

De duale handhaving van het privaatrecht in Europees en Nederlands perspectief

*Prof. dr. O.O. Cherednychenko**

1. Inleiding

Van oudsher wordt het privaatrecht langs de privaatrechtelijke weg gehandhaafd. De rechtvaardigheid tussen private partijen staat daarbij centraal: het privaatrecht tracht in eerste instantie het evenwicht te waarborgen tussen de belangen van de partijen. Daartoe hebben zij wederzijdse rechten en plichten. Bij schending daarvan kan de benadeelde zich wenden tot de burgerlijke rechter of een orgaan voor alternatieve geschillenbeslechting (*alternative dispute resolution (ADR)*) en gebruik maken van een van de karakteristieke privaatrechtelijke handhavingsinstrumenten, zoals een vordering tot schadevergoeding. Privaatrechtelijke handhaving is daarmee vooral gericht op compensatie.

Echter, met de opkomst van de markregulering op het privaatrechtelijke vlak, oftewel ‘*regulatory private law*’,¹ met name op EU-niveau,² worden regels die betrekking hebben op verhoudingen tussen private partijen, ook langs de publiekrechtelijke weg gehandhaafd.³ Markttoezichthouders, zoals de Autoriteit Consument & Markt (ACM), Autoriteit Financiële Markten (AFM) en Autoriteit Persoonsgegevens (AP) in Nederland, kunnen bestuursrechtelijke sancties, zoals een bestuurlijke boete, opleggen aan de marktpartijen die hun verplichtingen jegens afnemers van hun producten of diensten, zoals consumenten, beleggers of individuen wiens persoonsgegevens worden verwerkt (oftewel betrokkenen), niet naleven. Bestuursrechtelijke handhaving is voornamelijk gericht op afschrikking. De effectiviteit van de markregulering die het privaatrecht als instrument inzet om publieke doelen, zoals duurzame ontwikkeling, consumentenbescherming en financiële stabiliteit, te bewerkstelligen, staat daarbij centraal.

De duale – publiek- en privaatrechtelijke – handhaving van het privaatrecht in de gereguleerde sectoren roept veel vragen op over de onderlinge verhouding tussen deze handhavingssystemen.⁴ De hoofdvraag van deze bijdrage is: in hoeverre zijn de publiek- en privaatrechtelijke handhaving goed op elkaar afgestemd om hun kernfuncties –

* Prof. dr. Olha O. Cherednychenko is Hoogleraar Europees Privaatrecht en Rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Groningen.

¹ H.-W. Micklitz, ‘The Visible Hand of European Regulatory Private Law’, *Yearbook of European Law* 2009/28, p. 3.

² Zie nader O.O. Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law: The Quest for Reconciliation in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press (nog te verschijnen).

³ Zie bijv. W.H. van Boom, ‘Collectieve handhaving van het consumentenrecht’, in M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 129; O.O. Cherednychenko, ‘Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële ‘toezichtprivaatrecht’ en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht’, *RM Themis* 2012/5, p. 223; H.-W. Micklitz, ‘Administrative Enforcement of European Private Law’, in R. Brownsword e.a. (red.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 563; C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*, Deventer: Wolters Kluwer, 2017; O.O. Cherednychenko, ‘Public and Private Enforcement of EU Digital Space Private Law’, *European Review of Private Law* 2025/5 (nog te verschijnen).

⁴ Zie nader Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law*.

respectievelijk afschrikking en compensatie – optimaal te kunnen vervullen, en hoe kan het beter? De problematiek van de samenloop tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving bevindt zich op het snijvlak van Europees en nationaal recht enerzijds en publiek- en privaatrecht anderzijds. Hoewel de focus van deze bijdrage ligt op de ontwikkelingen in het Nederlandse privaatrecht, wordt de verhouding tussen nationaal publiek- en privaatrecht in toenemende mate ingegeven door het EU-recht. Het beantwoorden van de hoofdvraag vergt dan ook een integrale benadering van de verhouding tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving vanuit Europeesrechtelijk en intern rechtsvergelijkend perspectief.

Het begrip ‘privaatrecht’ wordt in de huidige context in ruime zin opgevat als een systeem van rechtsregels die van invloed zijn op de betrekkingen tussen private partijen. Dergelijke regels van Europese oorsprong reguleren de activiteiten van verschillende categorieën marktdeelnemers en zijn in het nationale recht te vinden zowel in het publiek recht als in het privaatrecht. Onder ‘publiekrechtelijke handhaving’, oftewel ‘bestuursrechtelijke handhaving’, wordt verstaan de handhaving van het privaatrecht door markttoezichthouders en de bestuursrechter met gebruikmaking van traditionele bestuursrechtelijke middelen, zoals een aanwijzing, een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom. De hybride handhavingvormen waarin toezichthouders betrokken worden bij de afwikkeling van massaschade, worden hier buiten beschouwing gelaten.⁵ ‘Privaatrechtelijke handhaving’ wordt opgevat als de handhaving van het privaatrecht door private partijen door middel van een procedure bij de burgerlijke rechter of een ADR-orgaan met inzet van klassieke privaatrechtelijke remedies, zoals schadevergoeding, nietigheid, vernietiging en ontbinding. Die kan een vorm aannemen van individuele handhaving waarbij een procedure wordt gestart door een individu, of collectieve handhaving waarbij groepen van individuen of belangenorganisaties naar de civiele rechter stappen.

In het navolgende bespreek ik allereerst de invloed van het EU-recht op de keuze voor de inzet van publiek- of privaatrechtelijke handhavingsinstrumenten in het nationale recht, en daarmee op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht in het Europese en nationale recht. (par. 2). Achtereenvolgens ga ik in op de effectiviteit van privaatrechtelijke handhaving (par. 3), verschillen tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving (par. 4), knelpunten bij duale handhaving in de praktijk (par. 5), de gehoudenheid tot coördinatie tussen civiele en bestuursrechtelijke procedures op grond van het Unierecht (par. 6), de gevolgen en de meerwaarde van de handhavingssamenloop voor de ontwikkeling van het privaatrecht en het bestuursrecht (par. 7) en de rol van de burgerlijke rechter in het duale handhavingsschap (par. 8). Ik sluit af met een slotbeschouwing waarin ik wensen formuleer voor de dialoog tussen publiek- en privaatrecht (par. 9).

2. De verhouding tussen publiek- en privaatrecht

2.1 Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in het EU-recht

Het EU-recht erkent niet – althans niet uitdrukkelijk – het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht zoals dat in de nationale rechtssystemen tot ontwikkeling is gekomen. Lidstaten genieten doorgaans de vrijheid om bij de omzetting van een Europese richtlijn in het nationale recht de vorm en middelen te kiezen. De Europees privaatrechtelijke normen, zoals regels inzake oneerlijke handelspraktijken, informatie- en onderzoeksplichten en het verbod op

⁵ Zie hierover O.O. Cherednychenko, ‘Regulatory Agencies and Private Damages in the EU: Bridging the Gap between Theory and Practice’, *Yearbook of European Law* 2021/40, p. 146; Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law*, hfst. 4.

overkreditering, worden door lidstaten niet alleen geïmplementeerd in het privaatrecht, maar ook in het publiekrecht, of in beide, met de ontwikkeling van hybridevormen van regelgeving, zoals wat ik ‘Europees toezichtprivaatrecht’⁶ heb genoemd, tot gevolg.

