elementen die daaraan bijdragen.[388] Dit houdt dan ook onder meer in dat de bestuursrechtelijke benadering zich niet zozeer concentreert op een individuele overeenkomst of concreet handelen in een enkel geval.[389] Centraal dient te staan welke voorzieningen de instellingen in het algemeen heeft getroffen om de consument te informeren.[390]

5.6.3.9 Artikel 4:23 Wft: open norm en principle based regelgeving

Artikel 4:23 Wft is een open norm die niet nader is ingevuld door de wetgever. Op overtreding van artikel 4:23 Wft staan wel forse sancties. Zoals besproken in paragraaf 2.7.3 bestaat er een spanningsveld tussen open normen en het legaliteitbeginsel. De rechtszekerheid vraagt van de wetgever dat de wetgever overtredingen zo nauwkeurig mogelijk omschrijft. De AFM stelt zich, in verschillende besluiten, op het standpunt dat er voldoende *guidance* is gegeven aan de markt over de wijze waarop de norm van artikel 4:23 Wft geïnterpreteerd dient te worden. De AFM verwijst onder meer naar de rapporten 'Kwaliteit, advies en transparantie bij hypotheken' en 'Beleggingsverzekeringen – Kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen'.[391] De AFM overweegt in het besluit Wilgenhaege dat uit de tekst en toelichting op de Wft voldoende blijkt wat de wetgever voor ogen heeft gestaan: het leveren van maatwerk door

387 Zie vergelijkbare overweging in Rb. Rotterdam 19 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG8136, *RF* 2009/36 (*Burghthuys*).

388 Scheltema & Scheltema 2009, p. 44.

389 Scheltema & Scheltema 2009, p. 68.

390 Scheltema & Scheltema 2009, p. 68.

391 Besluit AFM 17 mei 2011 inzake Inhout Sales & More B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/boete-inhout-sales-more-bv.ashx. Zie ook het Besluit AFM 30 juni 2010 inzake Global marketing Solutions B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/global-marketing-solutions.ashx.

vermogensbeheerders.[392] Hieruit volgt dat een beleggingsprofiel niet kan bestaan uit slechts een afvinklijstje.

Ook in de besluiten SNS,[393] Postbank,[394] Assurantiekantoor Van Ek,[395] World of Credit[396] en Zeker Zanen[397] overweegt de AFM dat er weliswaar sprake is van een open norm, maar dat dit geen reden is om niet over te gaan tot handhaving van de norm. Dat er geen '*guidance*' is gegeven ten aanzien van de interpretatie van de norm, maakt niet dat er geen sprake van verwijtbaarheid kan zijn. Het is de verantwoordelijkheid van de financiële instelling zelf om de normen na te leven ongeacht of deze open zijn of niet.[398] De AFM pareert het argument dat de open norm niet voldoende is ingevuld met een verwijzing naar de wetgever.[399] De wetgever heeft gekozen voor zogenaamde '*principle based*' wetgeving. In de wet worden slechts algemene normen of principes gegeven. De uitwerking van deze normen of principes wordt overgelaten aan de financiële instellingen en de brancheorganisaties, waarbij rekening wordt gehouden met de marktontwikkelingen.[400]

Deze eigen verantwoordelijkheid van de financiële instelling staat ook centraal in het besluit Postbank omtrent het afsluiten van levensverzekeringen bij hypotheken.[401] De AFM overweegt dat de wetgever uitdrukkelijk de financiële ondernemingen zelf de verantwoordelijkheid heeft gegeven voor de invulling van de open normen bij de uitvoering van hun werkzaamheden. Het is evident dat als een cliënt aangeeft dat hij zijn hypotheek wil oversluiten om daarmee lagere maandlasten te verkrijgen, de daarmee gemoeide kosten relevant zijn en dat daar dus naar gevraagd moet worden. Dit geldt ook voor de overlijdensrisicoverzekering. Een passend advies kan niet worden gegeven

---

392 Besluit AFM 30 juni 2010 inzake Wilgenhaege Vermogensbeheer B.V. http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/wilgenhaege.ashx.

393 Besluit AFM 12 augustus 2009 inzake SNS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/sns-bank-nv.ashx.

394 Besluit AFM 6 februari 2009 inzake Postbank, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/postbank-nv.ashx.

395 Besluit AFM inzake Assurantiekantoor Van Ek 9 december 2009, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/boete_ek.ashx.

396 Besluit AFM 21 september 2009 inzake World of Credit, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/world-of-credit.ashx.

397 Besluit AFM 23 juli 2010 inzake Zeker Zanen, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/zeker-zanen.ashx.

398 Besluit AFM 12 augustus 2009 inzake SNS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/sns-bank-nv.ashx.

399 Zie bijv. Besluit AFM 12 augustus 2009 inzake SNS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/sns-bank-nv.ashx, p. 9.

400 Grundmann-van de Krol 2012, p. 24-25; B. Bierens, 'Drie generaties zorgplichten', in: F.G.B. de Graaf, R.H. Maatman & L.J. Silverentand (red.), *Gedurfde essays over financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 158; A. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus University Rotterdam 2015, p. 139. Zie ook Mein 2015, p. 182.

401 Besluit AFM 6 februari 2009 inzake Postbank, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/postbank-nv.ashx.

zonder te weten wat de financiële positie van de langstlevende na overlijden van de partner is.

In de procedure inzake SNS wordt door SNS gesteld dat de zorgplicht van 4:23 Wft voortkomt uit de civielrechtelijke zorgplicht, en dat de eis van een passend advies niet ligt besloten in de civielrechtelijke zorgplicht. De AFM overweegt dat dit standpunt niet volgt uit de wetsgeschiedenis, maar dat de zorgplicht uit verschillende bronnen voortkomt.[402] Welke informatie ingewonnen dient te worden is afhankelijk van de complexiteit van het product of de dienst. Is er onvoldoende informatie voor een passend advies, dan dient meer informatie gevraagd te worden.[403]

De AFM is later wel nadere informatie gaan verstrekken over de wijze waarop de zorgplicht ingevuld dient te worden.[404] In latere besluiten, zoals ook in Inhout, wordt hier ook naar verwezen.[405] De AFM blijft overigens bij de overweging dat mag worden uitgegaan van de eigen verantwoordelijkheid en deskundigheid van de professionele marktpartij.

Uit de vele besluiten van de AFM rondom artikel 4:23 Wft volgt dat, om te voldoen aan de norm van artikel 4:23 Wft, het zaak is dat de financiële instelling voldoende doorvraagt, voldoende informatie verzamelt en deze informatie voldoende documenteert. De uitzonderingen mogen niet te ruim zijn.[406] Vervolgens dient het advies hierop gebaseerd te worden.[407] Doorvragen is geboden bij tegenstrijdige wensen van cliënten, zoals in het besluit inzake DSB het geval was.[408] Daarnaast dient de financiële instelling consisten-

402 Besluit AFM 12 augustus 2009 inzake SNS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/sns-bank-nv.ashx.

403 Zie onder meer Besluit AFM 8 juli 2009 inzake EPB Verzekeringen, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/epb-verzekeringen.ashx.

404 Aanbevelingen kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen uit 2009, de leidraad Hypotheekadvisering uit 2010 Aanbevelingen voor zorgvuldig beleggingsadvies en vermogensbeheer 2011. Zie ook Mein 2015, p. 182.

405 Zie ook Besluit AFM 30 juni 2010 inzake Global Marketing Solutions, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/global-marketing-solutions.ashx, zie p. 8. Zie ook het latere Besluit AFM 17 mei 2011 inzake Inhout Sales & More B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/boete-inhout-sales-more-bv.ashx, p. 10.

406 Besluit AFM 10 februari 2010 inzake Direct Verzekeren, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/direct-verzekeren.ashx.

407 Zie onder meer Besluit AFM 27 mei 2008 inzake CKB Finance B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2008/ckb-finance-bv.ashx; Besluit AFM 25 mei 2009 inzake Credit Select, http://www.afm.nl/nl/nieuws/2009/feb/boete_credit_select.aspx; Besluit AFM 5 mei 2009 inzake DSB Bank, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/dsb-art4-23-wft.ashx; Besluit AFM 22 december 2011 inzake AvéWé Holding, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2012/avewe-holding.ashx; Besluit AFM 11 januari 2011 inzake Decapolis, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/decapolis.ashx; Besluit AFM 15 juli 2010 inzake Lancelot Vermogensbeheer, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/lancelot.ashx en Besluit AFM 3 april 2009 inzake Todon, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/topdon-bv.ashx.

408 Besluit mei 2009 inzake DSB 5, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/dsb-art4-23-wft.ashx.

te adviezen te geven in gelijke gevallen.[409] Zo had DSB bij eenzelfde mate van risicobereidheid verschillende rentevastperiodes geadviseerd.

In de uitspraak inzake Global Marketing Solutions (GMS) oordeelt de AFM dat er met name bij oudere cliënten onvoldoende is doorgevraagd naar de ervaringen met het beleggingsproduct en de doelstellingen.[410] Ook heeft GMS producten met een risicogehalte geadviseerd aan cliënten die in het geheel geen risico wensten te lopen en is geen rekening gehouden met de wens van cliënten die slechts een percentage van hun vermogen wensten te investeren.

Een financiële instelling dient eveneens door te vragen naar verzekeringen die een (potentiële) cliënt al heeft afgesloten. Dit volgt uit de besluiten van de AFM inzake Rabobank,[411] DTC[412] en Frieslandbank.[413] In het besluit Rabobank betreft het arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die de cliënten al dan niet via hun werkgever hadden gesloten. DTC heeft onvoldoende navraag gedaan bij cliënten of ze al een overlijdensrisicoverzekering (ORV) hadden en of ze het risico zelf konden dragen. Ook het besluit inzake Frieslandbank betreft ORV's. De Frieslandbank heeft niet geïnventariseerd welk inkomen de ene partner zou krijgen na het overlijden van de andere partner. Evenmin is gevraagd naar een nabestaandenpensioen en/of een andere vorm van inkomen voor de overblijvende partner na overlijden van de andere partner.[414] Evenmin is geïnformeerd naar de mate van bereidheid om een inkomensterugval te riskeren bij het verliezen van de partner.

De financiële instelling dient de informatie ook goed te documenteren. Gebruik van standaardteksten is niet zomaar voldoende.[415] Dat naar bepaalde informatie is gevraagd dient in het dossier terug te vinden te zijn.[416]

In het besluit Direct verzekeren is bij het verstrekken van hypotheken te veel afgeweken van de zogenaamde CHF-norm (Contactorgaan Hypothecair Financiers). Deze norm staat afwijking wel toe, maar alleen in bijzondere

409 Zie eveneens DSB 5 mei 2009.

410 Besluit AFM 30 juni 2010 inzake Global Marketing Solutions, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/global-marketing-solutions.ashx. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam ondersteunt de AFM hierin: Rb. Rotterdam 24 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN4885.

411 Besluit AFM 24 september 2010 inzake Rabobank Nederland wegens overtreding van artikel 4:23, eerste lid Wft, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/rabobank-423wft.ashx.

412 Besluit AFM 22 april 2011 inzake DTC, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/dtc.ashx; Beroep Rb. Rotterdam 10 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9653.

413 Besluit AFM 21 juli 2011 inzake Friesland Bank N.V. http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2012/friesland-bank.ashx. Besluit op bezwaar AFM 6 februari 2012 AFM inzake Friesland Bank http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2012/beslissing-bezwaar/bb-friesland-bank.ashx. Zie ook Besluit AFM 8 juli 2010 inzake Krediethuis, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/krediethuis.ashx.

414 Zie overweging 2.3.1 van het primaire besluit.

415 Besluit AFM 28 mei 2010 inzake Interfinans, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/interfinans.ashx.

416 Besluit AFM 11 januari 2010 inzake Decapolis, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/decapolis.ashx.

gevallen. Het afwijken van deze norm dient voldoende te worden onderbouwd.[417]

De kritische toetsing aan de zorgplicht door de AFM geeft blijk van een activistische en instrumentele opstelling van de AFM.[418] De AFM wil, met het opleggen van een boete, de consument niet alleen waarschuwen, maar ook een educatief- en afschrikkingseffect bewerkstelligen.

Artikel 4:23 Wft bevat een open norm, die de rechter zelf dient uit te leggen, terwijl bij de vaststelling van de feiten ook al een volle toetsing plaatsvindt.[419] Omdat de AFM een overtreding van artikel 4:23 Wft kan bestraffen met een boete of een last onder dwangsom, kan het inzicht van de toezichthouder niet bepalend zijn voor de vraag of de wettelijke norm is geschonden.[420] De toezichthouder heeft in feite twee petten op, waardoor de onafhankelijkheid in het geding komt. Een vergelijking kan worden getrokken met overkreditering.[421] Het gaat hier om zogenaamde *principle based* regelgeving. De kredietverstrekker moet zelf criteria vastleggen om overkreditering te voorkomen en dient conform deze criteria te handelen. Afwijking mag alleen als dit niet leidt tot overkreditering in concrete gevallen (norm van artikel 4:34 lid 2 Wft). De rechtbank Rotterdam was van oordeel dat de AFM de open norm van artikel 4:34 lid 2 Wft juist had uitgelegd door in beide gevallen als uitgangspunt te nemen dat met de door de branche zelf vastgestelde gedragscode aan die norm kon worden voldaan.[422] In de gevallen van artikel 4:23 lid 1 sub b Wft was ook sprake van het onvoldoende inwinnen van inlichtingen bij de consument. In dit verband verwijs ik naar de zaak Burghthuys.[423]

De roep om nadere invulling van *principle based* regelgeving heeft ook iets tegenstrijdigs. Het zou namelijk leiden tot *rule based* regelgeving, iets wat men nu juist niet meer wil omdat *principle based* regelgeving de sterk ontwikkelende markt beter zou kunnen bedienen.[424] Met de leidraden wordt getracht de door de wetgever (bewust) open gelaten normen in te vullen. Vervolgens

417 Besluit AFM inzake Direct Verzekeren 10 februari 2010, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/direct-verzekeren.ashx. Zie ook Besluit AFM 26 mei 2009 inzake Drieman/Huis & Hypotheek Woerden, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/drieman.ashx, Besluit AFM 30 oktober 2009 inzake Hypodroom Financiële Dienstverlening, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/hypodroom-fin-dienstverl.ashx, Besluit AFM 8 januari 2010 inzake Mr Credit, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/mr-credit.ashx, Besluit AFM 29 oktober 2008 inzake Naber, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/naber-bv.ashx, Besluit AFM 2 oktober 2009 inzake QuaRendum Epe, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/quarendum-epe-bv.ashx.

418 Mein 2015, p. 183-184.

419 Stijnen 2011, p. 31.

420 Stijnen 2011, p. 31. Zie ook CRvB 6 december 2005, Rvs 2006/57.

421 Stijnen 2011, p. 31. Zie ook nader par. 5.6.4.

422 Rb. Rotterdam 20 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM5231 (*Postbank*) en Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3835 (*Mercedes Benz*).

423 Rb. Rotterdam 19 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2008:BG8136, *RF* 2009/36 (*Burghthuys*).

424 Mein 2015, 141.

krijgen deze leidraden een dwingend karakter waardoor een concreet toetsingskader ontstaat dat niet gebaseerd is op een direct wettelijke basis. Dit staat op gespannen voet met de contractvrijheid van de partijen op de financiële markten.[425]

5.6.3.10 Afronding zorgplicht artikel 4:23 Wft

Het 'ken-uw-cliënt'-beginsel uit artikel 4:23 Wft bestaat uit twee zorgplichten, namelijk een onderzoeksplicht en de plicht om het advies te baseren op de ingewonnen informatie. De onderzoeksplicht houdt in dat er informatie moet worden ingewonnen over de financiële positie, doelstelling, risicobereidheid, kennis en ervaring van de aanstaande cliënt. Het advies dient vervolgens passend te zijn. Deze onderzoeksplicht strekt zich ook uit tot atypische gevallen.

De eigen onderzoeksplicht
In tegenstelling tot hetgeen geldt bij dwaling en de privaatrechtelijke zorgplicht is de eigen onderzoeksplicht van de consument niet relevant voor de vraag of de Wft is overtreden.[426] De vraag of schade geleden is en in hoeverre cliënten tevreden zijn over het product is niet van invloed op de vraag of artikel 4:23 Wft in publiekrechtelijke zin is overtreden.

Hier manifesteert zich een duidelijk verschil tussen de bestuursrechtelijke en de civielrechtelijke zorgplicht. Anders dan bij de bestuursrechtelijke zorgplicht kan bij de civielrechtelijke zorgplicht de eigen verantwoordelijkheid van de cliënt bij de eigen schuld en dus bij de vaststelling van de schadevergoeding worden meegenomen. De eigen verantwoordelijkheid van de cliënt kan er zelfs toe leiden dat er in het geheel geen sprake is van schending van de zorgplicht. Bij bestuursrechtelijke toetsing daarentegen kan de ernst van de overtreding slechts via de boete tot uiting komen. Dit is echter een andere toets, namelijk een toets aan de vraag of de boete gematigd dient te worden.

De privaatrechtelijke zorgplicht is er op gericht om cliënten te behoeden tegen gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Er dient gewaarschuwd te worden tegen de risico's van het beleggingsproduct, er moet onderzoek gedaan te worden naar de mogelijkheden om de risico's op te vangen en als het risico niet opgevangen kan worden dan dient het product te worden ontraden. Wel wordt er mede op de consument een eigen onderzoeksplicht gelegd. Het schenden hiervan wordt bij de schadeberekening meegewogen.

De eigen verantwoordelijkheid van de cliënt wordt derhalve bij de bestuursrechtelijke handhaving via de boete meegewogen en bij de privaatrechtelijke handhaving bij de vraag of de zorgplicht is geschonden en bij de bepaling

425 Loonen & Schotsman 2016, p. 208.
426 Stijnen 2011, p. 35.

van de mate van eigen schuld. De verklaring hiervoor is gelegen in verschillende doelstellingen van de publiekrechtelijke zorgplicht en de privaatrechtelijke zorgplicht.

Het vergaren van informatie
Op grond van artikel 4:23 Wft heeft een financiële instelling de plicht om een op de cliënt toegesneden advies te geven en daartoe informatie te vergaren en te documenteren. Dit kan niet zomaar aan de hand van standaardformulieren of standaardadviezen aan homogene groepen. Deze standaardformulieren zijn namelijk niet toereikend voor uitzonderingen binnen deze homogene groepen en artikel 4:23 Wft ziet er ook op om deze uitzonderingen te beschermen. De financiële instelling dient bij elke potentiële cliënt dóór te vragen om vervolgens een passend advies te kunnen geven, gebaseerd op de ingewonnen informatie. De AFM oordeelt in DFD en Burghthuys[427] dat artikel 4:23 Wft ook ziet op de uitzonderingsgevallen. Er kan bij een advies niet worden uitgegaan van een homogene groep. In het licht van de doelstelling van het publiekrecht, de bescherming van het algemene belang, acht ik het opmerkelijk dat uitzonderingsgevallen toch vallen onder de publiekrechtelijke zorgplicht. Dit lijkt haast een private benadering van de zorgplicht.

Klanttevredenheid
Het verschil tussen private en publieke handhaving valt ook op in die zin dat de tevredenheid van cliënten over het product, bij bestuursrechtelijke handhaving, geen rol speelt bij de uiteindelijke beoordeling van de vraag of artikel 4:23 Wft is overtreden. In het besluit DTC gaat de AFM ver door te oordelen dat DTC onderzoek moet doen naar de financiële positie voor en na het onzekere voorval, zodat voor de cliënt duidelijk is welk risico hij afdekt. Dit onderzoek ziet niet op het wel of niet kunnen dragen van de verplichtingen die uit het financiële product voortvloeien, maar op de wenselijkheid om de zogenaamde betalingsbeschermer af te sluiten.[428] In het besluit Leensysteem oordeelt de AFM dat Leensysteem had moeten inventariseren of het afsluiten van een hypothecaire lening niet was te verkiezen boven het afsluiten van consumptief krediet, en of dus een hypothecaire lening niet meer passend zou zijn.[429]

De AFM zelf overweegt in het SNS besluit dat de zorgplicht uit artikel 4:23 Wft niet enkel voortkomt uit de civielrechtelijke zorgplicht. Evenmin heeft de wetgever voor ogen gehad dat dezelfde maatstaven voor zowel artikel 4:23

427 Zie par. 5.6.3.8, nr. 6.
428 Zie besluit AFM 22 april 2011 inzake DTC, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/dtc.ashx, p. 13. Zie voor bespreking, par. 5.6.3.9.
429 Zie besluit AFM 18 augustus 2009 inzake LeenSysteem B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/leensysteem-bv.ashx, p. 8. Zie voor bespreking van het besluit, par. 5.6.3.8, nr. 2.

Wft als de civielrechtelijke zorgplicht zouden gelden.[430] Welke informatie dient te worden ingewonnen is afhankelijk van de complexiteit van het product of de dienst.

Open normen

De uitleg van artikel 4:23 Wft betreft de invulling van een open norm, waardoor spanning met artikel 7 EVRM op de loer ligt. Aanvankelijk wijst de AFM, bij een beroep op artikel 7 EVRM, naar de wetgever in de zin dat er gekozen is voor zogenaamde *principle based* wetgeving. De uitwerking hiervan wordt aan de financiële instellingen en branche organisaties zelf overgelaten. Later beroept de AFM zich op de door haar gegeven 'guidance'. De AFM voert in deze latere besluiten aan dat aan de markt voldoende 'guidance' zou zijn gegeven over de vraag hoe de open norm van artikel 4:23 Wft wordt ingevuld. Uit de besluiten volgt dat de financiële instelling voldoende dient door te vragen, voldoende informatie dient te vergaren en de gegevens voldoende dient te documenteren. Het advies dient vervolgens op de vergaarde informatie gebaseerd te zijn.

Toch is in een aantal zaken voor financiële instellingen onduidelijk of zij voldoen aan de vergaande zorgplicht van artikel 4:23 Wft. De AFM acht het echter de eigen verantwoordelijkheid van de financiële instelling om de (open) normen na te leven. Dat het antwoord op de vraag wanneer een onderneming aan de norm van artikel 4:23 Wft heeft voldaan niet altijd eenduidig is blijkt ook wel uit het besluit Leensysteem. De AFM overweegt in Leensysteem immers dat de mate waarin informatie moet worden ingewonnen afhankelijk is van de complexiteit van het product of de dienst. Zo hoeft minder informatie te worden verstrekt door de financiële dienstverlener wanneer er geen sprake is van beleggingen. De informatie moet evenwel voldoende zijn voor een passend advies.

Mein constateert, mede op grond van interviews met advocaten en handhavers werkzaam bij de AFM, dat de AFM een activistische en instrumentele opstelling heeft.[431] Naast het waarschuwen van de consument wil de AFM met het boetebeleid een educatief- en afschrikkingseffect bewerkstelligen.[432]

Dijkhuizen en Caria pleiten ervoor dat de AFM juist minder *guidelines* geeft bij de invulling van de open normen.[433] Open normen zijn bedoeld om aan partijen een grotere interpretatievrijheid te laten en dienen er tevens toe dat

430 Zie Besluit AFM 12 augustus 2009 inzake SNS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/sns-bank-nv.ashx, p. 140. Zie voor bespreking van het besluit, par. 5.6.3.9.

431 Mein 2015, p. 183.

432 Mein 2015, p. 184.

433 T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria, 'De invulling van financieel open normen in een meerlagige rechtsorde', in: C.G. Breedveld-De Voogd, A.G. Castermans & M.W. Knigge (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, BWKJ 28, Leiden: Afdeling burgerlijk recht 2013, p. 109-121.

in de praktijk minder leemtes ontstaan.[434] De praktijk resulteert in meer gedetailleerde voorschriften door toezichthoudende autoriteiten. Hierbij dient men zich af te vragen welke invloed deze voorschriften hebben op de civiele rechtspraak.[435] De civiele rechter zal gezien de tweeledige doelstelling van open normen, te weten ontvankelijkheid van de norm voor rechtsovertuigingen in Nederland en doorlaatpost voor fundamentele rechten,[436] gewicht moeten toekennen aan de invulling van de open norm door de toezichthouder. De vraag dient immers aan de orde te komen wat de in Nederland heersende rechtsovertuiging is en daarbij dient de opvatting van de toezichthouder te worden meegewogen.[437]

Het spanningsveld van de invulling van open normen en artikel 7 EVRM speelt ook bij de zorgplicht voor accountants ex artikel 14 Wta.[438] Op grond van artikel 14 Wta dienen externe accountants blijk te geven van onder andere een voldoende professionele-kritische houding. Het is geen goede zaak als de handhaver van normen zelf de normering (mede) kan bepalen.[439] De AFM en de voorzieningenrechter zijn echter van oordeel dat er geen strijd is met artikel 7 EVRM omdat de tekortkomingen rechtstreeks voortvloeien uit de COS-normen (Nadere Voorschriften Controle en overige Standaarden). Waar het gaat om interpretatie van die normen moet het, gelet op de aard en/of ernst van de tekortkomingen, voor de externe accountants voldoende kenbaar zijn geweest dat zij deze normen niet naleefden (zie bijv. Deloitte en EY).[440]

5.6.3.11 Vervolg zorgplichten in de Wft: besluiten AFM op grond van artikel 4:24 en 4:90 Wft

In artikel 4:24 lid 1 Wft is vastgelegd dat indien een financiële onderneming, zonder daarbij tevens te adviseren, een andere beleggingsdienst dan het beheren van een individueel vermogen of een bij Algemene Maatregel van Bestuur aan te wijzen andere financiële dienst verleent, zij informatie inwint over de kennis en ervaring van de consument of cliënt met betrekking tot de desbetreffende dienst of product zodat beoordeeld kan worden of deze dienst

434 Dijkhuizen & Caria 2013, p. 120.
435 Dijkhuizen & Caria 2013, p. 121.
436 J.H. Nieuwenhuis, 'Open normen in een open samenleving. In Nederland levende rechtsovertuigingen', *TREMA* 2005, p. 265.
437 Dijkhuizen & Caria 2013, p. 121.
438 Zie onder meer Rb. Rotterdam 26 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH4580, *JOR* 2009/113, m.nt. P.M. van der Zanden (*FAG Accountants*) en Rb. Rotterdam 7 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1017 (*KSG*).
439 P.M. van der Zanden in zijn noot onder Rb. Rotterdam 26 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH4580, *JOR* 2009/113.
440 Besluit AFM 15 februari 2012 inzake Deloitte, http://www.afm.nl/en/~/media/files/boete/2012/deloitte.ashx. Besluit AFM 9 november 2011 inzake Ernst en Young, http://www.afm.nl/en/~/media/files/boete/2012/ernst-young.ashx. Voorlopige voorziening inzake Ernst en Young Rb. Rotterdam 19 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV2271.

of dit product passend is. Het betreft hier eveneens een zorgplicht. In deze paragraaf zal wederom aan de hand van uitspraken van de AFM worden geanalyseerd hoe de AFM de privaatrechtelijke geaarde regels, die van invloed zijn op het contractenrecht, toepast.[441]

Met artikel 4:24 Wft is artikel 19 lid 5 en 6 van de MiFID geïmplementeerd. De term 'passendheid' is met de implementatie van de MiFID geïntroduceerd.[442] Deze passendheidstoets houdt in dat (alleen) de ervaring en kennis van de cliënt of potentiële cliënt op beleggingsgebied met betrekking tot de specifieke soort van het product en dienst dient te worden nagegaan. De omvang van de zorgplicht is afhankelijk van de aard van de beleggingsdiensten.

(1) SNS

Casus. Op 14 mei 2009 heeft een gesprek tussen AFM en SNS plaatsgevonden naar aanleiding van een artikel in het Financieel Dagblad van 7 mei 2009 over de betrokkenheid van SNS bij beleggers die in de Madoff-gerelateerde fondsen zijn ingestapt. SNS heeft toegezegd onderzoek te doen en de AFM op de hoogte te stellen van het interne onderzoek. De AFM heeft ook een onderzoeksrapport opgesteld genaamd '*Execution only*-dienstverlening m.b.t. niet gereguleerde buitenlandse beleggingsfondsen'. Nadat SNS hierop heeft gereageerd, heeft de AFM het voornemen uitgesproken om een drietal bestuurlijke boetes op te leggen.

SNS heeft in de onderhavige kwestie samengewerkt met verschillende vermogenspartners. Deze vermogenspartners selecteerden voor haar cliënten 'niet geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen'. Dit zijn fondsen zonder een registratie als vergunninghouder bij de AFM. De cliënt van de vermogensadviseur die op diens advies wil beleggen in niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen openden op advies van de vermogensadviseur bij SNS een effectenrekening op basis van *execution only* dienstverlening. De AFM heeft vijf prospectussen van 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen' onderzocht waarin via SNS kon worden belegd. Twee van de vijf fondsen zouden zijn gelieerd aan Madoff.

Besluit en bezwaar. De AFM is van oordeel dat SNS heeft nagelaten om haar nieuwe cliënten die de mogelijkheid hebben gekregen om in de 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen' te beleggen, een algemene beschrijving te verstrekken die gedetailleerd genoeg was om hen als niet professionele belegger in staat te stellen een verantwoorde beleggingsbeslissing te nemen. Omdat de 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen' zich op cruciale punten onderscheiden van reguliere beleggingsfondsen, betreft het een productcategorie waarover de cliënt van te voren specifiek moest worden geïnformeerd,

441 Zie ook par. 1.3. Het betreft geen privaatrecht in de zuivere zin van het woord, maar normen die zijn afgeleid uit het privaatrecht of daar sterk op lijken.

442 *Kamerstukken II* 2006/07, 31086, nr. 3, p. 125.

ook in het kader van de *execution only* dienstverlening. Het betreft hier een overtreding van artikel 4:20 lid 1 Wft. Doordat SNS deze kennis en ervaring niet heeft geïnventariseerd, heeft zij haar cliënten waar nodig ook niet kunnen waarschuwen voor de fondsen (zoals voorgeschreven in artikel 4:24 lid 2 Wft). Voorts heeft SNS bevestigd orders van dit soort beleggers te hebben gebundeld zodat het minimum inlegbedrag werd gehaald en deze vervolgens als één order te hebben doorgegeven aan fondsen die alleen open staan voor 'qualified investors'. Bij besluiten van 20 januari 2011 heeft de AFM aan SNS twee boetes opgelegd van elk € 30.000 voor overtreding van artikel 4:20 lid 1 en artikel 4:24 lid 1 Wft en € 5000 voor overtreding artikel 4:90 Wft. Bij beslissing op bezwaar zijn de bezwaren van SNS ongegrond verklaard.

Beroep. In beroep zijn de bezwaren van SNS verworpen.[443] SNS stelt dat het gehanteerde aanvraagformulier volstaat als 'know your customer'-toets als bedoeld in artikel 4:24 lid 1 Wft.

In het kader van de bundeling van orders doet SNS een beroep op artikel 7 EVRM. De bundeling is slechts ingegeven om logistieke redenen en een verbod hierop is niet vastgelegd in een wettelijke norm. Met de AFM is de rechtbank van oordeel dat SNS gehouden was haar cliënten te informeren over het feit dat zij via de *execution only* dienstverlening van SNS konden beleggen in fondsen die voor hen als particulieren in beginsel niet openstonden, gelet op de minimum initiële instapbedragen en de eisen die de fondsen aan de beleggers stelden en die als niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen niet in Nederland mochten worden aangeboden.[444] Dat ook die informatie moest worden verstrekt, is een onontkoombare consequentie van de dienstverlening die SNS heeft geboden aan haar voorgeselecteerde cliënten. Deze informatie over de aard en risico's van de fondsen was immers onontbeerlijk om de niet-professionele belegger in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen. Kortom, op grond van artikel 4:20 lid 2 Wft rustte op SNS de verplichting om de hefboomwerking en de gevolgen daarvan, het risico dat de gehele belegging verloren gaat, de volatiliteit van de prijs en de beperkingen in bestaande markten voor fondsen mee te delen.

Met betrekking tot artikel 4:90 Wft oordeelt de rechtbank dat, hoewel er sprake is van een open norm waarvan de grenzen niet telkens kunnen worden nagegaan, namelijk het zich eerlijk, billijk en op professionele wijze inzetten voor de belangen van cliënten, SNS onmiskenbaar afbreuk heeft gedaan aan deze zorgplicht. Door het bundelen van individuele orders die minder bedroegen dan € 50.000 heeft SNS bewerkstelligd dat een deel van haar cliënten aan een of meer van die fondsen heeft kunnen deelnemen, terwijl die cliënten niet voldeden aan de toetredingseisen van die fondsen.

Wel heeft de rechtbank de boete verlaagd op grond van artikel 6 lid 1 EVRM. De redelijke termijn zou zijn overschreden.

443 Rb. Rotterdam 3 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9415, r.o. 6.3.
444 Rb. Rotterdam 3 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9415, r.o. 8.2.

Hoger beroep. In hoger beroep voert SNS aan dat de AFM een buitenwettelijke maatstaf hanteert bij de vraag of de artikelen 4:24 en 4:90 Wft zijn nageleefd. De categorie 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen' waaraan de AFM de overtredingen ophangt heeft geen wettelijke basis.[445]

Het CBb onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat de AFM in haar besluitvorming de term 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen' heeft gehanteerd. Op deze fondsen wordt geen adequaat toezicht gehouden en aan deelneming kleven bijzondere risico's. Het College volgt de rechtbank in haar oordeel dat SNS meer informatie had moeten verstrekken ten aanzien van de risico's van deze beleggingsfondsen. De restrictieve uitleg van de verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 4:20 lid 1 en 4:24 lid 1 Wft die SNS voorstaat, kan in de tekst van de bepalingen niet gelezen worden en strookt niet met de achtergrond van deze bepalingen: de bescherming van de niet-professionele beleggers.

SNS kan zich niet onttrekken aan deze verplichtingen door te wijzen op de betrokkenheid van de externe vermogensadviseur. SNS mocht er niet vanuit gaan dat de externe vermogensadviseur aan de informatieverplichtingen van de artikel 4:24 Wft zou voldoen en dat voor SNS geen rol was weggelegd, anders dan het uitvoeren van de orders.

Eveneens heeft SNS afbreuk gedaan aan de algemene zorgplicht van artikel 4:90 Wft door op inschrijfformulieren aan te geven dat cliënten vermogend zijn zonder dit te controleren. En ook door individuele orders te bundelen waardoor cliënten die niet aan de toetredingseisen voldeden toch aan bepaalde fondsen konden deelnemen. Het besluit blijft dan ook in stand.

Commentaar. Met betrekking tot dit feitencomplex is een civiele zaak aanhangig geweest.[446] Hierbij staat ook de vraag centraal in hoeverre SNS de zogenaamde passendheidstoets van artikel 4:24 Wft heeft uitgevoerd.[447] De rechtbank overweegt dat deze passendheidstoets niet voldoende is uitgevoerd. De beleggingen in de fondsen vormen een aparte productcategorie, die moet worden onderscheiden van hetgeen SNS Bank in haar algemene voorwaarden onder de noemer 'beleggingsfondsen' had omschreven. Cliënten zijn niet gevraagd naar hun kennis en ervaring met betrekking tot specifiek deze productcategorie, zodat ten aanzien daarvan ook geen passendheidstoets is uitgevoerd. Evenmin heeft SNS op eerste verzoek de betreffende prospectussen van de bijzondere beleggingsfondsen beschikbaar gesteld. De rechtbank verklaart dan ook voor recht dat SNS is tekortgeschoten in haar zorgplicht.

Een beleggingsinstelling kan zich niet verschuilen achter een beleggingsadviseur. De beleggingsinstelling dient een passendheidstoets uit te voeren op grond van artikel 4:24 Wft. In theorie zou het mogelijk zijn om deze pas-

445 CBb 17 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:249.

446 Het betreft een collectieve actie van Stichting Claim SNS.

447 Rb. Midden Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9836, *JOR* 2013/76, m.nt. C.W.M. Lieverse.

sendheidstoets over te laten aan de adviseur, maar hierover moeten dan wel duidelijke afspraken gemaakt zijn.[448]

5.6.4 Overkreditering

5.6.4.1 Inleiding

In deze paragraaf zullen de besluiten op grond van artikel 4:34 Wft, het voorkomen van overkreditering, worden besproken.

5.6.4.2 Besluiten AFM op grond van artikel 4:34 Wft en 115 BGfo

In artikel 4:34 lid 2 Wft is bepaald dat de aanbieder geen overeenkomst inzake krediet aangaat met een consument indien dit, met het oog op overkreditering van de consument onverantwoord is. Artikel 4:34 Wft is een implementatie van artikel 8 van de Richtlijn consumentenkrediet.[449] Artikel 4:34 Wft is nader uitgewerkt in artikel 115 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo). In dit artikel is bepaald dat een aanbieder van krediet ter voorkoming van overkreditering de criteria vastlegt die hij betrekt bij de beoordeling van een kredietaanvraag van een consument.

Artikel 4:34 Wft is gericht tot de aanbieder en is niet van toepassing op bemiddelaars tussen consumenten en financiële instellingen. Op grond van artikel 4:23 Wft moeten bemiddelaars bij adviezen wel rekening houden met de financiële positie van de consument. De AFM hanteert voor bemiddelaars overigens wel dezelfde normen als voor aanbieders van financiële producten.[450] Dit volgt onder meer uit de besluiten Drieman/Huis & Hypotheek Woerden B.V.[451] en QuaRendum Epe B.V.[452] Het betreft in beide gevallen het aangaan van een hypotheek. In beide gevallen is onvoldoende informatie ingewonnen en is het advies onvoldoende gestoeld op de ingewonnen informa-

448 Rb. Midden Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9836, *JOR* 2013/76, m.nt. C.W.M. Lieverse.

449 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad.

450 Zie Besluit AFM 26 mei 2009 inzake Drieman/Huis & Hypotheek Woerden B.V. http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/drieman.ashx, zie p. 7 van besluit en Besluit AFM 2 oktober 2009 inzake QuaRendum Epe B.V. http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/quarendum-epe-bv.ashx. Zie voor een civiele zaak rb. Overijssel 25 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3607.

451 Zie Besluit AFM 26 mei 2009 inzake Drieman/Huis & Hypotheek Woerden B.V. http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/drieman.ashx.

452 Besluit AFM 2 oktober 2009 inzake QuaRendum Epe B.V. http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/quarendum-epe-bv.ashx.

tie en daarmee is artikel 4:23 Wft overtreden. Voor de invulling van de norm van artikel 4:23 Wft wordt de hieronder genoemde Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF) gehanteerd.

De wetgever heeft de invulling van de open norm van artikel 4:34 Wft overgelaten aan de financiële sector. De aanbieder dient op grond van de verkregen informatie af te wegen of er sprake is van (on)verantwoorde kredietverstrekking die al dan niet leidt tot overkreditering.[453] Het is onduidelijk waarom is gekozen voor een open norm. 'Mogelijk om te voorkomen dat gebruik wordt gemaakt van juridische redeneringen of constructies die volgens de letter van de wet kloppen maar tegen de geest van de wet ingaan.'[454] Bovendien wordt zo gestimuleerd dat de bank, die haar cliënt kent, een eigen afweging maakt.[455] Ter invulling van de open norm van artikel 4:34 Wft is een aantal gedragsnormen opgesteld door onder andere de Vereniging Financieringsondernemingen in Nederland (VFN),[456] de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB)[457] en de Nederlandse Thuiswinkel Organisaties (NTO).[458] De gedragscodes komen er op neer dat na het verstrekken van het krediet een minimaal bedrag moet overblijven voor levensonderhoud.[459]

De AFM heeft zelf ook rapporten opgesteld als 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheken' (2007)[460] en 'Feedbackstatement Consultatie document toetskader hypothecaire kredietverlening' (2010).[461] In het licht van de gedragsregels, zelfregulering, en rapporten van de AFM vragen Dijkhuizen en Caria zich dan ook af in hoeverre de aanbieders in de praktijk de vrijheid hebben om de normen naar eigen inzicht te interpreteren.[462] Mijns inziens wordt hiermee wel tegemoet gekomen aan de behoefte aan duidelijkheid omtrent de vraag wanneer er sprake is van overkreditering en er een punitieve sanctie zal volgen. Wel doen dergelijke regels afbreuk aan het open karakter van de norm als neergelegd in artikel 4:34 Wft. Deze paradox onderstreept het spanningsveld van het beboeten van open normen en het legaliteitsbeginsel (artikel 7 EVRM).

---

453 Dijkhuizen & Caria 2013, p. 117.
454 Dijkhuizen & Caria 2013, p. 117.
455 R.J. Schotsman, *Praktijkgids WFT. Financiële markten en ondernemingen onder toezicht*, Amsterdam: NIBESVV 2011, p. 79.
456 http://www.vfn.nl/assets/uploads/files/VFN%20Gedragscode%20per%2001-01-2014.pdf.
457 http://www.nvb.nl/media/document/001390_normen-consumptief-krediet-per-1-april-2014.pdf.
458 Bijlage bij Gedragsregels Thuiswinkel waarborg, https://www.thuiswinkel.org/bedrijven/lidmaatschap/voorwaarden/gedragsregels-thuiswinkel-waarborg.
459 Claassen & Snijders 2014, p. 190.
460 Rapport AFM, *Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheken*, te vinden op http://www.afm.nl/~/media/Files/rapport/2007/kwaliteit-advies-transparantie-hypotheken.ashx
461 Statement AFM, *Feedbackstatement Consulatie document toetskader hypothecaire kredietverlening*, april 2010 te vinden op http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2010/04/21/fm10-4170-bijlage-fm10-4170-bijlage-feedbackstatement/fm10-4170-bijlage-feedbackstatement.pdf.
462 Dijkhuizen & Caria 2013, p. 118.

In deze paragraaf wordt een aantal besluiten besproken met betrekking tot de beoordeling door de AFM van overkreditering ex artikel 4:34 Wft.

(1) DSB

Casus. DSB verstrekt hypothecaire leningen. Als lid van de VNB heeft DSB de Contactorgaan Hypothecair Financiers (CHF)-normen onderschreven. Op grond van artikel 6.6 van de Gedragscode Hypothecair Financieringen (GHF) mag in bijzondere gevallen worden afgeweken van deze normen. Deze afwijkingen moeten gemotiveerd worden. DSB had verder in de zogenaamde Kredietnota ruimere criteria vastgelegd voor de gevallen die niet pasten binnen de beoordelingscriteria. In vijf van de 34 dossiers is niet alleen afgeweken van de CHF-norm, maar ook van de ruimere Kredietnota, zonder dat sprake was van een bijzonder geval. Evenmin is de afwijking gemotiveerd. DSB heeft betoogd dat afwijking gerechtvaardigd is als naar het oordeel van daartoe geautoriseerde medewerkers de afwijking marginaal is of als het jegens de klant onredelijk is strikt de letter van de Kredietnota te volgen.

Besluit. De AFM heeft een boete opgelegd van € 96.000 voor overtreding van artikel 115 lid 1 BGfo.[463]

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. Met betrekking tot de afwijkingen van de CHF-normen heeft DSB geen duidelijke regels opgesteld waardoor DSB de mogelijkheid heeft geopend dat overkreditering plaats zou vinden. De voorzieningenrechter overweegt dat deze vage en niet geadstrueerde bepalingen, volgens welke geautoriseerde medewerkers mogen bepalen of er kan worden afgeweken van de normen, de mogelijkheid openen dat overkreditering plaats vindt. Artikel 115 BGfo is naar het oordeel van de voorzieningenrechter dan ook overtreden.[464]

Bezwaar. In bezwaar stelt DSB onder meer dat de open norm van artikel 4:34 Wft door de AFM ten onrechte is ingevuld door toepassing van de GHF.[465] DSB maakt bezwaar tegen het standpunt van de AFM dat overtreding van de GHF leidt tot het oordeel dat de norm van artikel 4:34 Wft is overtreden. Enerzijds omdat de GHF *principle based* is en anderzijds omdat de AFM niet van te voren heeft gemeld dat schending van GHF een overtreding van artikel 4:34 Wft oplevert.

De AFM overweegt dat de GHF door markpartijen is opgesteld om invulling te geven aan de open norm van artikel 4:34 Wft. De AFM heeft aangegeven dat wanneer op een correcte wijze uitvoering wordt gegeven aan de GHF, marktpartijen in beginsel handelen conform artikel 4:34 Wft. DSB is van de GHF

463 Besluit 5 mei 2009 inzake DSB, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/dsb-art115-bgfo.ashx.

464 Rb. Rotterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1748, *JOR* 2009/261.

465 Besluit op bezwaar AFM 5 oktober 2009 inzake DSB, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/dsb_besliss_bezwaar_art434_1_2_wft.ashx.

afgeweken. Deze afwijkende werkwijze is door de AFM beoordeeld en in strijd met artikel 4:34 Wft geacht.

De beroepsgrond dat DSB niet bekend was met de invulling artikel 4:34 Wft kan (mede) niet slagen om de reden dat de deskundige dienstverlener de nodige zorg dient te betrachten zonder enig voorbehoud en ongeacht of wet- en regelgeving op dat moment expliciete invulling daaraan geeft.[466] Voorts overweegt de AFM dat het doel van de publicatie van boete-besluiten is de grenzen van de open normen aan te geven.[467]

De bezwaren van DSB worden ongegrond verklaard.

Commentaar. DSB krijgt een boete omdat het beleid onvoldoende duidelijk is vastgelegd waardoor overkreditering kan plaatsvinden.

De AFM legt een boete op die niet alleen gebaseerd is op de Gedragscode, maar ook op bepalingen uit het rapport 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheken'. Hierover wordt door Roelofsen opgemerkt: 'vanuit het oogpunt van regelgeving is dat curieus omdat een publiekrechtelijke regeling wordt uitgewerkt via zelfregulering, maar vervolgens weer publiekrechtelijk wordt ingekleurd door een AFM rapport zonder een duidelijke juridische grondslag'.[468] De voorzieningenrechter heeft zich overigens niet uitgelaten over het feit dat de AFM zich gedeeltelijk heeft gebaseerd op het rapport 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheken'. De AFM verheft haar eigen invulling van de norm tot de enige standaard.[469]

De overwegingen uit het besluit op bezwaar zijn interessant voor de invulling van open normen. De AFM overweegt dat het argument dat de AFM niet kenbaar heeft gemaakt dat artikel 4:34 Wft zou worden ingevuld aan de hand van de GHF niet betekent dat DSB een beroep op het bepaalbaarheidsgebod (artikel 7 EVRM) kan doen. De AFM overweegt dat uit de in acht te nemen zorgplicht voortvloeit dat de deskundige dienstverlener de nodige zorg betracht zonder enig voorbehoud en ongeacht of wet- en regelgeving op dat moment expliciete invulling daaraan geeft.[470] Van Tuyll merkt hierover op dat de kenbaarheid van de overkrediteringsnorm dus ook zou kunnen voortvloeien uit de civiele zorgplicht, ongeacht of wet- en regelgeving op dat moment expliciete invulling aan die norm geven.[471] Daarnaast overweegt de AFM dat de doelstel-

466 Zie besluit op bezwaar AFM 5 oktober 2009 inzake DSB, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/dsb_besliss_bezwaar_art434_1_2_wft.ashx, p. 6. Van Tuyll merkt op dat de wijze van handhaving door de AFM ook kenbaar zou zijn uit de civiele zorgplicht. Zie C.F.J. van Tuyll, 'Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod', *O&F* 2012/977, p. 37.

467 Besluit op bezwaar AFM 5 oktober 2009 inzake DSB, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/dsb_besliss_bezwaar_art434_1_2_wft.ashx, p. 12.

468 E.P. Roelofsen, 'Overkreditering na de aangepaste Gedragscode: much ado about nothing', *FR* 2011, 7-8, p. 200. Zie ook Dijkhuizen & Caria 2013, p. 118.

469 Dijkhuizen & Caria 2013, p. 119. Zie in dit kader ook J. Black, 'Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation', *CMLJ* 2008, p. 446.

470 Zie besluit op bezwaar AFM 5 oktober 2009 inzake DSB, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/dsb_besliss_bezwaar_art434_1_2_wft.ashx, p. 6.

471 Van Tuyll 2012, p. 37.

ling van de publicatie van de (boete-)besluiten onder meer is de grenzen aan te geven van de open normen.

(2) Postbank

Casus. Postbank verstrekt hypothecair krediet en heeft de GHF onderschreven. De AFM heeft 48 dossiers onderzocht en in een tiental dossiers heeft de AFM vastgesteld dat de hoogte van het verstrekte hypothecaire krediet 5,2 tot 6,7 maal het gezamenlijk jaarinkomen van de consument bedraagt. De hypothecaire leningen zijn grotendeels aflossingsvrij. Op grond van artikel 6 lid 6 van de GHF is de Postbank afgeweken van de GHF door alternatieve criteria te hanteren. De AFM is van oordeel dat Postbank zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van het betalings- en vermogensrisico dat gepaard gaat met een dergelijke verhouding tussen inkomen en de verstrekte hypotheek.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 6 februari 2009 heeft de AFM twee bestuurlijke boetes aan Postbank opgelegd van elk € 5.000 wegens overtreding van artikel 4:34 lid 1 en 2 Wft. Bij besluit van 9 juli 2009 heeft de AFM het bezwaar ongegrond verklaard.[472]

Beroep. De rechtbank beantwoordt eerst de vraag of de AFM tot uitgangspunt heeft kunnen nemen dat artikel 6 lid 4 GHF waaronder de annuïtaire toets, als maatstaf door de banken kan worden gehanteerd om te voldoen aan artikel 4:34 lid 2 Wft. De Postbank heeft wel de GHF normen onderschreven maar is in tien dossiers hiervan afgeweken door alternatieve criteria te hanteren als bedoeld in artikel 6 lid 6 GHF. Het lag daarom op de weg van de Postbank om te onderbouwen dat het aangaan van de desbetreffende overeenkomsten inzake krediet niet onverantwoord is geweest met het oog op voorkoming van overkreditering van die consumenten. De branche acht blijkbaar in bijzondere gevallen afwijking mogelijk, maar daarvoor zijn dan wel bijzondere waarborgen nodig.[473] Postbank heeft hier niet aan voldaan en verwijzing naar het eigen algemene beleid volstaat niet. De boete met betrekking tot artikel 4:34 lid 2 Wft blijft in stand. Met betrekking tot de boete voor artikel 4:34 lid 1 Wft is Postbank niet-ontvankelijk verklaard omdat Postbank verklaard zou hebben dat de boete niet betwist werd.

Hoger beroep. In beroep vernietigt het CBb het boetebesluit van de AFM. Het begrip onverantwoorde kredietverstrekking is door de wetgever niet nader ingevuld. Wel heeft de minister in een brief van 15 februari 2006 gewezen:

> 'op onder meer het betalingsrisico dat gekoppeld is aan de hypothecaire financiering van de eigen woning en het voornemen van de bancaire sector

472 Besluit en bezwaar niet gepubliceerd, te kennen uit Rb. Rotterdam 20 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM5231, *JOR* 2010/196.

