



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



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

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-Medingingsrecht-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 vollediger 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 markspelers 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 onderzoeksterreinen 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 Energieflex¹³ 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 publiekrecht-

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 privaatrecht 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/Bourgonje²² 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 effectenleasezaken²⁴ 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 marktpelers 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 Sütö 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 toezichhouders. 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 gearde 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 gearde 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 toepasbaar is op de onderhandelingsplicht uit de Tw.

Het leerstuk van de precontractuele fase⁷⁴ 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 telecomaanhouders 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. Cherednychenko, '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. Cherednychenko, '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 beginse-len 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. Sütö, '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 privaatrecht 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 verhaal¹⁰⁴ 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 handhavingsswijze 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 plegen¹¹³ 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/EU¹¹⁸ 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 privaatrecht 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 sector-specifieke 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 onder 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 intergouvernementele 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.aspx?=\(documentsource:EESC\)dossiername:SC\)dossiernumber:41\)\(documentlanguage:EN\)](http://dm.eesc.europa.eu/EESCDocumentSearch/Pages/redresults.aspx?=(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 bestraftte 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-including-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 Rights 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 financiële 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 sanctiëring 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 achter 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 Consultation on Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform’ te raadplegen op: www.csls.ox.ac.uk/documents/1207ResponseToUKBISonConsultationOnCompetitionPrivateActions.pdf 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 heen-gekeken 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 effectenin- stelling om te bewerkstelligen dat beleggers die door overtreding van de regel- geving 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 mee- wegen om zo ook de privaatrechtelijke gevolgen van de overtreding te redres- seren. Dat is immers wel een manco bij bestuursrechtelijke handhaving.

In het mededingingsrecht is met de implementatie van Richtlijn 2014/104/ EU¹⁵³ 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 reactie¹⁵⁴ 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 uitzonderingsgeval 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 privaatrecht en publiekrecht gedacht te worden. Consumer redress is hier slechts een voorbeeld van.¹⁵⁸

Een ander voordeel van hybride handhaving 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 procedure 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.