Tegelijkertijd is het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niet helemaal irrelevant voor het EU-recht.⁷ Sommige Europese regelingen, zoals de Richtlijn oneerlijke bedingen (1993/13/EEG), de Platform-to-Business (P2B) Verordening ((EU) 2019/1150) en de Richtlijn productaansprakelijkheid ((EU) 2024/2853), rusten partijen uit met privaatrechtelijke rechten en zelfs remedies bij schending ervan. Andere daarentegen, zoals de Richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG), *Markets in Financial Instruments Directive II* (MiFID II-richtlijn 2014/65/EU) en de Artificiële intelligentie (AI)-verordening ((EU) 2024/1689), bevatten gedragsregels voor privaatrechtelijke verhoudingen, maar plaatsen deze in het publiekrechtelijke toezicht- en handhavingskader. Weer andere Europese regelingen, zoals *Payment Services Directive 2* (PSD2-richtlijn (EU) 2015/2326), de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) ((EU) 2016/679) en de Digitale dienstenverordening (*Digital Services Act* (DSA)) ((EU) (2022/2065)), voorzien zowel in publiek- als privaatrechtelijke handhavingsinstrumenten. Het juridische taalgebruik (*legal grammar*) in Europees privaatrechtelijke harmonisatiemaatregelen kan dus publiekrechtelijk, privaatrechtelijk of hybride (publiek- en privaatrechtelijk) zijn.

2.2 De gevolgen voor handhaving

De keuze voor publiekrecht, privaatrecht of beide op EU-niveau is mede bepalend voor de wijze waarop richtlijnen en verordeningen van Europese komaf worden gehandhaafd op nationaal niveau en voor de verhouding tussen zowel Europees en nationaal privaatrecht als publiek- en privaatrecht.⁸ De op het privaatrecht georiënteerde en hybride harmonisatiemaatregelen laten de nationale wetgevers doorgaans geen andere keuze dan de relevante (component van de) EU-maatregel te integreren in het privaatrechtelijke stelsel en deze langs de privaatrechtelijke weg, eventueel naast de bestuursrechtelijke weg, te handhaven. Zo werd de door het privaatrecht gekleurde minimumharmonisatie Richtlijn oneerlijke bedingen, die consumenten beoogt te beschermen tegen oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden en bepaalt dat zulke bedingen de consument niet binden, in Nederland omgezet in het Burgerlijk Wetboek (BW). Volgens artikel 6:233 sub a BW is een onredelijk bezwarend beding in algemene voorwaarden vernietigbaar.

Ook de hybride PSD2-richtlijn werd in Nederland voor een belangrijk deel geïntegreerd in het privaatrechtelijke stelsel. Deze maximumharmonisatie richtlijn beoogt in eerste instantie concurrentie en innovatie in de betaalsector te bevorderen, maar tegelijkertijd ook een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen. Naast de op het publiekrecht georiënteerde bepalingen betreffende de vergunningverlening aan en het toezicht op betaaldienstverleners, bevat de PSD2 ook een sterk door het privaatrecht gekleurd deel

⁶ Cherednychenko, *RM Themis* 2012/5, p. 223; O.O. Cherednychenko, ‘Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?’, *European Review of Private Law* 2014/22, p. 37.

⁷ Zie hierover O.O. Cherednychenko, ‘Rediscovering the Public/Private Divide in EU Private Law’, *European Law Journal* 2020/26, p. 27; O.O. Cherednychenko, ‘Financial Regulation and Civil Liability in European Law: Towards a More Coordinated Approach?’, in O.O. Cherednychenko and M. Andenas (eds.), *Financial Regulation and Civil Liability in European Law* (Cheltenham: Edward Elgar 2020), p. 12, 14 e.v.; Cherednychenko, *European Review of Private Law* 2025.

⁸ O.O. Cherednychenko, ‘Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law’, *Modern Law Review* 2021/84, p. 1249; O.O. Cherednychenko, ‘De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht’, *RM Themis* 2022/4, p. 142. Vgl. K.J.O. Jansen, ‘Reflexwerking van Europees privaatrecht’, *NTBR* 2022/1, p. 1, 3.

bestaande uit de (pre)contractuele verplichtingen, waaronder informatieplichten, van deze dienstverleners jegens betaaldienstgebruikers en de aansprakelijkheidsregels. Gezien de vervlechting van publiek- en privaatrechtelijke componenten in de PSD2, werd de privaatrechtelijke component van de richtlijn, inclusief de aansprakelijkheden, grotendeels in het BW opgenomen,⁹ maar de informatieplichten werden geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en aldus vertaald in de financieel toezichtrechtelijke normen van publiekrechtelijke aard.¹⁰ Tegelijkertijd heeft de Nederlandse wetgever naar deze informatieplichten in het BW verwezen¹¹ en daarmee hun werking in privaatrechtelijke verhoudingen tussen betaaldienstverleners en gebruikers bewerkstelligd. Een duidelijke oriëntatie van sommige onderdelen van de PSD2 op het privaatrecht lijkt de Nederlandse wetgever ertoe te hebben aangezet voor deze oplossing te kiezen.¹²

De op het publiekrecht georiënteerde harmonisatiemaatregelen maken daarentegen overwegend deel uit van het publiekrechtelijke toezicht- en handhavingskader op nationaal niveau. Een goed voorbeeld daarvan bieden de EU-maatregelen ter bescherming van beleggers – de MiFID II-richtlijn en haar voorganger, de MiFID I-richtlijn (2004/39/EG) – die voorzien in maximumharmonisatie van gedragsregels voor beleggingsondernemingen, zoals de ken-uw-cliënt-regel en de informatieplichten jegens de (potentiële) cliënt. Deze Europeesrechtelijke verplichtingen vinden in feite hun oorsprong in het nationale privaatrecht.¹³ Echter, aangezien de MiFID I en MiFID II de lidstaten verplichten om het overheidstoezicht op de naleving ervan te bewerkstelligen en geen individuele rechten of remedies aan beleggers toekennen, werden zij doorgaans geïmplementeerd in het nationale bestuursrecht. Zo zijn de gedragsregels voor beleggingsondernemingen in het Nederlandse recht te vinden in de Wft.¹⁴ In zijn arrest in *Genil/Bankinter*¹⁵ heeft het HvJ EU de gelegenheid niet aangegrepen om de verhouding tussen de MiFID I en het nationale privaatrecht te verduidelijken.¹⁶ Hoewel het publiekrechtelijke taalgebruik van de MiFID I en MiFID II de nationale civiele rechter niet belet om de daarin opgenomen gedragsregels in acht te nemen, verschilt de feitelijke bereidheid daartoe aanzienlijk binnen de EU.¹⁷ Bijvoorbeeld in Duitsland die deze regels ook heeft omgezet in de financiële toezichtregelgeving, namelijk het *Wertpapierhandelsgesetz* (*WpHG*) (1994), heeft het Duitse federale hooggerechtshof in civiele zaken (*Bundesgerichtshof* (BGH)) een afwijzende houding ingenomen tegenover hun doorwerking in het privaatrecht.¹⁸ In Nederland daarentegen werken de in het bestuursrecht recht geïmplementeerde MiFID I/MiFID II-gedragsregels wel door in het privaatrecht, waarover nader par. 7.