473 Rb. Rotterdam 20 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM5231, *JOR* 2010/196, zie r.o. 2.13.

om maatregelen – met het oog op het creëren van een financiële buffer – op te nemen in de GHF'.[474]

Het CBb oordeelt dat voor zover de AFM heeft geoordeeld dat Postbank niet alleen in uitzonderingsgevallen is afgeweken van de norm uit GHF, de AFM er aan voorbijgaat dat de minister het van belang heeft geacht 'dat het mogelijk blijft om voor bepaalde (categorieën) huishoudens een maatwerkoplossing te zoeken'.[475] De omstandigheid dat Postbank op basis van generieke kenmerken, en daarmee voor bepaalde 'categorieën' huishoudens een afwijking van de annuïtaire toets mogelijk heeft gemaakt, betekent naar het oordeel van het CBb dan ook niet dat Postbank in strijd met de GHF heeft gehandeld.[476] Het onderdeel van het boetebesluit met betrekking tot de overtreding van artikel 4:34 lid 2 Wft wordt vernietigd.

Ook het onderdeel van het boetebesluit met betrekking tot artikel 4:34 lid 1 Wft wordt vernietigd. Uit de stukken is gebleken dat Postbank voorafgaand aan het aangaan van de kredietovereenkomsten informatie heeft ingewonnen over de financiële positie van de betrokken consumenten, waaronder de brutoinkomsten, kredieten en vermogen, en dat mogelijke risico's zoals overlijden en arbeidsongeschiktheid bij de beoordeling van de kredietaanvraag aan de orde zijn geweest. Gebleken is dat Postbank aan de hand van de negatieve en positieve criteria (NAT-criteria) heeft beoordeeld of het aangaan van de overeenkomst met het oog op het voorkomen van overkreditering verantwoord is.[477]

Commentaar. De invulling van artikel 4:34 Wft betreft de vraag of de financiële onderneming binnen de kaders van de GHF is gebleven. Eventuele afwijkingsmogelijkheden van de GHF dienen door de instelling zelf te worden ingevuld. De rechtbank oordeelt dat de AFM de (open) norm van artikel 4:34 lid 2 Wft niet gelijk heeft gesteld aan de GHF-code, maar slechts dat invulling kan worden gegeven aan deze norm door middel van die code.[478] De AFM verweert zich jegens Postbank ook met de stelling dat afwijking wel mogelijk is, maar dat dit voldoende onderbouwd dient te worden.

In een noot onder de uitspraak vraagt Van Poelgeest zich af of in het geval Postbank zich niet aan de GHF had gehouden en een eigen beleid had gehanteerd, de financiële buffer per se gelijk zou dienen te zijn aan de buffer zoals bepaald in de GHF. Of zou ook op andere wijze kunnen blijken dat er geen sprake is van een onverantwoorde wijze van kredietverstrekking?[479] Van Poelgeest pleit ervoor dat er naar het geheel van de normen wordt gekeken, zonder iedere bepaling uit de gedragscode naast het door de financiële onderneming gehanteerde beleid te houden. Dit zou te meer gelden als ten tijde van de handeling door de AFM niet of mogelijk niet voldoende met de markt is

474 *Kamerstukken II* 2005/2006, 29 507, nr. 35.
475 CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69, *JOR* 2013/280, m.nt. J.M. van Poelgeest, r.o. 5.4.
476 CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69, *JOR* 2013/280, m.nt. J.M. van Poelgeest, r.o. 5.4.
477 CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69, *JOR* 2013/280, m.nt. J.M. van Poelgeest, r.o. 5.10.
478 Zie ook Mein 2015, p. 186, voetnoot 313.
479 J.M. van Poelgeest in zijn noot onder CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:6, *JOR* 2013/280.

gecommuniceerd welke exacte norm moet worden gehanteerd, wil sprake zijn van een overtreding van de norm. De norm dient immers voldoende kenbaar en voorzienbaar te zijn alvorens een boete opgelegd kan worden.

Mijns inziens legt Van Poelgeest, met zijn oproep om het geheel van de normen mee te wegen, de vinger op een zwakte van bestuursrechtelijke handhaving. Het hanteren van de juist geachte financieringsnormen lijkt belangrijker te zijn dan de daadwerkelijke uitwerking daarvan in de praktijk. In het civiele recht is daarentegen het doel van de zorgplicht bij overkreditering het beschermen van particulieren tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht. De omvang van deze zorgplicht is afhankelijk van specifieke omstandigheden van het geval, zoals de deskundigheid en ervaring van de kredietnemer en de ingewikkeldheid en risico's van het product.[480]

Een ander kritiekpunt is dat de leidraad verheven wordt tot een norm die strenger kan zijn dan de door de wetgever bewust opengelaten norm, zonder dat hiervoor een direct wettelijke basis is. De financiële dienstverlener mag wel afwijken van de leidraad, maar de eisen die daaraan worden gesteld zijn erg zwaar. Deze regelgeving staat op gespannen voet met de contractvrijheid van de partijen op de financiële markten.[481]

(3) ELQ

Casus. ELQ verstrekt hypothecair krediet. De AFM is van oordeel dat ELQ bij de acceptatie van hypothecair krediet beoordelingscriteria hanteert die onvoldoende gericht zijn op het voorkomen van overkreditering. ELQ onderschrijft de GHF norm. De GHF schrijft voor dat voor de berekening van de woonquote het hoogste inkomen gehanteerd moet worden en niet zoals ELQ doet het gezamenlijk inkomen. ELQ overschrijdt ook de in de GHF neergelegde woonlastnormen en er wordt niet onderbouwd waarom de overschrijding niet tot overkreditering zou leiden.

Besluit en bezwaar. De AFM heeft ELQ een boete opgelegd van € 48.000 voor overtreding van artikel 115 BGfo.[482] ELQ heeft onvoldoende beoordeeld of het aangaan van de hypothecaire leningen verantwoord was. Het bezwaar wordt ongegrond verklaard.[483] De AFM legt in een separaat besluit ook een boete van € 2.000 op voor overtreding van artikel 4:34 lid 1 Wft en € 2.000 voor overtreding van artikel 4:34 lid 2 Wft.[484] Er is onvoldoende onderbouwd waar-

480 Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.

481 Loonen & Schotsman 2016, p. 209.

482 Besluit AFM 20 april 2010 inzake ELQ, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/elq.ashx.

483 Besluit op bezwaar AFM 5 augustus 2010 inzake ELQ, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/beslissing-bezwaar/bb-elq.ashx. Hangende bezwaar was er ook om een voorlopige voorziening gevraagd. Deze is afgewezen. Rb. Rotterdam 29 april 2010, ECLI:NLRBROT:2010:BM5061.

484 Besluit 20 april 2010 inzake ELQ http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/elq.ashx.

om van de normen uit de GFH is afgeweken. Ook dit besluit blijft in bezwaar in stand.[485]

(4) Mercedes Benz Financial Services

Casus. MBFS verstrekt aan consumenten kredieten in verband met de financiering van auto's. MBFS heeft zelf een Procedure Consumptief Krediet opgesteld. De AFM heeft onder andere aan MBFS brieven verstuurd waarin is meegedeeld dat voor de invulling van de open normen ter voorkoming van overkreditering de normen van de NVB en VFN gehanteerd worden.

Besluit en bezwaar. Bij besluiten van 8 april 2010 heeft de AFM MBFS beboet met twee boetes van respectievelijk € 24.000 (overtreding artikel 115 BGfo) en € 1.000 (overtreding 4:34 lid 2 Wft).[486] De grond voor de boetes is het onvoldoende vastleggen van criteria ter voorkoming van overkreditering en het in individuele gevallen bij het sluiten van kredietovereenkomsten onvoldoende tegengaan van overkreditering. De Procedure CK zou te veel afwijken van de normen van de NVB en VFN en onvoldoende waarborgen bieden tegen overkreditering. Bij besluiten van 12 augustus 2010 respectievelijk 9 september 2010[487] zijn de bezwaren ongegrond verklaard.

Beroep. Met betrekking tot het besluit inzake overtreding van artikel 115 BGfo voert MBFS aan dat artikel 115 BGfo geen inhoudelijke eisen stelt aan de criteria ter voorkoming van overkreditering en dat MBFS heeft voldaan aan de verplichting uit artikel 115 BGfo om criteria op te stellen.[488] De rechtbank oordeelt dat artikel 115 BGfo niet verder strekt dan dat de aanbieder van krediet ter voorkoming van overkreditering criteria vaststelt die hij ten grondslag legt aan de beoordeling van een kredietaanvraag van een consument en dat hij deze criteria toepast bij de beoordeling van elke kredietaanvraag. AFM heeft door in deze bepaling te lezen dat eerst aan deze gebodsbepaling is voldaan indien de vastgestelde criteria daadwerkelijk overkreditering voorkomen, een te ruime uitleg aan deze bepaling gegeven. Bij een dergelijke ruime uitleg zal, indien de vastgelegde criteria bij onverkorte toepassing daarvan overkreditering niet voorkomen, telkens sprake zijn van overkreditering in de zin van zowel artikel 115 BGfo als artikel 4:34 lid 2 Wft. Dit zou betekenen dat er twee bestuurlijke boetes worden opgelegd voor een en dezelfde overtreding. Dit kan niet de bedoeling zijn van de wetgever, aldus de rechtbank.[489]

485 Beslissing op bezwaar AFM inzake ELQ 5 augustus2010, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/beslissing-bezwaar/bb-elq.ashx.
486 Besluit AFM (alleen art. 4:34 Wft) van 8 april 2010 inzake MBFS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2014/mercedes-benz.ashx.
487 Besluit op bezwaar AFM 9 september 2010 inzake MBFS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2014/beslissing-bezwaar/mercedes-benz-bob.ashx.
488 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3835, *JOR* 2011/228, m.nt. V.H. Affourtit.
489 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3835, *JOR* 2011/228, m.nt. V.H. Affourtit, r.o. 2.6.

MBFS heeft met de Procedure CK criteria vastgesteld en deze criteria ook toegepast. Dat deze criteria overkreditering niet voorkomen, doet hier niet aan af. Het beroep tegen het boetebesluit ex artikel 115 BGfo is gegrond en de boete ad € 24.000 wordt vernietigd.

MBFS betoogt, met betrekking tot het besluit inzake overtreding van artikel 4:34 Wft, dat de AFM een onjuiste uitleg geeft aan artikel 4:34 lid 2 Wft door bij de invulling van de norm aan te sluiten bij de Gedragscode VFN. De uitleg die de AFM geeft aan de open norm komt in strijd met het bepaalbaarheidsgebod. Uit de tekst van artikel 4:34 lid 2 Wft is niet af te leiden dat deze bepaling is overtreden indien acceptatiecriteria zijn vastgelegd die niet minimaal gelijk staan aan die van de door de VFN opgestelde code. De rechtbank oordeelt dat de AFM de open normstelling juist heeft uitgelegd door als uitgangspunt te nemen dat de door de branche zelf vastgestelde Gedragscode VFN als minimumnormen dienen te worden gehanteerd om te beoordelen of kredietverstrekkers voldoen aan het verbod van overkreditering. Het betoog faalt derhalve. Aangezien er in drie van de 30 beoordeelde dossiers sprake is van overkreditering is er strijd met de Gedragscode.[490]

Het feit dat er geen sprake is van benadeling van de consumenten, althans dat dit niet is komen vast te staan, doet niet ter zake aangezien de norm is overschreden en van te voren is aangegeven hoe de norm zou worden ingevuld.

Hoger Beroep. Het CBb heeft het oordeel van de rechtbank bekrachtigd.[491] Ook het CBb acht de uitleg van artikel 115 BGfo door de AFM te ruim. Uit de tekst van de bepaling volgt dat een aanbieder van krediet, ter voorkoming van overkreditering, de criteria vastlegt die hij ten grondslag legt aan de beoordeling van een kredietaanvraag van een consument en dat hij die criteria toepast bij de beoordeling van een kredietaanvraag. Volgens de AFM mogen de vastgelegde criteria in geen enkel geval leiden tot het aangaan van kredietovereenkomsten die onverantwoord zijn. Zou deze inhoudelijke toets niet mogen worden aangelegd, aldus de AFM, dan kan niet worden gewaarborgd dat de door een aanbieder van krediet vast te leggen criteria niet leiden tot minder bescherming tegen overkreditering dan de minimumnormen uit de Gedragscode VFN. Het CBb oordeelt dat deze ruime uitleg onvoldoende steun vindt in de tekst van artikel 115 lid 1 BGfo.

Commentaar. De norm van artikel 115 BGfo beoogt derhalve niet inhoudelijke criteria voor te schrijven die daadwerkelijk in het concrete geval overkreditering voorkomen. De AFM mag alleen controleren of er criteria zijn opgesteld en of deze worden toegepast, ongeacht of deze regels beschermend werken. De kredietacceptatiecriteria mogen niet aan de inhoudelijke toets worden onderworpen of de acceptatiecriteria nimmer zullen resulteren in het aangaan van een onverantwoorde kredietovereenkomst.[492] Het resultaat van de regeling is dan

490 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3835, *JOR* 2011/228, m.nt. V.H. Affourtit, r.o. 2.11.

491 CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, *JOR* 2014/41, m.nt. F.M.A. 't Hart.

492 CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, *JOR* 2014/41, m.nt. F.M.A. 't Hart.

ook niet de daadwerkelijke bescherming van cliënten. Bij de beoordeling het resultaat buiten beschouwing laten acht ik een nadeel van deze vorm van bestuursrechtelijke handhaving.

De inhoudelijke norm staat in artikel 4:34 Wft. Met betrekking tot het besluit inzake overtreding 4:34 Wft, merkt Affourtit op, dat de afwijking van de VFN normen bij de AFM reeds tot de conclusie leidt dat er sprake is van overkreditering.[493] Het uitgangspunt is immers dat de VFN normen als minimum gelden bij invulling van de norm. De AFM kent daarmee, naar mijn mening, een te absolute waarde toe aan de Gedragscode.[494]

(5) Rabobank I

Casus. De AFM heeft bij vijf lokale banken van de Rabobank Nederland een onderzoek gedaan naar het aangaan van kredietovereenkomsten met het oog op overkreditering in het kader van de adviespraktijk rondom hypotheken.

Besluit. De Rabobank heeft in ieder van de 14 onderzochte dossiers voldoende informatie ingewonnen met betrekking tot de financiële positie van de klant, maar heeft naar het oordeel van de AFM onvoldoende beoordeeld of het aangaan van de kredietovereenkomst met het oog op overkreditering verantwoord is.[495] In het rapport 'Kwaliteit en transparantie bij hypotheken' heeft de AFM aangegeven dat een cijfermatige onderbouwing noodzakelijk is wanneer de woonlast volgens toetsing van de GHF norm niet meer passend is. Deze cijfermatige onderbouwing is in geen van de 14 dossiers te vinden. De Rabobank heeft dan ook onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er, ondanks de overschrijding, toch sprake is van een verantwoorde woonlast. De Rabobank heeft onvoldoende beoordeeld of het aangaan van de overeenkomst met het oog op overkreditering verantwoord was en heeft dit ook niet met cijfers onderbouwd. Ook is de Rabobank ongemotiveerd afgeweken van de verhoging van het toetsinkomen voor aanvragers met een leeftijd tot 35. De Rabobank heeft, aldus de AFM, artikel 4:34 Wft overtreden. De AFM legt de Rabobank een boete op van € 5.000 voor het overtreden van het eerste lid en een boete van € 5.000 voor overtreding van lid 2.

(6) Rabobank II

Casus. Door de markt van aanbieders van hypothecair krediet is aan deze open norm een nadere invulling gegeven door middel van de GHF. De AFM beschouwt de GHF als een redelijk uitgangspunt om te toetsen of de lasten van een hypothecair krediet verantwoord zijn. Via zogenaamde '*explains*' heeft de Rabobank uitzonderingscategorieën vastgesteld waarbij mag worden afgeweken van deze GHF-norm (bijv. bij aanvragers met een leeftijd tot 35 jaar gebaseerd

493 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3835, *JOR* 2011/228, m.nt. V.H. Affourtit.
494 Zie ook Mein 2015, p. 187.
495 Besluit AFM 24 september 2010 inzake Rabobank Nederland, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/rabobank-423wft.ashx.

op opleiding). De AFM is van oordeel dat door het hanteren van de door de Rabobank gehanteerde *explain* regel de acceptatiecriteria van de Rabobank Nederland er niet op zijn gericht om overkreditering van de consument te voorkomen. De AFM is van oordeel dat niet elke consument van een bepaalde leeftijd of opleiding standaard een salarisstijging zal meemaken. De Rabobank dient salarisstijgingen van de kredietaanvragen aantoonbaar te maken door bijvoorbeeld Cao-afspraken en/of een werkgeversverklaring.

De Rabobank stelt dat zij zich baseert op cijfers van het CBS ter invulling van de open wettelijke norm. De AFM merkt hierover op dat de AFM en de GHF-code zich enkel aansluiten bij dergelijke algemene statistische gegevens om de toetsnorm te bepalen. Indien de kredietaanbieder hiervan wenst af te wijken door middel van bijvoorbeeld een *explain* kan dit bij individuele gevallen, mits de afwijking wordt onderbouwd en in deze specifieke situatie verantwoord is. Een *explain* voor een doelgroep is dan ook niet voldoende specifiek. Dat de AFM zelf ook statistische gegevens hanteert om voor een bepaalde groep individuen en eenpersoonshuishoudens een afwijking van de GHF-norm te onderbouwen, is volgens haar een wijze om de toetsnorm voor een groep te onderbouwen. Dit betekent namelijk dat er ten aanzien van deze groep een andere toetsnorm geldt dan bijvoorbeeld voor tweepersoonshuishoudens. Deze afwijkende toetsnorm hoeft echter niet ook te gelden als afwijking van de GHF-norm en derhalve als *explain,* zoals de Rabobank stelt in haar zienswijze. Het enkel baseren van een *explain* op statistische gegevens van het CBS is onvoldoende specifiek.

Besluit. De AFM legt een boete op grond van overtreding van artikel 115 BGfo ter hoogte van € 120.000.[496] De Rabobank heeft criteria gehanteerd die onvoldoende gericht waren op het voorkomen van overkreditering.

Commentaar. Gezien de uitspraak inzake MBFS[497] zou beroep mogelijk succesvol geweest zijn. De AFM beoordeelt de criteria immers inhoudelijk en dat is niet conform artikel 115 BGfo.

Voorts is door de AFM in het besluit betreffende artikel 4:34 Wft ook een beroep gedaan op het rapport 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheken'. Net als bij de DSB zaak[498] is de publiekrechtelijke regeling uitgewerkt via zelfregulering, maar vervolgens weer publiekrechtelijk ingekleurd door een AFM rapport zonder duidelijke juridische grondslag.[499]

496 Besluit AFM 24 september 2010 inzake Rabobank (115 BGfo), http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/rabobank-115bgfo.ashx.
497 Zie par. 5.6.4.2, nr. 4.
498 Zie par. 5.6.4.2, nr. 1.
499 Roelofsen 2011, p. 200. Zie ook Dijkhuizen & Caria 2013, p. 118.

5.6.4.3 Privaatrechtelijke bescherming tegen overkreditering

De consument zelf kan in een civiele procedure met betrekking tot overkreditering een vordering, in verband met schending van artikel 4:34 Wft, stoelen op onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW), dwaling (artikel 6:228 BW), schending van de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (artikel 7:401 BW) en/of redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en artikel 6:248 BW). De invulling van deze normen zal mede worden ingekleurd door de vraag of artikel 4:34 Wft is geschonden.

In het civiele recht bestaat geen verplichting om af te zien van het sluiten van een overeenkomst. Het hof Leeuwarden overweegt dat slechts de plicht bestaat om in situaties waarop het risico van overkreditering groot is te adviseren om de overeenkomst niet aan te gaan.[500]

In de civiele rechtspraak wordt overigens niet vaak een beroep gedaan op het feit dat de beleggingsinstelling rechtstreeks publiekrechtelijke normen uit de Wft heeft geschonden. Claassen en Snijders denken dat als dit wel zou gebeuren de civiele rechter eerder zal oordelen dat er sprake is van bijvoorbeeld onrechtmatig handelen.[501]

Individuele omstandigheden

Uit de besluiten van de AFM valt af te leiden dat de toets die wordt uitgevoerd door de AFM ziet op de vraag of het beleid van een financiële instelling overkreditering voldoende tegengaat. Zo toetst de AFM in het besluit DSB (paragraaf 5.6.4.2, nr. 1) aan de Gedragscode en kijkt of daar van is afgeweken. In het DSB-besluit wordt niet getoetst of het beleid van DSB wel of niet tot overkreditering leidt. In theorie kan DSB dus een boete opgelegd krijgen als gevolg van ontbrekend beleid op papier, zonder dat getoetst wordt of er daadwerkelijk sprake is van beleid dat tot overkreditering leidt. Ook uit het besluit inzake Postbank (paragraaf 5.6.4.2, nr. 2) valt af te leiden dat het hanteren van de juist geachte financieringsnormen belangrijker lijkt dan de daadwerkelijke uitwerking daarvan in de praktijk.

De civiele rechter stelt centraal of aan het doel van de zorgplicht bij overkreditering, de bescherming van particulieren tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht, is voldaan. Bij deze afweging neemt de civiele rechter de individuele omstandigheden van het geval mee. De omvang van de zorgplicht is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, zoals de deskundigheid en ervaring van de kredietnemer en de ingewikkeldheid en risico's van het product.[502] Zo overweegt de rechtbank Noord-Holland

500 Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437, r.o. 8.

501 M.H.P. Claassen en J.L. Snijders, 'Overkreditering bij consumentenkrediet', *MvV* 2014/7.3, p. 192.

502 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 en Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.

inzake Next Finance B.V., dat is voldaan aan artikel 4:34 Wft, wanneer, in relatie tot een overeenkomst doorlopend geldkrediet, de kredietwaardigheid is getoetst door middel van een uitdraai van de BKR-registratie en de verstrekking van de salarisstroken.[503] Bij de berekening is de financiële instelling uitgegaan van de NIBUD-normering en is geen sprake van onervarenheid bij de cliënt. De NIBUD-normering als invulling van de open norm van artikel 4:34 Wft wordt overigens ook gehanteerd door het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFID). Als er binnen deze normen krediet wordt verstrekt voldoet de kredietverstrekker, in beginsel, aan de zorgplicht.[504]

Deze afweging van de individuele omstandigheden vindt ook plaats bij afwijking van de gedragsnormen door de financiers. Hierbij speelt een rol of de financiële instelling de cliënten heeft gewaarschuwd en of cliënten wel alle relevante informatie aan de financiële instelling hebben meegedeeld. Zo oordeelt het hof Arnhem-Leeuwarden dat, op grond van artikel 6 lid 6 GHF, RVS appellanten in kennis heeft gesteld van de overschrijding van de normen en de daaraan verbonden risico's en dat appellanten deze risico's hebben begrepen en aanvaard.[505] Ook staat vast dat RVS niet wist, althans onwetend is gelaten, over het afgesloten krediet pal voor de verstrekking van het krediet door RVS. Dit terwijl de cliënten al door RVS gewaarschuwd waren voor de overschrijding van de GHF-normen. Bezien in dit licht had het op de weg van appellanten gelegen om nader toe te lichten waarom desondanks zou kunnen worden aangenomen dat RVS de zorgplicht heeft geschonden. De vorderingen stuiten af ook voor zover zij gegrond zijn op schending van artikel 7:401 BW.

Onder de omstandigheden van het geval wordt ook begrepen de ingewikkeldheid van het financiële product. Bij hypothecair consumentenkrediet bestaat, in relatie tot overkreditering, ten opzichte van cliënten in algemene zin geen bijzondere zorgplicht. Deze bijzondere zorgplicht bestaat alleen in situaties waarin een cliënt tegen een vergoeding de medewerking van de bank inroept voor een aangelegenheid waarvoor geldt dat de cliënt daarbij voor de bank kenbare, gezien zijn inkomen en/of vermogen, grote financiële risico's loopt en dat hij vanwege zijn gebrek aan kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid bescherming tegen zichzelf behoeft en anderzijds dat de bank ter zake over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt.[506] Een dergelijke situatie doet zich niet zo snel voor bij hypothecaire geldleningen omdat die niet complex of ondoorzichtig van aard zijn.[507] De gevallen waarin wel een

503 Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8140.

504 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-253, 3 juli 2014, te raadplegen op kifid.nl.

505 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6792.

506 Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273, *JOR* 2012/267, m.nt. C.W.M. Lieverse, r.o. 3.4.

507 Lieverse in merkt in haar noot op dat het inderdaad niet gaat om een complex product. C.W.M. Lieverse in haar noot onder Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273, *JOR* 2012/267.

bijzondere zorgplicht moet worden aangenomen betreffen vermogensbeheer en adviesrelaties met betrekking tot complexe producten met bijzondere risico's.[508]

Mogelijke civielrechtelijke gevolgen overkreditering

Eén van de civielrechtelijke gevolgen van schending van de zorgplicht inzake overkreditering kan zijn dat op grond van artikel 6:248 lid 2 BW het geleende geld slechts gedeeltelijk terugbetaald hoeft te worden.[509]

In het arrest IDM van het hof Leeuwarden oordeelt het hof dat sprake is van overkreditering en schending van de zorgplicht. Appellante ging de overeenkomst aan samen met haar veel oudere partner en zij werd hoofdelijk aansprakelijk voor de privéschulden van haar partner. Op IDM rustte de plicht om appellante uitdrukkelijk te wijzen op het feit dat het aangaan van de kredietovereenkomst impliceerde dat ook zij aansprakelijk werd voor de privéschulden van de ex partner. Hierin is IDM tekort geschoten. Ook is IDM tekort geschoten in het waarschuwen tegen overkreditering. Appellante had bij het aangaan van de kredietovereenkomst slechts een arbeidsovereenkomst van één jaar. Mede gelet op de rechtspraak over de effectenleasezaken, had het op de weg van IDM gelegen om haar standpunt dat een andere norm dan de NIBUD-norm toegepast diende te worden, toe te lichten. Uit de effectenlease zaken volgt namelijk dat aan de hand van de NIBUD-normen het antwoord op de vraag of de uit de overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen tot onaanvaardbaar zware financiële lasten leiden, kan worden vastgesteld. Het hof halveert, op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, het kredietbedrag.

Een cliënt heeft, wanneer de financiële instelling haar zorgplicht heeft geschonden en de cliënt niet meer aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen, wel een schadebeperkingsplicht. 't Hart merkt op dat ingeval de consument met een te hoge hoofdsom een woning heeft aangeschaft die hij anders niet had kunnen betrekken, de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengt dat tevens de betrokken belangen dienen te worden afgewogen.[510] Een juiste afweging kan niet resulteren in de situatie dat de consument niet gehouden is om schadebeperkende maatregelen te nemen en gedurende de gehele looptijd van de hypotheek tegen een 'gereduceerd tarief' in de nieuwe woning kan blijven. De schadebeperkende maatregelen kunnen bestaan uit het verkopen van de woning.

508 Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273, *JOR* 2012/267, m.nt. C.W.M. Lieverse.

509 Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.

510 F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2011/222 bij uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.

5.6.4.4 Afronding zorgplicht overkreditering

Artikel 4:34 Wft strekt tot het voorkomen van overkreditering. Op grond van artikel 115 BGfo dient de financiële instelling normen op te stellen die overkreditering voorkomen. Na de CBb-uitspraak inzake MBFS (paragraaf 5.6.4.2, nr. 4) mag de AFM alleen toetsen of deze criteria zijn opgesteld en of deze worden toegepast.

Uit de besluiten volgt dat de AFM sterk leunt op de gedragscodes en normen. Afwijking door financiële instellingen van de eigen gedragscodes lijkt een overtreding van de zorgplicht tot het voorkomen van overkreditering te impliceren. Op deze wijze wordt geen rekening gehouden met de concrete omstandigheden van het geval. De methode van handhaving, het beboeten van overkreditering, vraagt wel om dergelijke duidelijkheid. Duidelijke heldere regels gaan ten koste van de beoogde flexibiliteit van de 'open' geformuleerde regelgeving.

Als gevolg van zelfregulering zijn de 'open' normen ingevuld door de gedragscodes. De AFM heeft echter zelf ook regels opgesteld, die vervolgens weer worden gebruikt bij de invulling van de open normen. In ieder geval is opmerkelijk dat de publiekrechtelijke regelgeving in zelfregulering wordt uitgewerkt en vervolgens weer publiekrechtelijk wordt ingekleurd en gehandhaafd door de AFM. Door het invullen van de open normen met gedragsregels en beleidslijnen wordt wel tegemoet gekomen aan de bezwaren die bestaan tegen open normen in relatie tot punitieve sancties. In het bijzonder bedoel ik de rechtszekerheid en artikel 7 EVRM. Aan de andere kant verliezen de onderhavige normen hun open karakter door de eenzijdige invulling door de AFM.[511]

In de literatuur wordt opgemerkt dat het bepaalbaarheidsgebod (artikel 7 EVRM) vaker zou moeten prevaleren boven de boeteoplegging zonder tussenkomst van de rechter.[512] Het bepaalbaarheidsgebod houdt in dat de norm voor de justitiabele voldoende kenbaar en voorzienbaar moet zijn.[513] Een dergelijk beroep lijkt zelden te slagen. In de literatuur komt het idee naar voren dat aan het bepaalbaarheidsgebod is voldaan en de toezichthouder mag overgaan tot handhaven als er (1) voldoende ruchtbaarheid is gegeven aan de interpretatie; (2) een nauwkeurige, heldere en vastomlijnde schriftelijke uitwerking van deze interpretatie voorhanden is, er geen twijfel over de interpretatie bestaat, of er geen twijfel is over de voorgestane normering; en (3) aan onder

511 Zie ook Dijkhuizen & Caria 2013, p. 118.
512Van Tuyll 2012, p. 34.
513 EHRM 27 september 1995 (G. v. France).

toezicht staande instellingen een redelijke termijn is gegeven om hun gedrag daarop aan te passen.[514]

In het besluit op bezwaar inzake DSB wordt evenwel het bepaalbaarheidsgebod met betrekking tot overkreditering ruim opgevat, in die zin dat volgens de AFM de norm voldoende bepaalbaar is en nadere invulling door de AFM niet noodzakelijk is.[515] Immers, de financiële instelling dient zonder enig voorbehoud de uit de (civiele) zorgplicht voortvloeiende zorg te betrachten die van een deskundig dienstverlener wordt verwacht, ongeacht of wet- en regelgeving op dat moment expliciete invulling daaraan heeft gegeven.

De civiele rechter vult de zorgplicht tot het tegengaan van overkreditering in aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, en neemt daarbij de relevante omstandigheden in ogenschouw. In de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland is de overkreditering dermate gering dat de kredietnemer het krediet best kan dragen.[516] In de uitspraak van het hof Leeuwarden was de (mede) kredietnemer erg jong en gezien haar jonge leeftijd was zij onvoldoende gewaarschuwd voor het feit dat zij hoofdelijk aansprakelijk zou zijn.[517] Evenmin is bij de beoordeling ter voorkoming van overkreditering meegenomen dat zij slechts een tijdelijk arbeidscontract had. De NIBUD-normen hadden in dit geval gehanteerd moeten worden, aldus het hof.[518]

Het gevolg is dat de redelijkheid en de billijkheid aan de verplichting tot terugbetaling van het krediet in de weg kunnen staan. Hieruit volgt dat ondanks het verbod van artikel 1:23 Wft, waarin is bepaald dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling, verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels, niet uit dien hoofde aantastbaar is, onder meer via de redelijkheid en billijkheid toch de gevolgen van overkreditering kunnen worden geredresseerd. Het doel van artikel 1:23 Wft is het voorkomen van rechtsonzekerheid door het vernietigen of nietig verklaren van rechtshandelingen. De wetgever heeft echter wel opgemerkt dat in civiele relaties voldoende mogelijkheden voorhanden zijn om als gevolg van een overtreding van de Wft de geleden schade te verhalen.[519] Een consument kan naast een beroep op artikel 3:40 lid 1 BW een beroep doen op dwaling, onrechtmatige daad of wanprestatie.[520]

---

514 Van Tuyll 2012, p. 37. Zie ook R.H. Maatman & S. Azahaf, 'Financieel toezicht en schadelijk gedrag', *Ondernemingsrecht* 2010/60, p. 296 e.v. en G.P. Roth, 'Over de kenbaarheid van de norm', in: M. Jurgens & R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 85.

515 Besluit inzake DSB, par. 5.6.4.2, nr. 1.

516 Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8140, zie ook par. 5.6.4.3.

517 Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437, zie ook par. 5.6.4.3.

518 Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.

519 *Kamerstukken II* 2005/2006, 29708, nr. 19, p. 393.

520 In dit kader wijs ik op een artikel van T.M.C. Arons, 'Van financiële massaproducten en (massa) vernietigingssancties. Vernietiging van overeenkomsten wegens oneerlijke handelspraktijk. Nederlandse toevoeging aan de consumentenrichtlijn', *Ondernemingsrecht* 2015/104,

Om de privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving meer op elkaar te laten aansluiten pleit Van Poelgeest voor een meer civiele toets door de AFM.[521] Meer omstandigheden dienen te worden meegewogen alvorens tot het oordeel wordt gekomen dat het beleid leidt tot overkreditering. In theorie kan sprake zijn van overtreding van artikel 4:34 Wft of artikel 115 BGfo waarvoor een financiële onderneming een boete opgelegd krijgt, terwijl er feitelijk geen sprake van overkreditering is. De consument is dan niet benadeeld en zal civielrechtelijk geen mogelijkheden hebben. Dit niet zo waarschijnlijke maar toch denkbare geval zou de rechtszekerheid niet ten goede komen.

Een verschil tussen de civiele zorgplicht en de zorgplicht in de Wft met betrekking tot overkreditering is ook dat er in het civiele recht geen weigeringsplicht bestaat om kredietovereenkomsten aan te gaan. Cherednychenko merkt op dat dit tot gevolg heeft dat de consument wel een eigen verantwoordelijkheid blijft houden. Aangevuld met het toezicht van de AFM zou dit er toe moeten leiden dat de kredietverstrekker geen onverantwoord krediet aan de consument verstrekt.[522] Vanuit het gezichtspunt van de bescherming van de cliënt lijkt mij dit juist. Vanuit het oogpunt van de handhaving komt dit de rechtszekerheid niet ten goede aangezien overkreditering in het bestuursrecht respectievelijk het civiele recht aan verschillende normen wordt getoetst.

5.6.5 Misleidende informatie

5.6.5.1 Inleiding

In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan misleidende financiële informatie zowel in het bestuursrecht als in het privaatrecht. Bepalingen omtrent misleidende informatie zijn onder meer te vinden in Boek 6 Titel 3 Afdeling 3A van het BW, artikel 6:193a e.v. BW. Voor zover deze bepalingen betrekking hebben op de financiële markten is de AFM ook bevoegd om tot handhaving over te gaan.

In de Wft is in artikel 5:58 Wft ook een verbod op de verspreiding van misleidende informatie te vinden. Uit de plaats van dit artikel is af te leiden dat het hier gaat om informatie die de beurskoersen (negatief) kan beïnvloeden. Het gaat hier om een ander type misleidende informatie dan de misleidende informatie die is te vinden in artikel 6:193a e.v. BW. Het betreft het verspreiden van informatie via allerlei kanalen en deze informatie wordt verzameld door

p. 526-534. Arons wijst erop dat via art. 6:193j lid 3 BW vernietiging in geval van oneerlijke handelspraktijken wel mogelijk is. Dit betekent een doorkruising van art. 1:23 Wft.

521 J.M. van Poelgeest in zijn noot onder CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:HR:CBB:2013:6, *JOR* 2013/280.

522 Cherednychenko 2014a, p. 184-185.

beleggers om de waarde en risico's van financiële instrumenten in te schatten. Het betreft dan ook informatie waarop beleggers hun beslissingen baseren, welke beslissingen vervolgens weer de beurskoersen kunnen beïnvloeden.[523] Privaatrechtelijk speelt misleidende informatie in de zin van artikel 5:58 Wft ook een rol bij het hierna te bespreken Fortis arrest.[524]

5.6.5.2 Bescherming tegen misleidende informatie in het BW

De problematiek van de misleidende reclame is in het BW te vinden in de afdeling over oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193a e.v. BW). Ook artikel 6:194 BW is een nadere uitwerking van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) betreffende misleidende mededelingen. Sinds de inwerkingtreding van de Wet oneerlijke handelspraktijken in 2008 is dit artikel niet meer voor consumenten bedoeld, maar slechts voor concurrenten. Het World Online-arrest en de effectenleasearresten zijn gewezen onder oud recht, maar zijn nog relevant als het gaat om oneerlijke handelspraktijken onder artikel 6:193 ev. BW.[525]

In artikel 6:193c BW wordt een handelspraktijk gedefinieerd als misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie (artikel 6:193c lid 1 BW). Een handelspraktijk is eveneens misleidend als verwarring wordt geschapen ten aanzien van het product, de handelsmerken, handelsnamen of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent of doordat concreet en kenbare verplichtingen die in een gedragscode zijn neergelegd en waaraan de handelaar zich heeft gecommitteerd, niet worden nageleefd (artikel 6:193c lid 2 BW).

Een handelspraktijk is ook misleidend als er sprake is van een misleidende omissie (artikel 6:193d BW). Een misleidende omissie is een handelspraktijk waarbij essentiële informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit neemt dat hij anders niet had genomen (artikel 6:193d lid 2 BW). Dit geldt ook voor essentiële informatie die verborgen wordt gehouden of op onduidelijke wijze wordt gepresenteerd. In artikel 6:193g BW is een lijst met handelspraktijken neergelegd die onder alle omstandigheden misleidend zijn.[526]

Uit het arrest World Online volgt dat een mededeling misleidend en derhalve onrechtmatig is, als de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de 'maatman-belegger' te kunnen

523 Zie o.a. M. Nelemans, *Het verbod van marktmanipulatie* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2007.

524 Zie par. 5.6.5.4, nr. 1.

525 HR 27 november 2009, ECLI:NLHR:2009:BH2162, *NJ* 2014/414, *RvdW* 2009/1403, *JOR* 2010/43 (*World Online*), zie r.o. 4.10.2.

526 Zie ook par. 4.5.3.2.

misleiden.[527] Niet is vereist dat de belegger daadwerkelijk kennis genomen heeft van of daadwerkelijk beïnvloed is door de mededeling. De context waarin de bestreden uitlatingen werden gedaan en het medium waarmee dit geschiedde, is van belang.[528] Zo komt de Hoge Raad in de effectenlease-uitspraken op grond van artikel 6:194 (oud) BW tot het oordeel dat voor degenen die zich redelijke inspanningen getroost hebben uit het verschafte materiaal voldoende duidelijk moet zijn geweest dat sprake was van een lening, dat hierover rente was verschuldigd, dat met de leensom voor risico van de belegger werd belegd in effecten en dat het geleende bedrag terugbetaald moest worden.[529] Van een consument mag worden verwacht dat hij zich redelijke inspanningen getroost om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico's te doorgronden. Verder wordt overwogen dat in de brochures opgenomen aanprijzingen, loftuitingen en voorbeelden in dat licht moeten worden beschouwd.[530] Deze maatstaf is ontleend aan het arrest van het Hof van Justitie inzake Gut Springheide.[531]

In het kader van de omvang van de schade komt aan de orde of en zo ja in hoeverre de belegger bij het nemen van zijn beleggingsbeslissing daadwerkelijk door de misleidende mededeling is beïnvloed en als gevolg daarvan is benadeeld.[532] Zo oordeelt in de World Online-zaak de Hoge Raad dat er inderdaad sprake is van misleiding. Ook in het arrest Staatsloterijverlies oordeelt de Hoge Raad dat de gemiddelde algemene consument is misleid of kon worden misleid.[533] In de effectenlease-uitspraken komt de Hoge Raad tot het oordeel dat er geen sprake is van misleiding in de zin van artikel 6:194 BW (oud).

5.6.5.3 Misleidende informatie (artikel 6:193c BW)

(1) NCIC

Casus. Nationaal Consumenten Informatie Centrum ('NCIC') heeft zonder vergunning bemiddeld in krediet. NCIC heeft onder meer aan de consumenten meegedeeld dat hij geen commerciële instelling is en niets probeert te verkopen. Ook suggereert het dat hij een overheidsinstantie is en/of dat hij consumenten service wil verlenen. Uit een inventarisatie van de AFM blijkt dat het NCIC meer dan alleen telefonisch NAW-gegevens heeft ingewonnen bij consumenten. Er

527 HR 27 november 2009, ECLI:NLHR:2009:BH2162 (*World Online*).
528 HR 27 november 2009, ECLI:NLHR:2009:BH2162 (*World Online*), r.o. 4.10.4.
529 Zie de arresten van HR 5 juni 2009, ECLINL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.4.4; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 (*Levob*), r.o. 4.4.6.
530 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*), zie r.o. 4.5.3 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR2009:BH2922, *NJ* 2012/184 (*GeSP/Aegon*), zie r.o . 4.3.5.
531 HvJ EG 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:369, *NJ* 2000/372 (*Gut Springheide*).
532 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*World Online*), *NJ* 2014/414, r.o. 4.10.4.
533 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, *NJ* 2015/377, m.nt. S.D. Lindenbergh(*Stichting Loterijverlies.nl*).

is een uitgebreide inventarisatie van persoonlijke gegevens met betrekking tot werk, inkomsten, woonsituatie kredieten en wensen ten aanzien van mogelijk nieuwe kredieten. Deze gegevens zijn zorgvuldig vastgelegd. De klant is vervolgens doorverbonden met een aan NCIC gelieerde financiële dienstverlener. NCIC heeft als voorportaal gefungeerd voor deze dienstverlener.

De uitspraken van NCIC zijn deels onjuist en in ieder geval misleidend omdat zij ten onrechte suggereren dat NCIC geen commerciële bedoelingen heeft maar slechts informatie verschaft en een dienstverlenend karakter heeft.

Besluit. De AFM oordeelt dat in de onderzochte periode door NCIC informatie is verstrekt die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. Hierdoor heeft de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst genomen of kunnen nemen, dat hij anders niet had genomen. Hiermee heeft NCIC misleidende handelspraktijken verricht. Dat geen enkele consument een klacht heeft ingediend doet, aldus de AFM, niet ter zake. De AFM legt een boete op van € 20.000 voor overtreding van artikel 6:193c lid 1 sub c en f BW.[534]

5.6.5.4 Misleidende informatie (artikel 5:58 Wft)

In artikel 5:58 Wft is het verbod op marktmanipulatie opgenomen. Het is verboden, voor zover het financiële instrumenten betreft, transacties te verrichten waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van de vraag naar of de koers van die financiële instrumenten (sub a), een transactie of handelsorder te verrichten om de koers van die financiële instrumenten op een kunstmatig niveau te houden (sub b), een transactie of handelsorder in financiële instrumenten te verrichten of te bewerkstellingen waarbij gebruik wordt gemaakt van bedrog of misleiding (sub c) of informatie te verspreiden waar onjuiste of misleidende signalen vanuit gaan met betrekking tot de koers, terwijl de verspreider weet dat er sprake is van bedrog of misleiding (sub d).

Het artikel is geplaatst in de hoofdstuk 5.4 van de Wft waarin regels ter voorkoming van marktmisbruik en voor het optreden op markten in financiële instrumenten zijn opgenomen.

(1) Fortis

Casus. Fortis S.A./N.V. en Fortis N.V. vormen tezamen één van de betrokken partijen bij de overname van ABN Amro in 2007 (hierna in enkelvoud: 'Fortis'). Om deze overname te kunnen realiseren moest Fortis een aantal maatregelen treffen waaronder de door de Europese Commissie opgelegde verkoop van zakenbankonderdelen van ABN Amro. De deadline hiervoor was 3 juli 2008. De verwachting was dat, door de overname en integratie van delen van ABN Amro, de solvabiliteitsratio van Fortis zou dalen. Fortis heeft daarom een

534 Besluit AFM 11 mei 2012 inzake NCIC, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2012/ncic-mei.ashx.

solvabiliteitsplan opgesteld om ervoor te zorgen dat Fortis zou blijven voldoen aan de zelf opgelegde solvabiliteitsdoelstellingen. In een reeks van negatieve berichten rondom Fortis heeft de CEO van Fortis op 5 juni 2008 op het hoofdkantoor van ABN Amro een presentatie gegeven met de strekking dat de solvabiliteit van Fortis 'op plan' en 'sterk' is. Deze presentatie is gefilmd en op de website van het Financiële Dagblad gezet. Op 10 juni 2008 verlaagt Merrill Lynch het advies voor Fortis van '*buy*' naar '*neutral*'. Het aandeel Fortis zakt vervolgens flink. Op 14 juni 2008 bericht de Financiële Telegraaf dat de Deutsche Bank als enige kandidaat-koper zeer hoge eisen stelt bij de door de EC verplichte verkoop van zakenbankonderdelen van ABN Amro. In het artikel wordt ook vermeld dat Fortis er zoveel geld op zou moeten toeleggen dat de financiële doelstellingen voor 2008 en later niet gehaald zullen worden indien Fortis het huidige en enige bod van Deutsche Bank zou accepteren. Op 2 juli 2008 maakt Fortis bekend dat zij tot een overeenkomst met Deutsche Bank is gekomen ter zake van de verkoop van de zakenbank onderdelen van ABN Amro. De AFM oordeelt dat Fortis informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat en dat Fortis daardoor het verbod op marktmanipulatie ex artikel 5:58 lid 1 sub d Wft heeft overtreden. De gemiddelde belegger zal de geruststellende woorden van de CEO in zijn beleggingsbeslissing meenemen. Voorts concludeert de AFM dat de informatie in de Telegraaf van 14 juni 2008 juist is. Fortis kon vanaf die datum geen aanspraak meer maken op een uitstel van openbaarmaking van koersgevoelige informatie. Nu Fortis heeft nagelaten koersgevoelige informatie, onverwijld na de publicatie van het Telegraafartikel, zelf openbaar te maken heeft zij ook artikel 5:59 lid 1 Wft overtreden.

Ook uit het persbericht van 28 juni 2008 volgt dat er verwaterde financiële instrumenten worden uitgebracht en dat er, ondanks tegenovergestelde berichten tijdens onder meer de presentatie, wel wijzigingen in het dividendbeleid worden aangebracht.

Besluit en bezwaar. De AFM heeft, bij besluit van 5 februari 2010, Fortis SA/NV (België) en Fortis NV (Nederland) beide twee bestuurlijke boetes van elk € 144.000 opgelegd wegens overtreding van artikel 5:58 lid 1 sub d Wft en artikel 5:59 lid 1 Wft.[535] De AFM overweegt:

> 'De [CEO] is een gezaghebbende informatiebron. De gemiddelde belegger kan en zal daarom zijn uitspraken betrekken bij zijn beleggingskeuze. Belangrijke mediabronnen hebben eveneens de berichtgeving van [CEO] en masse overgenomen. Gelet hierop kon en mocht de gemiddelde belegger, naar aanleiding van de uitspraken van [CEO], en derhalve Fortis, er op vertrouwen dat (i) er geen noemenswaardige redenen waren om te twijfelen aan de solvabiliteit van Fortis in het algemeen, (ii) het solvabiliteitsplan – onlosmakelijk verbonden met de solvabiliteit van Fortis – derhalve uit

535 Besluit AFM 5 februari 2010 inzake Fortis, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/fortis-besluit-sanv.ashx.

> voornoemde onderdelen bestond en (iii) dit solvabiliteitsplan niet gewijzigd zou worden.'[536]

En

> 'Als Fortis vervolgens drie weken later in haar persbericht van 26 juni 2008 een geheel tegengestelde lijn aankondigt ten aanzien van haar solvabiliteit, komt dit – voor de gemiddelde belegger alsmede voor de gehele markt – op zijn minst als een verrassing. De markt reageert hier dan ook hevig op. Op 25 juni 2008 sluit het aandeel Fortis op een koers van € 12,65. Op 26 juni 2008 opent het aandeel 5,93% lager en sluit uiteindelijk 18,89% lager op een koers van € 10,26. Fortis verliest hiermee op één dag meer dan € 5 miljard van haar beurswaarde.'

Bij besluit van 23 juli 2010 zijn de bezwaren ongegrond verklaard. De AFM heeft de opgelegde boetes gematigd met vijftig procent tot € 144.000 per overtreding per entiteit alsof de overtredingen zouden zijn begaan vanuit één entiteit.

Beroep. De rechtbank oordeelt in beroep dat uit de door de AFM geschetste feiten blijkt dat Fortis al voor 5 juni 2008 bekend was met het feit dat de solvabiliteitsontwikkeling van Fortis achterbleef bij de eerdere verwachtingen, hetgeen rechtstreeks verband houdt met de opstelling van de Deutsche Bank inzake de verkoop van zakenbankonderdelen van ABN Amro.[537] Reeds op 27 mei 2008 lag ook al een '*solvency contingency* plan' gereed om over te gaan tot uitgifte van verwaterde aandelen om toch voldoende kapitaal binnen te halen. De rechtbank oordeelt dat gelet op artikel 5:58 Wft (voorwaardelijk) opzet geen vereiste is voor het overtreden van deze bepaling. De zinsnede dat de verspreider van die informatie weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend is, veronderstelt wel een zekere mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de verspreider, in dit geval Fortis. Dat de CEO niet de intentie had om de markt te misleiden doet dan ook niet ter zake.[538] De boete blijft in stand.

Hoger beroep. In beroep overweegt het CBb het volgende.[539] Op 5 juni 2008 was allerminst zeker dat wel voldoende kapitaal kon worden aangetrokken als werd vastgehouden aan het eerdere uitgangspunt dat het interim-dividend niet werd uitgesteld en geen uitgifte van verwaterde aandelen zou plaatshebben. De uitlating van de CEO tijdens de presentatie op 5 juni 2008 inhoudend dat de solvabiliteit 'sterk' is en 'op plan' ligt is daarom een onjuist of misleidend signaal te noemen. Ook is het CBb met de rechtbank van oordeel dat de

536 Besluit AFM 5 februari 2010 inzake Fortis, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/fortis-besluit-sanv.ashx, zie p. 18.
537 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3823, *JOR* 2011/193, r.o. 2.18.1.
538 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3823, *JOR* 2011/193, r.o. 2.19.
539 CBb 4 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:67, *JOR* 2014/33, m.nt. T.M .Stevens.

CEO zelf wist of redelijkerwijs had moeten weten dat de informatie die hij op 5 juni 2008 gaf onjuist of misleidend was.