⁹ Titel 7B, Boek 7 BW.

¹⁰ Art. 4:22 Wft.

¹¹ Artt 516, 517 en 526 BW.

¹² Implementatiewet herziene richtlijn betaaldiensten: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken* 34 813, nrs 3, pp. 14–15.

¹³ Zie O.O. Cherednychenko, ‘The Regulation of Investment Services in the EU: Towards the Improvement of Investor Rights?’, *Journal of Consumer Policy* 2010/33, p. 403, 418.

¹⁴ Wft, deel 4 (Gedragstoezicht financiële ondernemingen).

¹⁵ HvJ EU 30 mei 2013, C-604/11 ECLI:EU:C:2013:344 (*Genil/Bankinter*).

¹⁶ Vgl. bijv. T. Tridimas, ‘Financial Regulation and Private Law Remedies: An EU Law Perspective’, in O.O. Cherednychenko and M. Andenas (eds.), *Financial Regulation and Civil Liability in European Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2020, p. 47, 68.

¹⁷ Zie nader bijv. O.O. Cherednychenko, ‘Two Sides of the Same Coin: EU Financial Regulation and Private Law’, *European Business Organization Law Review* 2021/22, p. 147, 163 e.v.; M.W. Wallinga, *EU Investor Protection Regulation and Liability for Investment Losses*, Wenen: Springer, 2020; Cherednychenko, *RM Themis* 2022/4, p. 142.

¹⁸ Zie bijv. BGH 19 februari 2008, XI ZR 170/07, *NJW* 2008, 1734; BGH 22 juni 2010, VI ZR 212/09, *NJW* 2010, 3651.

Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in het EU-recht komt dus tot uiting in de wijze waarop rechtsregels die van invloed zijn op de betrekkingen tussen private partijen, dienen te worden gehandhaafd op nationaal niveau. Het publiekrechtelijke, privaatrechtelijke of hybride taalgebruik in de EU-richtlijnen en verordeningen wordt niet ingegeven door een systematische analyse van de geschiktheid van elk type voor de handhaving van bepaalde geharmoniseerde regels in het licht van de onderliggende beleidsdoelstellingen. De keuze voor het ene of het andere lijkt vooral te worden bepaald door politieke perikelen rondom het EU-wetgevingsproces (met name de weerstand van de bepaalde industrieën en/of lidstaten tegen de harmonisatie van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid) en de padafhankelijkheid van harmonisatie op een bepaald gebied (met name het reeds bestaan van het nationale of EU-rechtskader van een bepaald type).¹⁹ Als gevolg hiervan ontbreekt het in het Unierecht aan een coherente handhavingsstrategie voor wat betreft het gebruik van het privaatrecht, het bestuursrecht of beide.

2.3 De gevolgen voor de verhouding tussen Europees en nationaal recht en publiek- en privaatrecht

Bovendien is het ook van belang te beseffen dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in het EU-recht niet alleen de handhavingsmechanismen op de geharmoniseerde terreinen beïnvloedt, maar ook de verhouding tussen zowel Europees en nationaal recht als publiek- en privaatrecht.²⁰ Elders heb ik drie modellen van deze verhouding in dit verband uiteengezet: scheiding, complementariteit en vervanging.²¹ In het scheidingsmodel hebben rechtsregels van Europese oorsprong die deel uitmaken van het publiekrechtelijke kader, geen invloed op het nationale privaatrecht. In het complementariteitsmodel – waarover meer in par. 7-8 – vullen dergelijke regels het nationale privaatrecht aan. In het vervangingsmodel worden rechtsregels van Europese komaf geïntegreerd in het nationale privaatrecht en komen ze in de plaats van de reeds bestaande nationaal-privaatrechtelijke regels. De drie modellen weerspiegelen verschillende gradaties waarin het Unierecht en het nationale publiekrecht van invloed kunnen zijn op het nationale privaatrecht, van bijna geen tot vrij uitgebreid.

3. Effectiviteit van privaatrechtelijke handhaving

3.1 Beperkingen van privaatrechtelijke handhaving

De opkomst van het overheidstoezicht op privaatrechtelijke verhoudingen en de bestuursrechtelijke handhaving van het privaatrecht, veelal naast de privaatrechtelijke handhaving, wordt ingegeven door de gedachte dat deze laatste tekortschiet bij de bescherming van de zwakkere partijen, zoals consumenten of beleggers, en het realiseren van andere publieke doelen in de gereguleerde sectoren. De zwakkere partijen ondervinden immers verschillende problemen wanneer ze hun rechten willen effectueren bij de burgerlijke rechter, zoals de onbekendheid met het recht, de hoogte van de kosten verbonden aan een civiele procedure en, in het bijzonder, het risico van een proceskostenveroordeling, de duur van de

¹⁹ Cherednychenko, *European Law Journal* 2020/26, p. 45.

²⁰ Cherednychenko, *Modern Law Review* 2021/84, p. 1249; O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RM Themis* 2022/4, p. 142. Vgl. K.J.O. Jansen, 'Reflexwerking van Europees privaatrecht', *NTBR* 2022/1, p. 1, 3.

²¹ Zie nader Cherednychenko, *RM Themis* 2022/4, p. 142; Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law*, hfst. 3.

procedure, alsook bewijsproblemen en klacht- en verjaringstermijnen.²² Rechtseconomie leert bovendien dat gedupeerden doorgaans niet geneigd zijn om te procederen tegen de overtreder wanneer de geleden schade gering is en een civiele procedure ingewikkeld en duur is.²³ Dit fenomeen van ‘rationele apathie’ manifesteert zich met name in situaties waarin de schade over veel individuele consumenten verspreid is, terwijl de totale schade voor de maatschappij die door de overtreder wordt veroorzaakt, aanzienlijk is.²⁴ Privaatrechtelijke handhaving wordt dan ook als onvoldoende afschrikwekkend ervaren.