Commentaar. Stevens merkt in zijn noot onder de uitspraak van het CBb op dat een bank met een beursnotering in een dilemma verkeert.[540] De bank is jegens beleggers verplicht tot volledige transparantie. Maar betekent dit nu dat een bank ook de kanttekeningen die te maken zijn bij haar solvabiliteit aan beleggers moet melden, ook al trekken haar crediteuren en klanten daaruit de conclusie dat ze hun geld beter elders kunnen onderbrengen?[541] Het CBb beoordeelt de uitingen geheel op zichzelf, los van de context. Deze rechterlijke benadering ontneemt de onderneming de mogelijkheid om een in de markt levende hoop (een openbaar bod) of vrees (faillissement) te ontzenuwen. Dat lukt, aldus Stevens, alleen met ferme taal. Nuances zullen vermoedens in de markt alleen maar versterken.

Civiel. In de Fortis-malaise hebben gedupeerde aandeelhouders ook een civielrechtelijke procedure aangespannen.[542] Fortis zou onrechtmatig hebben gehandeld door beleggers te misleiden op grond van artikel 5:58 Wft en door onjuiste koersgevoelige informatie naar buiten te brengen (artikel 5:59 Wft (oud)). Bij de beantwoording van de vraag of Fortis misleidende informatie naar buiten heeft gebracht, wordt uitgegaan van de vermoedelijke verwachtingen van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt. Er wordt onderscheid gemaakt tussen twee periodes: (1) de periode van zondagavond 28 september 2008 tot en met dinsdagmiddag 30 september 2008 en (2) de periode van dinsdagavond 30 september 2008 tot vrijdagavond 3 oktober 2008. Het betreft hier een latere periode dan in het bestuursrechtelijke traject. Met betrekking tot de eerste periode moest worden getwijfeld aan het succes van de eerste reddingsoperatie zodat de ontwikkeling van een tweede reddingsoperatie een reële optie was.

Op maandag 29 september 2008 heeft Fortis een tweetal berichten verspreid. In deze berichten wordt meegedeeld dat dankzij de steun van de Staat de positie van Fortis is gestabiliseerd, dat de investering een directe garantie vormt voor de financiële kracht en stabiliteit van de onderneming, dat er een einde is gekomen aan een instabiele situatie en dat verder kan worden gebouwd aan het herstel van vertrouwen en dat de omstandigheden op korte termijn lastig zullen blijven. Deze mededelingen zijn niet misleidend, aldus het hof. De uitspaken zijn namelijk intern gericht tot medewerkers van Fortis. Ook is er een aantal mededelingen gedaan aan klanten van Fortis en het grote publiek. Deze mededelingen zijn naar het oordeel van het hof wel misleidend in de zin van artikel 5:58 Wft, omdat zij zijn gericht tot het grote publiek en onjuiste informatie bevatten.

---

540 CBb 4 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:67, *JOR* 2014/33, m.nt. T.M. Stevens.

541 CBb 4 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:67, *JOR* 2014/33, m.nt. T.M. Stevens, zie par. 4 van noot.

542 Hof Amsterdam 29 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3005, *JOR* 2014/300, m.nt. D.R. Doorenbos.

De verplichting tot openbaarmaking van koersgevoelige informatie is thans geregeld in artikel 5:25i Wft en destijds in artikel 5:59 (oud) Wft. De mededeling op de Fortis-website dat de kapitaalinjecties van de overheid zijn afgerond en het geld is overgeschreven, was feitelijk onjuist omdat in ieder geval de Nederlandse Staat de eerste reddingsoperatie niet heeft uitgevoerd. De informatie over de overeenkomst die op zondagavond 28 september 2008 met de Nederlandse overheid werd gesloten, vormt zonder twijfel koersgevoelige informatie.[543] Hetzelfde geldt voor informatie over de wijze waarop de overeenkomst in de dagen daarop werd uitgewerkt en de effectiviteit van de op zondagavond aangekondigde maatregelen. Ook informatie over de omstandigheid dat er gedurende die week gestart zou gaan worden met nieuwe onderhandelingen die resulteerden in de overname van de Nederlandse activiteiten van Fortis door de Nederlandse Staat zijn aan te merken als koersgevoelige informatie. Fortis had mogelijk wel een rechtmatig belang bij uitstel van de koersgevoelige informatie op grond van artikel 5:59 (oud) Wft. Maar desalniettemin was Fortis niet gerechtigd de openbaarmaking daarvan uit te stellen omdat zij in dezelfde periode geruststellende mededelingen deed die misleidend waren, terwijl Fortis geen volledige openheid van zaken gaf.[544] Dat geldt temeer omdat Fortis in het persbericht van 26 september 2008 ook te rooskleurige informatie had verspreid. Kortom, Fortis was niet gerechtigd de openbaarmaking van de koersgevoelige informatie uit te stellen.

Fortis heeft onrechtmatig gehandeld door in de periode 29 september 2008 tot en met 1 oktober te handelen in strijd met artikel 5:58 en artikel 5:59 (oud) Wft.

De maatstaf bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van misleiding in civielrechtelijke zin is afhankelijk van de verwachtingen die de mededelingen bij de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt, wekken.

Bij de bestuursrechtelijke handhaving van artikel 5:58 Wft staat de markt centraal. Bij een vordering gestoeld op onrechtmatige daad (de privaatrechtelijke handhaving) is de vraag of de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger is misleid als gevolg van overtreding van artikel 5:58 Wft.

(2) Corporate Express

Casus. Tussen Staples en Corporate Express (CE) is in 2007 en 2008 op initiatief van Staples meerdere malen contact geweest. Staples wilde CE graag 'vriendschappelijk' overnemen. CE wilde echter niet met Staples in zee gaan. Staples heeft vervolgens aangegeven over te gaan tot een vijandige overname. Staples heeft Lehman Brothers ingeschakeld om CE te waarderen en Clifford Chance voor de juridische bijstand. Op 22 januari 2008 heeft Staples aan CE een indicatie

543 Hof Amsterdam 29 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3005, *JOR* 2014/300, m.nt. D.R. Doorenbos, r.o. 4.6.2.

544 Hof Amsterdam 29 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3005, *JOR* 2014/300, m.nt. D.R. Doorenbos, r.o. 4.6.5.

van de biedprijs gegeven op basis van de door Lehman Brothers uitgebrachte waardering. CE wilde nog steeds niet worden overgenomen door Staples. Wel zegde zij toe om het voorstel te bespreken met de raad van commissarissen. In de Financiële Telegraaf is op dinsdagochtend 5 februari 2008 een artikel verschenen over een mogelijke overname van CE door Staples. Het aandeel CE is daarna ongebruikelijk gestegen. Enkele uren later heeft CE de markt geïnformeerd dat er geen sprake was van een overname door Staples. Op 19 februari 2008 heeft Staples CE bericht dat zij voornemens was een openbaar bod uit te brengen. Dit bericht is door Staples ook aangekondigd in een persbericht. Het daadwerkelijke vijandige bod is door Staples op 19 mei 2008 uitgebracht.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 4 maart 2009 heeft de AFM CE een boete opgelegd van € 96.000 voor overtreding van artikel 5:59 lid 1 Wft (oud) omdat CE zou hebben nagelaten koersgevoelige informatie onverwijld openbaar te maken. Daarnaast is een boete opgelegd van € 96.000 voor overtreding van artikel 5:58 lid 1 sub d Wft omdat CE met het publiceren van het persbericht van 5 februari 2008, het bericht geen sprake was van een overname, informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat. Bij besluit van 11 september 2009 zijn de bezwaren ongegrond verklaard.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. Voor de voorzieningenrechter staat niet vast dat CE beschikte over koersgevoelige informatie op het moment van het uitbrengen van het persbericht.[545] CE voerde een s*tand alone*-strategie zowel intern als extern en heeft het vijandige bod afgewezen. Aan de andere kant was het persartikel eenzijdig en gaf aanleiding tot forse koersstijging. Gezien de twijfel dient het verzoek tot niet publiceren van de boete te worden toegewezen.

Beroep. In beroep heeft de rechtbank het besluit gedeeltelijk vernietigd en de boetes gematigd tot een bedrag van in totaal € 96.000.[546] De rechtbank oordeelt dat CE wist of redelijkerwijs had moeten vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend was. Naar het oordeel van de rechtbank treft CE tenminste enig verwijt van de overtreding van artikel 5:58 lid 1 Wft, omdat de zinsnede 'weet of redelijkerwijs moet vermoeden' geen 'kleurloze' bepaling is. CE had tenminste moeten vermoeden dat het voorgenomen persbericht een misleidende voorstelling van zaken gaf. Toch is er sprake van verminderde verwijtbaarheid omdat CE in een lastig pakket verzeild was geraakt. Enerzijds wilde zij door middel van de *stand-alone* strategie uitstel hebben om de aandeelhouderswaarde te verhogen en anderzijds wilde zij ook niet ieder gesprek met Staples afslaan.[547]

Hoger beroep. Het CBb overweegt dat de inhoud van het door CE uitgegeven persbericht onvolledig was omdat daarin onvermeld is gebleven dat er recente

545 Rb. Rotterdam 15 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:7027.
546 Rb. Rotterdam 11 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:8993.
547 Rb. Rotterdam 11 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:8993, zie r.o. 2.11.6.

contacten waren geweest met Staples.[548] Daardoor is het bericht misleidend. Het CBb is evenwel van oordeel dat niet gezegd kan worden dat CE wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat de door haar verspreide informatie een misleidend karakter droeg.[549] CE hoefde zich op dat moment niet te realiseren dat zij verplicht was het publiek nadere informatie te geven. Hierbij heeft het CBb in aanmerking genomen dat de belangrijkste boodschap van het persbericht (*'No discussion with Staples regarding a take-over'*) op zichzelf juist was. Het betreft wel een incompleet en daardoor misleidend beeld van de recente contacten met Staples, maar het is redelijkerwijs begrijpelijk dat CE zich op dat moment niet heeft gerealiseerd dat zij verplicht was ook daarover nadere informatie aan het publiek te geven. Er is dan ook geen sprake van een overtreding van artikel 5:58 lid 1 sub d Wft. Het besluit wordt vernietigd.

(3) MF Global UK Limited

Casus. Op 15 juli 2008 verstuurt A, salesmedewerker werkzaam bij MF, via Bloomberg een e-mailbericht aan een aantal personen binnen en buiten MF. Het bericht heeft de strekking dat Fortis in nood is. Het bericht bevat een disclaimer waarin staat dat het bericht niet voor Retail Investors is bedoeld. Dat bericht verspreidt zich vervolgens onder verschillende marktpartijen en bereikt ook een aantal dagbladen. Op 15 september 2008 wordt wederom een bericht verstuurd door A over de kwetsbaarheid van Fortis. Fortis zelf heeft op 15 juni 2008 en 16 augustus 2008 persberichten uitgebracht teneinde geruchtvorming omtrent nieuwe kapitaalinjecties te ontkrachten. Naar aanleiding van de e-mailberichten is de AFM een onderzoek gestart naar de berichtgeving en naar overtreding van artikel 5:58 Wft door MF en door A.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 8 juli 2011 heeft de AFM aan A twee bestuurlijke boetes opgelegd van elk € 12.000 voor het tweemaal overtreden van artikel 5:58 lid 1 sub d Wft. Bij besluit van 23 december 2011 is het bezwaar van A ongegrond verklaard.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. De voorzieningenrechter heeft de door A gevraagde voorziening afgewezen.[550] De voorzieningenrechter acht het niet aannemelijk dat het voor de ontvanger volstrekt duidelijk was dat het hier louter opinies en gissingen betrof van A. De berichten werden daarnaast versterkt door het feit dat op dat moment sprake was van een zeer gevoelige economische context.

Beroep. A betoogt dat geen verspreiding in de zin van artikel 5:58 lid 1 sub d Wft heeft plaatsgehad. De rechtbank overweegt dat de wijze waarop informatie

548 CBb 14 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:54.
549 CBb 14 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:54, r.o. 5.5.
550 Rb. Rotterdam 23 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT2712, *JOR* 2011/369, m.nt. D.J.P. Van Omme.

wordt verspreid niet van belang is.[551] Er is sprake van marktmanipulatie als een persoon welbewust informatie verspreidt waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat. Op zich kan een als feit gepresenteerde mening al misleidende informatie opleveren. Het publiekelijk uiten door een bestuurder van sussende taal terwijl de uitgevende instelling weet dat de financiële positie van de instelling aanleiding geeft tot zorg kan misleidend zijn. A's positie binnen MF was echter niet zodanig gezaghebbend binnen de sector dat er van zijn berichten een zodanig gezag uitging dat deze als feiten beschouwd zouden worden. Het doet er niet toe of bepaalde elementen van de berichten van A zouden zijn gebaseerd op zuivere speculatie. Juist omdat het om speculatie ging, duidt dit eerder op een mening en niet op als geheime informatie gepresenteerde feiten.[552] Ook is van belang voor wie de informatie misleidend is. In eerste instantie zijn de berichten binnen het eigen circuit van A verstuurd, te weten aan de redelijke, meer professionele, beleggers. Artikel 5:58 lid 1 sub d Wft is, al is dit niet af te leiden uit de Memorie van Toelichting, niet bedoeld voor de gemiddelde belegger. Gelet op de functie van A en op de doelgroep, zijn de berichten tot de redelijke, meer professionele, belegger gericht. Dat de berichtgeving een veel breder publiek heeft bereikt maakt dat niet anders.

De rechtbank overweegt voorts dat de berichten ook sterk subjectieve elementen bevatten en dat het duidelijk is dat het om de mening van A gaat. Kortom, er ging van de berichten geen misleidend of onjuist signaal uit. Er is geen sprake van overtreding van artikel 5:58 lid 1 sub d Wft. Het besluit dient herroepen te worden.

Hoger beroep. In beroep bekrachtigt het CBb de uitspraak van de rechtbank.[553] Beleggers voor wie deze informatie was bedoeld zouden in staat moeten zijn om onderscheid te maken tussen feiten en meningen.

Commentaar. De bestuursrechter plaatst de redelijk handelende belegger in de hoek van de meer deskundige belegger en daarmee boven de gemiddelde belegger.[554] Het oordeel van de rechtbank wijkt wezenlijk af van het oordeel van de voorzieningenrechter. Gezien het feit dat de berichtgeving van de salesmedewerker A dermate subjectieve elementen bevatte en dat het duidelijk is dat het om een mening van A gaat, acht Doorenbos, de nootschrijver, de uitkomst van de rechtbank alleszins redelijk acht.

Opvallend aan deze zaak is, in mijn ogen, dat de bestuursrechter de relevante omstandigheden van het geval meeweegt. De berichtgeving was immers bedoeld voor de meer deskundige belegger, maar heeft onverhoopt ook andere

551 Rb. Rotterdam 2 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9269, *JOR* 2013/179, m.nt. D.R. Doorenbos.

552 Rb. Rotterdam 2 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9269, *JOR* 2013/179, m.nt. D.R. Doorenbos, zie r.o. 4.2.1.

553 CBb 22 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:6 *Ondernemingsrecht* 2015/33, m.nt. C.W.M. Lieverse, *JOR* 2015/108, m.nt. D.R. Doorenbos.

554 Rb. Rotterdam 2 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9269, *JOR* 2013/179, m.nt. D.R. Doorenbos.

beleggers bereikt. De verspreider wordt hier niet op afgerekend. Deze beoordeling lijkt dan ook meer op de civielrechtelijke benadering.

De gemiddelde belegger is in deze zaak niet, zoals bij de civielrechtelijke handhaving, het uitgangspunt bij de bestuursrechtelijke handhaving. Doorenbos vraagt zich af of het een juiste conclusie is dat artikel 5:58 lid 1 sub d Wft zich niet uitstrekt tot de gemiddelde belegger. Het is niet aannemelijk dat slechts het vertrouwen van de deskundige belegger in de markt vergroot moet worden, maar het vertrouwen van iedereen, dus ook de gemiddelde belegger.[555] Het algemeen belang wordt immers beschermd door de bestuursrechtelijke handhaving. Daarnaast heeft de gemiddelde belegger invloed op de feitelijke koersontwikkelingen. Het CBb maakt overigens geen onderscheid tussen verschillende categorieën beleggers. Als er geen relevant onderscheid tussen de deskundige belegger en de redelijke belegger zou bestaan, dan had het CBb dit echter beter expliciet kunnen aangegeven, aldus terecht Doorenbos.[556]

(4) Homburg

Casus. De CEO van Homburg was op 6 juni 2009 te gast bij een aflevering van het televisieprogramma RTL Businessclass van Harry Mens. Dit programma is een dag later uitgezonden. In het programma werd de vraag gesteld wanneer de beurskoers weer eens omhoog zou gaan. De CEO heeft hierop geantwoord dat er op 12 juni 2009 een vergadering zou zijn waarna een persbericht zou komen dat interessant zou zijn voor beleggers. Harry Mens suggereerde dat de CEO er wel 'relaxed' bij zat 'dus dat het wel positief zou zijn'. Het aandeel is op 8 juni 2009 gestegen van € 5,17 naar € 7,16. Op 12 juni 2009 is het persbericht uitgebracht. In dit persbericht is meegedeeld dat er geen dividend uitgekeerd zou worden. Op 12 juni 2009 daalt het aandeel van € 7,16 naar € 6,14. Op 17 juni 2009 sluit het aandeel van Homburg op € 5,08.

Op 20 mei 2011 heeft AFM een concept rapport aan de CEO toegezonden. Uit het onderzoek blijkt dat de gemiddelde dagomzet in aandelen in de periode 30 dagen voor de uitzending € 28.090 bedroeg terwijl in de periode van 8 tot en met 11 juni 2009 de dagomzet gemiddeld € 152.781 bedroeg.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 21 december 2011 is aan de CEO van Homburg een bestuurlijke boete opgelegd van € 96.000 voor overtreding van artikel 5:58 lid 1 sub d Wft. De CEO zou in de uitzending informatie hebben verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging met betrekking tot de koers van het aandeel van Homburg, terwijl hij redelijkerwijs moest vermoeden dat deze informatie onjuist en misleidend was. Bij besluit van 12 juli 2012 zijn de bezwaren ongegrond verklaard. Ook de voorziening hangende bezwaar is afgewezen.[557]

555 D.R. Doorenbos in zijn noot onder Rb. Rotterdam 2 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9269, *JOR* 2013/179, zie punt 12.

556 D.R. Doorenbos in zijn noot onder CBb 22 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:6, *JOR* 2015/108.

557 Rb. Rotterdam 8 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8638.

Beroep. Naar het oordeel van de rechtbank wekt het antwoord in combinatie met de vraag de suggestie dat het persbericht positief zal zijn voor de beurskoers.[558] Van deze verklaring gaat een misleidend en onjuist signaal uit, te meer bezien in het licht van de geschiedenis van Homburg waarin steeds een hoog dividend werd uitgekeerd. De CEO kende daarnaast de inhoud van het conceptpersbericht en de daarin opgenomen informatie. Het beroep wordt dan ook afgewezen.

Commentaar. Na het uitbrengen van het persbericht daalt de beurskoers naar een niveau dat ligt boven het niveau voor het interview. Pas vijf dagen later is de koers verder gedaald naar € 5,07, net onder het oude niveau van € 5,17. De vraag is of de laatste koersdaling wel aan het persbericht mag worden toegerekend.[559] Overigens is koersdaling geen vereiste voor het aannemen marktmanipulatie.

5.6.5.5 Afronding misleidende informatie

In deze paragraaf staat de term misleidende informatie centraal. Besluiten genomen door de AFM op grond van artikel 5:58 Wft en artikel 6:193a e.v. BW zijn geanalyseerd.

Artikel 5:58 Wft ziet met name op uitlatingen namens financiële instellingen die misleidend zijn en de markt, meer in het bijzonder beurskoersen, kunnen beïnvloeden. Daarnaast kan sprake van misleidende reclame zijn in de zin van artikel 6:193a e.v. BW. Het betreft in het geval van artikel 6:193a e.v. BW informatie die individueel wordt verstrekt aan consumenten bij het aangaan van overeenkomsten.

De civielrechtelijke toets of reclame van financiële instellingen misleidend is, berustte in de effectenleasejurisprudentie nog op artikel 6:194 (oud) BW. Informatie was onder die jurisprudentie misleidend als de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de 'maatman-belegger' te kunnen misleiden. Op grond van artikel 6:193c BW is misleidende reclame nu een oneerlijke handelspraktijk. De gemiddelde belegger is het uitgangspunt. De AFM heeft echter bij geschillen met een financieelrechtelijke component ook de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen overtredingen van artikel 6:193a e.v. BW.

De bestuursrechtelijke toets of sprake is van misleiding op grond van artikel 5:58 Wft houdt in dat getoetst in hoeverre de misleiding de markt heeft beïnvloed. De civielrechtelijke toets houdt rekening met de individuele omstandigheden. Een mededeling is, in civielrechtelijke zin beschouwd in het licht van artikel 5:58 Wft, misleidend en derhalve onrechtmatig, als de onjuistheid of

558 Rb. Rotterdam 23 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3454, *JOR* 2013/273, m.nt. M. Nelemans en T. Bird.

559 Rb. Rotterdam 23 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3454, *JOR* 2013/273, m.nt. M. Nelemans en T. Bird.

onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de 'maatman-belegger', te kunnen misleiden. Niet is vereist dat de belegger daadwerkelijk kennis heeft genomen van of daadwerkelijk beïnvloed is door de mededeling. De context waarin de bestreden uitlatingen werden gedaan en het medium waarin dit geschiedde zijn van belang.

In het besluit Fortis[560] stelt de AFM de gemiddelde belegger centraal, maar de rechtbank overweegt in de zaak MF dat artikel 5:58 lid 1 sub d Wft niet bedoeld is voor de gemiddelde belegger. De redelijke belegger wordt in dit besluit als maatstaf genomen. De redelijk handelende belegger is meer deskundig dan de gemiddelde belegger.

Welke belegger nu precies door de wetgever is bedoeld in artikel 5:58 lid 1 sub d Wft lijkt daarmee niet heel duidelijk te zijn, al is in de zaak MF de berichtgeving ook gericht op de redelijke, meer deskundige, belegger, maar komt die bij een breder publiek terecht.[561] De vraag is of de rechtbank terecht heeft overwogen dat artikel 5:58 lid 1 sub d Wft zich niet uitstrekt tot de gemiddelde belegger. Dit is opmerkelijk omdat ook de gemiddelde belegger de markt kan beïnvloeden. Het doel van de financiële toezichtwetgeving is immers (mede) het beschermen van de financiële markten.

5.6.6 Aantasting overeenkomsten met derden

5.6.6.1 Inleiding

In deze paragraaf zullen besluiten op basis van artikel 1:75 lid 3 Wft worden geanalyseerd en waar nodig van commentaar worden voorzien. Na de bespreking van het artikel worden de besluiten besproken.

5.6.6.2 Artikel 1:75 lid 3 Wft

In artikel 1:75 lid 1 Wft is bepaald dat de toezichthouder een financiële onderneming en andere in artikel 1:75 Wft genoemde entiteiten een aanwijzing kan geven. Bij niet opvolging door de financiële onderneming kan de toezichthouder een vervolgactie instellen zoals het opleggen van een boete, een dwangsom of intrekking van de vergunning. Deze aanwijzing kan er echter niet toe strekken dat overeenkomsten tussen die entiteit en derden aangetast worden (artikel 1:75 lid 3 Wft). De bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing strekt er enkel toe om een persoon die een bij of krachtens de Wft gegeven bepaling heeft overtreden, te corrigeren.[562] Het is een reparatoire sanctie gericht op beëindiging of ongedaanmaking van de overtreding. Individuele cliënten

560 Zie par. 5.6.5.4, nr. 1.
561 Zie par. 5.6.5.4, nr. 3.
562 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 41.

kunnen door een toezichthouder niet via een aanwijzing beschermd worden wanneer een persoon waarmee de individuele cliënt een contractuele relatie heeft, een ingevolge de wet gegeven voorschrift heeft overtreden. Wel kan een cliënt in een voorkomend geval gebruik maken van de mogelijkheden die in het civiele recht worden geboden, zoals schadevergoeding en ontbinding.[563] Artikel 1:75 Wft geldt onverminderd de werking van artikel 1:23 Wft, waarin is bepaald dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met de bij of krachtens deze wet gestelde regels niet uit dien hoofde aantastbaar is, behalve voor zover de Wft anders bepaalt.

(1) Eco Sure Nederland B.V.

Casus. Tussen Eco Sure Nederland BV (Eco Sure) en de AFM is gecorrespondeerd over de vraag of het vruchtgebruik van grond met bomen dat Eco Sure aanbiedt valt onder het begrip effect in de zin van de Wte 1995. De AFM stelt zich op het standpunt dat de vier producteden die door Eco Sure worden uitgegeven alle vier het kenmerk hebben dat de inschrijver een nominaal geldbedrag inlegt, hij jaarlijks een rendement ontvangt, uitgedrukt in een vast percentage van dat nominale bedrag, en dat hij na afloop van de overeengekomen periode zijn nominale inleg terugontvangt. Eco Sure geeft, naar het oordeel van de AFM, een viertal beleggingsproducten uit. Hiervoor is een vergunning nodig en daarnaast dient Eco Sure potentiële cliënten van het prospectus te voorzien.

Besluit. De AFM heeft Eco Sure bij besluit van 19 januari 2005, een aanwijzing opgelegd die onder meer inhoudt dat Eco Sure alle namen van participanten in de beleggingsproducten aan de AFM overlegt, schriftelijk binnen drie werkdagen de AFM bevestigt dat zij per direct is gestopt met het aanbieden van de producten dan wel met het in het vooruitzicht stellen van deze aanbieding van effecten, binnen vijf werkdagen na dagtekening van deze aanwijzing de participanten die met verzoekster een overeenkomst voor de bovengenoemde producten zijn aangegaan, schriftelijk op de hoogte stelt van het feit dat zij in strijd heeft gehandeld met de Nederlandse effectenwetgeving door effecten aan te bieden zonder daartoe het prospectus algemeen verkrijgbaar te hebben. Dit is een overtreding van artikel 3 Wte 1995 juncto artikel 1 sub 2 van de WED waarvoor zij van de AFM de aanwijzing heeft opgelegd gekregen om dit binnen deze vijf werkdagen aan de participanten kenbaar te maken en aan de AFM binnen 20 werkdagen alle correspondentie verstrekt tussen Eco Sure en de participanten naar aanleiding van de verstuurde brief.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. De voorzieningenrechter beoordeelt of de aangeboden producten effecten zijn in de zin van de Wte 1995, wie de uitgevende instelling is en in hoeverre de AFM met de aanwijzing binnen haar

563 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 41.

bevoegdheid is gebleven in de zin van artikel 28 Wte 1995 (oud).[564] De onderdelen 3 en 4 van de aanwijzing, het binnen vijf werkdagen op de hoogte stellen van de contractanten dat Eco Sure in strijd heeft gehandeld met de effectenwetgeving (aanwijzing 3) en binnen 20 dagen een afschrift hiervan te zenden aan de AFM (aanwijzing 4), zien niet op beëindiging van de overtreding maar op reparatie naar het verleden, aldus de voorzieningenrechter. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het niet aanstonds evident dat de AFM daarmee handelt conform het doel en de strekking van artikel 28 Wte 1995. Enerzijds heeft weliswaar te gelden dat ook de groep beleggers die reeds met Eco Sure in zee is gegaan zonder het prospectus, valt onder de beleggers die artikel 28 Wte 1995 beoogt te beschermen. Dit volgt reeds uit de wet. Aan de andere kant heeft te gelden dat de groep in kwestie zeer concreet is en dat de individuele beleggers die reeds een overeenkomst met Eco Sure hebben, zich mede ten gevolge van de aanwijzing zullen kunnen beraden op civielrechtelijke stappen, hetgeen, zoals ter zitting is gebleken, ook het oogmerk van de AFM is. Daardoor rijst de vraag gesteld worden of dit aanwijzingsonderdeel het publieke belang nog in overwegende mate dient, aangezien het om een zeer concrete groep gaat. De oplegging van de verplichting aan Eco Sure tot het doen van een kennisgeving aan individuele beleggers opdat die zich kunnen herbezinnen op hun overeenkomst met Eco Sure, wordt zo strafrechtelijk gesanctioneerd. De vraag doet zich, aldus de voorzieningenrechter, voor of de scheidslijn tussen het publieke en private belang hiermee niet teveel uit het oog wordt verloren en daarmee de verhouding tussen de publiekrechtelijke en civielrechtelijke handhavingsmogelijkheden met betrekking tot de Wte 1995. Gezien deze twijfel wijst de voorzieningenrechter de gevraagde voorziening met betrekking tot de onderdelen 3 en 4 van het besluit toe. Deze onderdelen van het besluit worden geschorst.

Commentaar. De voorzieningenrechter acht voorkoming van verdere overtreding van het artikel van belang, maar stelt de vraag of reparatie naar het verleden wel binnen de bevoegdheid van de AFM past. Grundmann-van de Krol vraagt zich af of privaatrecht en publiekrecht hier niet te veel door elkaar gaan lopen omdat het privaatrecht wel een erg faciliterend karakter krijgt. In hoeverre dient de toezichthouder de individuele belegger de helpende hand te bieden als in strijd met de effectenwetgeving wordt gehandeld, waardoor beleggers schade lijden zonder dat zij daarvan op de hoogte zijn? Dit zijn vragen naar de grenzen van het publieke belang.[565]

In haar oratie suggereert Grundmann-van de Krol een aantal mogelijkheden om het privaatrecht behulpzaam te maken bij handhaving van de effectenregelgeving. Zo noemt zij het publiceren door de toezichthouder van voor beleggers relevante feiten waardoor aan gedupeerde beleggers een handvat gegeven wordt eventueel zelf civielrechtelijk in actie te komen. Een andere mogelijkheid

564 Rb. Rotterdam 28 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4473, *JOR* 2005/68, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol.

565 Rb. Rotterdam 28 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4473, *JOR* 2005/68, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol. Zie ook C.M. Grundmann-van de Krol, *Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: BJu 2002, p. 36 e.v.

is het toekennen aan de gedragstoezichthouder van de bevoegdheid om de civiele rechter te verzoeken de overtreder te veroordelen tot betaling van schadevergoeding of te veroordelen tot het treffen van andere adequate maatregelen voor gedupeerde beleggers. Grundmann-van de Krol pleit er zelfs voor om in het geval dat de aanwijzingsbevoegdheid resulteert in een wettelijke schadevergoedingsplicht aan de belegger, de rechtsbescherming bij de civiele rechter te leggen.[566] In de lijn van Grundmann-van de Krol ben ik er een voorstander van dat er naar mogelijkheden gezocht wordt om het privaatrecht en het bestuursrecht beter op elkaar te laten aansluiten. In hoofdstuk 6 doe ik ook enkele suggesties.

(2) Borderline Constuctions en Borderline Rentals

Casus. Borderline Constructions verkoopt gebruiksrechten in vakantiehuizen. De koper verhuurt vervolgens de woning weer aan Borderline Rentals voor een vaste huurprijs van 9% van de aankoopprijs per jaar (hierna gezamenlijk 'Borderline') met een minimale looptijd van 5 jaar. Het tweede product bestaat er uit dat bij Borderline Construction een gebruiksrecht van € 5.000 per stuk wordt aangeschaft. Eén gebruiksrecht geeft recht om tien jaar lang gedurende een week per kalenderjaar de woning te bewonen of te verhuren. Na 5 of 10 jaar wordt door Borderline Constructions opdracht gegeven het gebruiksrecht te verkopen. De verkoper ontvangt dan gegarandeerd het aankoopbedrag van € 5.000 terug. Het gebruiksrecht mag niet aan een andere partij worden verkocht. Na een aanmaning van de AFM om te stoppen met de aanbieding van deze effecten heeft Borderline informatie aan de AFM toegezonden en het standpunt ingenomen dat de verkoop van 'timeshares' in kwestie niet valt onder de bevoegdheid van de AFM. Bij brief van 5 mei 2004 heeft de AFM Borderline op de hoogte gesteld van het voornemen tot het geven van een aanwijzing. Uiteindelijk is op 26 juli 2004 de aanwijzing gegeven. Hierna is tussen de AFM en Borderline nog een briefwisseling geweest en heeft Borderline de aanwijzing gekregen om per direct met het aanbieden van deze effecten te stoppen. Aangezien er geen sprake is van een onomkeerbare situatie leent dit zich niet voor een voorlopige voorziening. De voorlopige voorziening ziet dan ook met name op het onderdeel van de aanwijzing waarin Borderline wordt opgedragen dat het de participanten in de gelegenheid stelt om de overeenkomst te heroverwegen.

Besluit. Bij besluit van 26 juli 2004 heeft de AFM op grond van artikel 28 Wte 1995 vastgesteld dat Borderline, in strijd met artikel 3 Wte 1995, effecten heeft aangeboden zonder het prospectus algemeen beschikbaar te hebben. De AFM heeft Borderline een aanwijzing gegeven. De aanwijzing luidt: per omgaande dient Borderline te stoppen met het aanbieden deze effecten, participanten in de gelegenheid te stellen het prospectus te verkrijgen en hun een redelijke termijn te geven om de overeenkomst te heroverwegen en eventueel te ontbin-

566 Zie ook Grundmann-van de Krol 2002, p. 47 e.v.

den en ten derde aan de AFM een lijst van alle participanten te overhandigen, inclusief alle gevoerde correspondentie.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. De voorzieningenrechter overweegt dat de intentie van de contractspartijen niet anders kan zijn dan dat sprake is van overeenkomsten die tezamen gekwalificeerd moeten worden als een obligatie of een soortgelijk waardepapier.[567] Er is geen prospectus ter beschikking gesteld: derhalve heeft Borderline artikel 3 Wte 1995 overtreden. Het alsnog toesturen van het prospectus kan, naar het oordeel van de voorzieningenrechter, worden gezien als het herstellen van het 'gebrek' in publiekrechtelijke zin. De heroriëntatie door de participanten is daarentegen een onaanvaardbare doorkruising van het privaatrecht. Enerzijds heeft weliswaar te gelden dat de groep beleggers, die reeds met Borderline in zee is gegaan, zonder dat zij zich konden oriënteren aan de hand van het prospectus, valt onder de beleggers op die markten waar artikel 28 Wte 1995 op ziet. Anderzijds overweegt de voorzieningenrechter dat de groep beleggers zeer concreet is en dat de individuele beleggers die reeds overeenkomsten zijn aangegaan met Borderline zich zal beraden over het ontbinden van de overeenkomst. De aanwijzing krijgt, aldus de voorzieningenrechter een wel zeer faciliterend karakter voor deze concrete groep beleggers, waarbij de vraag kan worden gesteld of met deze aanwijzing nog wel het publieke belang wordt gediend. De vraag rijst of de scheidslijn tussen het publieke en private belang hiermee niet teveel uit het oog wordt verloren en daarmee de verhouding tussen de publiekrechtelijke en civielrechtelijke handhavingsmogelijkheden met betrekking tot de Wte 1995. Gezien deze twijfel wijst de voorzieningenrechter de voorziening met het betrekking tot het laatste subonderdeel van onderdeel 2, de participanten in de gelegenheid te stellen de overeenkomst te heroverwegen, toe. Dit betekent een schorsing van dit subonderdeel.

Bezwaar. Bij besluit van 22 december 2004 zijn de bezwaren van Borderline ongegrond verklaard.

Beroep en hoger beroep. Tegen de aanwijzing zijn in beroep en in hoger beroep geen gronden meer aangevoerd.[568]

Commentaar. Peters merkt in de noot onder de uitspraak van de voorzieningenrechter op dat het toezicht van de Wte 1995 niet is gericht op individuele belangen, waardoor beleggers de mogelijkheid van rechtsbescherming langs die weg ontberen. Hiervoor dient een procedure bij de civiele rechter gestart

567 Rb. Rotterdam 5 april 2005, *JOR* 2005/126, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol en J.A.F. Peters.

568 In beroep en hoger beroep staat de vraag centraal in hoeverre de aangeboden producten effecten zijn in de zin van artikel 1 sub a Wte 1995. Rb. Rotterdam 11 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU4849, *JOR* 2006/12, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol en CBb 30 januari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ9465.

te worden.[569] In de civiele jurisprudentie is echter geen consensus te vinden over de vraag of de geldigheid van rechtshandelingen die in strijd met artikel 3 Wte 1995 zijn, op die grond aantastbaar zijn.[570]

Met betrekking tot artikel 1:75 lid 3 Wft vermeldt de Parlementaire Geschiedenis dat indien een uitgevende instelling geen goedgekeurd prospectus verkrijgbaar heeft gesteld, de uitgevende instelling geen aanwijzing opgelegd kan krijgen waarin wordt opgelegd om 'kopers' van die effecten de mogelijkheid te bieden hun koopovereenkomst te heroverwegen.[571] Individuele cliënten dienen niet via een aanwijzing te worden beschermd. Individuele gedupeerden kunnen via het civiele recht hun rechten veilig stellen.

(3) Richland Real Estate

Casus. Richland Real Estate (RRE) biedt kavels grond aan. Deze kavels worden vervolgens opgedeeld en weer verkocht aan derden. RRE biedt vervolgens aan de percelen te verzorgen en te onderhouden. De percelen worden verkocht met het oog op een bestemmingswijziging.

Besluit en bezwaar. Bij besluit van 17 november 2008 heeft de AFM RRE een aanwijzing gegeven. In bezwaar is deze aanwijzing deels herroepen en zij luidt na bezwaar: RRE dient het aanbieden van beleggingsobjecten gestaakt te houden, dient de website www.richland.nl hierop aangepast te houden en dient binnen dertig werkdagen na het vervallen van de getroffen voorlopige voorziening het beheer van reeds gesloten overeenkomsten te stoppen, tot het moment waarop is voldaan aan de toepasselijke wet- en regelgeving. RRE dient eveneens, aan de AFM, alle schriftelijke stukken te verstreken waaruit blijkt dat zij met dit beheer is gestopt.

Beroep. De rechtbank dient te beoordelen of er sprake is van een beleggingsobject in de zin van artikel 1:1 Wft.[572] Naar het oordeel van de rechtbank is dit het geval. Zoals het CBb heeft overwogen in de uitspraak van 30 januari 2007[573] is een beleggingsobject niet slechts de koopovereenkomst ten aanzien van de grond, maar het geheel aan afspraken tussen partijen. Uit de brochures blijkt dat melding wordt gemaakt van 'een interessant rendement' en 'een aanzienlijke waardestijging' en er wordt een verwacht rendement becijferd.

De tweede vraag die voorligt is of de aanwijzing van de AFM niet in strijd is met artikel 1:75 lid 3 Wft. Hierbij dient onder het 'strekken tot aantasting van de overeenkomst', gelet op de ratio van die bepaling om de belangen van die derden te beschermen, mede te worden begrepen de situatie dat een aanwijzing in redelijkheid onvermijdelijk de aantasting van overeenkomsten tot gevolg

569 Rb. Rotterdam 5 april 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AT3564, *JOR* 2005/126, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol en J.A.F. Peters, nr. 6.

570 Zie Rb. Den Haag 19 januari 2005, *JOR* 2005/41, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol; Rb. Breda 20 augustus 2002, *JOR* 2002/178; Rb. Arnhem 17 september 2003, *JOR* 2003/285.

571 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 41, p. 62.

572 Rb. Rotterdam 29 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM6488.

573 CBb 30 januari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ9465, zie r.o. 5.2.

heeft.[574] Feitelijke aantasting (niet-nakoming) of contractsovername kunnen ook onder dit lid vallen.

De door de AFM voorgestane lezing dat artikel 1:75 lid 3 Wft slechts een aanwijzing verbiedt indien die tot doel heeft (individuele) overeenkomsten met derden aan te tasten, kan niet worden gevolgd reeds omdat dit de bepaling zinledig zou maken: de bedoeling is namelijk het naleven van de Wft.[575] De verwijzing van de AFM naar de uitspraak van de rechtbank van 4 mei 2007,[576] bevestigd door het CBb bij uitspraak van 19 mei 2009,[577] stuit af op de omstandigheid dat artikel 1:75 lid 3 Wft daarin toepassing miste. Kortom, het beroep slaagt op dit punt. RRE heeft artikel 2:55 lid 1 Wft overtreden door zonder een vergunning beleggingsobjecten aan te bieden. De aanwijzing om te stoppen met het beheren van de reeds afgesloten overeenkomsten en deze gestopt te houden is echter in strijd met artikel 1:75 lid 3 Wft.

Hoger beroep. In hoger beroep wordt zowel RRE als de AFM niet-ontvankelijk verklaard omdat RRE op 22 november 2011 heeft opgehouden te bestaan.[578]

(4) A

Casus. A biedt beleggingsproducten aan zonder vergunning.

Besluit. De AFM heeft bij besluit van 20 juli 2010 aan A B.V. een last onder dwangsom opgelegd ex artikel 1:79 lid 1 Wft. Deze dwangsom strekt ertoe dat A binnen vijftig werkdagen na dagtekening van dit besluit: stopt en gestopt houdt met het aanbieden en dus ook het beheren van de overeenkomsten van beleggingsobjecten totdat aan de geldende regelgeving is voldaan en aan de AFM alle schriftelijke stukken ter beschikking stelt waaruit dit blijkt. De dwangsom ziet dan ook op een overtreding van artikel 2:55 lid 1 Wft.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. De voorzieningenrechter[579] overweegt dat in de uitspraak van de meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam van 4 december 2009[580] is geoordeeld dat een aanwijzing die strekt tot het staken van werkzaamheden ter zake van reeds gesloten overeenkomsten in strijd is met artikel 1:75 lid 3 Wft. De rechtbank heeft in die uitspraak geoordeeld dat de tekst van dit artikellid de aanwijzingsbevoegdheid van de toezichthouder uitdrukkelijk aan banden legt en dat de rechtszekerheid er aan in de weg staat dat de toezichthouder bevoegd is een aanwijzing te geven die

574 Rb. Rotterdam 29 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM6488, zie r.o. 2.6.
575 Rb. Rotterdam 29 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM6488, zie r.o. 2.7.
576 Rb. Rotterdam 4 mei 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA4820.
577 CBb 19 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI7113.
578 CBb 3 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0922 AB 2013/232, m.nt. R. Ortlep.
579 Rb. Rotterdam 10 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9381, *JOR* 2010/311, m.nt. S.M.C. Nuyten.
580 Rb. Rotterdam 4 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK5632.

rechtstreeks tot gevolg heeft dat de overtreder de met de consumenten aangegane overeenkomsten openbreekt.[581]

De voorzieningenrechter overweegt dat uit de wetsgeschiedenis van de Wft volgt dat dit artikel beoogt bestaande jurisprudentie met betrekking tot de aanwijzing te codificeren. De last onder dwangsom is een specifieke aanwijzing en niet valt in te zien dat voor een last onder dwangsom deze jurisprudentie niet zou gelden. De AFM kan dan ook niet worden gevolgd in haar standpunt dat de hierboven genoemde uitspraken met betrekking tot artikel 1:75 lid 3 Wft niet gevolgd behoeven te worden omdat de rechtszekerheid niet aan het openbreken van civielrechtelijke overeenkomsten bij toepassing van artikel 1:79 Wft in de weg staat. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dient het verbod om overeenkomsten open te breken hier ook te gelden. De voorlopige voorziening wordt toegewezen.

(5) Investerra

Casus. Investerra koopt interessante percelen grond op waarbij wordt gekeken naar de potentie van een locatie om een toekomstige bestemmingswijziging te ondergaan. Het betreft met name landbouw- of bosgronden. De aangekochte grotere grondstukken worden verkaveld en aan particuliere investeerders verkocht. In de koopovereenkomst wordt vastgelegd dat het de koop van een perceel landbouwgrond betreft en dat de koper die grond conform huidige bestemming zal gebruiken en dat hij daarnaast de intentie heeft de door hem gekochte grond te gebruiken voor beleggingsdoeleinden, waarbij wordt ingespeeld op waardevermeerdering door tijdsverloop en/of bestemmingswijziging. De koper heeft ook een aanbiedingsplicht aan Investerra dan wel aan een door Investerra aan te wijzen derde in geval van een bestemmingswijziging. Ook is overeengekomen dat de koper na een bestemmingswijziging 20% van de eventuele meerwaarde aan Investerra dient af te staan als de waardestijging plaatsvindt binnen 10 jaar en 10% na die 10 jaar.

Tevens wordt met de koper een overeenkomst gesloten waarin de koper verklaart Investerra te machtigen zijn bezit in gebruik te geven bij een agrariër welke door Investerra is geselecteerd. De pachtvergoeding komt toe aan Investerra. De AFM heeft Investerra meegedeeld dat zij vermoedt dat Investerra artikel 2:55 Wft overtreedt, waarin staat dat het verboden is om zonder vergunning beleggingsobjecten aan te bieden.

Besluit en bezwaar. Na onderzoek heeft de AFM Investerra meegedeeld voornemens te zijn een aanwijzing op grond van artikel 1:75 Wft te geven. Bij besluit van 8 november 2008 is de aanwijzing gegeven. In bezwaar is de aanwijzing gewijzigd en houdt de aanwijzing in reeds afgesloten overeenkomsten te staken, waartoe zij brieven aan de kopers dient te sturen dat zij het beheer heeft gestaakt. De overeenkomsten moeten dus worden opengebroken. Als zij dit niet doet zal Investerra geconfronteerd worden met nadere handhavingsmaatregelen.

581 Rb. Rotterdam 4 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK5632, r.o. 2.3.

Voorlopige voorziening hangende bezwaar. De voorzieningenrechter oordeelt dat sprake is van een overtreding in de zin van artikel 2:55 lid 1 Wft.[582] De aanwijzing heeft echter tot gevolg dat Investerra het beheer van de gesloten overeenkomsten moet openbreken en dat lijkt op gespannen voet te staan met artikel 1:75 lid 3 Wft. De voorziening, inhoudende dat de aanwijzing wordt geschorst, wordt toegewezen.

Beroep. Dit voorlopige oordeel wordt in beroep bekrachtigd.[583] De rechtbank overweegt dat de aanwijzing onmiskenbaar leidt tot aantasting van de overeenkomsten, waaronder de pachtovereenkomst met volmacht tussen Investerra en de consumenten, die immers mede betrekking op deze activiteiten van Investerra zal hebben. Dit is in strijd met artikel 1:75 lid 3 Wft. Het beroep van de AFM dat sprake is van doorkruising van publiekrechtelijke handhavingsbevoegdheden door civielrechtelijke verbintenissen maakt dit niet anders. De tekst van artikel 1:75 lid 3 Wft laat onverlet dat de aanwijzingsbevoegdheid aan banden is gelegd.[584]

Hoger beroep. In hoger beroep oordeelt het CBb[585] echter dat artikel 1:75 lid 3 Wft niet strekt tot aantasting van de overeenkomsten tussen die persoon en derden. Dit houdt in dat er een verbod is om door middel van de aanwijzing met terugwerkende kracht in te grijpen in een tussen de financiële instelling en derden gesloten overeenkomst. De aanwijzing van de AFM is er op gericht de overtreding voor de toekomst te beëindigen en grijpt dus niet met terugwerkende kracht in de reeds gesloten overeenkomsten. Dat Investerra als gevolg van het uitvoeren van de aanwijzing mogelijk tekort zal schieten in de nakoming van de 'volmacht pachtovereenkomst' kan niet afdoen aan de bevoegdheid van de AFM om de aanwijzing te geven 'het beheer van de reeds afgesloten overeenkomst te staken'.[586] Het CBb komt tot deze conclusie door aansluiting te zoeken bij artikel 1:23 Wft waar 'aantasting' ook voorkomt. Het CBb overweegt dat gezien de gelijkluidende bewoordingen in beide bepalingen het op de weg van de wetgever had gelegen om indien de bedoeling was een van artikel 1:23 Wft afwijkende, ruimere, strekking aan artikel 1:75 lid 3 Wft te geven dit uitdrukkelijk toe te lichten. Een aanwijzing is, aldus de toelichting bij artikel 1:75 Wft,[587] een reparatoire sanctie gericht op het beëindigen of ongedaan maken van de overtreding dan wel het voorkomen van herhaling

582 Rb. Rotterdam 25 november 2008, ECLI:NL:RBROT:2009:BG5385, *JOR* 2009/18. Bij besluit van 24 september 2010 heeft de AFM Investerra ook een boete opgelegd ad €24.000. Zie hiervoor Rb. Rotterdam 22 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0946. Het betreft een overtreding op grond van artikel 2:55 Wft.

583 Rb. Rotterdam 4 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK5632, *JOR* 2010/20.

584 Rb. Rotterdam 4 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK5632, *JOR* 2010/20, zie r.o. 2.16.

585 CBb 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ0538, *JOR* 2011/187, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol.

586 CBb 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ0538, *JOR* 2011/187, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol, r.o. 5.11.

587 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 41, p. 62.

ervan. De aanwijzing mag geen gebod bevatten voor een financiële instelling om overeenkomsten te wijzingen die met individuele cliënten zijn gesloten onder overtreding door de financiële instelling van een op grond van de wet gegeven bepaling. In de toelichting is aansluiting gezocht bij uitspraken van de rechtbank Rotterdam.[588] Het CBb onderschrijft het standpunt van de AFM dat het in die uitspraken ging om overtredingen met het oog op het staken van het aanbod van de producten die reeds waren beëindigd. Daarom konden de op die overtredingen gebaseerde aanwijzingen slechts een reparatie naar het verleden tot doel hebben. Dit is de reden dat artikel 1:75 lid 3 Wft een verbod bevat om door middel van de aanwijzing met terugwerkende kracht in te grijpen in een tussen de financiële instelling en een derde gesloten overeenkomst. Deze aanwijzing in de onderhavige zaak is er evenwel op gericht de overtreding voor de toekomst te beëindigen. Dat dit consequenties heeft voor Investerra bij de uitvoering van de nakoming van de volmacht pachtovereenkomst kan hieraan niet afdoen.

Commentaar. Het CBb concludeert dat een aanwijzing gericht op reparatie naar de toekomst niet afstuit op artikel 1:75 lid 3 Wft. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij artikel 1:23 Wft. Grundmann-van de Krol merkt echter op dat artikel 1:23 Wft een andere ratio heeft dan artikel 1:75 lid 3 Wft. Beide bepalingen spreken van aantastbaar maar dit begrip dient, aldus Grundmann-van de Krol, wel in perspectief te worden geplaatst.[589] Artikel 1:75 Wft ziet op de bevoegdheid voor de toezichthouder om een aanwijzing te geven en zo een gedragslijn voor te schrijven. Dit voorschrijven heeft niets van doen met nietigheid of vernietigbaarheid van de door de overtreder gesloten overeenkomsten.

De stelling van Grundmann-van de Krol is goed verdedigbaar, in die zin dat de aanwijzing geen nietigheid of vernietigbaarheid in privaatrechtelijke zin oplevert. Wel houdt de aanwijzing in dat gesloten overeenkomsten dienen te worden aangepast.