Daarom wordt in zowel de rechtswetenschap als de rechtseconomie algemeen erkend dat om de effectiviteit van het privaatrecht in de gereguleerde sectoren te waarborgen, privaatrechtelijke handhaving moet worden aangevuld met publiekrechtelijke handhaving.²⁵ Dat verklaart ook waarom in de afgelopen twee decennia de EU-wetgever er bijzonder op gebrand is geweest om de bestuursrechtelijke handhaving van het Unierecht te bevorderen. Markttoezichthouders hebben een mandaat gekregen om afnemers van producten en diensten te beschermen en zijn uitgerust met uitgebreide toezicht- en sanctiebevoegdheden van bestuursrechtelijke aard.²⁶

3.2 Optimaliseren van privaatrechtelijke handhaving in het EU-recht

Tegelijkertijd werd op EU-niveau ook getracht om de privaatrechtelijke handhaving van het Unierecht op nationaal niveau te versterken. De EU-wetgever heeft belangrijke sectoroverschrijdende harmonisatiemaatregelen aangenomen op het gebied van het burgerlijk procesrecht, met betrekking tot zowel individuele als collectieve acties, die de procedurele autonomie van de lidstaten aanzienlijk beperken. Om de toegang van consumenten tot het recht te vergemakkelijken, heeft hij bijvoorbeeld de ADR-richtlijn (2013/11/EU) en de Richtlijn representatieve vorderingen ((EU) 2020/1828) aangenomen. Daarnaast zijn er ook sectorale EU-maatregelen ingevoerd om privaatrechtelijke handhaving op bepaalde gebieden te bevorderen, waaronder gebieden die traditioneel tot het publiekrecht behoorden. Voortbouwend op de baanbrekende jurisprudentie van het HvJ EU waarin het Hof het recht op schadevergoeding wegens een inbreuk op de EU-mededingingsregels erkende,²⁷ harmoniseert de Kartelschaderichtlijn (2014/104/EU) bijvoorbeeld de burgerlijk procesrechtelijke regels om

²² Zie bijv. M.B.M. Loos, *Individuele handhaving van het consumentenrecht*, in M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 29 e.v.

²³ Zie bijv. H.-B. Schäfer, ‘The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Actions and Legal Actions Taken by Associations’, *European Journal of Law and Economics* 2000/9, p. 183; G. Wagner, ‘Collective Redress - Categories of Loss and Legislative Options’, *Law Quarterly Review* 2011/127, p. 55, 64; F. Weber en M. Faure, ‘The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective’, *European Review of Private Law* 2015/23, p. 525, 531.

²⁴ Wagner, *Law Quarterly Review* 2011/127, p. 63.

²⁵ Zie bijv. S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Belknap Press 2004, p. 589; C. Hodges, ‘Public and Private Enforcement: The Practical Implications for Policy Architecture’, in R. Brownsword e.a. (red.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 437; F. Weber en M. Faure, ‘The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law & Economics Perspective’, *European RPL* 2015/23, p. 525; M. Langer e.a., ‘The Economics of Private Enforcement of Competition Law’, in B.J. Rodger e.a. (red.), *Research Handbook on Private Enforcement of Competition Law in the EU*, Cheltenham: Edward Elgar 2023, p. 28, 29.

²⁶ Zie bijv. Verordening (EU) 2017/2394 betreffende samenwerking consumentenbescherming; MiFID II-richtlijn, titel VI; AVG, hfst. VI.

²⁷ HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage Ltd/Bernard Crehan*); HvJ EU 13 juli, gevoegde zaken C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*).

praktische obstakels voor de privaatrechtelijke handhaving op dit terrein weg te nemen, waarover nader par. 6.

Bovendien is de nationale procedurele autonomie geleidelijk beperkt door de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid, alsook door het grondrecht op een doeltreffende remedie neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EUCFR), zoals uitgelegd en toegepast door het HvJ EU.²⁸ Door de jaren heen heeft het HvJ EU de privaatrechtelijke dimensie van de Richtlijn oneerlijke bedingen bijvoorbeeld verder versterkt en zelfs uitgebreid naar het burgerlijk procesrecht.²⁹ Zo heeft het Hof bepaald dat de nationale rechter ambtshalve dient te toetsen of een beding oneerlijk is om de volle werking van de richtlijn te waarborgen.³⁰ Een ander voorbeeld is de recente jurisprudentie van het HvJ EU op het gebied van gegevensbescherming. In de zaak *VB/Natsionalna agentsia za prihodite* heeft het Hof de bewijslast met betrekking tot de passendheid van de beveiligingsmaatregelen die zijn genomen door degenen die verantwoordelijk zijn voor de verwerking van persoonsgegevens onder de GDPR, verschoven van de betrokkenen naar de verwerkingsverantwoordelijken.³¹ Volgens het Hof zou het recht op schadevergoeding onder de AVG zijn nuttig effect grotendeels verliezen als de betrokkenen deze last zouden moeten dragen.

Het EU-recht draagt daarmee bij aan het optimaliseren van privaatrechtelijke handhaving. En toch, zoals hiervoor in par. 2 reeds besproken is, ontbreekt het in het Unierecht aan een coherente strategie voor privaatrechtelijke handhaving, als gevolg waarvan sommige EU-maatregelen uitsluitend gericht zijn op publiekrechtelijke handhaving. Bovendien wordt de potentie van privaatrechtelijke handhaving ondermijnd door het gebrek aan voldoende afstemming tussen civiele en bestuursrechtelijke procedures, waarover nader par. 5.

4. Onderscheiden handhavingsmechanismen

4.1 Bestuursrechtelijke handhaving

Handhavingsmechanismen van publiek- en privaatrechtelijke aard vallen te onderscheiden aan de hand van hun kenmerken, waaronder kernfuncties, tijdstip en instrumentarium. Bestuursrechtelijke handhaving is traditioneel voornamelijk gericht op afschrikking in het algemeen belang. Daartoe kunnen toezichthouders gebruik maken van bestuursrechtelijke sanctie-instrumenten, zoals een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom. Toezichthouders worden niet geacht om handhavend op te treden in individuele gevallen.³² Het

²⁸ Zie verder bijv. N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge: Intersentia, 2014; A. van Duin, *Effective Judicial Protection in Consumer Litigation: Article 47 of the EU Charter in Practice*, Cambridge: Intersentia, 2022; O.O. Cherednychenko, 'Private Enforcement of EU Law' in M. Scholten (red.), *Research Handbook on the Enforcement of EU Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2023, p. 19, 23 e.v.

²⁹ Zie hierover H.-W. Micklitz and N. Reich, 'The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)', *Common Market Law Review* 2014/51, p. 771.

³⁰ Zie bijv. HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, par. 38 (*Mostaza Claro/Centro Movil Milenium SL*).

³¹ HvJ EU 14 december 2023, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986, par. 57 (*VB/Natsionalna agentsia za prihodite*).