De centrale vraag in deze zaak is of 'reparatie' van de overtreding naar de toekomst afstuit op artikel 1:75 lid 3 Wft. De lijn van de rechtbank Rotterdam is niet consistent geweest. De rechtbank Rotterdam heeft zich al eerder, in het kader van beroep naar aanleiding van besluiten van DNB, uitgelaten over de invulling van artikel 1:75 lid 3 Wft. De rechtbank Rotterdam heeft in een uitspraak van 4 mei 2007 geoordeeld dat een aanwijzing mag inhouden om reeds gesloten overeenkomsten te beëindigen of te wijzigen indien het voortduren van die overeenkomsten impliceert dat ook de overtreding voortduurt.[590] Frielink merkt in zijn noot onder die uitspraak op dat de uitspraak

588 Rb. Rotterdam 28 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4473, *JOR* 2005/68, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol en Rb. Rotterdam 5 april 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AT3564, *JOR* 2005/126, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol en J.A.F. Peters.

589 CBb 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ0538, *JOR* 2011/187, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol.

590 Rb. Rotterdam 4 mei 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA4820, *JOR* 2007/155, m.nt. K. Frielink. In hoger beroep heeft het CBb zich niet verder uitgelaten over de reikwijdte van artikel 1:75 lid 3 Wft: CBb 19 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI7113, *JOR* 2009/229, m.nt. V.H. Affourtit en J.F. De Groot.

in ieder geval in strijd is met de letterlijke tekst van artikel 1:75 lid 3 Wft. Met de latere uitspraak inzake Investerra van 4 december 2009 wijkt de rechtbank Rotterdam af van de lijn van 4 mei 2007, omdat de rechtbank oordeelt dat de aanwijzing onmiskenbaar zal leiden tot aantasting van de overeenkomsten en daarom in strijd is met artikel 1:75 lid 3 Wft. Het CBb heeft in de Investerra uitspraak in ieder geval duidelijkheid over de bestuursrechtelijke lijn gebracht.

Het CBb heeft deze discussie beëindigd door te concluderen dat een aanwijzing inhoudend het staken en gestaakt houden van in strijd met de Wft gesloten overeenkomsten toegestaan is, omdat een dergelijke aanwijzing niet met terugwerkende kracht ingrijpt in reeds gesloten overeenkomsten en erop gericht is de overtreding voor de toekomst te beëindigen.[591] Opmerkelijk is dat het CBb overweegt dat de wetgever het verschil tussen 'aantasting' in de artikelen 1:75 en 1:23 Wft beter had moeten toelichten. Dit, terwijl in de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 1:75 lid 3 Wft is opgemerkt dat de aanwijzing geen gebod kan bevatten voor een financiële onderneming om overeenkomsten te (laten) wijzigen die met individuele cliënten zijn gesloten onder overtreding door de financiële instelling van een op grond van de wet gegeven bepaling.[592] Het betreft een reparatoire sanctie die is gericht op het beëindigen of ongedaan maken van een overtreding van een publiekrechtelijk voorschrift. De doelstelling van de wet reikt namelijk niet zover dat individuele cliënten door de toezichthouder via een aanwijzing worden beschermd wanneer een financiële instelling waarmee de individuele cliënt een contractuele relatie heeft een ingevolge de wet gegeven voorschrift heeft overtreden.[593] Als voorbeeld wordt hierbij gegeven dat een aanwijzing geen gebod kan bevatten om kopers van uitgegeven effecten zonder goedgekeurde prospectus de mogelijkheid te bieden hun koopovereenkomst te heroverwegen.[594]

Het resultaat van de uitspraak van het CBb is dat via deze aanwijzing Investerra wordt gedwongen tot wanprestatie dan wel opzegging van de overeenkomsten. De individuele belangen van de consumenten en de omstandigheden waaronder de individuele overeenkomsten zijn afgesloten, worden via deze weg niet meegewogen.[595] De privaatrechtelijke weg is daar bij uitstek wel geschikt voor. Gedacht kan worden aan de informatieplichten en onderzoeksplichten bij dwaling, de afweging van belangen via de redelijkheid en billijkheid, de informatieplichten bij de privaatrechtelijke zorgplicht en het eigen risico bij de eigen schuld. De financiële instelling wordt door het CBb echter gedwongen de uitvoering van de overeenkomsten te staken, zonder dat vaststaat dat voor dit staken een privaatrechtelijke grondslag bestaat. De aanwijzing van de AFM heeft zo privaatrechtelijke gevolgen zonder dat het privaatrechtelij-

591 CBb 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ0538, *JOR* 2011/187, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol.

592 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 41, p. 62.

593 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 41, p. 63.

594 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 41, p. 62.

595 De AFM heeft bij besluit van 24 september 2010 een boete ad €24.000 opgelegd aan Investerra. Deze boete is te kennen uit Rb. Rotterdam 22 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0946. Het betreft hetzelfde feitenkader, maar een andere, voor het onderhavige onderwerp niet relevante overtreding.

ke kader is meegenomen. Ik acht dat ongelukkig. In paragraaf 5.6.6.3 ga ik hier nader op in.

(6) Grond en Vastgoed Specialisten Nederland B.V.

Casus. Grond en Vastgoed Specialisten Nederland B.V. (GVSN) richt zich op de verkoop van gronden om ze vervolgens weer te verpachten.

Besluit. Bij besluit van 22 april 2009 heeft de AFM GVSN een aanwijzing gegeven op grond van artikel 1:75 lid 3 Wft. De aanwijzing houdt in dat GVSN het aanbieden van beleggingsobjecten stopt, het beheren van reeds afgesloten overeenkomsten stopt en alle schriftelijke stukken aan de AFM verstrekt waaruit blijkt dat het beheer is gestaakt.[596]

Beroep. In beroep heeft de rechtbank GVSN in het gelijk gesteld voor zover het gaat om het tweede gedeelte van de aanwijzing voor zover het gaat om reeds afgesloten overeenkomsten te staken.

Hoger beroep. In beroep verwijst het CBb naar de uitspraak inzake Investerra.[597] Een aanwijzing die erop gericht is de overtreding voor de toekomst te beëindigen en niet ingrijpt met terugwerkende kracht in reeds gesloten overkomsten, is niet in strijd met artikel 1:75 lid 3 Wft. Het CBb oordeelt dat het hoger beroep van de AFM gegrond is.

5.6.6.3 Afronding

Op grond van artikel 1:75 Wft kan de AFM aan een financiële instelling aanwijzingen geven. Deze aanwijzing mag er echter niet toe strekken dat overeenkomsten tussen de entiteit en derden worden aangetast.

De uitkomst van de uitspraken inzake Investerra en GVSN zijn, vanuit het uitgangspunt dat overeenkomsten met derden niet aangetast mogen worden, opmerkelijk te noemen. In letterlijke zin tasten de aanwijzingen overeenkomsten met derden niet rechtstreeks aan. Maar Investerra en GVSN worden, willen zij uitvoering geven aan de aanwijzingen, wel gedwongen tot wanprestatie. Dit roept verschillende vragen op. Wat nu als de consument tevreden is over de overeenkomst en deze helemaal niet wenst te beëindigen? Op welke grond dient de overeenkomst dan beëindigd te worden? Dient bijvoorbeeld Investerra de uitvoering van haar verplichtingen te staken en derhalve wanprestatie te plegen? Of dient zij de overeenkomst op te zeggen, maar op welke grond dient deze opzegging dan te geschieden? Wat als de consument een vordering tot nakoming instelt en de civiele rechter Investerra veroordeelt tot nakoming? Naar mijn mening heeft de voorzieningenrechter terecht geoordeeld dat er

596 Besluit van 22 april 2009, kenbaar uit CBb 15 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:66.
597 CBb 15 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:66.

sprake is van doorkruising van de civiele overeenkomsten. De bestuursrechtelijke handhaving raakt het privaatrecht hier op een onwenselijke manier. Immers bij het verstrekken van de aanwijzing worden de individuele belangen en omstandigheden die een rol spelen of hebben gespeeld bij het sluiten van de overeenkomst niet meegewogen. Deze omstandigheden worden wel in een civiele procedure, die daarvoor bij uitstek geschikt is, meegewogen, bijvoorbeeld via de onderzoeksplicht of waarschuwingsplicht in het kader van dwaling, via de redelijkheid en billijkheid, de eigen schuld etc. Individuele contractspartijen staan voldoende civiele rechtsmiddelen ter beschikking om te overeenkomst aan te passen, te ontbinden of schadevergoeding te krijgen.

Daarnaast betwijfel ik of het CBb de bepaling wel uitlegt conform de wetsgeschiedenis. In de wetsgeschiedenis is immers vermeld dat een aanwijzing geen gebod mag bevatten voor een financiële instelling om een overeenkomst te (laten) wijzigen die met individuele cliënten is gesloten onder overtreding door de financiële onderneming van een op grond van de wet gegeven bepaling.[598] Een aanwijzing reikt namelijk niet zover dat een individuele cliënt door een toezichthouder wordt beschermd, wanneer een persoon waarmee de individuele cliënt een contractuele relatie heeft een ingevolge de wet gegeven voorschrift heeft overtreden, aldus de Memorie van Toelichting.

5.6.7 *Iustum pretium*

Op grond van artikel 86c BGfo (artikel 149a BGfo oud) geldt een provisieverbod. Dit houdt in dat een aanbieder, bemiddelaar of adviseur voor het bemiddelen of adviseren inzake een complex product rechtstreeks of middellijk geen provisie mag ontvangen die niet noodzakelijk is voor het mogelijk maken van de dienstverlening. Op grond van het tweede lid mogen provisies niet kennelijk onredelijk zijn gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening. Hierbij wordt in aanmerking genomen of het bedrag dat de bemiddelaar of adviseur in rekening brengt, onredelijk is gezien het aantal uren dat aan het advies is besteed. Is het aantal uren dat aan het advies is besteed onredelijk gezien de reikwijdte van het advies? Is de reikwijdte van het advies onredelijk gezien de adviesvraag van de consument en is het uurtarief dat de bemiddelaar of adviseur in rekening brengt onredelijk gelet op zijn specialisatiegraad?[599] Ook wordt in acht genomen wat in de branche gebruikelijk is.

(1) CAS

Casus. CAS is een advies- en bemiddelbureau bij het sluiten en oversluiten van beleggingsverzekeringen zoals levensverzekeringen, schadeverzekeringen en

598 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 41, p. 62.
599 *Stb.* 2011, 515, p. 15.

hypothecair krediet. In de periode september 2012 tot en met november 2012 heeft de AFM onderzoek gedaan naar vergoedingen die CAS in rekening heeft gebracht voor het adviseren over en bemiddelen in het oversluiten van beleggingsverzekeringen. CAS benadert klanten telefonisch en plant daarna een huisbezoek. Cas brengt volgens het zogenaamde inducementbeleid een uurtarief van €150 in rekening voor advieswerk en €75 voor administratieve werkzaamheden. De AFM heeft berekend dat CAS gemiddeld tussen de 3,5 en 4,2 uur nodig heeft voor advies.

De AFM heeft vijf dossiers aan een nadere inspectie onderworpen. In alle vijf de dossiers komt de AFM tot de conclusie dat de in rekening gebrachte tarieven kennelijk onredelijk zijn, gelet op de aard en de reikwijdte van de dienstverlening die CAS heeft verricht. Het aantal uren dat nodig is wijkt sterk af van het aantal uren dat in rekening is gebracht. CAS heeft ook niet kunnen aantonen dat zij het aantal in rekening gebrachte uren ook daadwerkelijk heeft gemaakt. Uit de door de AFM 181 onderzochte marktpartijen komt naar voren dat adviseurs gemiddeld 3,5 tot 4,2 uur nodig hebben voor advies. Uit de zienswijze van CAS zelf komt naar voren dat er ongeveer 3 tot 3,75 uur nodig is voor een adviesgesprek, de adviescontrole en het onderhouden van contact met de klant en de overdragende en de overnemende partij. De 10 uur die CAS in rekening heeft gebracht is dan ook kennelijk onredelijk.

Besluit. De AFM oordeelt dat artikel 149a lid 1 BGfo (oud) heeft overtreden. Het basis bedrag is €2.000.000. Gelet op de draagkracht verlaagt de AFM de boete tot 5% van het basisbedrag te weten €100.000.

Beroep: In beroep wordt het besluit vernietigd.[600] De rechtbank overweegt dat het uitgangspunt van de wetgever is:

> 'dat bemiddelaars en adviseurs in beginsel vrij zijn om met de cliënt een beloning overeen te komen. Mede gelet op het gebruik van het woord 'kennelijk' in artikel 149a, tweede lid, aanhef en onder a, van het BGfo en de zinsnede "evident afbreuk doen aan het belang van de cliënt" in de Nota van toelichting op de wijziging van het BGfo per 1 januari 2012 moet uit de door de AFM aangevoerde feiten en omstandigheden blijken dat de in rekening gebrachte provisies duidelijk te hoog zijn gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening.'[601]

Het betreft een *fixed fee*, waardoor het inbouwen van een zekere marge niet onredelijk is, aldus de rechtbank. De AFM heeft niet deugdelijk onderbouwd wat het gebruikelijke aantal uren in de branche is. Het besluit wordt dan ook niet in stand gelaten.

600 Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3892.
601 Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3892, r.o. 3.3.

Afronding
De norm van artikel 86c Bgfo bepaalt dat de hoogte van de beloning die de adviseur of bemiddelaar in rekening brengt bij de cliënt 'niet kennelijk onredelijk' mag zijn gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening. In de tot op heden enige uitspraak wordt het artikel ook gebruikt voor te veel in rekening gebrachte uren. In casu kan heel goed sprake geweest zijn van een poging tot het omzeilen van de onderhavige regeling door meer uren in rekening te brengen. De AFM past de regeling echter ook op te veel in rekening gebrachte uren toe.

5.6.8 Conclusie

In deze paragraaf zijn, aan de hand van besluiten van de AFM, zorgplichten, waaronder informatieplichten en bijzondere zorgplichten, misleidende informatie en de doorwerking van aanwijzingen in private verhoudingen aan bod gekomen. Om onnodige herhaling te voorkomen verwijs ik voor nadere conclusies met betrekking tot deze paragraaf naar paragraaf 5.7.

5.7 CONCLUSIE

De financiële markten zijn in korte tijd onder publiekrechtelijk toezicht komen te staan.[602] Aanvankelijk werd de financiële dienstverlening volledig beheerst door het verbintenissenrecht. Gezien de specifieke kenmerken van de markt, waaronder de strategische functie van banken en verzekeraars, de ondoorzichtigheid van de risico's, de invloed op de financiële positie van consumenten en de internationale verwevenheid van de markten, is hier in de twintigste eeuw verandering in gekomen. Het publieke belang en de zwakkere partij kunnen door het publiekrechtelijke toezicht beter beschermd worden, is de achterliggende gedachte. Het privaatrecht zou vooral belangrijk blijven bij schadeveroorzakende overtredingen.

Met de introductie van de Wet op het financieel toezicht (Wft) in 2007 is er een raamwerk gekomen voor de financiële toezichtswetgeving, die tot de inwerkingtreding van de Wft sectoraal was ingericht. De invloed van het Europese recht daarbij op de Nederlandse wet- en regelgeving is aanzienlijk te noemen. Zo zijn de Richtlijn marktmisbruik, de Prospectusrichtlijn en de MiFID in de Wft geïmplementeerd. Doelstelling van de Europese verordeningen en richtlijnen is met name harmonisatie van de regels, vanwege de interne markt en een gelijksoortig toezicht in de Unie.

Het toezicht op de financiële markten is in de Wft onderverdeeld in prudentieel en gedragstoezicht. Gedragstoezicht ziet onder meer op de verhoudin-

602 Zoals is geschetst in par. 5.1.

gen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. Het ken-uw-cliëntbeginsel, het provisieverbod en de 'best-execution' verplichting zijn voorbeelden van gedragstoezicht.

Een aspect van de relatie tot het privaatrecht is in de Wft expliciet neergelegd in artikel 1:23 Wft. Hierin is bepaald dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels niet op grond van artikel 3:40 lid 2 BW aantastbaar is. Acties op grond van dwaling, misleiding of wanprestatie blijven in contractuele relaties wel mogelijk. Buiten- of precontractueel kan een actie op grond van onrechtmatige daad worden ingesteld.

Binnen het gedragstoezicht zijn verschillende privaatrechtelijke regels omgezet in publiekrechtelijke normen. Het bekendste voorbeeld hiervan zijn de verschillende zorgplichten. Door deze vertaling van zorgplichten vanuit het civiele recht naar het bestuursrecht vervaagt het onderscheid tussen de zorg- en informatieplichten uit het civiele recht (dwaling) en de informatieplichten in het bestuursrecht (zoals het verstrekken van informatie voor de verkoop aangaande een adres, KvK-nummer etc.).

Diverse zorgplichten

In het kader van paragraaf 5.6 worden onder de term 'civiele zorgplicht' enerzijds begrepen de civiele informatieplichten en anderzijds de overige (onderdelen van de) zorgplichten. De informatieplichten bestaan uit de onderzoeksplicht (het informeren van zichzelf) en de mededelings- of waarschuwingsplicht (het moeten informeren van de ander). Met het begrip informatieplichten wordt aansluiting gezocht bij de manier waarop de informatieplicht onder andere in het dwalingsleerstuk gehanteerd wordt. De zogenaamde basale informatieplichten, adresgegevens, KvK-nummer etc., zijn in dit kader buiten beschouwing gelaten, omdat deze niet in de Wft voorkomen. Onder de overige (onderdelen van de) zorgplichten wordt met name de bescherming van de zwakkere partij verstaan.

Bij de bijzondere zorgplichten wordt, vanuit de maatschappelijke positie van deskundige dienstverleners, een actievere houding van de banken en financiële instellingen verwacht. Er geldt een verdergaande waarschuwingsplicht en om aan deze plicht te voldoen dienen de financiële dienstverleners ook verdergaand onderzoek te doen naar onder meer de wensen en verwachtingen van de cliënten.

De doelstelling van de publiekrechtelijke informatieplichten is, als besproken in deze paragraaf, het inzichtelijk maken van complexe en financiële producten. Het betreft het compenseren van het gebrek aan kennis en professionaliteit bij de (particuliere) cliënt. De doelstelling van de privaatrechtelijke informatieplichten is enigszins anders, namelijk het voorkomen van onjuiste beeldvorming omtrent de financiële producten. Het uitgangspunt bij de privaatrechtelijke informatieplichten is de eigen verantwoordelijkheid van de cliënt, al worden de omstandigheden van het individuele geval meegenomen.

De informatieplichten in de Wft vertonen meer kenmerken van de 'klassieke' civielrechtelijke informatieplichten (mededelings- of waarschuwingsplicht), dan de van oorsprong 'klassieke bestuursrechtelijke informatieplichten' waar het verstrekken van 'basale gegevens' centraal staat. De informatieplichten en zorgplichten in het civiele recht en in het bestuursrecht zijn dan ook moeilijk in te delen in 'klassiek privaatrecht' of 'klassiek bestuursrecht'.

Informatieplichten

Uit de besluiten met betrekking tot informatieplichten op grond van artikel 4:19 en 4:20 Wft komt naar voren dat de bestuursrechter en de civiele rechter verschillend kunnen oordelen over vergelijkbare feiten met betrekking tot de vraag of er voldoende is geïnformeerd door de financiële instelling.[603] Zo laat de bestuursrechter geen ruimte aan de financiële instelling om de informatie omtrent risico's over te laten aan een externe adviseur.[604] Ook als sprake is van bijvoorbeeld *execution only*-diensten, is er een zelfstandige informatieplicht.[605] De civiele rechter daarentegen houdt bij de beoordeling wel rekening met het feit dat de consument al is geïnformeerd door bijvoorbeeld een externe adviseur. Immers de consument beschikt dan wel over de vereiste informatie. Hier komt tot uitdrukking dat het privaatrecht en het bestuursrecht een verschillende doelstelling hebben. Het publiekrecht streeft het algemene belang na, de financiële instelling moet informeren, ongeacht of de consument al door een ander is geïnformeerd. Het privaatrecht stelt echter het individuele belang centraal: is de individuele consument, in het concrete geval, geïnformeerd?

Deze verschillende benadering als gevolg van de verschillende doelstellingen van het privaatrecht en het bestuursrecht komt ook naar voren bij de informatieplichten in bijvoorbeeld het Dela-besluit.[606] De AFM overweegt dat de verstrekte informatie wordt beoordeeld op grond van artikel 4:19 Wft. Niet wordt beoordeeld of de consument daadwerkelijk is misleid door de informatie. De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige oplettende niet-professionele belegger is hierbij het uitgangspunt.

Op grond van artikel 19, derde lid, MiFID dient het informeren van consumenten 'passend' te gebeuren. Dit mag in gestandaardiseerde vorm gebeuren. De AFM lijkt echter een strengere maatstaf aan te leggen waaruit volgt dat standaardexoneraties niet zomaar voldoen.[607] Evenmin is het 'uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen' waarschuwen, een eis die zwaarder is dan 'passend' waarschuwen, in het prospectus voldoende. Het 'uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen' waarschuwen komt uit de (civiele)

603 Zie Besluit inzake SNS, par. 5.6.2.4, nr. 4.
604 Ibid, zie onder commentaar.
605 Ibid, zie onder commentaar.
606 Zie besluit inzake Dela, par. 5.6.2.4, nr. 3.
607 Zie besluit inzake A, par. 5.6.2.4, nr. 2.

rechtspraak.[608] In de literatuur wordt opgemerkt dat deze in de civiele rechtspraak gehanteerde eis van 'uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen' waarschuwen, een formulering is die ruimte aan de civiele rechter geeft om strengere eisen te stellen aan het infomeren dan op grond van de MiFID noodzakelijk is. Het bestuursrecht en het civiele recht zouden dan uiteen lopen. De AFM lijkt echter de strengere eis tot informeren, afgeleid uit de civiele rechtspraak, tot uitgangspunt te hebben genomen. Hiermee zouden het privaatrecht en het bestuursrecht niet uit elkaar lopen. Wel is dan het gevolg dat ook de AFM ook een strengere maatstaf aanlegt dan de MiFID. Het beoogde doel van de MiFID, namelijk maximumharmonisatie, komt hiermee in gevaar.

Uit de besluitvorming van de AFM volgt ook dat de bestuursrechtelijke weg en de privaatrechtelijke weg bij de beoordeling van de privaatrechtelijke en de bestuursrechtelijke informatieplichten van elkaar verschillen op het punt van de sanctionering.[609] De bestuursrechter weegt de omstandigheden mee bij de bepaling van de hoogte van de boete. In het privaatrecht zouden de omstandigheden van het geval via de redelijkheid en de billijkheid meegewogen worden. Immers de bestuursrechtelijke informatieplicht ontbeert het kader van de redelijkheid en de billijkheid.[610]

Bijzondere zorgplichten

De (bijzondere) zorgplicht als bedoeld in artikel 4:23 Wft vraagt een actieve opstelling van de financiële dienstverlener. De financiële instelling die een consument of cliënt adviseert of een individueel vermogen beheert voor de cliënt, dient informatie in te winnen over zijn financiële positie, kennis ervaring, doelstellingen en risicobereidheid (sub a). Het advies of de wijze van beheer van het vermogen, wordt door de instelling gebaseerd op de ingewonnen informatie als bedoeld in sub a van artikel 4:23 Wft (sub b).

De bestuursrechtelijke zorgplicht is een vertaling van de civielrechtelijke zorgplicht, alhoewel de AFM zelf aangeeft dat de bestuursrechtelijke zorgplicht gebaseerd is op meerdere bronnen.[611] Deze civielrechtelijke zorgplicht is ontwikkeld in de arresten omtrent optiehandel en is verder ontwikkeld in de effectenlease-zaken. De civielrechtelijke bijzondere zorgplicht is gebaseerd op de redelijkheid en de billijkheid en strekt ertoe particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. De zorgplicht is daarbij afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij de deskundigheid en ervaring van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's

608 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (*Fortis/Bourgonje*).
609 Zie besluit inzake A, par 5.6.2.4, nr. 2.
610 Zie ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 64.
611 Besluit AFM inzake SNS 12 augustus 2009, zie par. 5.6.3.9.

en de regelgeving tot nakoming waarvan de (effecten)instelling is gehouden met inbegrip van de gedragsregels dienen te worden meegewogen.[612]

De MiFID heeft de gedragsregels voor financiële instellingen geharmoniseerd. Men kan zich afvragen of in het MiFID-tijdperk er nog wel ruimte is voor verschil tussen de bestuursrechtelijke zorgplicht en de civielrechtelijke zorgplicht. Als de privaatrechtelijke zorgplicht niet verder zou mogen reiken dan de publiekrechtelijke zorgplicht, wordt miskend dat Nederland een stelsel van dubbele zorgplichten kent, namelijk de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zorgplichten.[613] In de literatuur wordt opgemerkt dat het privaatrecht een zekere autonomie dient te behouden ten opzichte van de publiekrechtelijke gedragsregels.[614] Dit zou alleen mogelijk zijn als het privaatrecht een bemiddelende rol vervult tussen de bestuursrechtelijke gedragsregels en de individuele verhouding tussen die bank en die cliënt. Publiekrechtelijke regels werken in dat geval door bij de invulling van privaatrechtelijke regels.

Onvermijdelijk is echter dat de invulling van de regels op beide terreinen uiteen zal lopen. Immers het individueel geval vraagt om een andere interpretatie dan wanneer de regel geabstraheerd wordt toegepast.[615] Verder kan de privaatrechtelijke zorgplicht niet zonder meer op één lijn gesteld worden met de publiekrechtelijke zorgplicht. Immers de privaatrechtelijke zorgplicht is ingebed in een kader van redelijkheid en billijkheid en deze wordt niet meegenomen bij de bestuursrechtelijke beoordeling. Het is dan ook onvermijdelijk dat de privaatrechtelijke zorgplichten anders ingevuld worden dan de bestuursrechtelijke zorgplichten.

Overkreditering

Artikel 4:34 Wft is uitgewerkt in artikel 115 BGfo. Op grond van artikel 115 BGfo dienen financiële instellingen normen op te stellen die overkreditering voorkomen. De AFM mag alleen toetsen of deze criteria zijn opgesteld en of ze worden toegepast. De AFM hecht veel belang aan deze gedragscodes. Afwijking van deze codes impliceert overtreding van artikel 4:34 Wft. Dit volgt onder meer uit het besluit DSB en Postbank.[616]

Daarnaast laat de AFM zich, met betrekking tot de invulling van de open normen in relatie tot overkreditering, uit in rapporten. In de DSB en Rabobankbesluiten vult de AFM de gedragscode in aan de hand van het door de AFM opgestelde rapport 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheken'. De AFM

612 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/200, m.nt. C.W.M. Lieverse (*GeSP/Aegon*), r.o. 4.6.2.

613 Conclusie plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense 5 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2815, sub 3.21 (conclusie voor arrest HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182).

614 Cherednychenko 2010, p. 77.

615 De overweging van de rechtbank Den Haag, dat schending van de toezichtsnormen in de regel zal betekenen dat er onrechtmatig is gehandeld, lijkt mij dan ook niet zomaar juist, zie Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272.

616 Zie besluit inzake DSB, par. 5.6.4.2, nr. 1 en besluit inzake Postbank, par. 5.6.4.2, nr. 2.

speelt dan ook een zeer actieve rol bij de invulling van de open normen bij overkreditering.

De AFM hanteert een ruime opvatting van het bepaalbaarheidsgebod door te overwegen dat de kenbaarheid van de open norm kan volgen uit de civiele zorgplicht, ongeacht of wet- en regelgeving op dat moment expliciete invulling aan die open norm hebben gegeven.[617]

De civiele rechter vult de zorgplicht met betrekking tot het tegengaan van overkreditering in aan de hand van de redelijkheid en billijkheid en de daarbij in acht te nemen omstandigheden. De uitkomst kan daarbij ook zijn dat de redelijkheid en billijkheid er aan in de weg staat dat een kredietnemer gedwongen wordt aan zijn kredietverplichtingen te voldoen.

Van Poelgeest pleit ervoor dat de bestuursrechter naar het geheel van de norm kijkt, zonder iedere bepaling uit een gedragscode naast het door de financiële ondernemingen gehanteerde beleid te houden.[618] Hij pleit eigenlijk voor een meer civiele toets voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van overkreditering. Dit zou naar mijn mening de eenheid van het recht wel ten goede komen.

Bedacht dient steeds te worden dat de bescherming van consumenten via het privaatrecht en het publiekrecht berust op een verschillende invalshoek. Het privaatrecht beoogt van oorsprong de individuele belangen te behartigen van partijen, het bestuursrecht het algemeen belang waarbij individuele belangen in principe geen rol spelen. Voor ondernemers en banken kan dit verwarrend zijn. De privaatrechtelijke zorgplicht is niet één op één te vergelijken met de publiekrechtelijke zorgplicht. Ook bij overkreditering geldt dat de privaatrechtelijke zorgplicht daarom niet zomaar gelijk is aan de bestuursrechtelijke zorgplicht. Het beoordelingskader is immers anders.

Zorgplichten als open normen en artikel 7 EVRM

De verschillende zorgplichten zijn als open normen geformuleerd. Zo is onder meer artikel 4:23 Wft niet nader door de Wft ingevuld. Welke gegevens en informatie ingewonnen dienen te worden en wanneer een advies passend is, is dan ook niet exact aan te geven en zal per geval kunnen verschillen.

Een open norm die gehandhaafd wordt met een punitieve sanctie, staat evenwel op gespannen voet met het kenbaarheids- of bepaalbaarheidsvereiste van artikel 7 EVRM. Hieruit vloeit voort dat, voordat overtreding van een open norm beboet kan worden, voldoende duidelijk en kenbaar dient te zijn voor de justitiabele wanneer sprake is van een overtreding. Om aan dit kenbaarheidsvereiste te voldoen zijn door de AFM beleidsregels opgesteld.

De rechtbank Rotterdam heeft, in relatie tot artikel 4:23 Wft, wel een inhoudelijke norm ontwikkeld met betrekking tot geschikte advisering en in

617 Zie Besluit op bezwaar AFM inzake DSB, par. 5.6.4.2, nr. 1. http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/dsb_besliss_bezwaar_art434_1_2_wft.ashx. Zie ook Van Tuyll 2012, p. 37.

618 J.M. van Poelgeest, *JOR* 2013/280.

samenhang daarmee een bewijslastregel.[619] Deze inhoudelijke norm houdt in dat geschikte advisering niet betekent dat het best mogelijke advies wordt gegeven. Maatgevend is of, gelet op basis van de ingewonnen gegevens, het advies – naar objectieve maatstaven – in redelijkheid kan worden gegeven.[620]

De AFM verweerde zich tegen de kritiek dat open normen op gespannen voet staan met artikel 7 EVRM aanvankelijk met de stelling dat de wetgever heeft gekozen voor *principle based* regelgeving. De financiële instellingen en de brancheorganisaties dienen de zorgplichten zelf in te vullen. Later heeft de AFM wel meer richtlijnen gegeven. De AFM stelt zich in verschillende besluiten dan ook op het standpunt dat aan de markt voldoende *guidance* is gegeven over de wijze waarop de norm van artikel 4:23 Wft geïnterpreteerd dient te worden.[621] Verwezen wordt naar onder andere de rapporten 'Kwaliteit, advies en transparantie bij hypotheken' en 'Beleggingsverzekeringen – Kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen'. Een beleggingsprofiel kan in ieder geval niet bestaan uit een afvinklijstje. Het doel is het leveren van maatwerk door vermogensbeheerders.[622]

De eigen verantwoordelijkheid van de financiële instelling blijft echter centraal staan, ook als er niet voldoende *guidance* zou zijn.[623] De financiële instelling heeft, aldus de AFM, zelf de verantwoordelijkheid gekregen om, gelet op de bedrijfsvoering, de open normen in te vullen.[624] Uit de besluiten van de AFM volgt dat dit inhoudt dat de financiële instelling voldoende dient door te vragen,[625] geen producten met risico's mag adviseren als cliënten geen risico's willen lopen, navraag moet doen naar reeds bestaande verzekeringen bij cliënten,[626] en informeren naar, in het kader van een Overlijdensrisicoverzekering, de mate van bereidheid om een inkomstenterugval te riskeren bij het verliezen van de partner.[627]

Omdat sprake is van de invulling van een open norm waarvan de overtreding door de AFM kan worden bestraft met een dwangsom of een boete, kan het enkele inzicht van de AFM echter, mijns inziens, niet bepalend zijn voor de vraag of een wettelijke norm is overtreden. De onafhankelijkheid van de toezichthouder staat daarmee op het spel.[628] De slager keurt op deze wijze zijn eigen vlees en bovendien levert de ruime opvatting van de AFM omtrent het bepaalbaarheidsgebod ook een spanningsveld met artikel 7 EVRM op. De

619 Zie besluit Inhout Sales & More onder par. 5.6.3.8, nr. 3
620 Zie besluit Inhout Sales & More onder par. 5.6.3.8, nr. 3 en R. Stijnen, 'De zorgplicht van artikel 4:23 Wft: Geschikte financiële dienstverlening door financiële ondernemingen', in R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 31.
621 Zie par. 5.6.3.9.
622 Zie besluit inzake Wilgenhaege, par. 5.6.3.9.
623 Zie besluit inzake SNS, par. 5.6.3.9..
624 Zie besluit inzake Postbank, par 5.6.3.9.
625 Zie besluit inzake DSB, par. 5.6.3.9.
626 Zie besluit inzake GMS, par. 5.6.3.9.
627 Zie besluit inzake Rabobank en inzake DTC, par 5.6.3.9.
628 Zie par. 5.6.3.3, nr. 3 bij commentaar en Stijnen 2011, p. 31.

AFM legt de verantwoordelijkheid om te voldoen aan de open normen volledig bij de marktpartijen. De AFM overweegt in het besluit op bezwaar inzake DSB[629] dat uit de in acht te nemen zorgplicht voortvloeit dat de deskundige dienstverlener de nodige zorg betracht, zonder enig voorbehoud, en ongeacht of wet- en regelgeving op dat moment expliciete invulling daaraan geeft.[630]

Een verschil tussen de handhaving van de civielrechtelijke en de bestuursrechtelijke zorgplicht is dat de (eigen) verantwoordelijkheid van de cliënt zelf bij de civielrechtelijke zorgplicht kan worden meegewogen bij de invulling van de eigen schuld. De vraag of er schade is geleden en of de consument tevreden is met betrekking tot het financiële product doen, bij de bestuursrechtelijke handhaving, niet ter zake voor de beantwoording van de vraag of artikel 4:23 Wft is overtreden.[631] Wel is het mogelijk om, op grond van weging van de omstandigheden, de boete te matigen. De norm die bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd is niet dezelfde als de norm die in het privaatrecht wordt gehandhaafd. Immers voornoemde aspecten, schade en schuld, zijn elementen die ook kunnen worden meegewogen in de redelijkheid en billijkheid en tot een oordeel kunnen leiden dat een privaatrechtelijke sanctie niet op zijn plaats is, terwijl er wel sprake is van een bestuursrechtelijke overtreding.[632]

Bij de bestuursrechtelijke handhaving van de zorgplicht valt op dat artikel 4:23 Wft ook de uitzonderingsgevallen beoogt te beschermen.[633] Een advies dat in negen van de tien gevallen voldoet kan in een uitzonderingsgeval onvoldoende zijn. Men zou kunnen stellen dat het civiele recht bij uitstek geschikt is om deze uitzonderingsgevallen te beoordelen. Het CBb oordeelt echter dat artikel 4:23 Wft ook voor de uitzonderingsgevallen is geschreven. Het advies dient in te houden dat onderzocht wordt in hoeverre af te sluiten producten door de cliënt op prijs worden gesteld.

Een nadeel van het invullen van de open normen door de AFM is dat de AFM wettelijke normen die (bewust) open (of vaag) zijn gelaten nadrukkelijk invult. Financiële instellingen zijn niet verplicht deze aanbevelingen op te volgen. Afwijkingen dienen echter zeer goed gemotiveerd te worden en in concreto alsnog te voldoen aan de standaard als geformuleerd in de leidraden. De leidraden leggen dan ook zware verplichtingen op waarvoor geen direct wettelijke grond bestaat.[634]

Deze actieve, sturende opstelling van de AFM kan voor financiële instellingen hoge boetes met zich mee brengen, zonder dat zij zich er altijd van bewust zullen zijn dat ze in overtreding zijn. In de literatuur wordt daarom gepleit

629 Zie par. 5.6.4.2, nr. 1.
630 Zie besluit op bezwaar AFM 5 oktober 2009 inzake DSB, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/dsb_besliss_bezwaar_art434_1_2_wft.ashx, p. 6.
631 Zie besluit inzake X, par. 5.6.3.8, nr. 4 en besluit inzake A, par. 5.6.3.8, nr. 5.
632 Zie ook Scheltema & Scheltema 2009, p. 64.
633 Zie besluit inzake DFD en besluit inzake Burghthuys, par. 5.6.3.8, nr. 6.
634 Loonen & Schotsman 2016, p. 210.

voor het meer laten prevaleren van het bepaalbaarheidsgebod.[635] Of dit dan moet resulteren in meer beleids- en gedragsregels kan men zich afvragen. Te denken valt ook aan mogelijk meer effectieve informele gesprekken, normoverdragende gesprekken of aanwijzingen ex artikel 1:75 Wft.

Misleiding

Misleiding van de markt door het doen van (misleidende) uitspraken die invloed hebben op de markt, is verboden op grond van artikel 5:58 Wft. De civielrechtelijke toets of sprake is van overtreding van artikel 5:58 Wft, houdt rekening met de individuele omstandigheden. Bij privaatrechtelijke procedures is de maatstaf of de maatman-belegger is misleid. De AFM neemt echter de gemiddelde belegger tot uitgangspunt, al wordt in het besluit MF[636] overwogen dat artikel 5:58 Wft niet zou zien op de gemiddelde belegger, maar op de redelijke belegger. De individuele omstandigheden van het geval lijken in deze zaak ook een doorslaggevende rol te spelen.

Aantasting van overeenkomsten

In artikel 1:75 lid 3 Wft is bepaald dat een aanwijzing niet mag strekken tot aantasting van overeenkomsten tussen de (rechts)persoon die de aanwijzing heeft gekregen en derden. Het CBb legt, in de zaak Investerra en GVSN,[637] deze bepaling aldus uit dat de aanwijzing geen gebod mag bevatten om overeenkomsten te wijzigen. Het gebod om de aanbieding van 'verboden' activiteiten te staken is echter een reparatie naar de toekomst en daarom in lijn met artikel 1:75 lid 3 Wft. Het CBb is van oordeel dat aansluiting gezocht dient te worden bij artikel 1:23 Wft.[638] De vraag is echter of deze aansluiting bedoeld is door de wetgever.[639] In de literatuur wordt opgemerkt dat artikel 1:23 Wft een andere ratio heeft dan 1:75 lid 3 Wft. Ook uit de Parlementaire Geschiedenis lijkt te volgen dat het niet de bedoeling is dat bestaande overeenkomsten worden gewijzigd.

Toch kan niet anders geconcludeerd worden dan dat de (rechts)persoon die de aanwijzing opgelegd krijgt, gedwongen wordt om bestaande (duur)overeenkomsten aan te passen. Het resultaat hiervan is het plegen van wanprestatie of de noodzaak om naar een manier te zoeken om te komen tot ontbinding of opzegging van de bestaande overeenkomst. Bij de aanwijzing worden belangen of omstandigheden van individuele contractspartijen overigens ook niet

635 Van Tuyll 2012, p. 33.

636 Zie par. 5.6.5.4, nr. 3.

637 Zie besluit inzake Investerra, par. 5.6.6.2, nr. 5 en Besluit inzake Grond en Vastgoed Specialisten Nederland, par. 5.6.6.2, nr. 6.

638 Artikel 1:13 Wft bepaalt: 'De rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling welke is verricht in strijd met de bij of krachtens deze wet gestelde regels is niet uit dien hoofde aantastbaar, behalve voorzover in deze wet anders is bepaald.'

639 C.M. Grundmann-van de Krol in haar noot onder CBb 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ0538, *JOR* 2011/187.

meegewogen. Dergelijke belangen of omstandigheden kunnen wel in een civiele procedure worden meegenomen. Aan individuele contractspartijen staan voldoende civiele rechtsmiddelen ter beschikking. Kortom, het resultaat van de lijn van het CBb lijkt dan ook in strijd te zijn met de tekst alsmede de parlementaire geschiedenis van artikel 1:75 lid 3 Wft, aangezien de situatie waarop dit artikel ziet wel degelijk leidt tot aantasting van de privaatrechtelijke overeenkomst.

Iustum Pretium

Ten slotte is aandacht besteed aan de *iustum pretium*. Op grond van artikel 86c BGfo mag een aanbieder, bemiddelaar of adviseur voor het bemiddelen of adviseren inzake onder meer complexe producten geen rechtstreekse of middelijke provisie verschaffen of ontvangen die niet noodzakelijk is voor het mogelijk maken van de dienstverlening. Het enige besluit van de AFM, CAS, betreft het in rekening brengen van oneigenlijke uren.[640] Indirect stelt de AFM hier de prijs vast van de verrichte werkzaamheden. De afwijzing in het civiele recht van de *iustum pretium*-leer komt hiermee wel in het nauw. Overigens vernietigt de bestuursrechter in beroep het besluit omdat de AFM onvoldoende heeft aangetoond wat de gebruikelijke uren voor deze dienstverlening in de branche zijn.

Resumerend

De AFM handhaaft met bestuursrechtelijke middelen privaatrechtelijk geaarde regels die zijn geïncorporeerd in de Wft. De publiekrechtelijke handhaving heeft als achtergrond het bewerkstelligen van goed functionerende financiële markten. Het publieke belang en in het bijzonder de zwakkere partijen op de financiële markten, worden door het publiekrechtelijke toezicht beter beschermd. De gevolgen van het falen van de financiële markten zijn te groot om de vrije markt volledig zijn werk te laten doen. Aangezien privaatrechtelijke handhaving tekort schiet om dergelijke gevolgen te voorkomen is bestuursrechtelijk toezicht noodzakelijk.

Uit de besluiten die zijn besproken volgt dat het verschil in achtergrond van privaatrecht en publiekrecht doorwerkt in de handhaving daarvan. Het effect hiervan is, een enkele uitzondering daargelaten, dat dezelfde, althans vergelijkbare regels, verschillend worden toegepast. Dit kan tot gevolg hebben dat een financiële instelling vanuit publiekrechtelijk oogpunt de regels heeft overtreden, maar vanuit privaatrechtelijk oogpunt (in het individuele geval) niet. Voor de financiële instellingen kan dit verwarrend zijn, omdat onduidelijk kan zijn of en wanneer aan de regels is voldaan. Publiekrechtelijke handhaving en privaatrechtelijke handhaving lijken te vragen om een betere afstemming op elkaar. In hoofdstuk 6 ga ik hier nader op in.[641]

640 Zie par. 5.6.7.
641 Zie par. 6.4.4.

6 Conclusies en slotbeschouwing

6.1 INLEIDING

> 'Let us be aware of the need to strengthen the demand side of the market. "Consumer empowerment" is a necessary condition for well-functioning markets. For the full promise of financial inclusion to be realized, consumers need financial capability and protection.'[1]

Dit citaat is afkomstig uit een speech van Koningin Máxima ter gelegenheid van het eenjarig bestaan van de ACM op het congres 'Innovation and oversight'. Zij onderstreept de belangrijke taak van de toezichthouder om de welvaart voor consumenten te verbeteren. In deze speech worden slechts kort de belangen van bedrijven aangestipt en dan ook nog alleen in relatie tot de markttoegang van kleine marktspelers. Deze markttoegang van kleine en/of nieuwe marktpartijen staat uiteindelijk ook in dienst van het consumentenbelang. Om te innoveren in het toezicht en om marktontwikkelingen niet te belemmeren, zo wordt benadrukt, dient de toezichthouder te weten wat er in de buitenwereld speelt.[2] Het privaatrecht wordt, als externe factor, in dit verband echter niet genoemd. Na lezing van dit boek zal duidelijk zijn dat ook deze factor hier een plaats verdient.

In dit onderzoek staat de publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders centraal. Gekozen is voor drie onderzoeksgebieden, te weten de telecommunicatiemarkt, de consumentenmarkt en de financiële markten. De ACM houdt toezicht op de telecommunicatiemarkt en de consumentenmarkt, de AFM op de financiële markten.

De descriptieve hoofdvraag in dit onderzoek is hoe bestuursrechtelijke toezichthouders privaatrechtelijk geaarde regels toepassen. Het uitgangspunt bij deze descriptieve vraag is dat privaatrechtelijk geaarde regels in toenemende mate bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Getracht is om in kaart te

---

1 HM Koningin Maxima 20 juni 2014 op het congres van de ACM 'Innovation and oversight'. Te raadplegen op: http://www.royal-house.nl/members-royal-house/queen-maxima/documents/speeches/2014/06/20/speech-by-queen-maxima-at-the-acm-conference-on-innovation-and-oversight.

2 C. Fonteijn, speech op congres 'Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2014', met samenvatting van congres. Te raadplegen op: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13381/Speech-Chris-Fonteijn-bij-congres-Ontwikkelingen-Mededingingsrecht-2014-Apollohotel-Amsterdam/.

brengen welke regels van privaatrechtelijke aard worden gehandhaafd door de ACM en de AFM op de drie onderzochte terreinen, waarom voor bestuursrechtelijke handhaving is gekozen en welke bestuursrechtelijke instrumenten voor die handhaving worden gebruikt. Hierbij is hoofdzakelijk het contractenrecht onderzocht.

Vanuit de resultaten die dit descriptieve onderzoek heeft opgeleverd dient de normatieve vraag beantwoord te worden: in hoeverre lenen materiële civielrechtelijke regels zich voor handhaving met bestuursrechtelijke middelen? Hierbij zijn de volgende deelvragen aan bod gekomen: strijdt de achtergrond en visie van toezichthouders (niet) met het civiele recht en waarom zou bestuursrechtelijke handhaving meer geschikt zijn dan privaatrechtelijke handhaving om de doelstellingen van goede marktwerking en consumentenbescherming te bewerkstelligen? Bij deze analyse en problematisering zijn de uitleg en toepassing van privaatrechtelijk geaarde regels door toezichthouders vergeleken met de uitleg en toepassing van deze regels door de civiele rechter, is de wijze waarop bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zich tot elkaar verhouden beoordeeld en zijn, waar mogelijk, suggesties gedaan om waar mogelijk fricties te verminderen.

In de paragraaf 6.2 ga ik in op de vraag waarom voor bestuursrechtelijke handhaving is gekozen. In algemene zin komen ook de bestuursrechtelijke instrumenten die bij handhaving door de toezichthouder worden gebruikt aan bod. In paragraaf 6.3 wordt aan de hand van de resultaten van het descriptieve onderzoek de normatieve vragen beantwoord. Hierbij wordt nader ingegaan op de door de toezichthouders gebruikte bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen.

6.2 Doel handhaving door toezichthouders van privaatrechtelijke geaarde regels

6.2.1 Achtergrond regulering

Uit het onderzoek komt naar voren dat de hoofdgedachte achter regulering is: het creëren en bewaken van een '*level playing field*'.[3] Een *level playing field* houdt in dat voor alle marktpartijen gelijke marktvoorwaarden gelden, zoals bijvoorbeeld de beschikking over dezelfde informatie. Dit *level playing field* dient de verbetering van de rechtspositie van zwakke partijen en daarmee uiteindelijk een verhoogde welvaart voor iedereen. De achtergronden van de onderzochte markten en als gevolg daarvan ook de taken van de toezichthouders verschillen echter van elkaar.

3 Zie par. 3.2.2, par. 4.2.2 en par. 5.2.4.

i) In de telecomsector is regulering het middel om de voormalige monopolistische markt open te breken via liberalisering, harmonisering en het algemene mededingingsrecht. Het doel is de handel op de interne markt te bevorderen en de concurrentie te vergroten. De gedachte achter het toezicht is wel dat de ex ante sectorspecifieke regelgeving zal afnemen naarmate de concurrentie op de markt volledіger door het mededingingsrecht geregeld kan worden.
ii) Op de consumentenmarkt heeft regulering door de ACM de belangen van de consument op het oog. In vergelijking met de andere twee onderzochte gebieden is sprake van generiek toezicht, dus niet sectorspecifiek. Het vertrouwen van de consument in de markt in zijn algemeenheid stimuleert de (economische) groei en houdt de werkgelegenheid in stand. Het toezicht ziet voornamelijk op collectieve inbreuken op het consumentenrecht. Omdat de belangen van consumenten als individu vaak te klein zijn, ligt het antwoord op inbreuken op het consumentenrecht die op grote schaal voorkomen in het geven van mogelijkheden en middelen om consumenten te beschermen tegen risico's en bedreigingen die zij niet als individu kunnen bestrijden.[4] Daarvoor ontbreekt het de consument bovendien vaak aan de vereiste juridische en/of technische kennis.[5]
iii) In de financiële sector heeft regulering de bescherming van zwakke partijen tegen risico's en bedreigingen waartegen zij zich als individuen niet kunnen verweren tot doel. Net als bij handhaving door de ACM is dit het kernthema. De sectorspecifieke regelgeving dient cliënten te beschermen tegen deze risico's en bedreigingen. Hierbij speelt een rol dat met name financiële producten een risico-element bevatten. Voor de inschatting van deze risico's is informatie noodzakelijk. Een individuele cliënt beschikt veelal niet over dergelijke informatie en mist vaak de relevante kennis omtrent complexe financiële producten. Het goed functioneren van de financiële markten is nauw verbonden met het inkomen van individuen en de (inter)nationale economie.

Voor al de onderzochte gebieden geldt dat het privaatrecht niet voldoende toegerust is om de markt optimaal te laten werken, zwakke partijen zoals consumenten te beschermen en daarmee optimale welvaart te realiseren. In hoofdstuk 2 is dit omschreven als het handhavingstekort van het privaatrecht.[6] Zo mist het privaatrecht veelal preventief effect, is herstel niet altijd mogelijk, is er geen oog voor het publieke belang en wordt de interne markt niet gesti-

4 H.W. Micklitz e.a., *Consumer Law*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 19.
5 Zie bijv. Halfjaarbericht ConsuWijzer 30 juli 2015 'Consument onderschat zijn rechten bij garantie', te raadplegen op: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14557/Halfjaarbericht-ConsuWijzer-consument-onderschat-zijn-rechten-bij-garantie/.
6 Zie par. 2.6.2. Zie in het bijzonder ook W.H. van Boom 2007, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, par. 2 en 3.

muleerd.[7] Publiekrechtelijke toezichthouders zouden, zo is de gedachte, in voorkomende gevallen het handhavingstekort opheffen omdat toezichthouders beschikken over andere handhavingsmiddelen en bij hen de nadruk meer ligt op ex ante handhaving.[8] Daarnaast zouden toezichthouders, als onafhankelijke partij boven de markt, een juiste balans kunnen realiseren tussen de belangen van de marktspelers en kunnen zij, beter dan private partijen, omgaan met de nadelige uitkomsten van een competitieve markt afgewogen tegen sociaal onwenselijke uitkomsten.[9]

Concluderend kan men stellen dat de regulering van de drie onderzoekstereinen telkens hetzelfde doel heeft, maar dat vanuit verschillende perspectieven gehandeld wordt om dat doel – marktordening ter bevordering van de welvaart – te bereiken.

6.2.3 Verschillen in handhaving

De AFM en de ACM hebben op grond van de Wft respectievelijk de Whc en de Tw de bevoegdheid om de gebruikelijke bestuursrechtelijke sancties zoals boetes, lasten onder dwangsom en aanwijzingen op te leggen. Deze bestuursrechtelijke sancties worden over het algemeen gehanteerd bij inbreuken die op grotere schaal voorkomen en dus niet voor een enkele overtreding jegens een individu.[10]

Om het *level playing field* te bereiken en in stand te houden heeft de ACM, naast andere hiervoor genoemde bevoegdheden, op de telecommunicatiemarkt nog een bijzondere bevoegdheid, namelijk de geschilbeslechtende functie. De telecommunicatiemarkt is een zogenaamde netwerkmarkt die zich onderscheidt van andere markten door een aantal specifieke kenmerken zoals de hoge verzonken kosten, de monopolistische oorsprong en de noodzaak van toegang tot en koppeling met andere netwerken.[11] Vanwege de gevolgen die de geschilbeslechtende functie heeft voor de privaatrechtelijke verhoudingen tussen

---

7 Van Boom 2006, par. 2 en 3; A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en publieke handhaving*, Den Haag: BJu 2009, p. 100; A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis* (preadvies), Deventer: Kluwer 2009, p. 47-52; F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International 2006, p. xxiv; F. Weber & M. Faure, 'The Interplay Between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective, *ERPL* 2015/4, p. 525, e.v.

8 Weber & Faure 2015, p. 534.

9 C. Graham, *Regulating Public Utilities; A Constitutional Approach*, Oxford: Hart Publishing 2000, p. 32.

10 Op grond van de Tw heeft de ACM de bevoegdheid om boetes en lasten onder dwangsommen op te leggen, bijvoorbeeld bij schending van informatieplichten. Hier zijn slechts enkele besluiten van. Zie voor bespreking par. 3.5.5.2.

11 Zie par. 3.2.1.

marktpartijen is deze bevoegdheid interessant voor het onderhavige onderzoek. De geschilbeslechtende functie op grond van artikel 12.2 Tw van de ACM in telecommunicatiegeschillen maakt de handhaving van privaatrecht door de ACM op telecomgebied ten opzichte van de consumentenbescherming door de ACM en de bevoegdheden van de AFM op de financiële markten, tot een bijzondere eend in de juridische bijt. In tegenstelling tot de reguliere gang van zaken bij bestuursrechtelijke procedures, waarin een bestuursorgaan in een besluit een sanctie oplegt, is het hier het bestuursorgaan zelf dat tevens optreedt als beslechter van een geschil tussen twee marktpartijen. Op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw kan de ACM optreden in gevallen waarin partijen nog geen overeenkomst hebben gesloten, maar waarin één van de marktpartijen verplichtingen uit de Tw niet nakomt (precontractuele fase). Op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw kan de ACM ook geschillen beslechten waarin partijen reeds een overeenkomst hebben gesloten, maar deze bepalingen bevat die in strijd zijn met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw.

De besluiten in het kader van de geschilbeslechtende bevoegdheid op grond van artikel 12.2 Tw zijn daardoor casusgerichter dan de besluiten van de AFM en de besluiten van de ACM op consumentengebied. De besluiten in de telecomsector, als besproken in hoofdstuk 3, zien immers met name op overeenkomsten tussen (concurrerende) marktpartijen.

6.2.4 Doelen privaatrecht en publiekrecht

De tijd van het klassieke onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht, voor zover er in het verleden al een scherpe scheidslijn te trekken viel, lijkt achter ons te liggen. Met de opkomst van het Europese supranationale recht zijn er richtlijnen en verordeningen geïntroduceerd die zowel het privaatrecht als het publiekrecht beïnvloeden. Uit dit onderzoek blijkt dat de verschillende doelstellingen van privaatrecht en publiekrecht van invloed zijn op de interpretatie van de regels, afhankelijk van de vraag of sprake is van privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke handhaving. Zo zijn in hoofdstuk 4 de besluiten inzake Celldorado,[12] Windunie, Gewoon Energie en Energieflex[13] besproken, waarin door de ACM gezocht werd naar een antwoord op de vraag of de informatie over het product (met betrekking tot onder andere de prijs), aangeboden via de website of via de reclame-uiting, in algemene zin voldoende duidelijk is verstrekt. In hoofdstuk 5 speelt deze problematiek bijvoorbeeld in het besluit A waarin de AFM overweegt dat de prospectus zelf correct, duidelijk en niet misleidend dient te zijn.[14] Dat op de website en in het prospectus wel evenwichtige informatie is te vinden deed hier niet aan af. In het

12 Zie par. 4.5.3.3, nr. 10.
13 Zie par. 4.5.3.3, nr. 5.
14 Zie par. 5.6.2.4, nr. 2.

civiele recht wordt bij de beoordeling van de uitnodiging tot aankoop (bijvoorbeeld een reclameboodschap) ook rekening gehouden met bijvoorbeeld de beperkingen van het communicatiemedium en met andere wegen waarlangs de consument informatie met betrekking tot het product heeft verkregen of kunnen verkrijgen. Bij de beoordeling van de vraag wanneer gegevens voor de gebruikers van een dienst 'rechtstreeks en permanent' toegankelijk zijn, is de ACM zoekende naar een objectieve invulling. De civiele rechter weegt daarentegen de belangen van partijen mee op grond van onder andere de redelijkheid en billijkheid, hetgeen tot een andere uitkomst kan leiden.[15] Ook in hoofdstuk 5 komt tot uitdrukking dat de achtergrond van publiekrechtelijke handhaving verschilt van privaatrechtelijke handhaving en tot andere uitkomsten kan leiden. Zo is beschreven dat een eventuele schending van de eigen onderzoeksplicht van de cliënt niet relevant is voor de vraag of de Wft is overtreden. De vraag of schade is geleden en in hoeverre cliënten tevreden zijn over het product is niet van invloed op de vraag of artikel 4:23 Wft in publiekrechtelijke zin is overtreden.[16] In het kader van privaatrechtelijke handhaving zijn dergelijke vragen echter wel degelijk relevant.

Het privaatrecht geeft regels voor individuele gevallen, waardoor individuele omstandigheden bij de beoordeling van geschillen een rol zullen spelen. Het publiekrecht geeft regels die zien op het algemeen belang. Bij publiekrechtelijke handhaving, in het bijzonder bij boetes en lasten onder dwangsom, betreft het sanctionering van de overtreding van die regels op grote(re) schaal. Bij de sanctionering wordt niet een enkel geval beoordeeld, maar een reeks van vergelijkbare overtredingen. Dit heeft als gevolg dat de overtreden regels geabstraheerd worden van het concrete geval waardoor individuele omstandigheden in mindere mate een rol (kunnen) spelen. In paragraaf 6.3.2.2 ga ik hier nader op in.

De scheidslijn tussen privaatrecht en publiekrecht is echter nu ook nog niet strak te trekken. Dit is in het begin van dit proefschrift duidelijk gemaakt.[17] Wel is er een duidelijk onderscheid te maken tussen beide stelsels in het gebruik van verschillende handhavingsmiddelen.

De doelstellingen van privaatrecht en publiekrecht komen immers tot uiting in de wijze waarop normen en gedragsregels worden gehandhaafd. Normen en gedragsregels zijn van zichzelf niet privaatrechtelijk of publiekrechtelijk, normen en gedragsregels in zijn in beginsel algemeen geldend.[18] Door de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke achtergrond van de op te leggen sancties worden normen en gedragsregels echter wel privaatrechtelijk of publiekrechte-

15 Zie par. 4.5.2.7.
16 Zie par. 5.6.3.10 en ook bijv. par. 5.6.3.8, nr. 2 en nr. 4.
17 Zie par. 2.4.
18 Zie ook C.E. du Perron, 'Normen tussen publiekrecht en privaatrecht', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, Den Haag: BJu 2010, p. 16.

lijk ingekleurd. Dit brengt ons – na de vraag wat de achtergrond is van de publiekrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels – bij de vragen op welke wijze toezichthouders privaatrechtelijke regels handhaven en in hoeverre materieel privaatrechtelijke regels zich lenen voor handhaving met bestuursrechtelijke middelen.

6.3 HANDHAVING VAN PRIVAATRECHTELIJK GEAARDE REGELS EN PUBLIEKRECHTELIJKE HANDHAVING

6.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt aangegeven in hoeverre materieel privaatrechtelijk geaarde regels zich lenen voor publiekrechtelijke handhaving. Met deze vraag hangt nauw samen de vraag op welke wijze toezichthouders privaatrechtelijk geaarde regels handhaven. Eerst zal worden ingegaan op conclusies die in meer of mindere mate gelden voor de drie onderzochte gebieden. Aangezien de geschilbeslechting een bijzondere handhavingsvorm is van de ACM op de telecommarkt, behoeft deze aparte bespreking. Deze is het onderwerp van paragraaf 6.3.7.

6.3.2 Geabstraheerde handhaving

6.3.2.1 Inleiding

Zoals besproken in paragraaf 6.2.3 worden handhavingsmiddelen als boetes, aanwijzingen en lasten onder dwangsom over het algemeen gehanteerd bij grootschalige inbreuken. Handhaving bij grootschalige inbreuken heeft haar eigen specifieke kenmerken. In deze paragraaf zullen deze worden besproken.

6.3.2.2 Geabstraheerde handhaving en individuele gevallen

Bij handhaving met bestuursrechtelijke middelen zoals boetes, aanwijzingen en lasten onder dwangsom is het meewegen van de (eigen) verantwoordelijkheid en de individuele omstandigheden van cliënten of consumenten niet of slechts in zeer geringe mate mogelijk. Dit blijkt onder meer uit de handhaving van de regels omtrent de oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193a e.v. BW). Deze normen dienen geobjectiveerd en veralgemeniseerd te worden, omdat het gaat over een collectiviteit van gevallen. Deze objectivering leidt bijvoorbeeld, naar aanleiding van het vereiste dat algemene informatie niet misleidend te interpreteren mag zijn (artikel 6:193c lid 1 sub a BW), tot discussies over de vraag of '*scrollen*' binnen een sms of website een gebruikelijke handeling is, hoe groot het lettertype dient te zijn en hoeveel keer doorklikken binnen

één website toelaatbaar is.[19] Daarbij wordt in beginsel geen acht geslagen op individuele omstandigheden. Pas bij de beoordeling van de evenredigheid van de sanctie kunnen individuele omstandigheden worden meegewogen.[20]

De individuele omstandigheden kunnen in geval van publiekrechtelijke handhaving evenmin worden meegewogen bij de toetsing aan de vraag of aan informatieplichten en bijzondere zorgplichten in het financiële recht is voldaan.[21] Het privaatrecht stelt daarentegen het individuele belang centraal: is de individuele consument, in het concrete geval, voldoende geïnformeerd? Hetzelfde geldt voor de bijzondere zorgplicht. Als gevolg van de verschillende doelstellingen van het privaat- en het publiekrecht en het verschil in handhavingsmiddelen is het onvermijdelijk dat de invulling van de normen uiteenloopt. Als de norm individueel wordt toegepast, zal dat mogelijk tot een andere uitkomst leiden dan wanneer de norm geabstraheerd wordt toegepast.

6.3.2.3 Verder of minder vergaande bescherming bij informatie- en zorgplichten

Door de abstracte beoordeling van de informatieplichten en zorgplichten uit de Wft komt de vraag aan de orde of, en zo ja in hoeverre, de beoordeling van de informatie- en zorgplichten door de civiele rechter respectievelijk de bestuursrechter van elkaar verschillen. Een belangrijke vraag daarbij is hoe de invulling van deze informatieplichten door de civiele rechter respectievelijk de bestuursrechter zich verhoudt tot de MiFID. De MiFID streeft naar maximumharmonisatie. Op grond van artikel 19 lid 3 MiFID dient het informeren van consumenten 'passend' te gebeuren. De MiFID staat daarbij expliciet de gestandaardiseerde vorm toe. De civiele rechter blijkt een verdergaande of minder vergaande bescherming te bieden aan zwakke partijen dan de bestuursrechter bij informatieplichten in het bestuursrecht. Immers uit het arrest Fortis/Bourgonje[22] volgt dat volgens de civiele rechter '*uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen'* gewaarschuwd dient te worden. Dit arrest geeft aldus ruimte aan de civiele rechter om strengere eisen te stellen aan het informeren dan de MiFID vereist. Overigens lijkt ook de AFM een strengere norm te hanteren dan de MiFID eist. De formule 'uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen', afkomstig uit het arrest Fortis/Bourgonje, wordt namelijk ook door de AFM gebruikt in het kader van de waarschuwingsplicht.[23] 'Uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen' waarschuwen gaat verder dan 'passend' waarschuwen in gestandaardiseerde vorm. De civiele rechter en de AFM lijken hiermee op één lijn te zitten, maar gaan daarmee uit boven het

19 Zie ook par. 4.5.3.3, nr. 10. Maar zie ook par. 5.6.3.8, 5.6.3.10, 5.6.4.3.
20 Ibid, zie ook bij commentaar.
21 Zie par. 5.6.2.4, nr. 2 en 4. Maar zie ook par. 5.6.3.8, 5.6.3.10, 5.6.4.3.
22 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).
23 Zie par. 5.6.2.4, nr. 2.

beschermingsniveau van de MiFID. Maximumharmonisatie komt hiermee onder druk te staan.

Ook bij de zogenaamde bijzondere zorgplicht speelt de vraag of de privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht verder of minder ver mag reiken dan de bestuursrechtelijke zorgplichten. Met betrekking tot de effectenleasezaken[24] is overwogen dat de privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht verder kan gaan dan de bestuursrechtelijke zorgplicht. Dit ligt voor de hand omdat de bijzondere zorgplicht wordt toegepast in individuele gevallen en de bestuursrechtelijke bijzondere zorgplicht in principe geabstraheerd toegepast zal dienen te worden.

Als bezwaar tegen een verder of minder vergaande bescherming van de informatie- en zorgplicht bij de civiele rechter kan worden ingebracht dat de onderneming of financiële instelling weliswaar naar het oordeel van de bestuursrechter voldoet aan de norm, maar in individuele gevallen, dus naar de privaatrechtelijke maatstaf, toch jegens een concrete consument in zijn informatie- en/of zorgplicht kan zijn tekortgeschoten. Een verschil in uitleg van een en dezelfde norm, hoewel begrijpelijk, komt de coherentie van het recht niet ten goede.

6.3.3 Open normen

Open normen en artikel 7 EVRM leveren een spanningsveld op. Deze spanning wordt met name zichtbaar in de wijze van sanctionering door middel van boetes en lasten onder dwangsom. Deze problematiek doet zich voor bij elk van de drie onderzochte gebieden. Om dit spanningsveld op te heffen wordt enerzijds gepleit voor meer beleidslijnen om zo tegemoet te komen aan het bepaalbaarheidsgebod.[25] Daar staat als nadeel tegenover dat door strikte invulling van de normen het open karakter verloren kan gaan.[26] In snel veranderende markten met nieuwe producten en snelle ontwikkelingen op het gebied van technologie zijn open, flexibele normen van groot belang. Het is van belang dat wetgeving kan inspelen op deze ontwikkelingen. De door de toezichthouders gebruikte sancties in de vorm van boetes en lasten onder

24 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR;2009:BH2811, *NJ* 2012/183 (*Levob*), HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184 (*GeSP/Aegon*).

25 C.F.J. van Tuyll, 'Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod', *O&F* 2012/977, afl. 2, p. 34. Zie ook C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer, 2011, p. 388.

26 T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria, 'De invulling van financieel open normen in een meerlagige rechtsorde', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, BWKJ 28, Deventer: Kluwer 2013, p. 121. Zie ook T. Loonen & R. Schotsman, 'Leidraden binnen financiële dienstverlening', *Trema* 2016/6, p. 208.

dwangsom vragen anderzijds wel om heldere beleidslijnen. Tegen de achtergrond van de oorsprong van de boetes in het bestuursrecht, namelijk de introductie vanuit het strafrecht, zou ik willen pleiten voor een terughoudend gebruik van boetes, althans voor bezinning door de toezichthouders op het gebruik van de bestuurlijke boete.[27] Daarvoor is temeer reden omdat boetes vanuit het strafrecht in het bestuursrecht zijn geïntroduceerd om het handhavingstekort van het bestuursrecht op te heffen.[28] De kritiek hierop is afgedaan als formalistisch. Daarnaast zou de wet voorzien in een functiescheiding binnen de organisatie van de toezichthouder, in algemene rechtswaarborgen en in rechtspraak die in twee instanties de boete intensief toetst.[29] Naar mijn mening dient deze kritiek, gezien het spanningsveld van open normen met artikel 7 EVRM, niet te makkelijk terzijde geschoven te worden. Te overwegen zou zijn om bij bestuursrechtelijke handhaving het accent te leggen op informele gesprekken en aanwijzingen om vervolgens pas in hardnekkige gevallen lasten onder dwangsom op te leggen. In uiterste gevallen zou pas een boete mogen volgen. De spanning met artikel 7 EVRM zou zo verminderd kunnen worden.

In dit verband verdient nog opmerking dat de ACM onder meer bij misleidende handelspraktijken het middel van informele en normoverdragende gesprekken hanteert.[30] Aan informele gesprekken is wel het risico verbonden dat afspraken en toezeggingen onvoldoende (kunnen) worden gedocumenteerd, waardoor, wanneer toch sanctionering volgt, enig bewijs van bijvoorbeeld aanzeggingen of waarschuwingen aan de overtreder ontbreekt. In beroep bij de rechtbank kan dit tot (gedeeltelijke) vernietiging van het boetebesluit leiden.[31]

Een ander kritiekpunt is dat de richtsnoeren en beleidslijnen normen invullen die door de wetgever (bewust) open (of vaag) zijn gehouden. Het dwingende karakter dat op deze wijze uitgaat van leidraden en beleidsregels, brengt mee dat een concreet toetsingskader ontstaat, maar geen wettelijke verplichting.[32] Zoals besproken bij onder meer de invulling van de open normen uit artikel 4:23 Wft en 4:34 Wft hoeft de financiële instelling in beginsel de aanbeveling uit de leidraad niet op te volgen, maar als de financiële instelling dit niet doet, dient zij zeer wel onderbouwd uit te leggen waarom haar

27 A. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus University Rotterdam 2015, p. 311.
28 Mein 2015, p. 145.
29 Zie Mein 2015, p. 145.
30 Strategie Nota ACM, www.acm.nl, p. 9. Zie als voorbeeld ook het bericht van de ACM van 11 mei 2016 inzake de maaltijdboxen, https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15797/Consument-kan-makkelijker-van-maaltijdbox-af-dankzij-ACM/.
31 Zie par. 4.5.2.6, nr. 2 (*KLM*)
32 Loonen & Schotsman 2016, p. 208.

dienstverlening toch voldoet aan de standaard van de leidraad.[33] Deze leidraden kunnen zwaardere verplichtingen dan de wettelijke normen leggen op financiële ondernemingen zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. Dit toetsingskader vormt geen direct onderdeel van de overeenkomst tussen de cliënt en de beleggingsonderneming. Toch betekent dit dat partijen op de financiële markten aan contractvrijheid moeten inleveren, omdat de financiële ondernemingen gedwongen zijn zich te gedragen naar deze beleidsregels.[34] Dit neemt niet weg dat bij financiële producten met grote risico's een strak beleidskader wenselijk kan zijn.

In relatie tot de geschilbeslechtende functie van de ACM in telecomzaken is geconstateerd dat de ACM open normen door invulling van beleidsregels (te) gesloten maakt.[35] Zo leidt de invulling van het begrip redelijke vergoeding met vaste formules tot de ongewenste situatie dat andere voorwaarden uit de overeenkomst, die bij de bepaling van de redelijke vergoeding van belang zijn, door de ACM niet worden meegewogen. Omdat het bij geschilbeslechting gaat om individuele gevallen, lijkt er minder behoefte aan een stringente invulling van de open normen, zodat er ruimte aanwezig lijkt om de overige voorwaarden uit de overeenkomst wel mee te wegen.

6.3.4 *Iustum pretium*

De ACM stelt uit hoofde van haar geschilbeslechtende bevoegdheid (maximum)-prijzen vast tussen marktpartijen.[36] Deze wettelijke bevoegdheid is ingegeven door de noodzaak van marktregulering en het bewerkstelligen van volledige mededinging. Omdat er nog geen sprake is van een volledig vrije markt heeft de ACM de bevoegdheid om prijzen vast te stellen. De vaststelling van maximumprijzen beperkt de contractvrijheid van marktspelers op de telecommunicatiemarkt in vergaande mate en vanuit privaatrechtelijk oogpunt is dat ongebruikelijk. De tarieven worden vastgesteld aan de hand van open begrippen als 'kostenoriëntatie' en 'vertraagde reciprociteit'. Deze normen worden vervolgens ingevuld aan de hand van beleidsregels. Deze wijze van handhaving leidt er opmerkelijk genoeg toe dat partijen belemmerd worden om daarnaast nog op geld waardeerbare voorwaarden in de overeenkomst op te nemen, omdat deze niet bij de prijsbeoordeling door ACM worden meegenomen.

De AFM kan ook ingrijpen in de prijsvorming, althans wanneer de beloning 'kennelijk onredelijk' is. Zo heeft de AFM de bevoegdheid om boetes op te

33 Zie onder meer par. 5.6.3.9, in het bijzonder het besluit Direct Verzekeren en de besluiten inzake DSB, par. 5.6.4.2, nr. 1 en Postbank, par. 5.6.4.2, nr. 2.
34 Loonen & Schotsman 2016, p. 209.
35 Zie par. 3.6.
36 Zie par. 3.6.

leggen voor onredelijk hoge provisies.[37] Met betrekking tot het verbod op het vragen van onredelijk hoge provisies heeft de AFM slechts één uitspraak gedaan. De AFM acht, in deze specifieke casus, het aantal in rekening gebrachte uren te hoog voor de daar tegenover staande werkzaamheden. Deze uitspraak betreft dan ook een boete voor het te veel in rekening brengen van uren en raakt indirect aan de vaststelling van prijzen. De rechtbank heeft in beroep het besluit vernietigd en geoordeeld dat partijen vrij zijn om met cliënten een beloning overeen te komen en dat de AFM niet heeft onderbouwd dat de in rekening gebrachte provisies duidelijk te hoog zijn gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening.[38] De rechtbank geeft hiermee meer vrijheid aan partijen dan de AFM zelf doet in het besluit in primo. Op basis van één besluit is het echter moeilijk te concluderen wat de grenzen zijn aan de vrijheid om de hoogte van de vergoeding vast te stellen.

Zeker met betrekking tot de handhaving door ACM kan worden opgemerkt dat er sprake is van een *iustum pretium*-gedachte. In het kader van dit onderzoek is, vanuit privaatrechtelijk oogpunt, redelijke prijsvaststelling door een toezichthouder opmerkelijk omdat in het civiele recht de *iustum pretium*-gedachte wordt afgewezen. Dit geldt temeer daar de wetgever wenst aan te sluiten bij het privaatrecht en de contractvrijheid.[39] Ter rechtvaardiging van deze vaststelling van prijzen kan worden aangevoerd dat zij van tijdelijke aard is. Ik vraag mij echter af of dit, gezien de kenmerken van de (telecom)markt, een realistische gedachte is. Partijen die de toegang tot een netwerk beheren, beschikken over het algemeen over een natuurlijk monopolie. Vrije prijsvorming en (natuurlijke) monopolies gaan moeilijk samen. Wellicht had beter gekozen kunnen worden voor een oplossing via het bestuursrecht, vergelijkbaar met oplossingen in het huurrecht,[40] in plaats van te kiezen voor (theoretische) contractvrijheid. Voor marktpartijen zou het dan duidelijk zijn wanneer prijzen bestuursrechtelijk zijn vastgelegd en binnen welke marges de onderhandelingen kunnen plaatsvinden. Naar mijn mening sluit een dergelijk systeem beter aan bij vormen die het privaatrecht reeds kent (zoals in het huurrecht) en zou de rechtszekerheid daarmee gediend zijn omdat partijen zouden weten wat de wettelijke grenzen zijn. Voor de vaststelling van de (maximum)prijzen hoeft dan niet achteraf nog een procedure bij de ACM te worden gestart.[41]

37 Artikel 86c BGfo.
38 Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3892. Zie ook par. 5.6.7.
39 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 106. Zie ook par. 3.5.2.5 en 3.6.
40 Zie nader Boek 7, titel 4 afdeling 5, onderafdeling 2, BW juncto Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte, *Stb.* 2016/124 juncto Besluit huurprijzen woonruimte 2016, *Stb* 2016/155. Zie ook par. 3.6.1.
41 Zie ook Sütõ 2013, p. 1112-1121.

6.3.5 (Te) actieve toezichthouders?

Bij de besproken uitspraken van de ACM inzake de precontractuele informatieplichten en de oneerlijke handelspraktijken valt op dat boetes in een aantal gevallen in bezwaar, na advies van de BAC, of in beroep worden gematigd. Zo heeft ACM een boeteverhoging opgelegd wegens non-coöperatief gedrag, terwijl het een geval betrof waarin een partij een processtandpunt innam.[42] Het innemen van een processtandpunt betekent nog niet dat er automatisch sprake is van non-coöperatief gedrag. Ook bij samenloop van twee of meer boetes voor eenzelfde handeling, matigt de rechtbank de boete.[43] Hieruit trek ik de voorzichtige conclusie dat de ACM haar taak, om de positie van de consument op de markt te bewaken, gekleurd uitoefent. Een onafhankelijke rechter weegt de belangen van de betrokken partij nadrukkelijker mee en staat verder van de marktpartijen af. Druk vanuit de politiek,[44] een andere verklaring voor de actieve houding van toezichthouders, zou een kwalijke zaak zijn omdat die de onafhankelijkheid van de toezichthouder niet ten goede komt. Zo verworden boetes tot inkomsten voor de overheid. Hoe meer boetes uitgedeeld worden, hoe meer geld dit oplevert.[45]

De verhouding tussen marktautoriteiten en de spelers op de markt is, als verklaring voor de actieve houding van de toezichthouder, delicaat te noemen. Aan de ene kant moeten autoriteiten afstand bewaren tot de op de markt actief zijnde partijen, de ondernemers en de consumenten. Daarnaast dient de toezichthouder onpartijdig te zijn en onafhankelijk overtredingen te beoordelen en eventueel te beboeten. Aan de andere kant moet de toezichthouder, ten behoeve van de legaliteit, de aan haar opgedragen taken uitvoeren en hierover publieke verantwoording afleggen. Een toezichthouder dient aan verschillende wensen tegemoet te komen. Immers als sprake is van marktfalen doet de toezichthouder zijn werk niet naar behoren, maar als er geen problemen zijn op de markt dan is de toezichthouder al snel een kostbare instelling en zal er gekort worden op het beschikbare budget.[46]

Wellicht is de prioritering van te handhaven overtredingen en daarmee het 'ad hoc' beleid van de ACM, ingegeven door beperkte middelen, ook een reden die aan de vernietiging van besluiten in beroep ten grondslag ligt.[47]

---

42 Zie par. 4.5.3.3, nr. 1.
43 Zie bijv. 4.5.2.1, nr. 8 en 4.5.3.3, nr. 3 en nr. 8
44 Zie ook NRC 11 april 2015 '*Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek*.'
45 Zie ook NRC 11 april 2015 '*Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek*.' Een voorbeeld van de macht die een toezichthouder heeft volgt ook uit het vonnis van de rechtbank Den Haag. De ACM doet onderzoek bij een bedrijf naar onregelmatigheden en de vraag is dan vervolgens welke gegevens mag de ACM gebruiken en welke restricties gelden voor de ACM aangaande de gevonden gegevens. Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7968.
46 Zie par. 4.4.5.
47 Zie par. 2.7.4.

De ACM komt tot haar aandachtsthema's op basis van klachten op Consuwijzer. Het kost tijd om goed (handhavings)beleid te ontwikkelen op diverse thema's en in verschillende branches.

De onafhankelijkheid van de toezichthouder staat ook onder druk – zoals besproken in hoofdstuk 2.7.2 – wanneer de invulling van open normen door de toezichthouder aan de markt wordt overgelaten, maar vervolgens bij het toezicht aan de strikte beleidsregels van de toezichthouder zelf wordt getoetst. Zo worden op de financiële markten als gevolg van zelfregulering 'open normen' ingevuld door gedragscodes. De AFM heeft echter daarnaast zelf ook regels opgesteld, die vervolgens weer worden gebruikt bij de invulling van de handhaving van de open normen.

In voorkomende gevallen wil de toezichthouder met het opleggen van boetes de consument niet alleen waarschuwen, maar ook een educatief- en afschrikkingseffect jegens de marktpartijen bewerkstelligen.[48] Boetes kunnen daarom hoger uitvallen. Een marktpartij wordt in dergelijke gevallen gestraft om andere marktpartijen te waarschuwen.

Het moge duidelijk zijn dat de hiervoor genoemde kanttekeningen bij de onafhankelijkheid van de toezichthouder niet gelden voor de civiele en de bestuursrechter. Bij hen speelt druk vanuit de markt of drang om zich te bewijzen geen rol. Een ander principieel verschil met de onafhankelijke rechters is dat bij de toezichthouder de rol van de handhaver en regelgever in één hand liggen.

6.3.6 Tekorten van bestuursrechtelijke handhaving

De bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen zijn niet altijd geschikt om overtredingen ongedaan te maken. Zo is een last onder dwangsom niet geschikt voor het ongedaan maken van overtredingen die bijvoorbeeld zien op het vragen van te hoge tarieven door een telecomaanbieder.[49] De ACM is in het besluit KPN/Versatel haar handhavingsbevoegdheden te buiten gegaan door KPN onder dreiging met een dwangsom te verplichten de bedragen die te veel zijn betaald door Versatel binnen vijf dagen te crediteren.[50] Evenmin kan een boete worden opgelegd voor het ongedaan maken van te veel in rekening gebrachte tarieven door een telecomaanbieder. Een contractspartij zal, via de civiele rechter, een beroep kunnen doen op onverschuldigde betaling om zo een executoriale titel te verkrijgen waarmee de teveel betaalde gelden

48 R. Stijnen, 'De zorgplicht van artikel 4:23 Wft: geschikte financiële dienstverlening door financiële ondernemingen', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 31.

49 Zie par. 3.7.2.

50 Zie par. 3.7.2.1, nr. 1. Zie ook par. 3.7.2.1, nr. 2.

kunnen worden teruggevorderd.[51] Dit is overigens niet zo eenvoudig, aangezien de ACM in voorkomende gevallen maximumprijzen vaststelt. Het exacte bedrag dat onverschuldigd is betaald kan dan niet worden vastgesteld. Partijen dienen hier eerst nog over te onderhandelen.[52] Dezelfde problematiek speelt bij het verrekenen van te veel betaalde gelden.[53] Als partijen niet uit de onderhandelingen komen zal de ACM mogelijk een nieuw oordeel moeten vellen. Deze procedure is op zijn minst omslachtig te noemen. Dit pleit voor meer bevoegdheden en een meer gemengde of 'hybride' aanpak door de toezichthouders. Hiermee wordt bedoeld een combinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving door één entiteit (zie hierna, paragraaf 6.4.4).

In hoofdstuk 3 is ook geconstateerd dat de ACM noch de civiele rechter bij de vaststelling van (maximum)prijzen het privaatrechtelijke kader en de jurisprudentie betrekken inzake de nietigheid ex artikel 3:40 BW.[54] In par. 6.3.7.4 ga ik hier nog nader op in.

In hoofdstuk 5 is aan de orde gekomen dat de AFM, op grond van artikel 1:75 lid 3 Wft, geen aanwijzingen mag geven die strekken tot aantasting van overeenkomsten tussen de (rechts)persoon die de aanwijzing heeft gekregen en derden.[55] De uitkomsten van de casestudy zijn in dit opzicht overigens wel opmerkelijk. In letterlijke zin tasten de aanwijzingen overeenkomsten met derden niet aan, maar de financiële instellingen kunnen wel gedwongen worden, willen zij uitvoering geven aan de aanwijzingen, tot wanprestatie in hun relatie tot derden. Een probleem is dat de individuele omstandigheden van de derden bij de bestuursrechtelijke besluitvorming in principe niet worden meegewogen.[56] In een civiele procedure worden, bijvoorbeeld via de onderzoeksplicht of waarschuwingsplicht in het kader van dwaling, via de redelijkheid en billijkheid en de eigen schuld deze omstandigheden wel meegewogen. Aangezien het CBb heeft geoordeeld dat de lijn van de AFM is toegestaan om in aanwijzingen het staken of gestaakt houden van een in strijd met de Wft gesloten overeenkomst te verlangen, dienen naar mijn mening de belangen van derden wel te worden meegewogen.[57] Ook deze constatering pleit voor een meer 'hybride' aanpak door de AFM.

Contractspartijen en/of derden zullen via de civiele rechter een executoriale titel dienen te verkrijgen waarmee teveel betaalde gelden teruggevorderd

51 Zie par. 3.7.3.
52 Zie par. 3.7.3.
53 Zie par. 3.7.4.
54 Zie par. 3.8.3.
55 Zie par. 5.6.6.2.
56 Een derde kan zich eventueel als belanghebbende mengen in de bestuursrechtelijke procedure. Het betreft echter in dit type zaken een beoordeling in abstracte zin zoals de vraag of een financiële onderneming een regel uit de Wft heeft overtreden. Het bestuursorgaan geeft geen oordeel over individuele gevallen.
57 Zie bijv. par. 5.6.6.2, nr. 5.

kunnen worden of ondeugdelijke overeenkomsten kunnen worden aangetast. Het bestuursrecht biedt hiervoor geen soelaas.

Een ander nadeel van bestuursrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels is dat benadeelden niet direct gebaat zijn bij de geconstateerde overtredingen, althans niet rechtstreeks door het bestuursrechtelijke besluit worden gecompenseerd in hun mogelijk geleden schade.[58] Een cliënt of consument zal zelf een mogelijk kostbare civiele procedure dienen te starten, waarbij de in hoofdstuk 2 genoemde beperkingen van het privaatrecht een rol spelen.[59] Uit hoofdstuk 4 volgt ook dat er weinig privaatrechtelijke uitspraken zijn en de artikelen 6:193a e.v. BW een bescheiden rol lijken te spelen, althans dat er in privaatrechtelijke procedures zelden een beroep op wordt gedaan.[60] De drempels voor consumenten om een civielrechtelijke procedure te starten zijn in dergelijke gevallen kennelijk te hoog. Hoogstwaarschijnlijk speelt de afweging van het belang ten opzichte van de kosten een grote rol. Mogelijk kunnen bij een hybride aanpak door de toezichthouder de consumenten in de geleden schade tegemoet gekomen worden of op andere wijze worden gecompenseerd. In paragraaf 6.4 ga ik hier nader op in.

Bij bestuursrechtelijke handhaving van privaatrechtelijk geaarde regels dient bedacht te worden dat een bestuurlijke boete nog geen positieve uitkomst hoeft te betekenen in een civiele procedure.[61] De civiele rechter, in tegenstelling tot de toezichthouder, weegt immers de individuele omstandigheden van het geval. De keerzijde van deze medaille is dat, zoals reeds geconcludeerd in paragraaf 6.3.2.2, de toezichthouder alleen een geabstraheerde norm toepast. Zo is denkbaar dat op grond van de Wft een boete wordt opgelegd voor bijvoorbeeld overkreditering, maar dat er feitelijk, gezien de individuele omstandigheden van het geval, geen sprake is van overkreditering.[62] In de literatuur wordt gepleit voor een meer civiele toets door – in dit geval – de AFM. Meer omstandigheden zouden dan dienen te worden meegewogen alvorens tot het oordeel te komen dat het beleid leidt tot (in casu) overkreditering.[63] Bij meer 'hybride' vormen van handhaving zou hier meer ruimte voor zijn.

58 Vergelijkbaar is de jurisprudentie omtrent vertraagde vluchten. Wanneer een maatschappij structureel naleving van Verordening nr. 261/2004 weigert, kan de Staatsecretaris een last onder dwangsom opleggen aan de maatschappij om de regels alsnog na te leven. Beoordeling in individuele gevallen is echter voorbehouden aan de civiele rechter. Zie onder meer Rb. Den Haag 5 april 2017 ECLI:NL:RBDHA:2017:3124 en RvS 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:422.

59 Zie par. 2.6.2.2.

60 Zie par. 4.6.

61 Zie bijv. 4.5.3.3, nr. 4, nr. 5 en nr. 10.

62 Zie par. 5.6.4.4.

63 J.M. Poelgeest in zijn noot onder CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:6, *JOR* 2013/280. Zie ook par. 5.6.4.2, nr. 2.

6.3.7 Geschilbeslechting

6.3.7.1 Inleiding

Het meest opvallende middel waarmee de ACM in telecomzaken haar bevoegdheid uitoefent, is de algemene geschilbeslechtende functie op grond van artikel 12.2 Tw. De besluiten die de ACM neemt hebben invloed op de privaatrechtelijke verhouding tussen marktpartijen.

6.3.7.2 Onderscheid artikel 12.2 lid 1 en 2 Tw

Het verschil tussen lid 1 en 2 van artikel 12.2 Tw is van belang omdat de Tw de contractvrijheid voorop stelt. Aan gemaakte afspraken mag niet licht voorbij worden gegaan, ook niet als het een gereguleerde markt betreft.[64] De vraag is echter of niet alsnog regels worden gesteld als sprake is van strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. Immers de ACM kan bijvoorbeeld op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw prijzen vaststellen (zie ook hieronder). Deze door de ACM opgelegde maximumprijzen zijn een doorkruising van de door partijen gemaakte afspraken.

Het CBb legt het verschil tussen lid 1 en 2 van artikel 12.2 Tw als volgt uit. Het CBb overweegt dat partijen die ervoor kiezen een overeenkomst te sluiten op basis van een ingevolge de Tw op hen rustende verplichting, daarmee de mogelijkheid prijsgeven om de ACM te vragen hun geschillen van inzicht daarover te beslechten.[65] Lid 2 van artikel 12.2 Tw zou dan een uitzondering zijn, namelijk om de ACM te vragen of de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen in strijd zijn met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw. De ACM is bij een verschil van mening over bijvoorbeeld de te hanteren prijzen echter snel van oordeel dat er geen sprake (meer) is van overeenstemming. Dit standpunt neemt de ACM ook in bij een eenzijdige wijziging van de prijs en als de overeenkomst niet voorziet in een regeling tot prijsaanpassing. Ik vraag mij af of de ACM in een dergelijk geval bevoegd moet worden geacht om via lid 1 van artikel 12.2 Tw te toetsen. Het komt mij gekunsteld voor om ervan uit te gaan dat geen overeenkomst is gesloten. Deze praktijk leidt ertoe dat de contractvrijheid wordt uitgehold nu de ACM alsnog via lid 1 regels stelt waaraan partijen zich moeten houden.

Een verschil tussen de civiele rechter en de ACM bij de beantwoording van de vraag of een overeenkomst bestaat tussen partijen, is dat de civiele rechter niet alleen beoordeelt of er een schriftelijke overeenkomst is, maar ook de overige omstandigheden in aanmerking neemt bij de beoordeling van de vraag

64 Zie par. 3.5.3.2 en in het bijzonder CBb 15 maart 2007, ECLI:NL:2007:BA0744, *Mediaforum* 2007/5, m.nt. A. Meijer, p. 166-170.

65 Zie par. 3.5.3.2 en in het bijzonder CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112.

of sprake is van wilsovereenstemming.[66] De ACM hanteert dan ook, door slechts af te gaan op een schriftelijke overeenkomst en niet alle omstandigheden mee te wegen, een van het civiele recht afwijkend criterium om vast te stellen of de overeenkomst al dan niet tot stand is gekomen (zoals besproken in hoofdstuk 3).[67]

De civiele rechter is overigens terughoudend bij de beoordeling van geschillen inzake telecomvragen aangezien hij tegenstrijdige uitkomsten wil vermijden en van oordeel is dat de ACM dient te beslissen over het al dan niet bestaan van een overeenkomst. Aangezien de ACM deze privaatrechtelijke vraag dient te beoordelen vóór de beantwoording van de vraag of er sprake is van een zogenaamd artikel 12.2 lid 1 of lid 2 Tw geschil, zou de ACM mijns inziens daarbij de privaatrechtelijke regels moeten hanteren en toepassen.

Dat de ACM volledig de privaatrechtelijke wetsbepalingen en jurisprudentie dient toe te passen bij haar beoordeling, dient naar mijn mening ook te gelden bij de uitleg van overeenkomst. Bij verschil over de uitleg van de (model- of raam)overeenkomsten gaat de ACM uit van het bestaan van de overeenkomst en verwijst de ACM partijen naar de civiele rechter voor vragen omtrent de uitleg van de overeenkomst. De ACM dient uit te gaan van een overeenkomst totdat de civiele rechter anders heeft beslist.[68] De ACM ontkomt er echter niet aan om, in geval er een (schriftelijke) overeenkomst bestaat maar partijen over de uitleg van een of meerdere bepalingen van mening verschillen, met toepassing van de Haviltex-norm te beoordelen of er overeenstemming is tussen partijen.[69] De ACM zal deze vraag moeten beantwoorden om vast te stellen of de ACM bevoegd is op grond van artikel 12.2 lid 1 of lid 2 Tw.

De interpretatie van artikel 12.2 Tw door de ACM heeft als gevolg dat de grens tussen de bevoegdheid van de civiele rechter en de bevoegdheid van de ACM niet altijd helder is.[70] Voorts heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, gezien de bindende kracht van de uitspraak, besluiten van het bestuursorgaan het uitgangspunt dienen te zijn.[71] De civiele rechter dient het bestuursrechtelijke besluit tot uitgangspunt te nemen. Het is daarom, naast het feit dat deze bevoegdheidsverdeling tot een cumulatie van bestuursrechtelijke en civielrech-

66 Zie par. 3.5.3.3. Een dergelijke opstelling waarbij in geval van een geschil een toezichthouder er vanuit gaat dat er geen overeenstemming meer is, geldt niet alleen voor de ACM. De AFM gaat bij een (fundamentele) wijziging in de overeenkomst ook uit van een nieuwe overeenkomst. Zie nader D. Haas, 'Contractrechtelijke begrippen in het financiële recht, een knellend jasje', *MvV* 2015/5.2, p. 140-145.

67 Ibid.

68 CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324, *AB* 2014/424, m.nt. W. Sauter.

69 Zie par. 3.5.4.2 en in het bijzonder CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112, m.nt. G.J.M. Cartigny. Zie ook CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324, *AB* 2014/424, m.nt. W. Sauter.

70 G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3302, *AB* 2009/112. Zie ook CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:324, *AB* 2014/424, m.nt. W. Sauter.

71 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, *NJ* 2016/275 (*Windpark Zeeland)*.

telijke procedures kan leiden, ook niet ondenkbaar dat de civiele rechter zich terughoudend zal opstellen, waardoor denkbaar is dat een marktpartij in het geheel geen rechtsbescherming ontvangt.[72] Dit dient voorkomen te worden.

6.3.7.3 Precontractuele fase

Marktpartijen op de telecommunicatiemarkt hebben een onderhandelingsplicht met betrekking tot de toegang tot antenne-opstelpunten (artikel 3.24 Tw) en interconnectie (artikel 6.1 Tw). Op grond van artikel 3:24 lid 1 Tw dient een marktpartij in te gaan op redelijke verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten. Op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw kan de ACM marktpartijen een onderhandelingsplicht opleggen om zo toch overeenstemming over het delen van antenne-opstelpunten (artikel 3:24 Tw) te bewerkstelligen.

Op grond van artikel 6.1 Tw hebben marktpartijen met betrekking tot interconnectie eveneens een onderhandelingsplicht. Artikel 6.1 Tw bepaalt dat op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of –diensten een andere aanbieder, die de toegang tot eindgebruikers controleert, de plicht heeft met haar in onderhandeling te treden. De ACM kan op grond van artikel 6.2 lid 1 Tw zelf voorwaarden stellen in geval partijen niet door onderhandelingen tot een overeenkomst kunnen komen.

De Memorie van Toelichting op de Tw merkt op dat het beginsel van contractvrijheid een belangrijke grondslag is van het algemene verbintenissenrecht en dat dit beginsel van contractvrijheid ook geldt op de telecommunicatiemarkt.[73] Partijen op de telecommunicatiemarkt hebben de vrijheid om al dan niet een overeenkomst te sluiten. Deze vrijheid is wel gebonden aan bepaalde regels, namelijk de redelijkheid en de billijkheid. Volgens de parlementaire geschiedenis is de privaatrechtelijke jurisprudentie omtrent de precontractuele fase op deze onderhandelingsplicht uit de Tw onverkort van toepassing.

De verplichting om te onderhandelen kan worden beschouwd als een beperking van deze contractvrijheid. Het privaatrecht kent immers een dergelijke vergaande verplichting niet. Contractvrijheid houdt de keuzemogelijkheid in om in het geheel niet te contracteren maar ook de vrijheid om zelf de wederpartij te kiezen. Een onderhandelingsplicht staat haaks op deze vrijheid. Het verschil tussen de onderhandelingsplicht in de Tw en de onderhandelingsplicht die de civiele rechter kan opleggen, bestaat hierin dat bij de onderhandelingsplicht in de Tw geen sprake is van een vrije keuze om wel of niet te onderhandelen bij een (redelijk) aanbod. Het uitgangspunt van de onderhandelingsplicht in de Tw wijkt dus af van de onderhandelingsplicht in het civiele recht. Hieruit volgt dat de privaatrechtelijke jurisprudentie met betrekking

72 Zie nader par. 6.3.7.3 en 6.3.7.4. Zie ook par. 3.5.2.5.
73 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 104.

tot de precontractuele fase niet één op één toepaspaar is op de onderhandelingsplicht uit de Tw.

Het leerstuk van de precontractuele fase[74] biedt ook geen oplossing voor het geval dat één van de marktpartijen de onderhandelingen onnodig rekt of weigert te onderhandelen. Met betrekking tot de antenne-opstelpunten is de ACM pas bevoegd om te beslissen over een geschil als partijen eerst voldoende hebben onderhandeld.[75] Als één van de marktpartijen weigert te onderhandelen dan zal de ACM geen regels mogen stellen. In de Memorie van Toelichting is vermeld dat naast de bestuursrechtelijke weg (art 12.2 lid 1 Tw) ook de privaatrechtelijke weg openstaat.[76] De partij die wenst te onderhandelen zal, zowel bij een weigering als bij onnodig rekken van de onderhandelingen, eerst bij de civiele rechter een vordering tot het opleggen van een onderhandelingsplicht dienen in te stellen. De civiele rechter zal overtuigd moeten worden van de plicht tot (verder) onderhandelen. De civielrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot de precontractuele fase zal dan wel in het licht van de Tw geïnterpreteerd moeten worden. De rechter zal dan de onderhandelingsplicht uit de Tw tot uitgangspunt dienen te nemen. Het staat partijen immers niet vrij om onderhandelingen te weigeren of onnodig te rekken. De rechter zal moeten beoordelen of partijen in een sfeer van goede trouw naar overeenstemming gezocht hebben. Een weigering tot onderhandelen is alleen bij onredelijke (in de zin van de Tw) voorstellen geoorloofd. Wanneer een partij toch weigert om te onderhandelen dient de rechter regels op te stellen om (verder) te onderhandelen.[77]

Als de civiele rechter zich (al) bevoegd acht – hij zal immers wel het leerstuk van de precontractuele fase in het licht van de Tw dienen toe te passen – en de vordering wordt toegewezen, zullen partijen moeten onderhandelen.[78] Als de onderhandelingen vervolgens stranden, dienen partijen zich (weer) tot de ACM te wenden op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw. Wanneer de civiele rechter zich echter terughoudend opstelt en zich onbevoegd ver-

74 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723 (*Plas/Valburg*) en HR 12 augustus 2008, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*).

75 Zie par. 3.5.2.2.

76 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 106.

77 Zie par 3.5.2.5.

78 Zoals reeds opgemerkt in hoofdstuk 3 (par. 3.5.2.5) zal de vraag of de civiele rechter zich niet bevoegd acht, dan wel de vordering van één van de partijen zal afwijzen, afhangen van de visie van de civiele rechter op de onderhavige problematiek. Zal de civiele rechter overwegen dat de ACM bevoegd is op grond van art. 6.1 lid 3 Tw (interconnectie) of art. 12.2 Tw (antenne-opstelpunten) dan zal de civiele rechter zich niet bevoegd achten. De ACM dient dan immers te oordelen over het geschil tussen partijen. Acht de civiele rechter zich wel bevoegd, maar overweegt de civiele rechter dat er, gezien het leerstuk van de precontractuele fase, geen plicht tot onderhandelen bestaat, dan is te verwachten dat de civiele rechter de vordering van één van de partijen ongegrond zal achten. In dit laatste geval past de civiele rechter de civiele jurisprudentie over de precontractuele fase toe en niet art. 6.1 lid 3 of art. 12.2 Tw.

klaart, zodat de civiele rechter van oordeel is dat de ACM bevoegd is, bestaat het gevaar de ACM zich vervolgens onbevoegd zal verklaren omdat partijen nog niet voldoende hebben onderhandeld. Op grond van artikel 12.2 lid 1 Tw dient men immers eerst voldoende te hebben onderhandeld. Zo zou degene die wenst te onderhandelen tussen 'wal en schip' terecht kunnen komen.