³² Zie in dat verband bijv. HvJ EU 17 maart 2016, ECLI:EU:C:2016:187 (*K. Ruijsenaars e.a./Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu*) waarin het HvJ EU heeft geoordeeld dat toezichthoudende instanties niet verplicht zijn om handhavend op te treden tegen een luchtvaartmaatschappij om haar ertoe te bewegen compensatie te betalen aan een luchtreiziger op grond van de Verordening passagiersrechten ((EG) nr. 261/2004). Zie ook de verwijzingsuitspraak (AB RvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:699) en einduitspraken (AB RvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1732 en AB RvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1733) van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

bestuursrecht is overwegend *ex ante* van karakter waarbij normen vooraf worden gesteld voordat zich problemen voordoen. Daarmee is bestuursrechtelijke handhaving niet alleen gericht op het bestraffen van overtredingen, maar ook op het voorkomen ervan in de toekomst. Het werkt dus zowel punitief als preventief.

4.2 Privaatrechtelijke handhaving

Privaatrechtelijke handhaving is daarentegen traditioneel vooral gericht op compensatie, ook al kan daar ook preventieve werking van uitgaan. Het draait om het remediëren van het nadeel dat een partij heeft geleden als gevolg van wanprestatie of onrechtmatige daad van een ander. Om in zijn rechten te worden hersteld, kan de benadeelde zich wenden tot de burgerlijke rechter of een ADR-orgaan en gebruik maken van de privaatrechtelijke handavingsinstrumenten, zoals een vordering tot schadevergoeding en een vordering tot ontbinding. Op grond van open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid, dwaling of de zorgplicht van een goed opdrachtnemer, geschiedt de privaatrechtelijke normstelling vaak *ex post* oftewel achteraf in de omstandigheden van het individuele geval nadat er concrete schade aan bepaalde vermogensbelangen is opgetreden. Met gebods- en verbodsacties kan privaatrechtelijke normstelling echter ook *ex ante* plaatsvinden met het oog op preventie.³³ Naast individuele handhaving waarbij een procedure wordt gestart door een individu, kunnen groepen van individuen of belangenorganisaties ook naar de civiele rechter stappen. Collectieve acties kunnen niet alleen individuele belangen van een groep gedupeerden nastreven, maar ook worden ingesteld in het algemeen belang,³⁴ zoals in de beruchte *Shell*-zaak waarin Milieudefensie heeft gevorderd dat Shell verplicht is gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan.³⁵

4.3 De vervaagde grens tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving

Het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving is niet scherp. Zoals uit het bovenstaande al blijkt, kan zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke normstelling en handhaving *ex ante* geschieden, preventief werken en het algemeen belang nastreven. De grens tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving vervaagt nog verder in de context van het EU-recht. Om de effectiviteit van het Unierecht te waarborgen, moeten handavingsinstrumenten op nationaal niveau immers doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.³⁶ Dat geldt niet alleen voor bestuursrechtelijke sancties, maar ook voor privaatrechtelijke remedies. Terwijl privaatrechtelijke remedies in de eerste plaats gericht zijn op compensatie, heeft het HvJ EU de afschrikkende functie van dergelijke remedies, waaronder schadevergoeding, erkend om potentiële overtreders ervan te weerhouden inbreuken te plegen op gebieden variërend van mededinging tot oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en consumentenkrediet.³⁷ Daarmee heeft het Hof de aanzet gegeven tot het creëren van

³³ Zie verder J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie*, Deventer: Wolters Kluwer, 2023.

³⁴ Zie ook W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom juridisch, 2020, p. 92 e.v.

³⁵ Rb. Den Haag 26 mei 2001, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie c.s./Royal Dutch Shell*); Gerechtshof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099 (*Shell Plc/Milieudefensie e.a.*).

³⁶ Zie verder bijv. F. Cafaggi en P. Iamiceli, 'The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions', *European Review of Private Law* 2017/25, p. 575.

³⁷ Zie bijv. HvJ EU 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, par. 23 (*Von Colson/Land Nordrhein-Westfalen*); HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, par. 27 (*Courage Ltd/Bernard Crehan*); HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, par. 69 (*Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino*); HvJ EU 19 december 2013, C-174/12, ECLI:EU:C:2013:856, par. 43-44 (*Alfred Hirman/Immofinanz AG*); HvJ EU 27 maart 2014, C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190, par. 48-55 (*LCL Le Crédit Lyonnais SA/Fesih*

afschrikkende nationaal-privaatrechtelijke rechtsmiddelen, vergelijkbaar met bestuursrechtelijke sancties, die niet alleen gericht zijn op herstel van het geleden nadeel, maar ook op preventie.³⁸ Door het belang van afschrikking in de context van privaatrechtelijke handhaving te benadrukken, baseert het HvJ EU zich in feite op de instrumentele benadering van het privaatrecht die in het bijzonder naar voren is gebracht door rechtseconomen voor wie afschrikking de primaire functie is van privaatrechtelijke remedies.³⁹

Deze benadering wordt ook ingezet door de Hoge Raad der Nederlanden bij sommige overtredingen van het EU-recht. Een treffend voorbeeld is zijn prejudiciële uitspraak in *Gratis Mobieltjes II* betreffende schending van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenkrediet (2008/48/EG).⁴⁰ Aanleiding daartoe was de praktijk om consumenten een ‘all-in’ mobiel telefoonabonnement met ‘gratis’ toestel te verkopen waarbij belbundels en een telefoon werden geleverd tegen betaling van één totaalprijs per maand. De Hoge Raad oordeelt – kort gezegd – dat een all-in prijs niet aan de wet ter implementatie van deze richtlijn voldoet. Het niet afzonderlijk vermelden van de door de consument te betalen koopprijs van de mobiele telefoon kan leiden tot vernietiging van de kredietovereenkomst op grond van art. 3:40 lid 2 BW. Indien de overeenkomst is vernietigd, is de consument op grond van art. 6:203 BW verplicht het toestel terug te geven aan de aanbieder. Volgens de Hoge Raad mag de consument in beginsel volstaan met teruggave van het toestel in de staat waarin dit zich op het moment van de teruggave bevindt, zonder dat hij verplicht is tot vergoeding van de waardevermindering.⁴¹ Terwijl mobiele telefoons snel in waarde dalen, is de consument dus geen vergoeding verschuldigd voor de waardedaling. Daarmee kiest de Hoge Raad in feite voor een afschrikkende sanctie van gedeeltelijke vernietiging van de kredietovereenkomst die tot overcompensatie van de consument leidt.⁴²

De instrumentalisering van het privaatrecht door het Unierecht heeft aldus tot gevolg dat naast zijn traditionele functie van compensatie, privaatrechtelijke handhaving op vele terreinen ook de functie van afschrikking wordt geacht te vervullen. Zowel bestuursrechtelijke sancties als privaatrechtelijke remedies kunnen dan ook een punitief karakter hebben. Zoals in par. 5 hierna zal blijken, roept de samenloop van dergelijke sancties en remedies vragen op in het kader van de duale handhaving van het privaatrecht.