Gelijksoortige (competentie)problemen kunnen zich voordoen met betrekking tot interconnectie. De ACM dient, evenals bij een verzoek tot medegebruik van antenne-opstelpunten, te beoordelen of voldoende is onderhandeld door de marktpartijen. Indien partijen onvoldoende hebben onderhandeld zal de ACM zich onbevoegd verklaren. Het doel van artikel 6.1 Tw is de totstandbrenging van interconnectie. In voorkomende gevallen bestaan er al zogenaamde eind- tot eindverbindingen, maar is er geen overeenkomst tussen partijen. Ook dan acht de ACM zich onbevoegd, omdat de aan partijen toekomende contractvrijheid zich verzet tegen een ruime uitleg van artikel 6.2 Tw, daar dit artikellid uitgaat van een bestaande overeenkomst tussen partijen.[79] De civiele rechtsgang zal dan gevolgd moeten worden. Naast het feit dat deze weg omslachtig is, dient ook hier de civielrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot de precontractuele fase in het licht van de Tw te worden beoordeeld. Immers, het civiele recht kent geen vergelijkbare onderhandelingsplicht. Ook is denkbaar dat de civiele rechter zich terughoudend zal opstellen en zich onbevoegd zal verklaren, omdat de ACM de aangewezen partij is om regels te stellen met betrekking tot de onderhandelingsplicht. Het is dus onvoldoende duidelijk wanneer een partij zich tot de civiele rechter of tot de ACM dient te wenden.[80]

Naast het risico dat een marktpartij tussen wal en schip kan raken, acht ik het onwenselijk dat een marktpartij gedwongen kan worden om twee juridische wegen te bewandelen om tot het gewenste resultaat te komen. Een dergelijke omslachtige rechtsgang kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest.

6.3.7.4 Contractuele fase

Op grond van artikel 12.2 lid 2 Tw kan de ACM bepalingen uit een contract tussen twee telecomaanbieders toetsen aan het criterium 'strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw'. 'Strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw' zou nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW met zich meebrengen, omdat volgens de ACM dan sprake is van strijd met de openbare orde of goede zeden. Geconstateerde strijd met de Tw leidt nu in de beslissingen van de ACM 'automatisch' tot nietigheid.[81] Bij de beoordeling van de vraag of de geconstateerde strijd met de Tw nietigheid met zich mee zou moeten

79 Zie par. 3.5.2.3 en CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:323.

80 G.J.M. Cartigny in zijn noot onder CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBB:BH3302, *AB* 2009/112, punt 5.

81 Parl. Gesch. Boek 3, p. 190 (TM).

brengen, zou de ACM mijns inziens de privaatrechtelijke wetsbepalingen en jurisprudentie behoren te betrekken.[82] Een beslissing van de ACM, dat op grond van artikel 3:40 lid 1 BW zonder meer sprake is van nietigheid, wijkt anders af van het achterliggende privaatrechtelijke juridische kader.[83] De ACM kan het beste deze toets zelf uitvoeren. Als deze toets aan de civiele rechter wordt voorbehouden, zou een partij namelijk bij de civiele rechter een nieuwe procedure omtrent de nietigheid moeten aanspannen en is de status van de uitspraak van de ACM in relatie tot artikel 12.6 Tw onduidelijk.[84] Evenmin zal een civiele rechter een bepaling, zoals bijvoorbeeld of de gevraagde prijs redelijk is (artikel 3:24 Tw), uit het contract toetsen aan het criterium 'strijd met hetgeen is bepaald in de Tw'. Het mogelijke gevolg daarvan, te weten dat zowel een rechtsgang bij de civiele als de bestuursrechter moet worden doorlopen, lijkt mij, in een markt waar ontwikkelingen elkaar snel opvolgen, niet wenselijk. Het ontbreekt dus op de hiervoor gesignaleerde punten aan goede afstemming tussen de bevoegdheid van de civiele rechter en de ACM.

6.4 HOE NU VERDER? EEN VERKENNING

6.4.1 Inleiding

> 'Strength lies in differences, not in similarities.'[85]

Is er nog een weg terug naar de tijd waarin rechtshandhaving en rechtsvorming op het gebied van contractenrecht exclusief in handen van de Nederlandse civiele rechter lag? De vraag of bijvoorbeeld de bescherming van consumenten uitsluitend via het privaatrecht plaats zou moeten vinden aangezien het BW de nodige regelgeving met betrekking tot consumentenbescherming kent,[86] lijkt achterhaald.[87] Eén van de redenen hiervoor is dat alleen al de rol van de EU in het kader van de handhaving in de afgelopen jaren sterk is toegenomen en de autonomie van de lidstaten om de handhaving naar eigen believen vorm te geven, is afgenomen.[88]

---

82 Zie ook Hage 2014, p. 55-63.
83 HR 1 juni 2012 ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/72 (*Esmilo/Mediq*).
84 Artikel 12.6 Tw bepaalt dat partijen zich aan de besluiten van de ACM dienen te houden.
85 S.R. Covey, *The Seven Habits of Highly Effective People,* New York: Simon & Schuster Ltd 2004, hs 6.
86 Scheltema & Scheltema 2009, p. 10.
87 O.O. Cherednycenko,'De publiek- en privaatrechtelijke handhaving van het Europese privaatrecht: de nieuwe realiteit voor contracteren', *Contracteren* 2014, nr. 3, p. 92.
88 H.W. Micklitz, 'The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations', *ERPL* 2015/4, p. 492; O.O. Cherednycenko, 'De publiek- en privaatrechtelijke handhaving van het Europese privaatrecht: de nieuwe realiteit voor contracteren', *Contracteren* 2014/3, p.88.

Het privaatrecht is echter niet ingericht op marktregulering en op dit gebied schiet het privaatrecht met de tot zijn beschikking staande handhavingsmiddelen tekort. Toezicht en handhaving met bestuursrechtelijke middelen zullen mijns inziens daarom noodzakelijk blijven om de markten te reguleren en de zwakke partijen te beschermen. Zo zal op netwerkmarkten, zoals spoor, energie en telecommunicatie, als gevolg van technische oorzaken, volledige mededinging niet zonder bestuursrechtelijke middelen mogelijk zijn.[89] Ook het publieke belang, zoals het voorkómen van grote of minder grote financiële crisissituaties en het versterken van het vertrouwen van de consument in de markt, zal om bestuursrechtelijke sturing blijven vragen.[90]

Omdat toezicht en handhaving met publiekrechtelijke handhavingsmiddelen noodzakelijk zullen blijven, wordt in deze paragraaf een (bescheiden) aanzet gegeven in zake de vraag welke richting gedacht kan worden aan oplossingen om een zoveel mogelijk coherente handhaving te bewerkstelligen. Hierbij wordt aandacht besteed aan instrumenten en maatregelen, zowel in Nederland als in het buitenland, ter bevordering van de coherentie van het recht door een betere aansluiting tussen publiek- en privaatrecht te bewerkstelligen.

6.4.2 Coherentie

Het uitgangspunt bij het zoeken van aansluiting tussen het privaatrecht en het publiekrecht is de coherentie van de handhaving. Coherentie van, en dus het vermijden van tegenstrijdigheden tussen, privaat- en publiekrechtelijke handhaving is noodzakelijk voor de eenheid van het recht.[91] Dit vloeit ook voort uit het zogenaamde *principle of effectiveness* dat kan worden afgeleid uit artikel 4 lid 3 TEU.[92]

Uit het uitgevoerde onderzoek rijst een diffuus beeld van private en publieke handhaving op. In verschillende sectoren heerst, als gevolg van bijzondere op die specifieke markt toegespitste regelgeving, een eigen regime en kunnen in een individueel geval dezelfde regels door de private rechter anders worden uitgelegd dan door de bestuursrechter. Ook worden privaatrechtelijke beginselen of uitgangspunten in het bestuursrecht niet altijd (volledig) in acht genomen.[93] Daarnaast kunnen vergelijkbare begrippen, met dezelfde herkomst

89 Zie ook B. Tieben, 'Naar marktgerichte regulering van netwerksectoren, *TvT* 2015/1.4, p. 38. Zie ook V.J.A. Sütõ, 'De toegangsovereenkomst in het spoorvervoer', *WPNR* 2013/6998, p. 1112-1121.

90 Cherednychenko 2014c, p. 91.

91 O.O. Cherednychenko, 'Public and Private enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges', *ERPL* 2015/4, p. 487.

92 Zie nader F. Wilman, *Private Enforcement of EU Law before National Courts; The EU Legislative Framework*, Cheltenham (UK): Edward Elgar 2015, par. 11.02 e.v.

93 Zie bijv. par. 3.8.3.

maar bijvoorbeeld vertaald naar het bestuursrecht, een andere betekenis hebben in de bestuursrechtelijke context dan in de privaatrechtelijke context.[94]

In de literatuur worden verschillende oplossingen aangedragen om privaatrecht en publiekrecht beter op elkaar te laten aansluiten. Aan de ene kant wordt de oplossing gezocht in de eigen kracht van het privaatrecht respectievelijk die van het bestuursrecht. Als dat leidt tot knelpunten in de handhaving dan dient de handhaving te worden verbeterd.[95] Bij overlap tussen privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving zal er sprake moeten zijn van coördinatie tussen de verschillende handhavingsregimes. Privaatrecht en publiekrecht zijn dan complementair aan elkaar en vullen elkaar aan.[96] Er ontstaat dan geen 'vermenging' van privaatrecht en bestuursrecht, het handhavingsmiddel wordt slechts ingezet in overeenstemming met de aard en het doel van het middel.

Aan de andere kant wordt gedacht aan zogenaamde *hybride* vormen van handhaving.[97] Privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving worden dan geïntegreerd. Er is in dat geval geen sprake meer van zuiver privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving maar van een combinatie van deze twee. Een voordeel daarvan is dat coördinatiekosten kunnen worden vermeden. Daartoe zouden de bevoegdheden van de toezichthouder uitgebreid kunnen worden met schadevergoedingsmogelijkheden voor benadeelden.[98] Benadeelden hoeven dan in voorkomende gevallen niet nog een aparte (dure) procedure bij de civiele rechter te starten.

In de volgende paragrafen worden deze twee vormen, de complementaire en hybride, nader verkend.

6.4.3 Complementariteit

6.4.3.1 Coördinatie

Complementariteit gaat uit van het aansluiten van privaat- en publiekrecht op elkaar. Complementair houdt in dat elk handhavingsmiddel (alleen) effectief is als dit wordt ingezet met betrekking tot het door dit handhavingsmiddel beoogde doel; het ene type handhavingsmiddel kan dan niet het andere type

94 Zie bijv. par. 5.6.2.6 en 5.6.3.10.

95 G. Bellantuono, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Energy and Telecommunications Sectors', *ERPL* 2015/4, p. 651; C. Hodges, 'Fast Effective and Low Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare', in: B. Rodger, *Competition Law Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU*, Alphen a/d Rijn: Kluwer int. 2014, p. 255 e.v.

96 Bellantuono 2015, p. 684; P. Marsden, 'Public–Private Partnerships for Effective Enforcement: Some 'Hybrid' Insights?', *European Competition Journal* 2013/9 (p. 509-519), p. 518.

97 Bellantuono 2015, p. 652.

98 Bellantuono 2015, p. 658.

handhavingsmiddel vervangen.[99] Maar zoals in hoofdstuk 2 besproken kent zowel het privaatrecht als het publiekrecht zijn beperkingen.[100] Om het privaatrecht en het publiekrecht complementair te maken zijn er pogingen gedaan om de beperkingen van het privaatrecht weg te nemen. Voorbeelden hiervan zijn de Richtlijn Alternatieve Geschillenbeslechting,[101] de Verordening online beslechting consumentengeschillen,[102] de aanbeveling van de Commissie inzake collectieve acties,[103] de mededeling van de Commissie inzake Europees kader voor collectief verhaal[104] en de Richtlijn inzake schadevergoeding als gevolg van inbreuken op het mededingingsrecht.[105] Op nationaal niveau mag het Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie niet ongenoemd blijven.[106] Geschillencommissies zijn een waardevolle aanvulling op de rechtsbescherming van de consument aangezien deze commissies laagdrempelig zijn, een laag klachtengeld hanteren en geen procesvertegenwoordiging vereisen. Hiermee komt alternatieve geschillenbeslechting tegemoet aan

99 Bellantuono 2015, p. 671.

100 Zie par. 2.6.2 en 2.7.

101 Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG en uitvoering van de Verordening (EU) nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten). Deze richtlijn is geïmplementeerd in de wet van 16 april 2015 tot implementatie van de Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG en uitvoering van de Verordening (EU) nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten).

102 Verordening (EU) nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* L 165/1. De verordening is in werking getreden op 6 januari 2016.

103 De aanbevelingen van de Europese Commissie over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, *PbEU* 2013, L 201, p. 60-65.

104 Mededeling van de Europese Commissie 'Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal', COM (2013) 401 def.

105 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie *PbEU* L 349. Deze richtlijn is geïmplementeerd in art. 6:193k e.v. BW, art. 161a en 844 e.v. Rv.

106 Het wetsvoorstel is op 16 november 2016 naar de Tweede Kamer gestuurd. https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/11/16/wetsvoorstel-afwikkeling-van-massaschade-in-een-collectieve-actie.

enkele bezwaren die tegen het gebrek aan 'effectiviteit' van het privaatrecht bestaan.

Uit dit onderzoek blijkt echter dat het privaatrecht en het publiekrecht verschillende doelen dienen en dat dit ook gevolgen heeft voor de handhaving. Het privaatrecht heeft voornamelijk een compenserende functie voor individuele partijen terwijl het publiekrecht de functie heeft om markten te sturen ten behoeve van het algemeen belang. Privaatrechtelijke handhavingsmiddelen lenen zich daarom niet zonder meer voor hantering door bijvoorbeeld bestuursrechtelijke toezichthouders. Om het privaatrecht en het publiekrecht goed op elkaar af te stemmen en om *overdeterrence* en *overenforcement* te voorkomen dient geïnvesteerd te worden in coördinatie tussen de verschillende wettelijke systemen. Deze vormen van coördinatie tussen privaat- en publiekrecht zijn er ook. Zo maakten van de Bezwaaradviescommissie (BAC)[107] van de ACM ook juristen met een privaatrechtelijke achtergrond deel uit en wordt bij de rechtbank Rotterdam in de bijzondere competentiezaken met regelmaat een rechter-plaatsvervanger met een privaatrechtelijke achtergrond ingezet. Een vorm van coördinatie kan ook voortkomen uit het voorstel tot oprichting van een rechtseenheidkamer bij de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Deze kamer zou vragen van rechtseenheid binnen het bestuursrecht moeten beantwoorden. Een in dit verband belangrijk en zeer welkom voorstel lijkt mij.

Ook de Europese Commissie ziet in dat coördinatie van privaatrecht en publiekrecht noodzakelijk is. Zeker op terreinen waar publieke handhaving een grote rol speelt, dienen volgens de Commissie specifieke regels te worden geïntroduceerd om de wisselwerking tussen private en publieke handhaving te reguleren en de doeltreffendheid van de publieke handhaving te beschermen.[108] In de mededeling van de Europese Commissie 'Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal' merkt de Commissie, met betrekking tot collectief verhaal, op dat private en publieke handhaving twee verschillende middelen zijn met uiteenlopende doelstellingen. De publieke handhaving ziet er op toe dat overtreders gestraft worden, terwijl privaat collectief verhaal bedoeld is om de slachtoffers een toegang tot de rechter te bieden voor collec-

107 Tot 1 augustus 2014 was op vrijwillige basis een BAC ingesteld. Zie hiervoor onder meer het Besluit tot instelling Adviescommissie bezwaarschriften Consumentenautoriteit, geldend tot 1 april 2013, *Stcrt.* 2007, nr. 224 en Besluit instelling Adviescommissie bezwaarschriften ACM, geldend van 1 april 2013 tot en met 1 augustus 2014, *Stcrt.* 2013, nr. 9714.

108 Mededeling van de Europese Commissie 'Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal', COM (2013) 401 def., p. 14. De lidstaten wordt in deze mededeling aanbevolen een aantal in de mededeling geformuleerde beginselen in acht te nemen. De inzet van de Europese Commissie is erop gericht dat lidstaten binnen twee jaar de in de aanbeveling uitgewerkte beginselen in hun nationale systemen van collectief verhaal implementeren. In 2017 zal de Commissie evalueren of verdere stappen noodzakelijk zijn.

tieve vorderingen tot schadevergoeding. Privaat collectief verhaal en publieke handhaving worden in die zin als complementair beschouwd.[109]

6.4.3.2 Voordelen van complementariteit

Complementariteit heeft als voordeel dat de kracht van zowel het publiekrecht als van het privaatrecht wordt aangewend. Binnen het eigen rechtsgebied kan worden gezocht naar oplossingen die rechtdoen aan het karakter van het privaatrecht respectievelijk het publiekrecht. Hierdoor wordt (verdere) differentiatie van rechtsfiguren voorkomen. Privaatrecht en publiekrecht blijven op deze wijze zo goed als mogelijk van elkaar gescheiden. Door middel van coördinatie wordt overlap tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving voorkomen en vermeden dat 'gaten' ontstaan tussen de verschillende handhavingsmiddelen.

6.4.3.3 Bezwaren van (alleen) complementariteit

Complementariteit vereist coördinatie hetgeen de nodige inspanning en kosten met zich meebrengt. Afstemming is immers nodig tussen de verschillende (rechterlijke) instanties over de interpretatie van regelgeving en over het afdoen van geschillen met betrekking tot de bevoegdheid. Daarnaast wordt ook gewezen op de toenemende informele handhavingswijze van toezichthouders als middel om overtredingen te bestrijden. Het gevaar hiervan is echter dat minder transparant wordt hoe overtredingen worden aangepakt door de toezichthouder. Dit brengt rechtsonzekerheid met zich mee.[110]

De vraag is of door middel van coördinatie bereikt kan worden dat privaatrecht en publiekrecht naadloos op elkaar aansluiten. Gezien de andere achtergrond van het privaatrecht en het publiekrecht, de verschillende doelstellingen en de verschillende handhavingsmiddelen acht ik dit niet waarschijnlijk. Coördinatie is niet zo gemakkelijk als het lijkt.[111] Als voorbeelden uit de praktijk noem ik hier (nogmaals) Alticom/Novec waarin de ACM noch de civiele rechter aandacht besteedt aan de nietigheidstoets van artikel 3:40 BW,[112] voorts Investerra waarin op grond van artikel 1:75 lid 3 Wft een aanwijzing wordt gegeven om 'het beheer van reeds afgesloten overeenkomsten te staken' zodat Investerra gedwongen wordt wanprestatie te plegen[113] en ten slotte KPN & Telfort/Vodafone waarin de civiele rechter zich terughoudend opstelt met betrekking tot de vraag of er sprake is van een overeenkomst of

109 Mededeling van de Europese Commissie 'Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal', COM (2013) 401 def., p. 11.
110 Micklitz 2015, p. 523.
111 Zie ook Bellantuono 2015, p. 683. Tevens Wilman 2015, p. 487.
112 Zie par. 3.8.3.
113 Zie par. 5.6.6.2, nr. 5.

niet met als gevolg dat het CBb de vraag (of er overeenstemming is bereikt) anders beoordeelt dan de civiele rechter.[114] Ik ben dan ook geneigd te stellen dat door middel van coördinatie niet (geheel) kan worden voorkomen dat partijen genoodzaakt worden om zowel een bestuursrechtelijke als een privaatrechtelijke procedure te doorlopen wanneer bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke competenties volledig gescheiden blijven. Ik zie daarom onvoldoende heil in het voorstel van Grundmann-van de Krol om de publicatieplicht van de toezichthouders uit te breiden zodat gedupeerden deze gegevens kunnen gebruiken in een civiele procedure.[115] Wel moet worden toegegeven dat deze gegevens consumenten handvatten kunnen geven in een civiele procedure. Het vrijgeven van de in de bestuursrechtelijke procedure gebruikte informatie brengt echter weer andere problemen met zich mee. Zo is het niet ondenkbaar dat de bereidheid van marktpartijen om mee te werken met toezichthouders dan sterk zal afnemen. De gevoeligheid van gegevens die openbaar gemaakt zullen worden zou concurrenten in de kaart kunnen spelen. Ook de bereidheid van zogenaamde klokkenluiders zal afnemen als hun verklaringen publiek worden gemaakt. De versterking van de positie van private partijen in privaatrechtelijke procedures zal dan ook beperkt blijven.

De afweging die partijen maken blijft in belangrijke mate uiteindelijk op kosten gebaseerd.[116] Wegen de kosten niet op tegen de baten dan zal de private partij afzien van privaatrechtelijke handhaving.

Een andere probleem dat niet wordt opgelost met coördinatie blijft dat de benadeelde partij geen tegemoetkoming verkrijgt in geleden schade, wanneer een overtreder wordt beboet of een last onder dwangsom opgelegd krijgt. Uit hoofdstuk 4 volgt, blijkens het lage aantal civielrechtelijke zaken, dat de drempels voor het verhalen van de schade kennelijk (te) hoog zijn.[117] Dit pleit voor regels die de consument langs een andere weg de mogelijkheid bieden om zijn schade te verhalen. In het mededingingsrecht wordt de benadeelde partij sinds kort tegemoet gekomen. Op basis van de Richtlijn 2014/104/EU[118] zijn in het BW en in Rv enkele nieuwe bepalingen opgenomen. Zo wordt op grond van artikel 6:193l BW een kartel dat inbreuk maakt op het mededingingsrecht, vermoed schade te veroorzaken. Verder bepaalt artikel 161a Rv dat een onherroepelijk besluit houdende een inbreukbeslissing van de ACM onweerlegbaar bewijs oplevert van de vastgestelde inbreuk in een

114 Zie par. 3.5.3.3, nr. 5.

115 C.M. Grundmann-van de Krol, *Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: BJu 2002, p. 37 e.v.

116 Wilman 2015, p. 487.

117 Zie par. 4.6.

118 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *PbEU* 2014, L 349/1.

procedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd wegens een inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in art. 6:193k sub a BW.

De drie onderzochte gebieden zijn alle sterk beïnvloed door Europees recht. Gedacht zou kunnen worden aan verdere harmonisatie als oplossing. Toch wil ik daar niet in eerste instantie voor pleiten omdat de geconstateerde problemen grotendeels (ook) nationaal van aard zijn. De Europese regelgever heeft immers geen onbeperkte bevoegdheden. Het verdrag betreffende de Europese Unie noch het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie voorziet in een algemene juridische basis voor het scheppen van regels op het gebied van het privaatrecht.[119] Regelgeving van de Europese Unie die het privaatrecht beïnvloedt, is dan ook casuïstisch en alleen gericht op het wegnemen van obstakels die de werking van de interne markt belemmeren.[120] Hier komt nog bij dat op Europees niveau niet zozeer wordt uitgegaan van ons traditionele onderscheid tussen privaat- en publiekrecht. Lidstaten genieten de vrijheid om bij implementatie van richtlijnen publiekrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke middelen aan te wenden om de doelstelling van de richtlijn te bereiken.

Er zijn overigens wel diverse initiatieven ontplooid met het doel het materiële contractenrecht te gaan harmoniseren, zoals de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) en de Principles for European Contract Law (PECL). Deze initiatieven hebben echter slechts het karakter van 'soft law'.[121]

De uitdaging voor de Europese, maar vooral ook de nationale wetgever ligt in het niet-exclusief vertrouwen op of privaatrechtelijke of publiekrechtelijke handhaving.[122] Een alternatief kan liggen in gemengde of 'hybride' vormen van handhaving waarin beide handhavingssystemen worden geïntegreerd.

---

119 J.J. Kuipers, 'The Competence of the European Union in Private Law', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 159.

120 Kuipers 2014, p. 161. Zie ook S.J.H. Gijrath, 'Toepassing van het contractenrecht in de telecommunicatiesector', *WPNR* 2013/6998, p. 1101.

121 Gijrath betoogt dat hoewel de praktische toepasbaarheid van de UNIDROIT Principles (UP) en de Principles for European Contract Law (PECL) niet onbetwist is, deze van pas kunnen komen bij de analyse van de reguleringsdoelstellingen die de EU nastreeft met de sectorspecifieke regelgeving (Gijrath 2013, p. 1101).

122 Bellantuono 2015, p. 684.

6.4.4 'Hybride' handhaving

6.4.4.1 Wat is hybride handhaving?

Hybride of gemengde handhaving zet de pretentie van perfecte complementariteit aan de kant.[123] De sterke kanten van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving worden gebundeld bij één handhaver.[124] Het vertrekpunt van hybride handhaving is dat elk (rechts)systeem over een eigen sterk en dominant type van handhaving beschikt. Zo spelen punitieve sancties in het bestuursrecht een grote rol en kent het privaatrecht met name reparatoire sancties. Hybride handhaving beoogt niet per definitie nieuwe handhavingsvormen te introduceren, maar wil de dominante en sterke handhavingsmiddelen modificeren. Het meest eenvoudig is niet het ontwerpen van nieuwe handhavingsmethoden, maar het aanpassen van bestaande handhavingsmiddelen.[125]

Voorstanders van hybride handhavingsvormen willen bestaande handhavingsmiddelen samenvoegen dan wel aanpassen, om zo tegemoet te komen aan het bezwaar dat handhavingsmiddelen nu worden toegepast vanuit verschillende doelstellingen en vanuit de achtergrond van verschillende rechtsgebieden. Zo hebben bestuursrechtelijke boetes een afschrikwekkende werking, maar worden benadeelden door deze punitieve sanctie niet schadeloos gesteld, zoals hiervoor reeds meermalen opgemerkt.[126] Benadeelden zijn voor het verkrijgen van schadevergoeding aangewezen op het privaatrecht. De afschrikwekkende werking respectievelijk het reparatoire karakter van een sanctie kan worden gecombineerd in een hybride vorm. Een bestuursrechtelijke instantie zou niet alleen belast moeten worden met de vaststelling van de overtreding en het sanctioneren daarvan, maar ook met het afwikkelen of faciliteren van de met de overtreding samenhangende schadevergoedingsacties.[127] De gezamenlijke doelstellingen van private en publieke handhaving: het *righting a wrong*, het creëren van een *level playing field* en het bevorderen van de welvaart van consumenten, zou voor zover mogelijk gecombineerd moeten worden.[128] Een cumulatie van procedures en het gevaar van tegenstrijdige uitspraken worden hiermee ook voorkomen. Met name in het Verenigd Koninkrijk zijn verschillende vormen van hybride handhavingsmiddelen

123 Bellantuono 2015, p. 684. Zie ook W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (preadvies 2009), Kluwer: Deventer 2010, p. 196 e.v. Wilman 2015, p. 492.

124 Zie ook Marsden 2013, p. 517.

125 Bellantuono 2015, p. 684.

126 Zie oner meer par. 4.6, 5.6.4.4, 6.2.4 en 6.3.6.

127 W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht (*preadvies 2009), Kluwer: Deventer 2010, p. 196 e.v. Zie ook Marsden 2013, p. 2.

128 Marsden 2013, p. 2.

ontwikkeld. De Europese Commissie heeft eveneens enkele hybride vormen geïntroduceerd en ook in het Nederlandse recht worden hybride figuren aangetroffen. In de literatuur worden drie vormen van hybride handhaving onderscheiden.[129]

Een eerste vorm is het geval waarin private partijen quasi-publiekrechtelijke taken krijgen opgedragen. Zo kunnen private partijen voor de overheid kwaliteitscontroles uitvoeren. In dit verband dient de zelfregulering te worden genoemd. Veel toezichthouders zoeken in het kader van het publieke toezicht samenwerking met private partijen. Het gaat hierbij met name om toezicht waarbij de opzet, reikwijdte en werking van systemen en bedrijfsprocessen worden vastgesteld en waarbij gebruik wordt gemaakt van interne borgingssystemen.[130] Private actoren blijken ook sneller bereid tot private regulering als een externe hiërarchische dreiging ontbreekt. Overheidstoezicht kan in die gevallen worden gebruikt als een aanvulling op het zelfregulerend vermogen van de markt. Ook kunnen op deze wijze open normen worden ingevuld, waardoor ze kenbaar zijn voor de marktpartijen die zich hieraan hebben gecommitteerd.

Zelfregulering is nauw verbonden met tweedelijns toezicht.[131] Zelfregulering kan een goede aanvulling zijn op bestaande regels en voor groepen waarbij tweedelijns toezicht niet gemakkelijk te realiseren valt door hun aantal, bijvoorbeeld tussenpersonen en accountants. Zelfregulering zal vaak ook flexibeler zijn en zal om die reden beter kunnen aansluiten bij veranderende omstandigheden. Dit geldt met name op gebieden waar de wetgever de ontwikkelingen niet eenvoudig kan bijhouden.[132]

Nadelen van zelfregulering zijn het gebrek aan democratische controle op dergelijke regels, het nodeloos bemoeilijken van toetreding tot de markt en de niet gegarandeerde kwaliteit van de regels. Zelfregulering is dan ook vooral een aanvulling. In het kader van dit onderzoek is met name van belang

129 Wilman 2015, par 11.28.

130 M.W. Scheltema, 'Transnationale private normen in het bestuursrecht' in: J.H. Gerhards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht* (preadvies), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 134-135.

131 Scheltema & Scheltema 2009, p. 19.

132 Op Unieniveau heeft de Europese Commissie een Working Document over zelf- en coregulering opgesteld. Hieruit volgt dat zelf- en coregulering moeten worden getest als het gaat om regulering van de markt. Zo onderscheidt de Commissie verschillende soorten zelf- en coregulering: a. klassieke zelfbinding waarbij een private partij zich committeert aan bepaalde regels, b. juridisch gefundeerde zelfregulering op basis van in jurisprudentie aanvaarde gewoonten of handelsgebruiken en c. nationale of transnationale zelfregulering afhankelijk van de vraag of het om nationale aangelegenheden gaat of om standaarden die tussen private entiteiten in samenwerking met internationale of intergouvermentele organisaties is opgesteld. European Economic and Social Committee, SC/41, versie 23 juli 2015, eesc-2015-03697-00-00-dt-tra-en.docx, te raadplegen op http://dm.eesc.europa.eu/EESCDocumentSearch/Pages/redresults.aspkx?=(documentsource:EESC)dossiername:SC)dossiernumber:41)(documentlanguage:EN).

dat zelfregulering geen directe oplossing biedt voor de benadeelde private partij.

Een tweede vorm van hybride handhaving is de betrokkenheid van toezichthouders in civielrechtelijke procedures. Zo zou de Europese Commissie rechtstreeks als een *amicus curiae* betrokken kunnen worden in een procedure voor een nationaal gerecht. In Richtlijn 2014/104/EU is in artikel 6 lid 11 en artikel 17 lid 3 opgenomen dat de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten in aanhangige civiele procedures kunnen interveniëren. In artikel 6 lid 11 van de Richtlijn is bepaald dat zij in een procedure over toegang tot informatie kunnen interveniëren aangaande het evenredige karakter van een verzoek om toegang. In artikel 17 lid 3 van de Richtlijn is bepaald dat in procedures over een vordering tot schadevergoeding, een nationale mededingingsautoriteit, op verzoek van een nationale rechterlijke instantie bijstand kan verlenen bij het bepalen van het bedrag van de schade, indien die nationale mededingingsautoriteit deze bijstand passend acht.

Een derde hybride vorm is de introductie van privaatrechtelijke handhavingselementen in bestuursrechtelijke handhaving. Met name deze laatste vorm zou interessant kunnen zijn voor de handhaving van privaatrechtelijke regels door toezichthouders. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan het aanwenden van (de opbrengsten van) opgelegde boetes voor het vergoeden van schade als gevolg van overtredingen of inbreuken aan de gelaedeerden.

In de volgende paragraaf zullen enkele hybride figuren of figuren die vergelijkbare kenmerken vertonen in binnen- en buitenland de revue passeren om een indruk te krijgen in welke richting gedacht kan worden als mogelijke remedie tegen de in dit onderzoek geconstateerde problemen.

6.4.4.2 Enkele voorbeelden van hybride handhavingsvormen uit binnen- en buitenland

Consumer redress

Het mededingings- en consumentenrecht in het Verenigd Koninkrijk kent verschillende voorbeelden van gemengde procedures die bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke elementen combineren. Een voorbeeld van een dergelijke hybride handhavingsvorm is de *consumer redress order*.[133] Dit mechanisme kent zowel een afschrikkende werking als een schadevergoedingselement terwijl de *consumer redress order* wordt opgelegd door één toezichthouder. In het Verenigd Koninkrijk is het voor de consument, die schade heeft geleden als gevolg van een vastgestelde overtreding van het mededingingsrecht, mogelijk om in plaats van een procedure bij de civiele rechter aanhangig te maken naar de Competition Appeal Tribunal (CAT) te stappen.[134] Dit wordt ook wel een *standalone action* genoemd. Er is dan nog geen overtreding vastgesteld door de mededingingsautoriteit. Ook bestaan er zogenaamde *follow-on*

133 Bellantuono 2015, p. 684.
134 Section 47A of the Competition Act 1998

acties waarbij erkende consumentenorganisaties, namens twee of meer consumenten, schadevergoeding kunnen vorderen bij de CAT voor reeds vastgestelde overtredingen van het mededingingsrecht.[135] Hierbij kunnen ook nog *opt-in* en *opt-out* procedures worden onderscheiden. De CAT beslist of het geschil geschikt is voor een collectieve procedure en of dit op basis is van *opt-in* of *opt-out*.[136] Op 1 oktober 2015 is in de Consumer Rights Act daarnaast ook nog een zogenaamde *fast track* procedure geïntroduceerd. Deze procedure is bedoeld voor individuen, kleine en middelgrote ondernemingen en collectieve acties waarbij de vergoeding van de schade centraal staat die het gevolg is van schendingen van het mededingingsrecht. De procedure mag niet langer duren dan drie dagen en is daarom alleen geschikt voor heldere, duidelijke geschillen of zaken die bestaan uit een heldere duidelijke vraag.[137]

De *consumer redress order* is ook te vinden in de Energy Act 2013.[138] De *Office of Gas and Electricity Markets* (Ofgem) is sinds november 2012 bevoegd om schadevergoeding aan consumenten toe te kennen.

De inhoud van een *consumer redress order* kan verschillend zijn. Een voorbeeld is dat de Ofgem bepaalt dat de overtreder een bepaald bedrag aan de getroffen consumenten betaalt, een verklaring naar buiten brengt waarin uiteengezet wordt wat de overtreding is en wat de consequenties zijn. De verklaring van de overtreder kan ook inhouden dat aanpassing of beëindiging van het contract moet worden bewerkstelligd.[139]

Ook de op 1 oktober 2015 in werking getreden *Consumer Rights Act* introduceert *consumer redress* mechanismen bij oneerlijke bedingen in overeenkomsten.[140] De maatregelen om de consument verhaal te bieden bestaan uit het aanbieden van compensatie aan consumenten die schade hebben geleden als gevolg van de bestrafte overtreding en de mogelijkheid om, in geval sprake is van een overeenkomst, deze overeenkomst te ontbinden. Ingeval individuele consumenten niet kunnen worden geïdentificeerd, dienen er maatregelen te worden genomen in het algemene belang van de consumenten.

Het bieden van verhaal kan ook een marktordeningsfunctie krijgen, ook wel *regulatory compensation* genoemd. *Regulatory compensation* zou, vanwege de (grotere) preventieve werking, mogelijk effectiever zijn met betrekking tot

---

135 Section 47B(1) and (4) of the Competition Act 1998. Zie ook B.J. Rodger, 'Why Not Court? A Study of Follow-on Actions in the UK', *Journal of Antitrust Enforcement* 2013/1, p. 104-131.

136 Section 47B (7) (c) Consumer Rights Act.

137 M. O'Regan, 'United Kingdom: Consumer Rights Act 2015 Introduces New Procedures For Competition Litigation, Including Collective Follow-On Damages Actions', *Kluwer Competition Law Blog* oktober 2015. Te raadplegen op: kluwercompetitionlawblog.com/2015/10/5/united-kingdom-consumer-rights-act-2015-introduces-new-procedures-for-competition-litigation-includieng-collective-follow-on-damages-actions/.

138 Zie Bellantuono 2015, p. 658.

139 Zie Section 144 of the Energy Act 2013 die de Gas Act 1986 amendeert, Schedule 14, 30 H sub 1.

140 Zie Section 70 of the Consumer Rigths Act 2015 die de Enterprise Act 2002 amendeert, Schedule 7, 219a, sub 2.

marktordening en verhaal voor consumenten dan collectieve acties via het privaatrecht.[141] Daarnaast zou de collectieve actie voor de onderhavige problematiek een te ouderwetse manier zijn om verhaal te halen, omdat deze procedure te langzaam en te kostbaar zou zijn.[142] Cruciaal is de keuze van de middelen en de precieze formulering van effectieve voordelen.[143] De ervaring van de Deense Consumenten Ombudsman, de Italiaanse finaciële en de Britse toezichthouders (ook op financieel gebied) was, dat wanneer toezichthouders beschikken over bevoegdheden waarin ook een compensatie-element is opgenomen, het mogelijk is om sneller tot overeenstemming te komen met de overtreder en om zo tot oplossingen te komen die zowel publiekrechtelijke sanctionering inhouden als privaatrechtelijke restitutie-elementen bevatten.[144]

In de literatuur wordt, in het kader van de hybride handhaving, gepleit voor een mechanisme dat ingebouwd is in de publiekrechtelijke handhaving door toezichthouders met behulp waarvan individuele consumenten compensatie kunnen vorderen.[145]

Alternatieve vormen van compensatie

In het Nederlandse energierecht en in het telecomrecht wordt reeds een regeling aangetroffen die hybride karaktertrekken vertoont waarbij consumenten gecompenseerd worden bij storingen in het elektriciteits- respectievelijk telecomnetwerk. Zo kunnen gedupeerden compensatie krijgen voor onderbrekingen als gevolg van een storing in de elektriciteitsvoorziening. Het betreft hier geen schadevergoeding, maar toch wordt aan partijen tegemoet gekomen. De weg naar de civiele rechter staat daarnaast ook nog open voor het geval de schade groter is dan de toegekende compensatie.[146] Ook in art. 7.1a Tw is voor telefoonabonnees een dergelijke regeling opgenomen. Bij een storing van openbare elektronische communicatiediensten kunnen abonnees gecompenseerd worden.[147] In de Toelichting wordt opgemerkt:

> 'De compensatie kan worden gezien als een generieke tegemoetkoming voor het feit dat de dienst die wordt afgenomen tijdelijk niet beschikbaar is. Het is geen

141 Hodges 2014, p. 255 e.v. in het bijzonder p. 274. Zie ook E. Bauw & S. Voet, 'Van stok acher de deur tot keurslijf?; Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie', *NJB* 2017/206, p. 242.

142 C. Hodges, 'Current Discussions on Consumer Redress: Collective Redress and ADR', *ERA Forum Springerlink.com*, 2012, p. 20.

143 Hodges 2014, p. 273.

144 Zie Hodges 2014, p. 272, Bauw & Voet 2017, p. 243 en C. Hodges, 'Response to Consulation on Private Actions in Competition Law: A Consulation on Options for Reform' te raadplegen op: www.csls.ox.ac.uk/documents/1207ResponsetoUKBISonConsultationonCompetition PrivateActions.pfd 2013.

145 Zie ook Marsden 2013, p. 517 en Bellantuono 2015, p. 662.

146 Zie art. 31 lid 1 sub f Elektriciteitswet 1998 en hs 6.3 Netcode elektriciteit 2005.

147 Wet van 3 februari 2016, *Stb* 2016/55.

vergoeding voor schade ten gevolge van het niet beschikbaar zijn van de elektronische communicatiedienst.'[148]

De compensatieregeling geldt in beginsel ongeacht of de oorzaak aan de aanbieder kan worden toegerekend. De aanbieder dient niet alleen consumenten die abonnee zijn een compensatie aan te bieden, maar ook zakelijke abonnees.[149] De ACM ziet erop toe dat aanbieders de compensatieregeling naleven.

Dergelijke regelingen bieden consumenten een (publiekrechtelijke) tegemoetkoming voor klein leed en zijn tegelijkertijd een prikkel voor de aanbieder om het netwerk zo goed mogelijk te onderhouden.

Voeging civiele partij

In het strafrecht bestaat de mogelijkheid voor een slachtoffer om zich te voegen in de strafprocedure. Hier is sprake van een hybride vorm van strafrecht en privaatrecht. Deze hybride vorm in het strafrecht, is te vinden in artikel 51f Sv. Op grond van dit artikel kan een civiele partij die schade heeft geleden als gevolg van een door een derde gepleegd strafbaar feit, zich voegen in het strafproces. Door middel van deze voeging kan van de strafrechter een civielrechtelijke beslissing worden verkregen. De vordering is materieel gezien immers vergelijkbaar met een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Voorwaarden voor voeging zijn wel dat er sprake is van rechtstreekse schade (artikel 51a Sv), een veroordeling tot enige straf of maatregel (361 lid 2 sub a Sv) en dat de vordering eenvoudig van aard is (artikel 361 lid 3 Sv). De vordering van de benadeelde partij mag naar het oordeel van de rechtbank geen onevenredige belasting van het strafgeding opleveren.

Naar analogie hiervan zou overwogen kunnen worden om gedupeerden van overtredingen van bestuursrecht zich te laten voegen in de procedure bij de toezichthouder, waarbij inspiratie geput kan worden uit de wijze waarop in het Verenigd Koninkrijk de *consumer redress order* is vormgegeven. *Geschilbeslechtende functie toezichthouder*

De in dit onderzoek besproken geschilbeslechtende functie van de ACM in telecomzaken, waarbij de ACM regels geeft over de aanpassing van contracten bij geschillen met betrekking tot de Tw vertoont, naar mijn mening, ook enkele kenmerken van hybride handhaving. De ACM legt bij geschilbeslechting immers niet een boete of last onder dwangsom op, maar geeft regels waardoor het contract in lijn wordt gebracht met de vereisten uit de Tw. Bij de bespreking van de geschilbeslechtende functie van de ACM heb ik de kanttekening gemaakt dat de privaatrechtelijke wetsbepalingen en jurisprudentie in de besluitvorming van de ACM momenteel niet volledig worden toegepast.[150]

148 *Kamerstukken II* 2014/15, 34271, nr. 3, p. 3.
149 *Kamerstukken II* 2014/15, 34271, nr. 3, p. 4.
150 Zie bijv. par. 3.8.3.

Als het toepassen van de privaatrechtelijke wetsbepalingen en jurisprudentie op juiste wijze zou gebeuren, zou dit competentieproblemen tussen de civiele rechter en de ACM kunnen voorkomen. Daarnaast zou de ACM in het kader van artikel 12.2 lid 2 Tw bij de vraag of sprake is van 'strijd met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Tw' ook dienen te toetsen aan artikel 3:40 BW en de daarbij ontwikkelde jurisprudentie. Hiermee wordt recht gedaan aan het privaatrechtelijke systeem en voorkomen dat een marktpartij ook nog een procedure dient te voeren bij de civiele rechter.

6.4.4.3 Hybride vormen van handhaving voor toezichthouders?

Ook in Nederland wordt over de grenzen van publiek- en privaatrecht heengekeken en in grensoverstijgende oplossingen gedacht. Het betreft echter met name nog voorstellen en wetswijzigingen van coördinerende aard.[151] Zo suggereert Grundmann-van de Krol in haar oratie dat wanneer de AFM van zijn aanwijzingsbevoegdheid gebruik maakt, deze aanwijzingsbevoegdheid ook gebruikt zou kunnen worden jegens de vergunninghoudende effecteninstelling om te bewerkstelligen dat beleggers die door overtreding van de regelgeving schade hebben geleden, schadeloos worden gesteld.[152] Zij pleit ervoor dat de rechtsbescherming tegen aanwijzingsbesluiten waarbij de overtredingen privaatrechtelijk moeten worden geredresseerd, bij de civiele rechter wordt neergelegd. Deze gedachte is interessant en zou kunnen leiden tot een betere bescherming van privaatrechtelijke belangen. Zelf zie ik er overigens geen bezwaar in om de rechtsbescherming bij de bestuursrechter te laten, immers ongeacht welke rechter ook gekozen wordt, deze zal over de grenzen van zijn primaire competentiegebied moeten kijken. Voorwaarde is dan wel dat de bestuursrechter de belangen van de gedupeerden en de overtreder kan meewegen om zo ook de privaatrechtelijke gevolgen van de overtreding te redresseren. Dat is immers wel een manco bij bestuursrechtelijke handhaving.

In het mededingingsrecht is met de implementatie van Richtlijn 2014/104/EU[153] een publiekrechtelijk element in de civiele handhaving ingevoerd. Zoals reeds genoemd levert op grond van artikel 161a Rv een onherroepelijk besluit houdende een inbreukbeslissing van de ACM onweerlegbaar bewijs op van de vastgestelde inbreuk in een procedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd wegens een inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in art. 6:193k sub a BW. In artikel 6:193l BW is het bewijsvermoeden opgenomen dat

151 Zie par. 6.4.3.

152 Grundmann-van de Krol 2002, p. 46-47.

153 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *PbEU* 2014, L 349/1.

een kartel dat inbreuk maakt op het mededingingsrecht, wordt vermoed schade te veroorzaken. Ook dit betreft een meer coördinerende figuur.

Een hybride handhavingsvorm in de zin dat een privaatrechtelijk mechanisme in de bestuursrechtelijke handhaving wordt ingebouwd, in het bijzonder met betrekking tot de vergoeding van schade, lijkt nog een stap te ver. In de Nederlandse reactie[154] op de mededeling van de Europese Commissie 'Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal' wordt opgemerkt dat publieke toezichthouders niet zijn gericht op schadevergoeding, al kunnen zij daarbij wel een andere rol spelen. Geopperd wordt de mogelijkheid om de afwikkeling van de schade via collectief verhaal als een boeteverlagende omstandigheid mee te nemen bij het opleggen van boetes.[155] Publiekrechtelijke toezichthouders zouden dan bij het afwegen van de belangen de privaatrechtelijke belangen kunnen meenemen, aldus de reactie.[156]

In relatie tot de problematiek van dit boek zouden de geschetste hybride vormen van *consumer redress* echter direct een oplossing kunnen bieden voor de handhaving door de ACM en AFM met betrekking tot consumentengeschillen. Zowel bij de handhaving door de ACM in consumentengeschillen als bij de handhaving door de AFM is geconstateerd dat sancties de overtreder bestraffen. De reeds gedupeerde consument heeft hier echter geen direct voordeel bij. Als gevolg van de boete wordt zijn schade immers niet ongedaan gemaakt. De individuele consument zal daarvoor alsnog een separate civiele procedure dienen te starten. In deze procedure zullen de individuele omstandigheden van het geval (alsnog) worden meegenomen. Dat aan een overtreder een boete is opgelegd betekent namelijk nog niet dat de individuele consument één op één recht heeft op compensatie. Hier komt bij dat de AFM noch de ACM de overtredingen materieel toetst. Het kan dus zijn dat de financiële instelling beboet wordt omdat zij niet heeft voldaan aan haar informatieplichten. Deze boete wordt gebaseerd op meerdere dossiers. Dat sluit niet uit dat de individuele cliënt had moeten begrijpen welke risico's aan het financiële product verbonden waren. Een oplossing hiervoor zou kunnen zijn dat een compensatie-element in de hybride handhaving wordt opgenomen. Deze wijze van handhaving zou de toezichthouder dwingen om meer rekening te houden met de omstandigheden van het geval, waardoor meer wordt aangesloten bij het

154 Nederlandse reactie op de openbare consultatie over een coherent Europees kader voor collectief verhaal te raadplegen op https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/beleidsnota-s/2011/05/25/reactie-op-consultatie-europese-aanpak-collectief-verhaal/nl-reactie-consultatiedocument-collectief-verhaal.pdf.

155 In Nederland past de Nederlandse Mededingingsautoriteit dit in voorkomende gevallen toe bij het vaststellen van boetes voor inbreuken op het mededingingsrecht, zie artikel 2.10 sub b Boetebeleidsregels ACM 2014, *Stcrt*. 2014, 19776

156 Nederlandse reactie op de openbare consultatie over een coherent Europees kader voor collectief verhaal te raadplegen op https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/beleidsnota-s/2011/05/25/reactie-op-consultatie-europese-aanpak-collectief-verhaal/nl-reactie-consultatiedocument-collectief-verhaal.pdf, p. 4.

privaatrecht. Ook wordt dan meer recht gedaan aan gevallen waarin bijvoorbeeld het beleid van een (financiële) onderneming over het algemeen goed te noemen is, maar niet alle uitzonderingsgevallen dekt.[157] De toezichthouder zal de gevallen dienen te beoordelen en tot de conclusie komen dat het beleid slechts voor één uitzonderingsgeval niet toereikend was. In dit uitzondersgeval zou dan mogelijk recht op compensatie bestaan. Deze omstandigheid zou naar mijn mening ook moeten meewegen in de hoogte van de op te leggen boete.

De voorbeelden van *consumer redress* betreffen slechts het vergoeden van schade van consumenten. De problematiek die in dit boek wordt besproken is echter breder. De voorbeelden illustreren wel dat bij het zoeken naar oplossingen een (strikte) scheiding tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhavingsmiddelen niet het uitgangspunt hoeft te zijn. Om de rechtseenheid te bevorderen en om de in dit boek gesignaleerde problemen te verkleinen kan gedacht worden aan voeging door civiele partijen in geschillen bij de toezichthouder, geschilbeslechting door de toezichthouder en vormen van compensatie.

6.4.4.4 Voordelen van hybride handhaving

De in dit onderzoek onderzochte rechtsgebieden hebben hun eigen specifieke kenmerken waardoor de handhaving met 'gewone' privaatrechtelijke middelen tekortschiet. Zo is in de telecomsector geen sprake van een 'gewone' markt met een vraag- en aanbodkant. De telecommarkt is immers een netwerkmarkt waarop snel sprake is van natuurlijke monopolies. Een van het 'gewone' contractenrecht afwijkende aanpak is daarom vereist. Ook de financiële markten hebben specifieke kenmerken, zoals de strategische functies van banken en verzekeraars, de ondoorzichtigheid van de risico's, de invloed op de financiële positie van consumenten en de grote internationale verwevenheid van de markten. Specialistische kennis en ex ante maatregelen om ongewenste praktijken en risico's te beperken zijn noodzakelijk. Bij de meer generieke handhaving van het consumentenrecht gaat het om de handhaving van privaatrechtelijke regels waarvoor civiele procedures geen begaanbare weg bieden. De reden hiervan is onder meer gelegen in het feit dat de schade voor de consument relatief beperkt is in verhouding tot de kosten die gemaakt zullen moeten worden om bij de civiele rechter zijn gelijk te halen. Hybride handhaving zou op deze rechtsgebieden een alternatief voor en een aanvulling op de handhavingstekorten van het privaatrecht kunnen zijn. Per rechtsgebied dient gezocht te worden naar adequate, specifiek op de betreffende markt toegesneden, handhavingsmiddelen die de handhavingstekorten van privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen op die markt kunnen

157 Zie bijvoorbeeld par. 5.6.3.8, nr. 6.

verhelpen. Hierbij dient ook buiten de kaders van privaat- en publiekrecht gedacht te worden. Consumer redress is hier slechts een voorbeeld van.[158]

Een ander voordeel van hybride handhavingsvormen is dat de efficiëntie van procedures zou kunnen worden vergroot. Hybride handhaving verhoogt de snelheid van procedures en zorgt ervoor dat zwakke partijen zich kunnen voegen in een bestuursrechtelijke zaak waarin zij aanspraak kunnen maken op vergoeding van de geleden schade. Deze partijen worden nu in bestuursrechtelijke procedures niet voor geleden schade gecompenseerd als er een bestuursrechtelijke boete wordt opgelegd. Gedupeerde partijen dienen hiervoor een aparte civiele procedure te starten. Wanneer zwakke partijen zich kunnen voegen in de bestuursrechtelijke procedure zouden in voorkomende gevallen een civiele procedures vermeden kunnen worden.

Snelle en efficiënte procedures, onder andere mogelijk door het vermijden van de geconstateerde competentieproblemen, verhogen het vertrouwen in de rechtsbescherming.[159] Daarnaast kunnen snelle en eenvoudige procedures bijdragen aan het aanpakken van dubieuze of frauduleuze marktpartijen, zodat deze marktpartijen uit de markt worden gedrukt.[160] Naarmate de toegang tot rechtsbescherming eenvoudiger is, worden overtredingen sneller aangepakt. Malafide bedrijven kunnen zo sneller worden aangepakt en mogelijke initiatieven tot het oprichten van dergelijke ondernemingen in de kiem worden gesmoord.

Een verder voordeel van hybride handhaving is dat een meer eenduidig beleid omtrent open normen mogelijk is. Als de beoordeling van de (open) norm met betrekking tot een specifiek feitenkader in handen is van de handhaver, dan ligt coherente interpretatie voor de hand. Coherente interpretatie van informatieplichten en zorgplichten, heldere afbakening van het begrip 'de gemiddelde consument' en het voorkomen van problemen rondom competentie zijn van groot belang.

6.4.4.5 Bezwaren van hybride handhaving

Een probleem dat met hybride handhaving, althans met handhaving door één instantie, niet wordt opgelost is het feit dat eigen beleidsregels worden getoetst door de toezichthouder zelf. Hier staat wel de toetsing door de bestuursrechter en hoger beroep bij het CBb tegenover.

Een bezwaar is ook de toenemende 'eilandvorming' van deelrechtsgebieden. Hybride vormen van handhaving zullen deze eilandvorming verdergaand stimuleren. Hiermee komt de eigenheid van het privaatrecht onder druk te staan. Daarnaast is ook in toenemende mate specialistische kennis vereist.

---

158 Par. 6.4.4.2.

159 H. Eidenmüller & M. Engel, 'Against False Settlement Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe', *SSRN Electronic Journal* 2014/10, p. 25.

160 Eidenmüller & Engel 2014, p. 24.

Coördinatie van handhavingsprocedures met de lijn van de civiele rechter zal ook bij invoering van hybride handhavingsvormen noodzakelijk blijven aangezien in essentie privaatrecht wordt gehandhaafd. Ook zal mogelijk niet elke marktpartij zich melden omdat hij, voor zover nog mogelijk, zijn zaak toch wil voorleggen aan de civiele rechter. Toch lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat via hybride vormen van handhaving meer eenheid kan worden gecreëerd tussen het privaatrecht en het publiekrecht en ook dat de civiele rechter meer rekening zal (moeten) houden met de uitkomst van deze hybride procedures. Hierdoor zal minder coördinatie vereist zijn.

Een ander nadeel van meer bevoegdheden voor de toezichthouder is het kostenaspect. Toezichthouders zijn kostbaar en hebben vaak de beschikking over beperkte middelen. Hier kan tegenin worden gebracht dat de toezichthouders reeds bestaan en dat met hybride vormen van handhaving procedures worden voorkomen.

Resumerend
De doelstelling om de interne markt te verbeteren door geoptimaliseerde concurrentie, onder meer door bescherming van de zwakke partijen, met als uiteindelijk doel verhoging van de welvaart voor iedereen, raakt het privaatrecht en het publiekrecht. Handhaving dient dan ook meerdere doelen die niet altijd tegelijk met dezelfde middelen bereikt kunnen worden. Toch ben ik van mening dat, gezien het bovenstaande, verbeteringen mogelijk zijn. Hybride vormen van handhaving zouden daarin zeker van betekenis kunnen zijn.

6.4.5 Afronding

Uit dit onderzoek komt naar voren dat sprake is van verschillende specialistische rechtsgebieden, tezamen ook wel 'toezichthouders-privaatrecht' genoemd. Ook als men uitgaat van complementariteit om de eigenheid van het privaatrecht te respecteren en de hybride vormen van handhaving afwijst, zal dat de verbijzondering van deze rechtsgebieden niet stoppen. Het klassieke beeld van het privaatrecht zal niet meer hetzelfde kunnen blijven. Is deze nadere specialisering wenselijk of is deze ontwikkeling reeds een voldongen feit en kunnen we er beter maar het beste van maken? Bellantuono merkt op dat het contractenrecht de evolutie van de macht van de toezichthouders niet zal tegenhouden.[161] Sterker nog, het gereguleerde contractenrecht zal zich verder verwijderen van het algemene contractenrecht. De vraag naar effectieve handhaving verdient echter prioriteit boven de twijfels over systeemcoherentie. Zoals hierboven uiteengezet, zouden vormen van hybride handhaving kunnen bijdragen aan het bevorderen van de doelen van handhaving en marktregule-

161 Bellantuono 2015, p. 664.

ring en uiteindelijk aan de versterking van de positie van de consument. Het krampachtig blijven vasthouden aan de idee dat in gereguleerde sectoren sprake is van 'gewoon' contractenrecht, blijkt niet realistisch. Dit neemt niet weg dat het contractenrecht ook in de gereguleerde sectoren nog steeds van groot belang zal blijven en als uitgangspunt zal blijven dienen bij de beoordeling van overeenkomsten en de gevolgen daarvan. Waar mogelijk dient aangesloten te worden bij het systeem van het privaatrecht om nodeloze verwarring te voorkomen. Daar waar de privaatrechtelijke jas echter niet (meer) past, kan dit beter helder erkend worden.

Summary

Enforcement of private law by regulatory authorities

Public regulatory authorities are, on the basis of European judicial regulations, increasingly burdened with the supervision of important sectors of private law, especially contract law. The origin of enforcing private law by regulatory authorities is based on the idea that the enforcement of private law is flawed in certain respects. This might involve protection of the weaker party, promoting smooth market function and/or ensuring the independence of former state-owned companies. There is then a 'system failure.'

To achieve the aforementioned public enforcement of rules based on private law by public regulatory authorities, a legal connection must be made between the rules based on private law and the enforcement tools of administrative law. Two ways are possible, namely the translation of rules based on private law to rules based on administrative law or by referencing to the Dutch Civil Code in administrative law.

Europeanisation and internationalisation have been putting pressure on the separation between public and private law for some time. This mixture is all the more relevant in sector-specific regulations. It is unclear whether the enforcement of private law differs per sector-specific regulatory authority and whether the regulatory authorities take the private law context of their function into consideration.

This research is descriptive on the one hand and normative on the other hand. The descriptive question is how regulatory authorities implement rules based on private law. The starting point of this descriptive question is that rules based on private law are increasingly enforced in an administrative manner. The following questions will be addressed: which rules of private law are enforced, why has the legislator chosen for administrative enforcement and what public law instruments are being used for this purpose. For the purpose of this research, I will focus primarily on contract law.

From the answer to this descriptive question arises the normative question: to what extent are rules based on private law suitable for enforcement with administrative tools? Sub-questions that will be addressed are: does the background and vision of regulatory authorities go against civil law (or not) and why would administrative enforcement be more suitable than private enforcement to achieve the objectives of a smooth market function and consumer

protection? To answer these questions, decisions of regulatory authorities are analysed and further problematized from a private law point of view using case studies in the areas of telecommunications law, consumer law and financial law. This analysis and problematization includes, inter alia, a comparison of the interpretation and application of rules based on private law by regulatory authorities with the interpretation and application of these rules by the civil courts, an assessment of the way in which administrative and private law enforcement tools relate to one another and suggestions to, where possible, diminish any friction.

Chapter 2 focuses on the background of the problems of enforcement of rules based on private law by regulatory authorities. Private law and public law have different objectives. The objective of private law is to organise the relations between citizens. Administrative law governs the relationship between citizens and the government. It is not easy to distinguish the boundary between public and private law, partly as a consequence of steering European regulations.

Private law and public law have their own enforcement tools to achieve their different objectives. Private law enforcement tools are, except for the decrees and injunctions, usually remedial sanctions and designed to re-establish the previously existing situation. Aside from remedial sanctions, administrative law also has punitive sanctions. Punitive sanctions have a deterrent effect and are therefore also preventive.

Private sanctions have their limitations. The preventive effect is missing to a large extent, re-establishment of the previous situation is not always an option and the intent is not always to serve the public interest. Administrative sanctions are, in relation to the subject of this book, therefore seen as a supplement to private sanctions.

Regulatory authorities are also focused on achieving the objectives of the European Union. This concerns the promotion of the internal market, consumer protection and fair competition. However, private enforcement tools are not sufficient in the free internal market to achieve the intended objectives.

The functioning of regulatory authorities is criticised. A particular vulnerability is the independence of the regulatory authorities with regards to market participants and politics. Another sensitive issue is the limited budget and the subsequent prioritising of the regulatory authorities. Additionally, the enforcement of open standards in relation to the principle of legality and the discretionary power of administrative bodies are bottlenecks in the enforcement by regulatory authorities and can lead to legal uncertainty. In the context of discretionary power the risk is the possibility that an administrative body will then have the freedom to assess independently whether or not the conditions for legitimate performance of its right or authorities have actually been met (discretion).

In chapter 3 the supervision of the Dutch Authority for Consumers & Markets (ACM) on the telecoms market is analysed. It concerns a so-called network market which is deregulated. To lower the entry barriers for newcomers, and in doing so stimulating the free market, a number of legal rules have been created, to be found in the Dutch Telecoms Act.

The function of the ACM, in addition to the imposition of fines and periodic penalty payments, is to settle disputes. In dispute settlement the ACM makes decisions that should settle one or more disputes between two market participants. The decisions influence the private relationship between market participants.

In the researched decisions of the ACM in relation to the pre-contractual phase, the commitment to negotiations stands out from a private law perspective. Private law does not know such a far-reaching commitment to negotiations. Nevertheless, the legislator has considered civil law jurisprudence to be applicable to the commitment to negotiations in the Telecoms Act. The question remains whether this commitment to negotiations is comparable to the doctrine developed in private law jurisprudence and if declaring this case law applicable to the commitment to negotiations in the Telecoms Act is desirable. As a result of the commitment to negotiations in the Telecoms Act there is no freedom of choice to negotiate or not if there is a reasonable request.

In the context of its function as a dispute settler, the ACM should also assess whether or not the parties are in agreement. A difference in approach between the ACM and a civil court is that the civil court not only considers the presence of a written agreement, but also takes the other circumstances of the case into account in the assessment whether there is consensus between the parties. With regard to the content and explanation of agreements, in the researched cases the ACM seems to exercise restraint regarding the explanation of the intention of parties in the event of ambiguities about provisions in contracts. In such cases the ACM frequently refers to the civil court, which could result in multiple civil and administrative proceedings.

Direct intervention by the ACM in contractual relationships, based on the dispute settling powers (article 12.2 paragraph 2 of the Dutch Telecoms Act), is shown most clearly in the determination of the (maximum) price level. Determining the prices dramatically limits the freedom of contract and is unusual from a private law point of view. With the incorporation of (maximum) prices the *iustrum pretium* doctrine is inserted in private law through the back door. Determining (maximum) prices is very steering in nature and should be a temporary measure. The question is whether that is realistic, given the characteristics of the market.

The disadvantages of administrative enforcement by regulatory authorities are also demonstrated in the enforcement of decisions. The ACM only has administrative tools at its disposal (penalty and order for periodic penalty payments). These means of enforcement cannot be used, for example, to reclaim overpayments. In these cases, civil court proceedings are inevitable.

After the ACM has ascertained, on grounds of article 12.2 section 2 of the Dutch Telecoms Act, that there is a conflict with the stipulations in or pursuant to the Dutch Telecoms Act, the ACM can establish rules. Currently, the legal consequence of an identified conflict with the Dutch Telecoms Act based on article 12.2 paragraph 2 of the Dutch Telecoms Act is 'automatic' nullity. This is not in line with civil jurisprudence in respect of article 3:40 of the Dutch Civil Code. Before the ACM can nullify conditions from an agreement, the ACM should make an assessment under article 3:40 of the Dutch Civil Code with due observance of the associated jurisprudence.

In chapter 4 the consumer protection by the ACM is researched. The purpose of the legislation that the ACM has to enforce is to facilitate fair trade between companies and consumers. The legal tasks are therefore the prevention of collective contraventions of consumer law. This concerns a more generic supervision. In doing so, the section unfair commercial practices from Book 6 of the Dutch Civil Code is maintained completely under administrative law.

Since there are very few private law rulings, it is difficult to compare the administrative and private enforcement of the articles 6:193a etc. of the Dutch Civil Code. Consumer law is a clear example of a judicial area in which a regulatory authority tries to 'steer' the behaviour of contracting parties by imposing fines.

The amount of lists (misleading and aggressive business practices and information requirements) raises the question whether, all things considered, there even is such a thing as enforcement of private law rules and whether the term regulatory law isn't more appropriate. In any case there is legislation with a strong punitive character that is 'included' in private law.

The information obligations and enforcement tools for consumers seem to be more accessible and therefore implemented faster by consumers than the Unfair Commercial Practices Act. This is particularly evidenced by the appeal to article 6:230m etc. of the Dutch Civil Code (7:46c (old) Civil Code) by consumers themselves. This regulation seems to be effective because it provides consumers with a strong tool to force a seller who fails to fulfil the information obligations.

The moderation of fines by the administrative court in many cases, is likely to be explained by the tasks and missions of the ACM. After all, the ACM is a regulatory authority, entrusted with the task of monitoring the market position of the consumer. The ACM is focused at providing additional protection to a group of vulnerable consumers. An independent court, both in administrative law and private law, will consider the interests of the parties involved even more. Also, politics might exert a certain amount of pressure on the ACM.

The definition of the average consumer is not clear. The civil court seems to assume that consumers are informed, cautious and attentive. A consumer studies the general terms and conditions and looks beyond advertisements.

Additionally, in assessing whether or not essential information was omitted or concealed, it can be taken into account if the information was made available to the consumer by other means. The ACM is (or can be) less attentive to this issue.

The tension between open standards and article 7 of the ECHR can also be seen in the described rulings. The ACM itself believes that de standards are not 'open' to such an extent that it cannot be expected of a professional enterprise to comply with the relevant standards. Admittedly, there will be very little misunderstanding about most of the standards mentioned in this chapter, but there is certainly room for interpretation. In any event, entrepreneurs from the field are asking for more tools.

Since the rules leave room for interpretation, the power of the preventive function of the rules diminishes and spontaneous compliance by market participants is reduced. This complicates the consideration of the AFM to fine infringements, since it is afraid that it might not lead to a conviction. Spontaneous compliance by market participants would best be stimulated by rules that are clear and easy to follow. In addition, it should be obvious what the responsibility of the consumer or the entrepreneur is.

However, I will not disguise my reservations about the solution to implement (even more) policies in the open, flexible standards of administrative law. I also wonder whether this benefits the coherence of the enforcement. The different enforcement tools from private law and administrative law simply interfere. A solution could be found in adapting the penalty system. Penalties require clear rules that leave little to no room for interpretation. The ACM attempts to create clarity via an informal approach. Perhaps more guidance and clarity can be provided by the ACM through instructions and periodic penalty payments.

In chapter 5 the supervision of the Dutch Authority for Financial Markets (AFM) is addressed. The AFM is responsible for the supervision of conduct on the financial markets. Supervision of conduct is focused on orderly and transparent financial market processes, integrity in relations between market participants and careful treatment of clients. The public interest of the financial sector benefits significantly from proper protection of the consumer. In addition to products that are by themselves harmful to a proper functioning of the market, there are also financial products that are not per se damaging to the public interest. Since they are sold on a large scale and depend on factors with a general nature, these products can pose a risk to the public interest.

A number of rules based on private law are converted into public standards within the supervision of conduct. The best known example of this are the various duties of care. This translation of duties of care from civil law to administrative law is responsible for blurring the distinction between the care

and information duties of civil law (error) and the information duties of administrative law (such as providing information on the sale of an address, CoC number etc.).

The term 'civil duty of care' in this book includes the civil information duties on one hand and the other (pieces of the) duties of care on the other. The information duties are the duty to investigate (to inform themselves) and the duty to notify or warn (requirement to inform the other). With the term information obligations affiliation is sought with the way in which the obligation to inform is managed in the doctrine of error. The so-called basic information obligations, address information, CoC number etc. were disregarded in this context, since they do not appear in the Dutch Financial Supervision Act. The other (pieces of the) duties of care shall in particular mean the protection of the weaker party.

In the special duties of care, a more active attitude is expected from banks and financial institutions in their social position of expert service providers. There is a more extensive warning obligation and to comply with this obligation financial service providers should also investigate the desires and expectations of the clients more extensively.

The rulings related to information obligations based on article 4:19 and 4:20 of the Dutch Financial Supervision Act demonstrate that the administrative court and the civil court may rule differently on similar facts relating to the question whether or not the information supply by the financial service provider was sufficient. In the assessment, the civil court, unlike the administrative court, does take into consideration the fact that the consumer has already received all the required information by other means. This is a clear expression of the different objective of private law and administrative law; the individual interest versus the general interest.

The AFM seems to have adopted the more strict demand for information, derived from civil justice, in the application of article 4:20 of the Dutch Financial Supervision Act. This would halt the divergence between private law and administrative law. A consequence would be that the AFM will then impose a stricter standard than the MiFID. The intended purpose of MiFID, which is maximum harmonisation, is then threatened. One could wonder whether there is room for a difference between administrative duty of care and civil duty of care in the MiFID era.

The (special) duty of care referred to in article 4:23 of the Dutch Financial Supervision Act demands an active approach of the financial service provider. The administrative duty of care is a translation of the civil duty of care, although the AFM itself states that the administrative duty of care is based on multiple sources. This civil duty of care has been developed in the judgements regarding options trade and has been further developed in securities lease cases. The civil special duty of care is based on good faith and aims to protect private counterparties from the dangers of personal rashness or lack of understanding. The duty of care then depends on the circumstances of the

case, in which the expertise and experience of the counterparty concerned, the complexity of the investment product and the connected risks and the regulations which the (securities) institution is obliged to fulfil including the rules of conduct must be taken into account.

It is inevitable that the interpretation of the rules will divert in both areas. After all, the individual case requires a different interpretation than when the rule is applied in an abstract manner. Furthermore, the private duty of care is not necessarily equal to the public duty of care. As private duty of care is embedded in a framework of good faith and this is not included in the administrative assessment. It is therefore inevitable that the private duties of care must be addressed differently than the administrative duties of care.

Pertaining to the decisions on over-indebtedness (article 4:34 of the Dutch Financial Supervision Act in conjunction with article 115 of the Dutch Market Conduct Supervision (Financial Institutions) Decree) the AFM can only review whether the criteria to prevent over-indebtedness have been drawn up and if they are applied. The AFM attaches great importance to these codes of conduct. The AFM has a very active role in the implementation of open standards in over-indebtedness. The AFM has developed a wide interpretation of the requirement of determinability by considering that the foreseeability of the open standard can result from the civil duty of care, irrespective of whether or not that open standard is explicitly implemented by laws and regulations at that time. The civil court carries out the duty of care in relation to fighting over-indebtedness on the basis of good faith and with due observance of the circumstances. The outcome in such a case can be that good faith prevents the forced payment of debt obligations by a debtor.

The various duties of care are formulated as open standards. An open standard that is enforced by a punitive sanction, is also at odds with the requirement to complain to the regulatory authority concerned first or the requirement of determinability of article 7 of the ECHR. To meet this requirement to complain to the regulatory authority concerned first, the AFM has laid down policy rules.

Initially, the AFM defended itself against the criticism that the open standards are at odds with article 7 of the ECHR with the argument that the legislator has chosen for principle based legislation. The financial institutions and sector organizations themselves should give substance to the care duties. The AFM has provided additional guidelines at a later stage. In various decisions, the AFM takes the view that sufficient guidance was provided to the market on how the standard of article 4:23 of the Dutch Financial Supervision Act should be interpreted. However, personal responsibility of the financial institution remains at the centre, even if there wouldn't be sufficient guidance. Another important aspect of the imposition of fines on open standards by the AFM is the independence of the regulatory authority. The AFM assesses its own rules.

A difference between enforcement of civil and administrative duty of care is the (own) responsibility of the client that can be taken into consideration when interpreting the personal fault in civil duty of care. In the enforcement of the administrative duty of care it is possible to, based on an assessment of the circumstances, diminish the fine. The standard that is enforced under administrative law is not the same as the standard that is enforced under private law.

Taking the individual circumstances into consideration by a civil court is also of importance in deception (article 5:58 of the Dutch Financial Supervision Act). In private procedures the criterion or the reference person is deceived. The AFM takes the average investor as a starting point.

Based on article 1:75 paragraph 3 of the Dutch Financial Supervision Act, instructions given by the AFM shall not extend to the infringement of agreements between the (legal) person that has received the instruction and third parties. The Dutch Trade and Industry Appeals Tribunal (CBb) interprets this provision as meaning that the instruction must not include an order to change agreements. However, the order to discontinue the offering of 'prohibited' activities is a repair for the future and therefore in keeping with article 1:75 paragraph 3 of the Dutch Financial Supervision Act. The CBb is of the opinion that a link must be sought with article 1:23 of the Dutch Financial Supervision Act. The question remains whether this link is intended by the legislator. In the literature it is noted that article 1:23 of the Dutch Financial Supervision Act has a different intention than 1:75 paragraph 3 of the Dutch Financial Supervision Act. It also seems to follow from Dutch parliamentary history that it is not the intention to amend existing agreements. Yet, the only conclusion can be that the (legal) person imposed with the instruction is forced to adjust the existing (continuing performance) agreement. Resulting in non-performance or dissolution or termination of the existing agreement. Moreover, interests or circumstances of individual contracting parties are not taken into account in the instruction.

Finally, attention is given to the iustrum pretium. Based on article 86c of the Dutch Market Conduct Supervision (Financial Institutions) Decree (BGfo) a provider, mediator or advisor when mediating or advising with regard to, among others, complex products, cannot be provided with or receive direct or indirect provision which is not necessary for enabling the service. Indirectly the AFM is determining the price of the performed work here.

The conclusion of chapter 6 is that this research shows that there are various specialist jurisdictions, together also known as 'regulatory private law'. Private law and administrative law are intertwined. The different backgrounds and objectives of private law and administrative law, such as the inclusion of the individual circumstances of the case or not, imply that a standard that is enforced under administrative law is not the same as a standard that is enforced under private law. The type of enforcement is also of (great) influence.

This chapter also provides a modest contribution for a possible avenue to explore for solutions. Attention has been paid to complementarity and hybrid forms of enforcement. Even when one proceeds from complementarity in order to respect the uniqueness of private law and dismiss the hybrid forms of enforcement, the distinction of these legal areas will not be stopped. The classic image of private law cannot remain the same. Is this further specialisation desirable or is this development already an accomplished fact and should we try to make the best of it? Contract law will not stop the evolution of power of the regulatory authorities. On the contrary, regulated contract law will move away even further from general contract law. The demand for effective enforcement should be preferred over doubts with regard to system coherence. Hybrid forms of enforcement could contribute to the promotion of the objectives of enforcement and market regulation and eventually to the strengthening of the position of the consumer. Persistently clinging to the idea that 'common' contract law exists in regulated sectors has proven not to be realistic. Nevertheless, contract law will also remain important in the regulated sectors and will continue to serve as a starting point in the assessment of agreements and the consequences thereof. Where possible, a connection should be made with the system of private law, where this is not possible, it is better to acknowledge this in a clear manner.

Literatuurlijst

Albers 2002
C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002.

Alumnia 2011
J. Alumnia, *Competition, What's in it for Consumers*, Poznan: 24 november 2011. Te raadplegen op: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-803_en.htm?locale=en.

Aristotles 350 v Chr.
Aristotles, *Ethica Nicomachea. Vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door Christine Pannier en Jean Verhaeghe*, Groningen: Historische Uitgeverij 1999, Boek V.

Arons 2015
T.M.C. Arons, 'Van financiële massaproducten en (massa) vernietigingssancties. Vernietiging van overeenkomsten wegens oneerlijke handelspraktijk. Nederlandse toevoeging aan de consumentenrichtlijn', *Ondernemingsrecht* 2015/104, p. 526-534.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hijma 7-I* 2013
Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Houben 7-X 2015
I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten,* Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2014
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, inclusief geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Baalen 2004
S.B. van Baalen, ''Rien ne va plus'. Over opties, zorg en aansprakelijkheid', *VrA* 2004/1.3, p. 46-79.

Van Baalen 2009
S.B. van Baalen, 'Drie recente effectenleasearresten van de Hoge Raad', *Ondernemingsrecht* 2009/176, nr. 4, 752-758.

Baldwin 1959
J.W. Baldwin, *The Medieval Theories of the Just Price. Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, Philadelphia: The American Philosophical Society 1959.

Barendrecht 1992
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid; beschouwing over vage en scherpe normen, over binding van het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992.

Bauw & Voet 2017
E. Bauw & S. Voet, 'Van stok acher de deur tot keurslijf?; Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie', *NJB* 2017/206, p. 240-247.

Bravasso 2003
A. Bravasso, *Communications in EU Antitrust Law, Market Power and Public Interest*, Den Haag: Kluwer Law International 2003.

Bellantuono 2015
G. Bellantuono, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Energy and Telecommunications Sectors', *ERPL* 2015/4, p. 649-688.

Besselink, Pennings & Prechal 2011
L. Besselink, F. Pennings & S. Prechal, *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2011.

Beumers & Van Boom 2016
M.Th. Beumers & W.H. van Boom, 'De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht', in: M.Th. Beumers, W.H. van Boom & M.A. Loth, *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens* (preadviezen VASR), Deventer: Kluwer 2016, p. 1-32.

Bierens 2012
B. Bierens, 'Drie generaties zorgplichten', in: F.G.B. de Graaf, R.H. Maatman & L.J. Silverentand (red.), *Gedurfde essays over financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p.153-166.

Black 2008
J. Black, 'Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation', *CMLJ* 2008, p. 425-457.

Van Boom 2003
W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', *NTBR* 2003/10, p. 555-564.

Van Boom 2006
W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2006.

Van Boom 2009
W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (preadvies 2009), Kluwer: Deventer 2010, p. 129-208.

Van Boom 2010a
W.H. van Boom, *Handhaving Consumentenbescherming. Een toelichting op de Wet handhaving consumentenbescherming*, Rotterdam: Uitgeverij Paris, 2010.

Van Boom 2010b
W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht, ín: M.B.M. Loos & W.H. van Boom (red.), *Handhaving van het consumentenrecht* (preadvies 2009), Deventer: Kluwer, 2010, p. 129-208.
Van Boom 2014
W.H. van Boom, 'Is een telefoonabonnement met 'gratis' toestel een overeenkomst van consumentenkrediet?', *AA* 2014/11, p. 825-833.
Van Boom & Lindenbergh 2010
W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *AA* 2010/3, p. 188-196.
Van Boom, Lindenbergh & Pape 2007
W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh & S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund, doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2007.
Van Boom & Pavillon 2015
W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?', *AA* 2015/10, p. 784-793.
Broekhuizen 2004
K.W. Broekhuizen, Jaarverslag CESR 2003, *TvE* 2004/4, p. 67-68.
Bröring 2005
H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.
Burkens e.a. 2006
M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006.
Busch 2012
D. Busch, 'Het 'civiel effect' van MiFID: Europese invloed op aansprakelijkheid van vermogensbeheerders', *Ondernemingsrecht* 2012/12, p. 67-78.
Busch 2013a
D. Busch, 'De invloed van MiFID op aansprakelijkheid in de Europese financiële sector', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen en T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 11-70.
Busch 2013b
D. Busch, 'Europees Hof van Justitie spreekt zich uit over het 'civiel effect' van MiFID', *TFR* 2013/6, p. 167-168.
Busch 2013c
D. Busch, 'De invloed van MiFID op aansprakelijkheid in de Europese financiële sector', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen en T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013.
Busch 2013d
D. Busch, 'De civiele zorgplicht van banken tegenover professionele beleggers – renteswaps met (semi-) publieke instellingen en het MKB', *Ondernemingsrecht* 2013/33, p. 177-184.
Busch 2015
D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten* (preadvies), Deventer: Kluwer 2015.

Cafaggi 2006
F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2006.
Cafaggi 2009
F. Cafaggi, 'Introduction' in: F. Cafaggi & H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. x-xxx.
Cafaggi & Micklitz 2009
F. Cafaggi & H.W. Micklitz, *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Oxford: Intersentia 2009.
Cafaggi & Watt 2009
F. Cafaggi & H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham (UK): Edward Elgar 2009.
Van Campen 2007
M. van Campen, 'Privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh & S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund. Doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2007, p. 35-60.
Caria 2014
V.Y.E. Caria, 'De (bijzondere) zorgplicht van banken jegens ondernemers bij renteswapstransacties', *O&F* 2014/2, p. 38-54.
Carroll 2002
A. Carroll, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow: Pearson Education Limited 2002.
Cartwright 2004
P. Cartwright, *Bank, Consumers and Regulations*, Oxford: Hart 2004.
Castermans & Den Hollander 2012
A.G. Castermans & W.P. den Hollander, 'Dwaling tussen privaat- en publiekrecht', *WPNR* 2012/6940, p. 563-574.
Cherednychenko 2007
O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007.
Cherednychenko 2010
O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010/11, p. 66-77.
Cherednychenko 2011
O.O. Cherednychenko, 'Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht?', *Contracteren special Willem Grosheide* 2011/5.5, p. 11-15.
Cherednychenko 2012a
O.O. Cherednychenko, 'Provisieafspraken tussen cliënten en financiële dienstverleners: van de privaatrechtelijke contractsvrijheid naar de publiekrechtelijke iustum pretium', *Contracteren* 2012/2.2, p. 45-48.
Cherednychenko 2012b
O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RM-Themis* 2012/5, p. 223-235.

Cherednychenko 2013
O.O Cherednychenko, 'Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht: op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?', *WPNR* 2013/6998, p. 1122-1128.
Cherednychenko 2014a
O.O. Cherednychenko, 'Financial Consumer Protection in the EU: Towards a Self-Sufficient European Contract Law for Consumer Financial Services?', *ERCL* 2014/10(4), p. 476-495.
Cherednychenko 2014b
O.O. Cherednychenko, 'Verboden rechtshandelingen in het financiële bestuursrecht in civielrechtelijk perspectief', *MvV* 2014/7.2, p. 181-187.
Cherednychenko 2014c
O.O. Cherednychenko, 'De publiek- en privaatrechtelijke handhaving van het Europese privaatrecht: de nieuwe realiteit voor contracteren', *Contracteren* 2014/3.6, p. 87-92.
Cherednychenko 2015
O.O. Cherednychenko, 'Public and Private Enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges, *ERPL* 2015/4, p. 481-489.
Cicero 51 v Chr (1868)
Cicero, *De la Républica*, edited by A. Fouillée, Parijs: Delagrave 1868.
Claassen & Snijders 2014
M.H.P. Claassen en J.L. Snijders, 'Overkreditering bij consumentenkrediet', *MvV* 2014/7.3, p. 188-194.
Collins 1999
H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press 1999.
Covey 2004
S.R. Covey, *The Seven Habits of Highly Effective People,* New York: Simon & Schuster Ltd 2004.
Craig & De Búrca 2015
P. Craig & G. de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, New York: Oxford University Press 2015.
Crijns 2010
J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst: de rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Danopoulos 2009
A. Danopoulos, *Gechilbeslechting door de OPTA. Een voorbeeld voor geschilbeslechting in het bestuursrecht?* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.
Dijkhuizen & Caria 2013
T.C.A. Dijkhuizen & V.Y.E. Caria, 'De invulling van financieel open normen in een meerlagige rechtsorde', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, BWKJ 28, Deventer: Kluwer 2013, p. 109-121.
Dijkshoorn 2012
W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012/2467, p. 3020-3024.

Dommering 1999
E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag: SDU uitgevers 1999.
Dommering 2002
E.J. Dommering, 'Een nieuw maatpak voor netwerkmarkten. Institutionele vormgeving van netwerken', *Informatie & Informatiebeleid* 2002/4, p. 24-33.
Duijkersloot 2007
A.P.W. Duijkersloot, *Toezicht op gereguleerde markten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2007.
Duk 1988
W. Duk, 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid', *RM Themis* 1988/4, p.156-169.

Van der Eerden & Silverentand 2015
F.W.J van der Eerden & L.J. Silverentand (red.), *Hoofdlijnen Wft*, Deventer: Kluwer 2015.
Van Eersel 2013
M. van Eersel, *Handhaving in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013.
Eidenmüller & Engel 2014
H. Eidenmüller & M. Engel, 'Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe', *SSRN Electronic Journal* 2014/10, p. 1-38.
Engelhard, Giesen & Mahé 2009
E.F.D. Engelhard, I. Giesen & C.B.P. Mahé (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en publieke handhaving,* Den Haag: BJu 2009.
Van Esch 2012
R.E. van Esch (red.), *Inleiding financieel recht*, Deventer: Den Hollander 2012.

Feenstra & Ahsmann
R. Feenstra & M. Ahsmann, *Contract: aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1988.
Feintuck 2007
M. Feintuck, *The Public Interest' in Regulation*, New York: Oxford University Press 2007.
Ferran 2004
E. Ferran, *Building an EU Securities Market*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.
Fontaine 2007
M. Fontaine, 'Les Principes d'Únidroit et la Protection de la Partie Faible' in: K. Boele-Woelki en F.W. Grosheide (red.), *The future of European Contract Law. Essays in Honour of Ewoud Hondius*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International Law 2007, p. 183-194.
Frima 2011
J.C.A.T. Frima, 'De civiele zorgplicht van de bank jegens derden', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 43-65.

Gabathuler & Martinez Rivero 2013
D. Gabathuler & E. Martinez Rivero, 'Communications', in: J. Faull & A. Nikpay (red.), *The EU law of competition*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 1647-1708.

Van Gerven & Lierman 2010
W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel, veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010.

Giesen 2009
I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en publieke handhaving*, Den Haag: BJu 2009, 307-326.

Gijrath 2006
S.J.H. Gijrath, *Interconnection Regulation and Contract Law* (diss. Tilburg), Amstelveen: deLex B.V. 2006.

Gijrath 2007
S.J.H. Gijrath, 'De onderhandelplicht in het telecommunicatierecht en onderhandelingen volgens het algemene verbintenissenrecht', *Contracteren* 2007/1.2, p. 5-14.

Gijrath 2013
S.J.H. Gijrath, Toepassing van het contractenrecht in de telecommunicatiesector, *WPNR* 2013/6998, p. 1092-1101.

Gijrath 2014
S.J.H. Gijrath, *Telecommunicatierecht in het digitale tijdperk 3.0: interoperabiliteit, innovatie, internationalisering & een imploderende soufflé* (oratie Leiden), 17 maart 2014.

Graham 2000
C. Graham, *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford: Hart Publishing 2000.

De Groot & Crince Le Roy 2004
J.F. de Groot & R.R. Crince Le Roy, 'De spagaat van de marktautoriteit. Naar een centralisering van de sanctiebevoegdheid?', in: F.B. Falkena, M.E. Koppenol-LaForce & A.T. Ottow, *Markten onder toezicht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 29-46

Grosheide 1996
F.W. Grosheide, 'Iustum Pretium, enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid', *WPNR* 1996/6227, p. 435-438.

Grundmann 2013
S. Grundmann, 'The Bankinter Case on MiFID Regulation and Contract Law', *ERCL* 2013/9, p. 267-280.

Grundmann-van de Krol 2002
C.M. Grundmann-van de Krol, *Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: BJu 2002.

Grundmann-van de Krol 2006
C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door het effectenrecht: beschouwingen omtrent Nederlands effectenrecht*, Den Haag: BJu 2006.

Grundmann-van de Krol 2012
C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: BJu 2012.

Haas 2015
D. Haas, 'Contractrechtelijke begrippen in het financiële recht, een knellend jasje', MvV 2015/5.2, p. 140-145.

Hage 2014
C.A. Hage, 'Telecomtoezicht door de ACM en de handhaving van het contractenrecht', *MvV* 2014/3.1, p. 55-63.

Hardy 2004
R.R.R. Hardy, 'Precontractuele informatieplichten in het EG-contractenrecht', *VrA* 2004/1.2, p. 19-45.

Hardy 2009
R.R.R. Hardy, *Differentiatie in het (Europees) contractenrecht* (diss. Maastricht), Den Haag: BJu 2009.

Hartlief 1999
T. Hartlief, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Hartlief 1999a
T. Hartlief, 'Contractvrijheid; een inleiding', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 1-20.

Hartlief & Stolker 1999
T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999.

Heldeweg & Rijken 2015
M.A. Heldeweg & G.J. Rijken, 'De ACM als toezichthouder in consumentenzaken', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (Eds.), *Handboek consumentenrecht: een overzicht van de rechtspositie van de consument,* Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 569-592.

Hijma 1998
Jac. Hijma, 'Hoe nietig is nietig? Beschouwingen omtrent het nietigheidsbegrip in het contractenrecht', *Thorbecke-colleges*, Den Haag: Kluwer 1998.

Hijma e.a. 2016
Jac. Hijma (e.a.), *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016.

Hodges 2012
C. Hodges, 'Current Discussions on Consumer Redress: Collective Redress and ADR', *ERA Forum Springerlink.com*, 2012, p. 11-33.

Hodges 2014
C. Hodges, 'Fast Effective and Low Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare', in: B. Rodger, *Competition Law Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International 2014, p. 255-289.

Van der Hoeven 1970
J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 201-220.

Den Hollander 2013
P.W. den Hollander, 'De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad', *NTBR* 2013/4, p. 28-37.
Hondius 1992
E.H. Hondius, *Consumentrecht*, Monografieën Nieuw BW, A8, Deventer: Kluwer 1992.
Hondius 1999
E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-394.
Hondius 2011
E.H. Hondius, 'De innoverende kracht van het consumentenrecht', *MvV* 2011/7.1, p. 181-185.
Hondius & Rijken 2015
E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.
Houben 2005
I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.
Houben 2006
I.S.J. Houben, 'Zorgplicht bank jegens derden', *MvV* 2006/5.1, p. 86-89.
Houben 2011
I.S.J. Houben, 'Opzegging van overeenkomsten in de telecom- en energiesector. Een illustratie van regulatory contract law', *WPNR* 2011/6904, p. 885-892.
Houben 2013
I.S.J. Houben, 'Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren, alias 'regulatory contract law'', *WPNR* 2013/6998, p. 1085-1091.
Hoyng 2007
B. Hoyng, 'Collectieve privaatrechtelijke handhaving van het intellectuele eigendomsrecht ondersteund door de overheid', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh & S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund. Doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJu 2007, p. 13-34.

Jansen 2012
K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.
Jones & Sufrin 2014
A. Jones & B. Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2014.
De Jong 2014
J.T. de Jong, 'Een verordening marktmisbruik: Wat gaat er straks veranderen?', in: *Jaarboek compliance* 2014, p. 23-50.
De Jongh 2015
J.M. de Jongh, 'Privatisering, bescherming en algemeen belang, de voorgenomen beursgang van ABN Amro', *WPNR* 2015/7048, blz. 118-124.

Jurgens 2014
G. Jurgens, 'Publiekrecht en privaatrecht: naar een herbezinning op het onderscheid', *NTB* 2014/1, p. 1-3.

Kas & Micklitz 2014
C. Kas & H.W. Micklitz, 'Overview of Cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2009-2013): part I', *ERCL* 2014, Vol. 10, No. 2, p. 189-257.
Keirsbilck 2013
B. Keirsbilck, 'Vijf jaar bestuursrechtelijke handhaving van de Nederlandse Wet oneerlijke handelspraktijken (2008-2013)', *SEW*, 2013/11, p. 473-491.
Keirse 2009
A.L.M. Keirse, 'De schade voorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en publieke handhaving*, Den Haag: BJu 2009, p. 95-104.
Knol e.a. 2011
P.C. Knol e.a., *Inleiding Telecommunicatierecht,* Leiden: eLaw Leiden 2011.
Kortmann 2008
J. Kortmann, *The Tort Industry* (oratie Amsterdam VU), Amsterdam: Vossiuspers 2008. Zie ook *ERPL* 2009/5, p. 789 e.v.
Kroes & Braeken 2009
Q. Kroes & B. Braeken, 'Telecom-geschilbeslechting: een jurisprudentie-update', *Mediaforum* 2009/4, p. 146- 154.
Kruithof 2012
M. Kruithof, 'De privaatrechtelijke werking van de MiFID 2004 gedragsregels: een analyse van de mate waarin zij de wederzijdse rechten en plichten van dienstverlener en cliënt kunnen aanvullen en beperken', in: Instituut Financieel Recht (red.), *Financiële regulering in de kering*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 273-356.
Kuipers 2014
J.J. Kuipers, 'The Competence of the European Union in Private Law', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 159-185.

Langendijk & Wilmink 2016
C.J. Langendijk & A.L. Wilmink 'Opgelet: nieuwe, verscherpte regels over marktmisbruik. Vijf belangrijke verplichtingen uit de Verordening marktmisbruik toegelicht', in: Nederlands Compliance Instituut (red.), *Jaarboek Compliance 2016*, Cappelle a/d IJssel: Nederlands Compliance Insitutt 2016, p. 187-222.
Lavrijssen 2006
S. Lavrijssen-Hijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance,* Den Haag: BJu 2006.
Van Loo 2013
I.H. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden* (diss. OU), Heerlen: Brave New Books 2013.
Loonen & Schotsman 2016
T. Loonen & R. Schotsman, 'Leidraden binnen financiële dienstverlening', *Trema* 2016/6, p. 204- 211.

Lubach & Lubach 2010
D.A. Lubach en R.D. Lubach, 'De 'magische lijn' 40 jaar later', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Publiek/privaatrecht: vervlechten of ontvlechten? Handelingen van het oprichtingscongres van het Netherlands Insitute for Law and Governance 2009,* Antwerpen: Intersentia 2010, p. 41-52.

Maatman & Azahaf 2010
R.H. Maatman & S. Azahaf, 'Financieel toezicht en schadelijk gedrag', *Ondernemingsrecht* 2010/60, p. 296-302.

Markttoezichthoudersberaad (2011)
Effectief Markttoezicht. Inbreng van markttoezichthoudersberaad AFM, Consumentenautoriteit, CBP, DNB, NMa, NZa en Opta voor de herziening van de kaderstellende Visie op Toezicht (KVOT III), 5 september 2011.

Marsden 2013
P. Marsden, 'Public–Private Partnerships for Effective Enforcement: Some 'Hybrid' Insights?', *European Competition Journal* 2013/9, p. 509-519.

Meijs 2013
A.J.C.M. Meijs, 'Bank, zorgplicht en derden: enkele lessen voor de bancaire praktijk', *MvV* 2013/12.3, p. 349-354.

Mein 2015
A. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus University Rotterdam 2015.

Memelink 2009
P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2009.

Van der Meulen & Ottow 2003
B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, *Toezicht op markten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Michiels 1994
R.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Micklitz 2004
H.W. Micklitz, 'The Concept of Competitive Contract Law, *Penn. State International Law Review*, 2004/05, p. 549-585.

Micklitz 2009
H.W. Micklitz, 'Regulatory Strategies on Services Contracts in EC Law', in: F. Cafaggi & H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2009, p. 16-61.

Micklitz 2010
H.W. Micklitz (red.), *Consumer Law*, Oxford: Hart Publishing 2010.

Micklitz 2015
H.W. Micklitz, 'The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Consideration', *ERPL* 2015/4, p. 491-524.

Mijs & Weitjens 2007
W.A.J. Mijs en J.M.C. Weitjens, 'Inleiding MiFID', in: F.M.A. 't Hart (red.), *MiFID 'Vanuit praktijk en theorie bezien'*, Amsterdam: NIBESVV 2007, p. 11-18.

Mill 1859 (2009)
J.S. Mill, *Over vrijheid*, vertaling van W.E. Krul, Amsterdam: Boom 2009.

Monti 2001
M. Monti, 'The Future of Competition Policy in the European Union', Londen 9 juli 2001. Te raadplegen op: http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

Nagelkerke & Vis-Osendarp 2007
F.F. Nagelkerke en E.J.H. Vis-Osendarp 'Handelsplatformen onder de MiFID', in: F.M.A. 't Hart (red.), *MiFID 'Vanuit praktijk en theorie bezien'*, Amsterdam: Nibesvv 2007, p. 31-60.

Nebbia & Askham 2004
P. Nebbia & T. Askham, *EU Consumer Law*, Richmond: Richmond Law & Tax ltd 2004.

De Nederlandse Bank 2010
De Nederlandse Bank, *Van kauri tot euro; De geschiedenis van ons geld*, Amsterdam: De Nederlandse Bank 2010.

Nedjati & J.E. Trice 1978
M. Nedjati & J.E. Trice, *English and Continental Systems of Administrative Law*, New York: North-Holland Publishing Company 1978.

Neering 2013
M. Neering, 'Aansprakelijkheid bij execution only, advies en vermogensbeheer', in: D. Busch (red.), *Aansprakelijkheid in de Financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 373-422.

Negra 2014
F.D. Negra, 'The Private Enforcement of the MiFID Conduct of Business Rules. An Overview of Italian and Spanish Experiences', *ERCL* 2014/10 (4), p. 571-595.

Nelemans 2007
M. Nelemans, *Het verbod van marktmanipulatie* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2007.

Nieuwenhuis 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1999
J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.

Nieuwenhuis 2005
J.H. Nieuwenhuis, 'Open normen in een open samenleving. In Nederland levende rechtsovertuigingen', *TREMA* 2005/5, p. 262-265.

Nihoul & Rodford 2011
P. Nihoul & P. Rodford, *EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunictions Market*, New York: Oxford University Press 2011.

Van Nimwegen 2010
E.S. van Nimwegen, 'Handhaving door de Consumentenautoriteit: een goed samenspel met het Burgerlijk Wetboek en Europese regelgeving?', *Contracteren* 2010/2.4, p. 54-59.

Ogus 2004
A.I. Ogus, Regulaton: *Legal Form and Economic Theory*, Portland: Hart Publishing 2004.
Ogus 2009
A.I. Ogus, 'Regulation of Services and the Public-Private Divine', in: F. Cafaggi & H.M. Watt, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 3-15.
Van Ommeren 2014
F. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk', *NTB* 2014/30, p. 248-252.
Ottow 2006
A.T. Ottow, *Telecommunicatietoezicht: de invloed van het Europese en Nederlandse betuurs(proces)recht* (diss. Amssterdam UvA), Den Haag: SDU Uitgevers 2006.
Ottow 2010
A.T. Ottow, 'Onafhankelijkheid van toezichthouders', *TvT* 2010/3.7, p. 78-86.
Ottow & Lavrijssen 2011
A.T. Ottow & S.A.C.M. Lavrijssen, 'Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders', *TvT* 2011/3.3, p. 34-50.

Pavillon 2011
C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer, 2011.
Pavillon 2013
C.M.D.S. Pavillon, 'Legaliteit en evenredigheid van de sancties op de schending van de open normen uit de Wet oneerlijke handlespraktijken', *TvC* 2013/2, p. 63-72.
Du Perron 2010
C.E. du Perron, 'Normen tussen publiekrecht en privaatrecht', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, Den Haag: BJu 2010, p. 13-16.

O'Regan 2015
M. O'Regan, 'United Kingdom: Consumer Rights Act 2015 Introduces New Procedures for Competition Litigation, Including Collective Follow-On Damages Actions', *Kluwer Competition Law Blog* oktober 2015. Te raadplegen op: kluwer competitionlawblog.com/2015/10/5/united-kingdom-consumer-rights-act-2015-introduces-new-procedures-for-competition-litigation-includieng-collective-follow-on-damages-actions/.
Rijken 1994
G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid,* Monografieën Nieuw BW, Deventer: Kluwer 1994.
Rijken 2015
G.J. Rijken, 'Ontstaan en positie van het consumentenrecht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen uitgeverij Paris B.V. 2015.

Rinkes 2007
J.G.J. Rinkes, 'Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2007/6, p. 233-235.
Rinkes 2009
J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *AA* 2009/6, p. 380-387.
Rinkes 2010
J.G.J Rinkes, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector: een consumentenrechtelijke perspectief* (preadvies), Vereniging voor Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2010.
Rinkes 2015
J.G.J. Rinkes, 'Europees Consumentenrecht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris B.V. 2015, p. 31-44.
Robertson & Wu 2009
A. Robertson & T.H. Wu, *The Goals of Private Law*, Portland, Oregon: Hart Publishing 2009.
Roelofsen 2011
E.P. Roelofsen, 'Overkreditering na de aangepaste Gedragscode: much ado about nothing', *FR* 2011/7-8, p. 196-204.
Roth 2008
G.P. Roth, 'Compliance een illusie? Over de kenbaarheid van de norm', in: M. Jurgens & R. Stijnen (red.), C*ompliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 85-96.
De Ru 2003
H.J. de Ru, 'Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden'; Commentaar op de preadviezen voor de VAR 2003 over: 'Toezicht op markten', *Markt & Mededinging* 2003/5, p. 178–181.

Scheltema 1996
M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996/33, p. 1355-1361.
Scheltema 2013
M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013/7.2, p. 186-192.
Scheltema 2016
M.W. Scheltema, 'Transnationale private normen in het bestuursrecht' in: J.H. Gerhards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht* (preadvies), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 87-183.
Scheltema & Scheltema 2009
A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis* (preadvies), Deventer: Kluwer 2009.
Scheltema & Scheltema 2012
M. Scheltema & M.W. Scheltema, 'Wat kan het privaatrecht leren van het bestuursrecht? Vervagende grenzen tussen bestuurs- en privaatrecht', *JBplus* 2012, p. 139-149.