Kalhan); HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, par. 61-63 (*Gutiérrez Naranjo e.a./Cajasur Banco SAU e.a.*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, par. 45 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy*); HvJ EU 9 januari 2024, C-755/22, ECLI:EU:C:2024:10, par. 46-52 (*Nárokuj s.r.o./EC Financial Services, a.s.*). Zie ook G. Wagner, ‘Punitive Damages in European Private Law’ in J. Basedow e.a. (red.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1403, 1405. Tegelijkertijd verwierp het HvJ EU een afschrikkende oftewel bestraffende functie van het recht op compensatie op grond van artikel 82 lid 1 van de AVG. Zie bijv. HvJ EU 21 december 2023, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022, par. 85-87 (*ZQ/Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein, Körperschaft des öffentlichen Rechts*); HvJ EU 20 juni 2024, gevoegde zaken C-182/22 en C-189/22, ECLI:EU:C:2024:531, par. 22 (*JU, SO/Scalable Capital GmbH*); HvJ EU 4 oktober 2024, C-200/23, ECLI:EU:C:2024:827, par. 153 (*Agentsia po vpisvaniyata/OL*).

³⁸ Zie bijv. C. Pavillon, ‘Effective Judicial Protection, Private Enforcement and the Reshaping of Substantive Remedies’ in C. Twigg-Flesner en H.-W. Micklitz (red.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Oxford: Hart Publishing, 2023, p. 65.

³⁹ Zie bijv. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, pp. 267-269.

⁴⁰ HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282 m.nt. Jac. Hijma (*Gratis Mobieltjes II*).

⁴¹ *Ibid*, par. 3.15.1.

⁴² Zie nader bijv. N. Huppel, C.M.D.S. Pavillon en T.L. Wildenbeest, ‘De fabel van het gratis mobieltje’, *NTBR* 2019/5, p. 20.

5. Duale handhaving in de praktijk

5.1 Van een ‘duaal handhavingssstelsel’ naar de duale handhaving van het privaatrecht

Op vele door de EU gereguleerde gebieden bestaan publiek- en privaatrechtelijke handhaving naast elkaar. In eerste instantie heeft de Nederlandse wetgever beoogd dat de twee stelsels op het gebied van consumentenbescherming niet gelijktijdig van toepassing zijn op handhaving van één en dezelfde norm: de handhaving uit hoofde van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) was ofwel bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk.⁴³ De gedachte was dat de ACM gesloten normen via het bestuursrecht zou handhaven en open normen werden gehandhaafd via het privaatrecht om divergente toepassingen te voorkomen.⁴⁴ Uit de evaluatie van dit zogenaamde ‘duaal handhavingssstelsel’⁴⁵ bleek echter dat er geen scherp onderscheid kon worden gemaakt tussen open en gesloten normen en dat het onderhavige stelsel tot onbegrip en zelfs weerstand bij ondernemingen leidde.⁴⁶

Met de invoering van de Instellingswet ACM werd het ‘duaal handhavingssstelsel’ afgeschaft en kreeg de ACM de mogelijkheid om bestuursrechtelijk te handhaven daar waar voorheen alleen de procedure bij de civiele rechter mogelijk was. Ook andere Nederlandse markttoezichthouders, zoals de AFM en de AP, kunnen thans regels die betrekking hebben op privaatrechtelijke verhoudingen, langs de bestuursrechtelijke weg handhaven. Daarnaast kunnen private partijen deze normen doorgaans langs de privaatrechtelijke weg handhaven. Dezelfde normen kunnen derhalve zowel via het bestuursrecht als via het privaatrecht worden gehandhaafd. De duale – publiek- en privaatrechtelijke – handhaving van het privaatrecht kan leiden tot fricties, handhavingstekorten en onevenredigheden.⁴⁷ Vanuit het privaatrechtelijke perspectief verdienen de volgende twee afstemmingsproblemen mijns inziens een bijzondere aandacht.

5.2 Obstakels voor privaatrechtelijke handhaving

Ten eerste zijn civiele en bestuursrechtelijke procedures in de regel niet op elkaar afgestemd zodat privaatrechtelijke handhaving kan worden gefaciliteerd. Zoals al eerder is aangegeven, is het in vele gevallen lastig voor gedupeerden om een overtreding te bewijzen. Zonder toegang tot de technische documentatie van AI-aanbieders bijvoorbeeld zijn benadeelden niet in staat om een schending van de AI-verordening vast te stellen. Anders dan in de VS en het VK beogen de burgerlijk procesrechtelijke regels inzake het verschaffen van bewijsmateriaal in Nederland en andere landen op het Europese vasteland niet om de informatieasymmetrie tussen eisers en gedaagden in individuele en collectieve rechtszaken te verhelpen. Toegang tot het bewijsmateriaal dat toezichthouders in hun onderzoeken hebben verkregen kan in dit verband van cruciaal belang zijn voor het succes van privaatrechtelijke handhavingssacties.

Echter, het huidige EU-recht en Nederlandse recht voorzien doorgaans niet in deze mogelijkheid, op enkele in par. 6 hieronder te bespreken uitzonderingen na. Waar de overtreding nog niet is vastgesteld in een bestuursrechtelijke procedure, wordt de toegang tot

⁴³ Zie hierover Van Boom, ‘Collectieve handhaving van het consumentenrecht’, p. 133 e.v.

⁴⁴ Regels omtrent instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (Wet handhaving consumentenbescherming): Memorie van Toelichting, *Kamerstukken* 30 411, nr. 3, p. 30 e.v.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht: Memorie van Toelichting, *Kamerstukken* 33 622, nr. 3, p. 15 e.v.

⁴⁷ Zie verder Cherednychenko, *European Review of Private Law* 2025/5; Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law*, hfst. 5.

het bewijsmateriaal dat in deze procedure is verzameld, ten behoeve van alleenstaande privaatrechtelijke handhavingsacties niet alleen belemmerd door de burgerlijk procesrechtelijke regels, maar ook door de geheimhoudingsplichten van toezichthouders uit hoofde van Europese en nationale wetgeving. Op grond van art. 76 MiFID II bijvoorbeeld mogen vertrouwelijke gegevens in het kader van een civiele procedure alleen openbaar worden gemaakt indien een beleggingsonderneming failliet is verklaard of moet worden geliquideerd en deze gegevens geen betrekking hebben op derden.

Een andere belemmering voor privaatrechtelijke handhaving wordt gevormd door de civiele verjaringstermijnen die niet afgestemd zijn op bestuursrechtelijke procedures met betrekking tot één en dezelfde overtreding. De gedupeerden kunnen bewijsproblemen in een civiele procedure vermijden door de vaststelling van de overtreding in een bestuursrechtelijke procedure af te wachten. Dit geldt vooral voor vervolgacties waarin de eiser zich kan beroepen op het betreffende bestuurlijke besluit of rechterlijke oordeel. In het burgerlijk procesrecht worden verjaringstermijnen voor privaatrechtelijke handhavingsacties echter doorgaans vastgesteld ongeacht de mogelijkheid van parallelle publiekrechtelijke handhavingsacties binnen de context van dezelfde overtreding. Zo vormt een procedure bij de ACM ten aanzien van de inbreuk op het consumentenrecht waarop de privaatrechtelijke handhavingsactie betrekking heeft, geen rechtsgrond voor verlenging van de verjaringstermijnen die gelden voor individuele en collectieve acties door of namens de gedupeerden.