Scheltema & Scheltema 2013
M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013.
Schlaghecke 1987
M.I.A. Schlaghecke-Bouman, 'De invloed van de EEG op consumentenaangelegenheden', *TvC* 1987/1, p. 16-31.
Schlössels e.a. 2013
R.J.N. Schlössels e.a., *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag BJu 2013.
Schol 2010
M.J. Schol, e.d., *Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming*, Groningen: Pro Facto, maart 2010.
Schotsman 2011
R.J. Schotsman (red.), *Praktijkgids Wft. Financiële markten en ondernemingen onder toezicht*, Amsterdam: NIBESVV 2011.
Schotsman 2013
R.J. Schotsman (red.), '*Praktijkgids Wft, Financiële markten en ondernemingen onder toezicht*', Amsterdam: NIBESVV 2013.
Silverentand & Sprecher 2012
L.J. Silverentand en J.M. Sprecher, 'MiFID II: Een overzicht', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2012/5, p. 139-147.
Stegeman 2014
R.A. Stegeman (red.), *Wet op het financieel toezicht; tekst en toelichting*, Deventer: Kluwer 2014.
Stijnen 2011
R. Stijnen, 'De zorgplicht van artikel 4:23 Wft: geschikte financiële dienstverlening door financiële ondernemingen', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 15-42.
Sütõ 2013
V.J.A. Sütõ, 'De toegangsovereenkomst in het spoorvervoer', *WPNR* 2013/6998, p. 1112-1121.
Swaenepoel 2011
E. Swaenepoel, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen: Intersentia 2011.
Swanson 1992
J.A. Swanson, *The Public and the Private in Aristotle's Political Philosophy*, London: Cornell University Press 1992.

Tempelman 1997
J.A. Tempelman, 'Dutch Telecommunications, A Period of Transition', *Telecommunications Policy 1997*, Vol. 21, no. 8, p. 733-742.
Tieben 2015
B. Tieben, 'Naar marktgerichte regulering van netwerksectoren', *TvT* 2015/1.4, p. 38-56.
Tigelaar 2015
L.B.A. Tigelaar, 'Sancties en doelstellingen van Europese informatieplichten', *NTBR* 2015/31, p. 206-213.

Tison 2010
M. Tison, 'De civielrechtelijke dimensie van MiFID in rechtsvergelijkend perspectief', *Ondernemingsrecht 2010/7* nr. 61, p. 303-313.
Tjong Tjin Tai 2006
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006.
Van Tuyll 2012
C.F.J. van Tuyll, 'Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod', *O&F* 2012/977, afl. 2, p. 30-38.

Van der Veen 2009
G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht; De stand van zaken', *Jurisprudentie Bestuursrecht,* 2009, p. 3-17.
Verweij & Sauren 2007
J. Verweij & E. Sauren, 'Geschilbeslechting door OPTA', *Mediaforum* 2007/2, p. 34-41.
De Villeneuve 2007
T.H. de Villeneuve, 'Cliëntclassificatie onder MiFID', in: F.M.A. 't Hart (red.), *Vanuit praktijk en theorie bezien*, Amsterdam: Nibesvv 2007, p. 61-80.
Vranken 1989
J.B.M. Vranken, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Watkin 1999
T.G. Watkin, *An Historical Introduction to Modern Civil Law*, Aldershot: Ashgate 1999.
Wallinga 2014
M. Wallinga, 'Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling: lessen uit Duitsland en Europa', *NTBR* 2014/35, p. 288-298.
Wallinga 2016
M. Wallinga, 'De bijzondere zorgplicht: de loper van het verbintenissenrecht op financieel gebied?' *WPNR* 2016/7116, p. 606-614.
Weber & Faure 2015
F. Weber & M. Faure, 'The Interplay Between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective', *ERPL* 2015/4, p. 525-549.
Weinrib 1995
E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1995.
Wiggers-Rust 2013
L.F. Wiggers-Rust, 'Roeien tegen de stroom in?', *NJB* 2013/1299, p. 1374-1383.
Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Wilman 2015
F. Wilman, *Private Enforcement of EU Law before National Courts; The EU Legislative Framework,* Cheltenham (UK): Edward Elgar 2015.
Winter 2013
H.B. Winter, 'Regulatory Enforcement in the Netherlands: Struggling with Independence', in: S. Comtois & K.J. de Graaf (red.), *On Judicial and Quasi-Judicial Independence* Den Haag: BJu 2013, p. 157-166.
De Witte & Vermeersch 2004
M. de Witte & A. Vermeersch, *Europees consumentenrecht*, Apeldoorn: Maklu 2004.

Zoller 2008
E. Zoller, *Introduction to Public Law: A Comparative Study*, Leiden: Koninklijke Brill NV 2008.

Jurisprudentie

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

· EHRM 27 september 1995 (G. v. France), *NJ* 1996/49.

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

· HvJ EG 20 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:42(*Cassis de Dijon*) [1979] ECR I-649.
· HvJ EG 10 april 1984, ECLI:EU:C:1984:153 (*Sabine Colson & Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*) [1984].
· HvJ EG 19 maart 1991, C-202/88, ECLI:EU:C:1991:120 (*France v. Commission*).
· HvJ EG 16 januari 1992, C-373/90, ECLI:EU:C:1992:17, (*Nissan*).
· HvJ EG 27 oktober 1993, C-69/91, ECLI:EU:C:1993:853 (*Decoster*).
· HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, (*Gut Springenheide GmbH*).
· HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Oceano Gruppo*).
· HvJ EG 13 december 2001, C-481/99, ECLI:EU:C:2001:684, (*Heiniger/Bayerische Hypothekenbank).*
· HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05 (*Elisa Maria Mostaza Claro v Centro Movil Milenium).*
· HvJ EG 24 april 2008, C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244, *Mediaforum* 2008/6.
· HvJ EG 13 november 2008, C-227/07, ECLI:EU:C:2008:620 (*Commissie/Polen*).
· HvJ EG 12 november 2009, C-192/08, ECLI:EU:C:2009:696, (*TeliaSonera Finlang Oyj*), *Computerrecht* 2010/3, p. 144-157, m.nt. J. Tempelman.
· HvJ EU 9 maart 2010, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 (*Commissie/Duitsland*).
· HvJ EU 30 mei 2011, C 604/11, ECLI:EU:C:2013:344 (*Genil 48/Comercial Hostelera de Grandes Vinos*).
· HvJ EU 19 december 2013, C 281/12, ECLI:EU:2013:C:859 (*Trento Sviluppo*).
· HvJ EU 15 januari 2015, C-573/13, ECLI:EU:C:2015:11 (*Air Berlin*).
· HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286 (*Nationale Nederlanden Levensverzekeringen Mij*).

HOGE RAAD

· HR 24 december 1902 W. 7849.
· HR 1 mei 1903 W. 7919.
· HR 11 mei 1951 *NJ* 1952/128 (*Burgman/Aviolanda*).
· HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*), m.nt. L.E.H. Rutten.
· HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*).

- HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723 (*Plas/Valburg*).
- HR 16 november 1984, *NJ* 1985/624, m.nt. C.J.H. Brunner (*Buena Vista*).
- HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/1017 (*Vaessen-Schoenmaker/Shell*).
- HR 14 juni 1996, *NJ* 1997/481 (*MBO/De Ruiterij*).
- HR 24 januari 1997, *NJ* 1997/260.
- HR 6 juni 1997, *NJ* 1998/723.
- HR 23 mei 1997, *NJ* 1998/192, m.nt. C.J. van Zeben (*Rabobank/Everaars*).
- HR 9 januari 1998, *NJ* 1999/285 (*MeesPierson/Ten Bos* c.s).
- HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/660, m.nt. C.J. van Zeben (*Van de Klundert/Rabobank*).
- HR 10 december 1999, *NJ* 2000/5.
- HR 31 oktober 2000, *NJ* 2000/14.
- HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, *NJ* 2005/103 (*Van Zuylen/Rabobank).*
- HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*).
- HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/457 (*CBB/JPO*).
- HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, *NJ* 2006/289 (*Safe Haven*).
- HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1558, *NJ* 2006/245.
- HR 24 november 2006, *RF* 2007/2, m. wenk (*Renzenbrink/Van Lanschot*).
- HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7608, *RvdW* 2007/172.
- HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, *NJ* 2009/578, m.nt. Jac. Hijma.
- HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1680, *NJ* 2011/4, m.nt. Jac. Hijma (3Span/recreatiebeheer).
- HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*).
- HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 (*Levob*).
- HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184 (*GeSP/Aegon*).
- HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/414; *RvdW* 2009/1403, *JOR* 2010/43 (*World Online*).
- HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010: BM6088, *NJ* 2012/43 (*Van Mierlo/OGP*).
- HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2011/54, m.nt. A.C.W. Pijls, (*Fortis/Bourgonje* c.s).
- HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1090, *RvdW* 2011/1069.
- HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012BU5609, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*).
- HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 en BW9233, *JAAN* 2013/6 m.nt. M.J. Mutsaers.
- HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).
- HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (*Gratis telefoon bij abonnement*).
- HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, *NJ* 2015/377, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl*).
- HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1191, *RvdW* 2015/634.
- HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, *NJ* 2016/275, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, *RvdW* 2015/801.
- HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191, *NJ* 2016/107, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2015/235, m.nt. C.W.M. Lieverse.
- HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *RvdW* 2016/279.
- HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107.

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

- CBb 25 april 2001, ECLI:NL:CBb:2001:AB1647, *Mediaforum* 2001/6, nr. 28.
- CBb 3 december 2003, ECLI:NL:CBb:2003:AO1112, *AB* 2004/189, m.nt. G.J.M. Cartigny, *Computerrecht* 2004/30, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, *Mediaforum* 2004/3, nr. 11, m.nt. N. van Eijk, p.95-99.
- CBb 24 november 2004, ECLI:NL:CBb:2004:AR6450.
- CBb 16 juni 2005, ECLI:NL:CBb:2005:AT7789, *AB* 2005/326 (*Casema/KPN*).
- CBb 16 juni 2005, *Computerrecht* 2005/50.
- CBb 21 december 2005, ECLI:NL:CBb:2005:AU8620, *AB* 2006/132, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Globalcall/OPTA, Tele2 en KPN*).
- CBb 13 juli 2006, ECLI:NL:CBb:2006:AY3822, *Mediaforum* 2006/11-12, m.nt. J.R. van Angeren en A. Drahmann (*OPTA vs. KPN en Versatel*).
- CBb 27 september 2006, ECLI:NL:CBb:2006:AY8879.
- Cbb 30 januari 2007, ECLI:NLCBb:2007:AZ9465.
- CBb 15 maart 2007, ECLI:NL:CBb:2007:BA0744, *Mediaforum* 2007/5, p.166-170, m.nt. A.Th. Meijer.
- CBb 7 mei 2007, ECLI:NL:CBb:2007: BA4880.
- CBb 25 september 2007, ECLI:NL:CBb:2007:BB4187.
- CBb 12 december 2007, ECLI:NL:CBb:2007:BC3128, *AB* 2009/138, m.nt. G.J.M. Cartigny.
- CBb 7 mei 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD1064, *AB* 2008/267, m.nt. G.J.M. Cartigny, *Mediaforum* 2008/7-8, m.nt. Q. Kroes, p. 334-335.
- CBb 18 juli 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BE9674, *AB* 2008/295, m.nt. G.J.M. Cartigny.
- CBb 2 december 2008, ECLI:NL:CBb:2008: BG5756, *AB* 2009/138, m.nt. van G.J.M. Cartigny.
- CBb 19 mei 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BI7113, *JOR* 2009/229, m.nt. V.H. Affourtit en J.F. De Groot.
- CBb 23 juli 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BK3455, *AB* 2009/416, m.nt. G.J.M. Cartigny.
- CBb 12 januari 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BH3302, *AB* 2009/112.
- CBb 29 juni 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BM9470 (*GTS v. NMa*).
- CBb 7 april 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BQ0538, *JOR* 2011/187, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol.
- CBb 4 april 2012, ECLI:NL:CBb:2013:BZ7807.
- CBb 12 april 2012, ECLI:NLCBb:2012:BW1529, *AB* 2012/226, m.nt. W. Sauter (*BNT/OPTA*).
- CBb 17 oktober 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BY2311.
- CBb 25 maart 2013, ECLI:NL:CBb:2013:BZ5339, *JAAN* 2013/95, m.nt. T.A.J. Berben.
- CBb 23 april 2013, ECLI:NL:CBb:2013:BZ8522.
- CBb 3 mei 2013, ECLI:NL:CBb:2013:CA0922 AB 2013/232, m.nt. R. Ortlep.
- CBb 15 juli 2013, ECLI:NL:CBb:2013:66.
- CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBb:2013:69, *JOR* 2013/280, m.nt. J.M. van Poelgeest.
- CBb 25 juli 2013, ECLI:NL:CBb:2013:90.
- CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBb:2013:260, *JOR* 2014/41, m.nt. F.M.A. 't Hart.
- CBb 15 januari 2014, ECLI:NL:CBb:2014:1.
- CBb 6 februari 2014, ECLI:NL:CBb:2014:42, *PJ* 2014/46.
- CBb 14 februari 2014, ECLI:NL:CBb:2014:54.

· CBb 4 maart 2014, ECLI:NL:CBb:2014:67, *JOR* 2014/33, m.nt. T.M. Stevens.
· CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBb:2014:126.
· CBb 7 mei 2014, ECLI:NL:CBb:2014:163.
· CBb 17 juli 2014, ECLI:NL:CBb:2014:249.
· CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBb:2014:323, *AB* 2014/423, m.nt. W. Sauter.
· CBb 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBb:2014:324, *AB* 2014/424, m.nt. W. Sauter.
· CBb 22 januari 2015, ECLI:NL:CBb:2015:6, *Ondernemingsrecht* 2015/33, m.nt. C.W.M. Lieverse, *JOR* 2015/108, m.nt. D.R. Doorenbos.
· CBb 31 maart 2015, ECLI:NL:CBb:2014:91.
· CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBb:2015:191.
· CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBb:2015:285.
· CBb 10 mei 2016, ECLI:NL:CBb:2016:103.
· CBb 29 april 2016, ECLI:NL:CBb:2016:115.

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

· CRvB 6 december 2005, *Rvs* 2006/57.

GERECHTSHOVEN

· Hof Den Haag 7 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK4880 (*Gold Travel*).
· Hof Den Haag 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0024 (*Byblos*).
· Hof Den Haag 19 januari 2009, zaaknummer 200.041.059/01 (*Akwaaba Tours*).
· Hof Den Haag 23 maart 2010, zaaknummer 200.041.098/01 (*Cimarron Buitensport*).
· Hof Den Haag 23 maart 2010, zaaknummer 200.043.252/01 (*Hubbeling*).
· Hof Den Haag 23 maart 2010, zaaknummer 200.043.105/01 (*Jero Reizen*).
· Hof Den Haag 23 maart 2010, zaaknummer 200.043.242/01 (*Club Travel*).
· Hof Den Haag 23 maart 2010, zaaknummer 200.043.11/01 (*Opvakantie B.V.*).
· Hof Amsterdam 3 augustus 2010, *TvC* 2011/1.
· Hof Amsterdam 14 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ2973.
· Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.
· Hof Den Haag 3 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0527.
· Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 april 2012, JOR 2013/41.
· Hof Amsterdam 26 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5509, *JOR* 2013/173, m.nt. B.P.M. van Ravels.
· Hof Amsterdam 14 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3906, *JOR* 2013/212, m.nt. J.W.P.M. van der Velden.
· Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2637.
· Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, *JOR* 2014/168
· Hof Amsterdam 29 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3005, *JOR* 2014/300, m.nt. D.R. Doorenbos.
· Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6792.
· Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647.

RECHTBANKEN (CIVIEL)

- Rb. Breda 20 augustus 2002, *JOR* 2002/178.
- Rb. Arnhem 17 september 2003, *JOR* 2003/285.
- Rb. Den Haag 19 januari 2005, *JOR* 2005/41, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol.
- Rb. Zutphen, sector kanton, 31 januari 2006, ECLI:RBZUT:2006:AV1459.
- Rb. Groningen, sector kanton, 17 mei 2006 ECLI:NL:RBGRO:2006:AY6081.
- Rb. 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4622.
- Rb. Breda 31 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ7368.
- Rb. Den Haag, sector kanton, locatie Gouda, 8 maart 2007, *TvC* 2008/5.
- Rb. Dordrecht, sector kanton, 27 december 2007, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY8127, *TvC* 2013/6, m.nt. C.M.D.S. Pavillon.
- Rb. Haarlem, sector kanton, locatie Zaandam, 26 juni 2008, *TvC* 2008/5, m.nt. M.B.M. Loos.
- Rb. Arnhem 10 september 2008, *RF* 2009/10 (*Arcantis/Rabobank).*
- Rb. Amsterdam 2 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP6838.
- Rb. Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9035, *Mediaforum* 2011/7-8, nr. 21.
- Rb. Amsterdam 2 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU1596.
- Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273, *JOR* 2012/267, m.nt. C.W.M. Lieverse.
- Rb. Rotterdam 2 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4426.
- Rb. Arnhem, sector kanton, 9 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU4362.
- Rb. 's-Hertogenbosch, sector kanton, 30 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4622.
- Rb. Rotterdam, sector kanton, locatie Middelharnis, 14 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU6285.
- Rb. Middelburg, sector kanton, 22 februari 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BY6918.
- Rb. Haarlem, sector kanton, 25 juli 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX3025.
- Rb. Midden Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9836, *JOR* 2013/76, m.nt. C.W.M. Lieverse.
- Rb. Amsterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2280.
- Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3173.
- Rb. Oost- Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415.
- Rb. Overijssel 25 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3607.
- Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272.
- Rb. Oost-Brabant 22 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4429.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415.
- Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7968.

RECHTBANK ROTTERDAM, AFDELING BESTUURSRECHT, BIJZONDERE COMPETENTIE

- Rb. Rotterdam 18 februari 1998, *AB* 1998/313, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Versatel/OPTA*).
- Rb. Rotterdam 13 september 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA8568, *Computerrecht* 2000/303.

- Rb. Rotterdam 26 februari 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AF5123.
- Rb. Rotterdam 28 oktober 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AV9491.
- Rb. Rotterdam 28 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:AS4473, *JOR* 2005/68, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol.
- Rb. Rotterdam 5 april 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AT3564, *JOR* 2005/126, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol en J.A.F. Peters.
- Rb. Rotterdam 11 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV2607.
- Rb. Rotterdam 11 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU4849, *JOR* 2006/12 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol
- Rb. Rotterdam 10 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6070.
- Rb. Rotterdam 13 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6087.
- Rb. Rotterdam 17 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6269.
- Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY5334.
- Rb. Rotterdam 26 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6259.
- Rb. Rotterdam 22 augustus 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ0135.
- Rb. Rotterdam 4 mei 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA4820, *JOR* 2007/155, m.nt. K. Frielink.
- Rb. Rotterdam 23 oktober 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC1469.
- Rb. Rotterdam 25 november 2008, ECLI:NL:RBROT:2009:BG5385, *JOR* 2009/18.
- Rb. Rotterdam 19 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG8136.
- Rb. Rotterdam 26 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH4580, *JOR* 2009/113, m.nt. P.M. van der Zanden (*FAG Accountants*).
- Rb. Rotterdam 15 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:7027.
- Rb. Rotterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1748, *JOR* 2009/261.
- Rb. Rotterdam 2 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1746.
- Rb. Rotterdam, 6 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2013, *JOR* 2009/233, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol.
- Rb. Rotterdam 16 september 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ8562.
- Rb. Rotterdam 4 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK5632, *JOR* 2010/20.
- Rb. Rotterdam 19 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2008:BG8136, *RF* 2009/36 (*Burghthuys*).
- Rb. Rotterdam 26 april 2010, ECLI:NL:RBROT:BM3076.
- Rb. Rotterdam 25 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL6368.
- Rb. Rotterdam 29 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM5061.
- Rb. Rotterdam 29 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM6488.
- Rb. Rotterdam 20 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM5231 (*Postbank*).
- Rb. Rotterdam 24 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN4885.
- Rb. Rotterdam 11 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:8993.
- Rb. Rotterdam 10 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9381, *JOR* 2010/311 m.nt. S.M.C. Nuyten.
- Rb. Rotterdam 13 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP1903.
- Rb. Rotterdam 7 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1017 (*KSG*).
- Rb. Rotterdam 14 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1281 (*Keukenconcurrent*).
- Rb. Rotterdam 14 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1295 (*Keukenkampioen*).
- Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3835, *JOR* 2011/228, m.nt. V.H. Affourtit (*Mercedes Benz*).
- Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3823, *JOR* 2011/193.

- Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528.
- Rb. Rotterdam 9 juni 2011, ECLI:RBROT:2011:BQ8039, *JOR* 2011/292, m.nt. F.M.A. 't Hart (*Inhout Sales & More*).
- Rb. Rotterdam 21 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8872, *JOR* 2011/231.
- Rb. Rotterdam 13 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR1592.
- Rb. Rotterdam 23 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT2712, *JOR* 2011/369, m.nt. D.J.P. Van Omme.
- Rb. Rotterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU5317.
- Rb. Rotterdam 1 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU6943.
- Rb. Rotterdam 15 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9027.
- Rb. Rotterdam 19 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV2271.
- Rb. Rotterdam 7 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0387, *JOR* 2012/148.
- Rb. Rotterdam 8 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV8617.
- Rb. Rotterdam 22 maart 2012, ECLI:NL RBROT:2012:BW0946.
- Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0869.
- Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358 (*Celldorado*).
- Rb. Rotterdam 14 juni 2012, ECLI:NLRBROT:2012:BW8407.
- Rb. Rotterdam 28 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW9825.
- Rb. Rotterdam 28 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5159.
- Rb. Rotterdam 13 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY6184.
- Rb. Rotterdam 3 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9415, *JOR* 2013/73, m.nt. V.H. Affourtit.
- Rb. Rotterdam 10 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9653.
- Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9417, *JOR* 2013/74, m.nt. J.A. Voerman.
- Rb. Rotterdam 25 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8775.
- Rb. Rotterdam 2 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9269, *JOR* 2013/179, m.nt. D.R. Doorenbos.
- Rb. Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2935.
- Rb. Rotterdam 23 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3454, *JOR* 2013/273, m.nt. M. Nelemans en T. Bird.
- Rb. Rotterdam 25 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0879.
- Rb. Rotterdam 30 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2590.
- Rb. Rotterdam 6 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3466, *JOR* 2013/246, m.nt. J.A. Voerman.
- Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5992.
- Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:Nl:RBROT:2013:5541.
- Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5540.
- Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5538.
- Rb. Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5539.
- Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7139.
- Rb. Rotterdam 10 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6047.
- Rb. Rotterdam 10 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6048.
- Rb. Rotterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1868.
- Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3892.
- Rb. Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9454.

ONAFHANKELIJK POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT

· OPTA 2 april 1999, OPTA/I/99/2027 (*Dutchtone-KPN/OPTA*).
· OPTA 4 november 1999, OPTA/JUZ/99/8050.
· OPTA 16 november 2000, OPTA/G.6.00/2000/203055.
· OPTA 16 november 2000, OPTA/G.16.00/2000/203055.
· OPTA 29 juli 2002, OPTA/I/99/2072.
· OPTA 10 september 2002, OPTA/IBT/2002/202576 (*Tele2*).
· OPTA 23 september 2002, OPTA/IBT/2002/202903.
· OPTA 14 november 2002, OPTA/BO/2005/203168 en OPTA/BO/2005/203171.
· OPTA 5 juni 2003, OPTA/IBT/2003/202083 (*KPN*).
· OPTA 22 oktober 2003, OPTA/IBT/2003/203679 (*KPN*).
· OPTA 28 november 2003, OPTA/JUZ/2003/204074.
· OPTA 9 januari 2004, OPTA/JUZ/2003/204935.
· OPTA 20 februari 2004, OPTA/IBT/2004/200690.
· OPTA 16 juli 2004, G.08.04.
· OPTA 20 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202117.
· OPTA 29 juli 2004, OPTA/IBT/2004/202361 (*Casema*).
· OPTA 24 augustus 2004, OPTA/EGM/2004/203154 (*Versatel/KPN*).
· OPTA 28 oktober 2004, OPTA/JUZ/2004/202142 (besluit op bezwaar: OPTA 20 februari 2004, OPTA/IBT/2004/200690).
· OPTA 2 november 2004, OPTA/IBT/2004/203636 (*KPN/Versatel*).
· OPTA 5 april 2005, OPTA/JUZ/2005/200718.
· OPTA 11 november 2005, OPTA/TN/2005/203184, P.12.05.
· OPTA 24 mei 2007, G.05.07.
· OPTA 25 mei 2007, OPTA/TN/2007/201107.
· OPTA 10 oktober 2007, OPTA/TN/2007/201766.
· OPTA 12 oktober 2007, OPTA/TN/2007/202103, 07.0170.21.
· OPTA 4 februari 2008, OTPA/BO/2007/202571.
· OPTA 1 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201926, 08.0145.21.
· OPTA 11 maart 2009, OPTA/AM/2009/200537, 08.0271.21.
· OPTA 22 oktober 2009, OPTA/ACNB/2009/202753, 09.0181.34.
· OPTA 21 januari 2010, OPTA/AM/2009/202776, 09.0255.21.
· OPTA 10 maart 2010, OPTA/AM/2011/200419, 10.0329.21.
· OPTA 26 april 2010, OPTA/AM/20120/201351, 09.0129.21.
· OPTA 31 mei 2010, OPTA/AM/2010/201321, 09.0065.21.
· OPTA 5 juli 2010, OPTA/ACNB/2010/201930.
· OPTA 10 augustus 2010, OPTA/ACBb/2011/201061.
· OPTA 10 november 2010, OPTA/AM/2010/203269, 10.0328.22.
· OPTA 31 augustus 2011, OPTA/ACNB/2011/201992, 11.0188.34.
· OPTA 17 oktober 2011, OPTA/ACNB/2011/202229.
· OPTA 29 februari 2012, OPTA/ACNB/2012/200363.
· OPTA 5 juni 2012, OPTA/AM/2012/200724.

CONSUMENTENAUTORITEIT

- Sanctiebesluit 5 november 2007 inzake Sana Direct, CA/NB/35/76.
- Sanctiebesluit 23 januari 2008 inzake PostGarant CA/NC/2/67.
- Sanctiebesluit 23 april 2008 inzake UPC, CA/NCB/17.
- Sanctiebesluit 7 augustus 2008 inzake Wizz Mobile Interactive B.V., CA/NB/64/69.
- Sanctiebesluit 4 december 2008 inzake Pretium Telecom B.V., CA/NB/22/200.
- Sanctiebesluit 5 december 2008 inzake Realtonekado.nl, CA/NCB/137/135.
- Sanctiebesluit 26 januari 2009 inzake Smart Media Services B.V., CA/NCB/220/71.
- Sanctiebesluit 23 maart 2009 inzake Tele2 Nederland B.V., CA/NB/106/101.
- Sanctiebesluit 19 november 2009 inzake Keukenconcurrent, CA/NCB/427/32.
- Sanctiebesluit 19 november 2009 inzake Keukenkampioen, CA/NCB/426/32.
- Sanctiebesluit 14 januari 2010 inzake Fotosessie.com, CA/NCB/437/28.
- Sanctiebesluit 17 juni 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/30.
- Sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake Budgetticket e.a., CA/NB/550.
- Sanctiebesluit 26 augustus 2010 inzake 4alltickets e.a., CA/NB/408.
- Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake NEM, CA/NB/527/29.
- Sanctiebesluit 6 september 2010 inzake Nederlandse Energie Maatschappij, CA/NB/527/29.
- Sanctiebesluit 21 september 2010 inzake Garant-o-Matic, CA/NB/544/10.
- Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake PePe Trading B.V., CA/NB/418/37.
- Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake Leisure Tickets & Activities International B.V., CA/NB/421/61.
- Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake Ticket Unlimited B.V., CA/NB/412/59.
- Sanctiebesluit 30 november 2010 inzake www.kaartverkoop.nl, CA/NB/425/46.
- Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Goltex Vertriebs GmbH, CA/NB/529/100.
- Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake Proactief Plus B.V., CA/NB/529/101.
- Sanctiebesluit 7 april 2011 inzake R&S Handelsvertretung GmbH, CA/NB/529/102.
- Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake Mikro Electro, CA/NCB/560/48.
- Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake BCC, CA/NCB/522/71.
- Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake Scheer en Foppen, CA/NCB/559/47.
- Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake De Block's, CA/NCB/535/50.
- Sanctiebesluit 26 mei 2011 inzake Harense Smit, CA/NCB/534/51.
- Sanctiebesluit 27 mei 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/26.
- Sanctiebesluit 14 september 2011 inzake Dutch Entertainmentservices, CA/NB/689/54.
- Sanctiebesluit 26 februari 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/16.

Besluiten op bezwaar

- Besluit op bezwaar 2 juli 2010 inzake Keukenconcurrent, CA/NB/ 427/64.
- Besluit op bezwaar 2 juli 2010 inzake Keukenkampioen, CA/NB/426/64.
- Besluit op bezwaar 17 februari 2011 inzake Fotosessie, CA/NCB/437/86.
- Besluit op bezwaar 3 maart 2011 inzake Celldorado, CA/NB/510/87.
- Besluit op bezwaar 26 april 2011 inzake Budgetticket en Worldticketshop, CA/NB/576/23.
- Besluit op bezwaar 20 mei 2011 inzake NEM, CA/NB/527/68.

· Besluit op bezwaar 20 december 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/57.
· Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Goltex, CA/NB/694/41.
· Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake Pro-Actief Plus B.V., CA/NB/691/41.
· Besluit op bezwaar 31 januari 2012 inzake R&S Handelsvertretung GmbH, CA/NB/692/32.
· Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake Mikro Electro, CA/NCB/560/96.
· Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake Scheer en Foppen, CA/NCB/559/95.
· Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake De Block, CA/NCB/535/101.
· Besluit op bezwaar 24 april 2012 inzake Harense Smit, CA/NCB/534/98.
· Besluit op bezwaar 24 oktober 2013 inzake Ryanair, CA/IB/878/27.

Adviezen BAC

· Advies BAC 27 augustus 2010 inzake Fotosessie.com B.V., CA/NCB/437/85.
· Advies BAC 7 december 2010 inzake Celldorado, CA/NB/510/86.
· Advies BAC 7 november 2011 inzake Greenchoice, CA/NB/661/56.

AUTORITEIT CONSUMENT EN MARKT

Telecom

· ACM 4 december 2013, ACM/DC/2013/203436_OV.
· ACM 17 december 2013 ACM/DTVP/2013/204296_OV inzake BTD& BDN vs. Novec & Omroepmasten.

Consumentenrecht

· Sanctiebesluit 10 september 2014 inzake KLM, ACM/DJZ/2014/204921_OV.
· Sanctiebesluit 11 december 2014 inzake WTC, ACM/DJZ/2015/200199.
· Sanctiebesluit 30 april 2015 inzake Lecturama, ACM/DJZ/2015/202277_OV.
· Sanctiebesluit 1 juli 2015 inzake Calatus, ACM/DJZ/2015/203593_OV.
· Sanctiebesluit 29 juli 2015 inzake Gewoon Energie, ACM/DC/2015/204593.
· Sanctiebesluit 14 september 2015 inzake Energieflex, ACM/DC/2015/204709.
· Sanctiebesluit 26 mei 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/202336_OV. Sanctiebesluit 9 juni 2016 inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/403307_OV.
· Sanctiebesluit 16 juni 2016 inzake Corendon, ACM/DJZ/2016/203244_OV.
· Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Shoebaloo, ACM/DJZ/2016/205657_OV.
· Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Coolcat, ACM/DJZ/2016/205693_OV.
· Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Bever, ACM/DJZ/2016/205691_OV.
· Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake Hipvoordeheb, ACM/DJZ/2016/205645.
· Sanctiebesluit 28 september 2016 inzake KiesdejuistesportBH, ACM/DJZ/2016/205695.

Besluiten op bezwaar

- Besluit op bezwaar 24 november 2016, inzake T.O.M., ACM/DJZ/2016/206888_OV.
- Besluit op bezwaar 6 december 2016 inzake Huurbegeleiding en Financial Media, ACM/DJZ/2016/207273_OV.
- Besluit op bezwaar 9 februari 2017 inzake Shoebaloo, ACM/DJZ/2017/200716_OV.
- Besluit op bezwaar 19 januari 2017 inzake Hipvoordeheb, ACM/DJZ/2017/200172_OV.
- Besluit op bezwaar 19 januari 2017 inzake Kiesdejuistesportbh, ACM/DJZ/2017/200174_OV.

AUTORITEIT FINANCIËLE MARKTEN

- Besluit AFM 27 mei 2008 inzake CKB Finance B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2008/ckb-finance-bv.ashx.
- Besluit AFM 29 oktober 2008 inzake Naber, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/naber-bv.ashx.
- Besluit AFM 6 februari 2009 inzake Postbank, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/postbank-nv.ashx.
- Besluit AFM 3 april 2009 inzake Todon, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/topdon-bv.ashx.
- Besluit AFM 5 mei 2009 inzake DSB Bank, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/dsb-art4-23-wft.ashx.
- Besluit AFM 25 mei 2009 inzake Credit Select, http://www.afm.nl/nl/nieuws/2009/feb/boete_credit_select.aspx.
- ook Besluit AFM 26 mei 2009 inzake Drieman/Huis & Hypotheek Woerden, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/drieman.ashx.
- Besluit AFM 8 juli 2009 inzake EPB Verzekeringen, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/epb-verzekeringen.ashx.
- Besluit AFM 12 augustus 2009 inzake SNS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/sns-bank-nv.ashx.
- Besluit AFM 18 augustus 2009 inzake LeenSysteem B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/leensysteem-bv.ashx.
- Besluit AFM 2 oktober 2009 inzake QuaRendum Epe, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/quarendum-epe-bv.ashx.
- Besluit AFM 30 oktober 2009 inzake Hypodroom Financiële Dienstverlening, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/hypodroom-fin-dienstverl.ashx.
- Besluit AFM 9 december 2009 inzake Assurantiekantoor Van Ek, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/boete_ek.ashx.
- Besluit AFM 21 september 2009 inzake World of Credit, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2009/world-of-credit.ashx.
- Besluit AFM 8 januari 2010 inzake Mr Credit, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/mr-credit.ashx.
- Besluit AFM 11 januari 2010 inzake Decapolis, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/decapolis.ashx.

· Besluit AFM 5 februari 2010 inzake Fortis, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/fortis-besluit-sanv.ashx.
· Besluit AFM 10 februari 2010 inzake Direct Verzekeren, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/direct-verzekeren.ashx.
· Besluit AFM van 8 april 2010 inzake MBFS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2014/mercedes-benz.ashx.
· Besluit AFM 20 april 2010 inzake ELQ, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/elq.ashx.
· Besluit AFM 28 mei 2010 inzake Interfinans, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/interfinans.ashx.
· Besluit AFM 30 juni 2010 inzake Global marketing Solutions B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/global-marketing-solutions.ashx.
· Besluit AFM 8 juli 2010 inzake Krediethuis, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/krediethuis.ashx.
· Besluit AFM 15 juli 2010 inzake Lancelot Vermogensbeheer, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/lancelot.ashx.
· Besluit AFM 23 juli 2010 inzake Zeker Zanen, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/zeker-zanen.ashx.
· Besluit AFM 24 september 2010 inzake Rabobank Nederland, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/rabobank-423wft.ashx.
· Besluit AFM 24 september 2010 (115 BGfo) inzake Rabobank, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/rabobank-115bgfo.ashx.
· Besluit AFM 11 januari 2011 inzake Decapolis, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/decapolis.ashx.
· Besluit inzake DFD 23 maart 2011, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/de-fin-dienstverleners.ashx.
· Besluit AFM 22 april 2011 inzake DTC, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/dtc.ashx.
· Besluit AFM 17 mei 2011 inzake Inhout Sales & More B.V., http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/boete-inhout-sales-more-bv.ashx.
· Besluit AFM 21 juli 2011 inzake Friesland Bank N.V. http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2012/friesland-bank.ashx.Besluit AFM 22 december 2011 inzake AvéWé Holding, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2012/avewe-holding.ashx.
· Besluit AFM 9 november 2011 inzake Ernst en Young, http://www.afm.nl/en/~/media/files/boete/2012/ernst-young.ashx.
· Besluit AFM 15 februari 2012 inzake Deloitte, http://www.afm.nl/en/~/media/files/boete/2012/deloitte.ashx.
· Besluit AFM 11 mei 2012 inzake NCIC, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2012/ncic-mei.ashx.
· Besluit AFM 16 april 2014 inzake Dela, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2014/dela.ashx.
· Besluit AFM 1 juli 2016 inzake BinckBank, https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2016/jul/boete-binckbank-misleidende-reclames.

Besluiten op bezwaar

- Besluit op bezwaar AFM 5 oktober 2009 inzake DSB, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/dsb_besliss_bezwaar_art434_1_2_wft.ashx.
- Besluit op bezwaar AFM 14 december 2009 inzake Leensysteem, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2010/beslissing-bezwaar/bb-leensysteem.ashx.
- Besluit op bezwaar AFM 5 augustus 2010 inzake ELQ, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2011/beslissing-bezwaar/bb-elq.ashx.
- Besluit op bezwaar AFM 9 september 2010 inzake MBFS, http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2014/beslissing-bezwaar/mercedes-benz-bob.ashx.
- Besluit op bezwaar AFM 6 februari 2012 AFM inzake Friesland Bank http://www.afm.nl/~/media/files/boete/2012/beslissing-bezwaar/bb-friesland-bank.ashx.

Index

A

Aanmerkelijke marktmacht | 3.3.1.1, 3.3.2.2, 3.6.3, 3.6.5
· Relevante markt | 3.3.2.2
Aantasten van overeenkomst (art. 1:75 Wft) | 5.5.3.1, 5.6.6, 5.7, 6.3.6
Aanwijsbevoegdheid | 5.5.3.1, 5.6.6
Amendement-Vos | 4.4.2
ACM | 3.4.2,4.4.3
AFM | 5.5.2, 5.5.3
Algemeen belang | 1.1, 2.3.2
Antenne-opstelpunten | 3.5.2.2, 3.6.2
A-organen | 2.3.1

B

Bedrog | 2.2.2, 4.5.3.3
Benoeming curator | 5.5.3.1
Bepaalbaarheidsverbod | 1.4, 2.7.3, 4.5.3.3, 4.6, 5.6.4.2, 5.6.4.4, 5.7, 6.3.3
Best execution-verplichting | 5.3.4.2
Bestuurlijke boete | 2.3.3, 3.7.2, 4.4.4, 5.5.3.2, 6.3.2.2, 6.2.4
B-organen | 2.3.1
*Business-to-business*overeenkomsten | 3.5.4.2

C

Coherentie | 6.4.2, 6.4.5
Collectieve actie | 2.2.2, 2.6.2.3, 4.4.4, 6.4.4.2
Complementariteit | 6.4.3, 6.4.3.1, 6.4.3.2, 6.4.3.3
Consumentenacquis | 4.3.3
Consumentenautoriteit | 4.1, 4.4.2
Consumentenbescherming | 4.2.2
Consumer redress | 6.4.4.2
Contactorgaan Hypothecair Financiers | 5.6.3.9
Contractvrijheid | 2.2.1.1, 3.5.3.2, 3.9, 4.2.3
Coördinatie 6.4.3.1

D

Derde belanghebbende | 3.7.2.2
Duaal stelsel | 4.4.2, 4.4.4, 4.4.6
Dwaling | 2.2.2, 5.6.3.4

E

Effectiviteit privaatrecht | 2.6.1, 2.6.2
ESMA | 2.6.6, 5.2.5
Executoriale titel | 3.7.3
Ex ante handhaven | 1.2, 2.6.2.1, 3.4.3
Ex post handhaven | 1.2, 2.6.2.1, 5.1.2

F

Formele rechtskracht | 3.7.3
FTA-tarieven | 3.6.4

G

Gebod- en verbodsactie | 2.2.2
Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF) | 5.6.4.2
Gedragstoezicht | 5.4.2, 5.4.2.1, 5.5.1, 5.5.2
Gemiddelde consument 4.3.4, 4.5.3.2, 4.5.3.3, 4.6, 5.6.5.3, 6.4.4.4
Geschilbeslechting 3.4.3, 3.5, 3.9, 6.3.7, 6.4.4.3
· Precontractuele fase | 3.5.3, 3.9, 6.3.7.3
· Contractuele fase | 3.5.4, 3.9, 6.3.7.4
Grijze lijst (handelspraktijken) | 4.4.2,
Guidance | 1.4, 2.7.3, 5.6.3.8, 5.7.

H
Heronderhandelingsplicht | 3.6.2, 3.8.3, 3.8.4
Herstelkarakter privaatrechtelijke handhaving | 2.6.2.2
Hybride handhaving | 6.4.4, 6.4.4.1, 6.4.4.2, 6.4.4.3, 6.4.4.4, 6.4.4.5, 6.4.5

I
Incorporatie privaatrechtelijke regels | 1.3
Incumbent | 3.2.1
Informatieplicht
· In het BW | 4.5.2, 4.5.2.7, 5.6, 5.6.2.2, 5.6.2.4, 5.6.2.5, 5.7
· In de Tw | 3.5.2.4
· In de Wft | 5.6, 5.6.2.1, 5.6.2.3, 5.6.2.4, 5.7, 6.3.2.3
Interne markt | 2.6.2.5
Interconnectie | 3.4.3, 3.5.2.3
Intrekken, wijzigen, beperken van vergunning | 5.5.3.2
Iustum pretium-leer | 2.2.1.2, 3.6, 3.6.5, 3.9, 4.2.3, 5.6.7, 5.7, 6.3.4

K
Kaderstellende Visie op Toezicht | 2.7.2
Ken-uw-cliënt-beginsel | 1.3, 5.3.4.1, 5.6.2.5, 5.6.3.4, 5.6.3.8, 5.6.3.10, 5.7
Kostenoriëntatie | 3.6.3, 3.6.5

L
Lamfalussy-wetgevingsprocedure | 5.3.1, 5.3.4
Last onder bestuursdwang | 2.3.3, 3.7.1, 3.7.6
Last onder dwangsom | 2.3.3, 3.7.1, 3.7.2, 3.7.6, 4.4.4, 5.5.3.1, 6.3.2.2, 6.2.4
Legaliteitsbeginsel
· Open normen # 2.7.3, 4.5.3.5, 4.6, 5.6.3.9, 6.3.3, 5.6.3.10, 6.3.3
Level playing field | 3.2.2, 4.1, 5.1.2, 5.2.4, 5.4.3, 5.6.2.5, 6.2.3
Liberalisering | 1.6, 2.6.5, 3.2.1, 3.2.2, 3.6.4, 4.4.5
Luchtvaartverordening | 4.5.2.6, 6.4.4.4

M
Market in Financial Instruments Directive (MiFID) | 5.2.4, 5.3.4, 5.6.2.5, 6.3.2.3
Marktdenken | 2.3.2
Marktregulering/Marktwerking | 1.1, 2.2.3, 2.6.1, 2.6.2.5, 3.2.1, 3.6.5, 4.1, 4.4.5
Markttoegang | 3.3.2.2
Maximumharmonisatie | 5.2.4, 5.2.6, 5.6.2.5, 6.3.2.3
Mededingingsrecht | 2.5
Misleiding | 5.6, 5.6.5, 5.6.2.5

N
Nationaal Regelgevende Instantie | 3.2.2, 3.3.1.1
Netwerkmarkt | 3.2.1, 3.6.2, 3.6.5, 3.9, 6.2.3, 6.4.1, 6.4.4.4
Nietigheid | 2.2.2, 3.8, 3.8.3, 3.8.4,3.9, 5.4.2.2, 6.3.7.4
Nieuw Regelgevend Kader | 3.2.2, 3.3.1.1

O
Onderhandelingsplicht | 3.5.2.5, 6.3.7.3
Oneerlijke handelspraktijken | 4.3.4, 4.5.3.2
· Agressieve handelspraktijken | 4.3.4, 4.5.3.3
· Misleidende handelspraktijken | 4.3.4, 4.5.3.4
Onrechtmatige daad | 2.2.2, 3.7.5
Onverschuldigde betaling | 3.7.3
Opzegmogelijkheden in de Tw | 3.5.5.2
Overkreditering | 5.6, 5.6.4.2, 5.6.4.3
OPTA | 3.4.1

P
Precontractuele fase | 3.5.2, 4.5.2, 5.6.2, 6.3.7.3

Preventief effect privaatrechtelijke handhavingsmiddelen | 2.6.2, 2.6.2.1
Principle based regelgeving | 5.6.3.9, 5.6.3.10
Privaatrechtelijk geaarde regels | 1.3
Prudentieel toezicht | 5.4.2, 5.4.2.1, 5.5.1, 5.5.2
Public choice-theorie | 2.3.2
Public interest-theorie | 2.3.2
Publiek belang | 2.6.2.3

R
Rechtszekerheidsbeginsel | 3.8.2, 3.8.4
Redelijke prijs | 3.6.1, 3.6.2
Redelijk verzoek | 3.6.2
Regulatory compensation | 6.4.4.2
Regulatory private law | 1.4, 2.5
Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken | 4.3.4

S
Samenloop boetes | 4.5.2.1, 4.5.3.4, 4.5.3.5, 4.6, 6.3.5
Schadevergoeding na onrechtmatige daad | 2.2.2, 3.7.5
Sui generis besluiten | 3.4.3
Systeemfalen | 1.2

T
Terugwerkende kracht | 3.8, 3.8.1, 3.8.2, 3.8.4, 3.9
Toezichthouders | 2.6, 6.3.5
- Discretionaire bevoegdheden | 2.7.5
- Economische gronden | 2.6.3
- Functie | 2.6.3
- Knelpunten | 2.7, 6.3.5
- Niet-economische gronden | 2.6.3
- Onafhankelijkheid | 2.7.2, 4.6, 6.3.5
- Prioritering | 2.7.4

Twin peak model | 5.4.2, 5.4.3, 5.5.1

U
Uitleg van overeenkomsten | 3.5.4.2

V
Vernietigbaarheid | 2.2.2
Verordening 2006/2004 | 2.6.5, 4.3.1, 4.3.2, 4.4.3
Verrekening | 3.7.4
Vertalen privaatrechtelijke regels | 1.3
Vertraagde reciprociteit | 3.6.4
Voeging civiele partij | 6.4.4.2

W
Waarschuwingsplicht | 5.6.3.3, 5.6.3.4
Wet handhaving consumentenbescherming | 4.3.3, 4.4.2
Wilsvertrouwensleer | 3.5.4.1

Z
Zelfregulering | 4.1, 4.3.3, 4.4.5, 4.5.3.2, 5.6.4.2, 5.6.4.3, 5.6.4.4, 6.3.5, 6.4.4.1.
Zorgplicht | 5.6, 5.7
- Bijzondere zorgplicht | 5.6.2.1, 5.6.3.1, 5.6.3.2, 5.6.3.3, 5.7
- Jegens derden | 5.6.3.6
- Overkreditering | 5.6.4

Zwarte lijst (handelspraktijken) | 4.4.2, 4.5.3.3

Curriculum vitae

René Hage is geboren te Gouda in 1982. In 2000 heeft hij VWO-eindexamen gedaan. Van 2001 tot en met 2005 heeft hij aan de Universiteit Utrecht Nederlands recht gestudeerd, alwaar hij zijn doctoraal heeft behaald. In het studiejaar 2005/2006 heeft René een LLM European Community Law aan de University of Essex gevolgd. Hij heeft deze master *with distinction* afgerond. Van 2007 tot en met 2011 is hij werkzaam geweest als advocaat op de vastgoedafdeling bij Van Diepen Van der Kroef Advocaten. In 2012 is hij in dienst getreden van de Universiteit Leiden waar hij als PhD en junior-docent aan het onderhavige proefschrift heeft gewerkt. Sinds 2016 is René werkzaam als medewerker bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2016 en 2017 verschenen:

MI-259 S. Tjandra, *Labour Law and Development in Indonesia* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6203 981 0

MI-260 R.H.C. van Kleef, *Liability of football clubs for supporters' misconduct. A study into the interaction between disciplinary regulations of sports organisations and civil law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016, ISBN 978 94 6236 670 1

MI-261 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden & H.A. ten Oever (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion*, BWKJ nr. 30, Deventer: Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 725 5

MI-262 P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, ISBN 978 94 6290 235 0

MI-263 W. Wels, *Dead body management in armed conflict: paradoxes in trying to do justice to the dead*, (Jongbloed scriptieprijs 2015), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9003 825 9

MI-264 E.A. Fredericks, *Contractual Capacity in Private International Law,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016

MI-265 J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands: legal principles versus practical reality,* Research Report, Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016, ISBN 978 94 6236 687 9

MI-266 B.E.E.M. Cooreman, *Addressing global environmental concerns through trade measures: Extraterritoriality under WTO law from a comparative perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016

MI-267 J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 8219 685 6

MI-268 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht,* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 885 6

MI-269 D. van der Blom, *De verhouding van staat en religie in een veranderende Nederlandse samenleving,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6328 032 7

MI-270 J.M. Hartmann, *A blessing in disguise?! Discretion in the context of EU decision-making, national transportation and legitimacy regarding EU directives,* (diss. Leiden), Amsterdam University Press 2016.

MI-271 J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten,* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016

MI-272 J. Wang, *Trends in social assistance, minimum income benefits and income polarization in an international perspective*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2016, ISBN 978 94 6233 3734

MI-273 A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie,* Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 988 4

MI-274 E.J.M. Vergeer, *Regeldruk vanuit een ander perspectief. Onderzoek naar de beleving van deregulering bij ondernemers*, (diss. Leiden)

MI-275 J.J. Oerlemans, *Investigating Cybercrime,* (diss. Leiden), Amsterdam: Amsterdam University Press 2017, ISBN 978 90 8555 109 6

MI-276 E.A.C. Raaijmakers, *The Subjectively Experienced Severity of Imprisonment: Determinants and Consequences,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing, 2016, ISBN 978 94 0280 455 3

MI-277 M.R. Bruning, T. Liefaard, M.M.C. Limbeek, B.T.M. Bahlmann, *Verplichte (na)zorg voor kwetsbare jongvolwassenen?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2016, ISBN 978 94 624 0351 2

MI-278 A.Q. Bosma, *Targeting recidivism. An evaluation study into the functioning and effectiveness of a prison-based treatment program*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016

MI-279 B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. Ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, ISBN 978 94 6290 392 0

MI-280 J. Tegelaar, *Exit Peter Paul? Divergente toezichthoudersaansprakelijkheid in de Europese Unie voor falend financieel toezicht, bezien vanuit het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming*, (Jongbloed scriptieprijs 2016), Den Haag: Jongbloed 2017, ISBN 978 90 8959 129 6

MI-281 P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and with-in criminal law and criminology*, Den Haag: Boom 2017, ISBN 978 94 6290 390 6

MI-282 J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-283 D.V. Dimov, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 578 9

MI-284 T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, (diss. leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 413 0

MI-285 A. Tonutti, *The Role of Modern International Commissions of Inquiry. A First Step to Ensure Accountability for International Law Violations?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-286 W. de Heer, *Gelijkheid troef in het Nederlandse basisonderwijs*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 028 0697 7

MI-287 J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, ISBN 978-94-6290-427-9

MI-288 D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty. Designing an instrument to modernise international tax law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-289 L. Kovudhikulrungsri, *The Right to Travel by Air of Persons with Disabilities*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-290 C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017, ISBN 978 90 131 4651 6