5.3 Cumulatie van bestuursrechtelijke sancties en privaatrechtelijke remedies

Ten tweede kan de handhavingssamenloop bij één en dezelfde overtreding van het privaatrecht zonder afstemming tussen civiele en bestuursrechtelijke procedures leiden tot de cumulatie van bestuursrechtelijke sanctie-instrumenten en privaatrechtelijke rechtsmiddelen. Aangezien, zoals in par. 4 hierboven is gebleken, privaatrechtelijke remedies voor schending van het EU-recht een punitief karakter kunnen hebben, kan zo'n cumulatie de overtreder onevenredig zwaar treffen. De overtreder kan immers worden geconfronteerd met zowel een bestraffende bestuursrechtelijke sanctie als een bestraffende privaatrechtelijke remedie. Het cumulatieve effect van dergelijke sancties en remedies op de overtreder kan niet alleen in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel,⁴⁸ maar kan ook moeilijk te rechtvaardigen zijn vanuit het perspectief van de rechtvaardigheid tussen partijen en het overkoepelende algemeen belang. Het zou immers kunnen leiden tot overmatige afschrikking, wat op zijn beurt verstikkende gevolgen kan hebben voor innovatie, investeringen en concurrentie.⁴⁹

Het huidige Europese en Nederlandse recht voorzien echter niet in enige coördinatie tussen civiele en bestuursrechtelijke procedures in dergelijke gevallen. Sterker nog, bij de beoordeling of nationaal-privaatrechtelijke remedies voldoen aan de eisen van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikking, houdt het HvJ EU geen rekening met het bestaan van bestuursrechtelijke sancties in dezelfde nationale rechtsorde.⁵⁰ Het antwoord op de vraag of een bepaald privaatrechtelijk rechtsmiddel aan deze vereisten voldoet, hangt dus niet af van de beschikbaarheid en het daadwerkelijke gebruik van een bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium. Deze houding van het HvJ EU weerspiegelt EU-wetgeving op het gebied van het privaatrecht, die lidstaten over het algemeen niet verplicht om te zorgen voor coördinatie tussen bestuursrechtelijke sancties en privaatrechtelijke remedies.

⁴⁸ Vgl. Cafaggi en Iamiceli, *European Review of Private Law* 2017/25, p. 611.

⁴⁹ Zie bijv. R.A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: University of Chicago Press, 1976, p. 222; A.M. Polinsky en S. Shavell, 'The Economic Theory of Public Enforcement of Law', *Journal of Economic Literature* 2000/38, p. 45.

⁵⁰ Zie bijv. HvJ EU 5 maart 2020, C-679/18, ECLI:EU:C:2020:167, par. 36 (*OPR-Finance s.r.o./GK ECLI:EU:C:2020:167*).

6. De gehoudenheid tot coördinatie

Zoals uit par. 5 hierboven kan worden opgemaakt, zijn publiek- en privaatrechtelijke handhavingsmechanismen in het huidige EU-recht en Nederlandse recht over het algemeen niet goed op elkaar afgestemd. Scheiding tussen beide kan leiden tot het privaatrechtelijke handhavingstekort ingevolge bewijsproblemen en verjaringstermijnen en tot onevenredigheden ingevolge de cumulatie van bestraffende bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke rechtsmiddelen. Tegelijkertijd zijn er in het Unierecht ook enkele voorbeelden van coördinatie van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving te vinden.⁵¹ De meest geavanceerde EU-regeling die in zo'n coördinatie voorziet, is de bovengenoemde Kartelschaderichtlijn die in Nederland is geïmplementeerd in het BW en het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv).⁵² Om bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving op elkaar af te stemmen met het oog op de effectiviteit van het mededingingsrecht, bevat de Kartelschaderichtlijn minimumharmonisatieregels die expliciet of impliciet zien op de toegang tot bewijsmateriaal, de verjaringstermijnen met betrekking tot schadevorderingen en de gelijktijdige toepassing van bestuursrechtelijke sancties en privaatrechtelijke remedies. Hierna zullen deze regels in meer detail worden besproken.

6.1 Toegang tot bewijsmateriaal

Ten eerste beoogt de Kartelschaderichtlijn de informatieasymmetrie tussen eisers en gedaagden te verminderen door de toegang van eisers tot bewijsmateriaal te vergemakkelijken en zo schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht te bevorderen. Daarbij tracht de richtlijn een delicaat evenwicht te vinden tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving. Een bestuursrechtelijke handhavingsactie in een complexe antitrustzaak waarin de overtreding is vastgesteld, is immers cruciaal voor privaatrechtelijke handhavingsacties die anders mogelijk niet kunnen worden ingesteld vanwege gebrek aan bewijs. Om vervolgacties door gedupeerden te faciliteren, bepaalt art. 9 lid 1 van de richtlijn dat nationale civiele rechters gebonden zijn aan een definitieve beslissing van een nationale mededingingsautoriteit of de bestuursrechter die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft vastgesteld. Waar een dergelijke beslissing in een andere lidstaat is genomen, kan deze volgens art. 9 lid 2 van de richtlijn tenminste worden gebruikt als *prima facie* bewijs van een overtreding. Bovendien bevordert art. 5 lid 1 van de Kartelschaderichtlijn alleenstaande privaatrechtelijke handhavingsacties door te bepalen dat nationale civiele rechters de mogelijkheid moeten hebben om de gedaagde of een derde, met inbegrip van een mededingingsautoriteit, te gelasten toegang te verlenen tot het relevante bewijsmateriaal waarover ze zeggenschap hebben, in een civiele procedure tegen een overtreder.

Tegelijkertijd wordt de toegang tot bewijsmateriaal op grond van art. 5 lid 2-4 van de Kartelschaderichtlijn beperkt door het evenredigheidsbeginsel. In het licht hiervan wordt het bewijsmateriaal in het dossier van een mededingingsautoriteit in drie categorieën ingedeeld, aldus art. 6 van de richtlijn. De eerste categorie omvat bewijsmateriaal waartoe op geen enkel moment toegang kan worden verleend, namelijk clementieverklaringen en verklaringen met het oog op een schikking. De achterliggende gedachte is dat, gezien het feit dat clementieregelingen en schikkingsprocedures belangrijke instrumenten van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zijn, ervoor moet worden gezorgd dat 'ondernemingen bereid blijven om zich vrijwillig tot de mededingingsautoriteiten te wenden met clementieverklaringen of verklaringen met het oog op een schikking'.⁵³ Met het

⁵¹ Zie nader Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law*, hfst. 5.

⁵² Afd. 3B, Titel 3, Boek 6 BW en artt. 194, 195 en 195a Rv (art. 843a Rv (oud)).

⁵³ Kartelschaderichtlijn, overweging 26.

verbod op het verlenen van toegang tot dit soort bewijs, neemt de Kartelschaderichtlijn afstand van de eerdere jurisprudentie van het HvJ EU waarin inzage in clementieverklaringen alsnog kon worden verleend na een afweging van de betrokken belangen in de omstandigheden van het geval.⁵⁴ De tweede categorie omvat bewijsmateriaal waartoe de toegang pas kan worden verleend nadat een mededingingsautoriteit haar procedure heeft beëindigd. Hieronder valt informatie die door de partijen specifiek voor een dergelijke procedure is voorbereid, informatie die door de mededingingsautoriteit is opgesteld en in de loop van haar procedure aan de partijen is toegezonden, alsook ingetrokken verklaringen met het oog op een schikking. De derde categorie omvat bewijsmateriaal dat niet onder de twee vorige categorieën valt en waartoe de toegang te allen tijde kan worden verleend, tenzij het belang van een effectieve publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zich daartegen verzet.⁵⁵ Onder deze categorie valt de zogenaamde ‘reeds bestaande informatie’, zoals contracten, notulen van vergaderingen, correspondentie en opnames in verband met concurrentieverstorend gedrag, die ‘voorhanden is onafhankelijk van de procedure van een mededingingsautoriteit’.⁵⁶

6.2 Verjaringstermijnen

Ten tweede tracht de Kartelschaderichtlijn de burgerlijk procesrechtelijke regels inzake verjaringstermijnen voor het instellen van schadevorderingen af te stemmen op eventuele bestuursrechtelijke procedures waarin een schending van het mededingingsrecht is vastgesteld. Daartoe bevat art. 10 van de richtlijn regels over het begin, de duur en de schorsing of stuiting van dergelijke verjaringstermijnen die de mogelijkheden van de slachtoffers om schadevergoeding te eisen verbeteren, zelfs als de schending van het mededingingsrecht een aantal jaren eerder plaatsvond.⁵⁷ Deze regels zijn vooral van belang voor vervolgacties die voortbouwen op de inbreukbeslissingen van mededingingsautoriteiten of bestuursrechters.

Zo wordt in de richtlijn bepaald dat de verjaringstermijn om een schadevordering in te stellen ten minste vijf jaar bedraagt en dat deze termijn niet begint te lopen voordat de inbreuk op het mededingingsrecht is stopgezet en de eiser op de hoogte is of redelijkerwijs kan worden geacht op de hoogte te zijn van de inbreuk, de daardoor veroorzaakte schade en de identiteit van de inbreukmaker. Voorts wordt de verjaringstermijn afhankelijk van het nationale recht geschorst dan wel gestuit wanneer een mededingingsautoriteit een onderzoek instelt naar concurrentieverstorend gedrag of een bestuursrechtelijke procedure start wegens een inbreuk op het mededingingsrecht waarop de schadevordering betrekking heeft.⁵⁸ De schorsing eindigt ten vroegste één jaar nadat de inbreukbeslissing definitief is geworden of nadat de procedure op andere wijze is beëindigd. Deze geharmoniseerde regels zijn niet van toepassing op schadevergoedingsacties die vóór de inwerkingtreding van de richtlijn zijn ingesteld.⁵⁹ Niettemin moeten de nationaal-procesrechtelijke regels die op dergelijke acties van toepassing zijn, voldoen aan de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid. Deze beginselen

⁵⁴ HvJ EU C-360/09, 14 juni 2011, ECLI:EU:C:2011:389 (*Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*); HvJ EU 6 juni 2013, ECLI:EU:C:2013:366 (*Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG*).

⁵⁵ Kartelschaderichtlijn, overweging 28.

⁵⁶ Kartelschaderichtlijn, overweging 28.

⁵⁷ Zie hierover P. Kirst, ‘The Application Ratione Temporis of the Directive's Provisions and Conflicting Limitation Periods under National Laws’, in B.J. Rodger e.a. (red.), *Research Handbook on Private Enforcement of Competition Law in the EU*, Cheltenham: Edward Elgar, 2023, p. 101, 120 e.v.

⁵⁸ Naar Nederlands recht is een handeling van een mededingingsautoriteit verricht in het kader van een onderzoek of procedure met betrekking tot de inbreuk op het mededingingsrecht waarop de rechtsvordering betrekking heeft, krachtens art. 193t lid 2 BW een grond voor verlenging van de verjaringstermijn.

⁵⁹ Kartelschaderichtlijn, art. 22 lid 1.

kunnen ook enige coördinatie tussen de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht vereisen.⁶⁰

6.3 Aansprakelijkheidsbeperking

Ten derde, hoewel de Kartelschaderichtlijn niet direct voorziet in de coördinatie tussen civiele rechters enerzijds en toezichthouders en bestuursrechters anderzijds bij het opleggen van bestuursrechtelijke sancties en het toekennen van privaatrechtelijke remedies, zorgt ze indirect wel voor enige afstemming tussen dergelijke sancties en remedies. Dat doet de richtlijn door de omvang van de schadevergoeding die door een civiele rechter aan de benadeelde partij kan worden toegekend, te beperken. Zo bepaalt art. 3 van de richtlijn bijvoorbeeld dat iedereen die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht een ‘volledige vergoeding’ van die schade moet kunnen krijgen. Een volledige vergoeding dient de benadeelde partij te brengen in de positie waarin zij zich zou hebben bevonden indien er geen inbreuk op het mededingingsrecht was gemaakt, en omvat dan ook het daadwerkelijke verlies en de gederfde winst, vermeerderd met de betaling van rente. Daarbij wordt ‘overcompensatie, ongeacht of het punitieve schadevergoeding, meervoudige schadevergoeding of andere vormen van schadevergoeding betreft’, expliciet verboden. Om overcompensatie te voorkomen, moeten de lidstaten op grond van art. 12 lid 2 van de richtlijn passende procesrechtelijke regels vaststellen teneinde te waarborgen dat de vergoeding voor feitelijk verlies op elk niveau van de toeleveringsketen niet meer bedraagt dan de schade die de meerkosten in dat stadium heeft berokkend.

Door de omvang van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid zo te beperken, maakt de Kartelschaderichtlijn duidelijk dat schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht gericht moet zijn op compensatie. Hoewel zo’n schadevergoeding ook een afschrikkend effect heeft, mag dit effect niet worden bereikt door overcompensatie. Deze aansprakelijkheidsbeperking kan op haar beurt een onevenredige cumulatie van bestuursrechtelijke sancties en privaatrechtelijke remedies voorkomen daar waar de overtreder niet alleen is bestraft met een bestuurlijke boete, maar ook aansprakelijk wordt gesteld voor de door hem veroorzaakte schade.

6.4 Op naar de complementariteit tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving?

Door privaatrechtelijke handhaving af te stemmen op publiekrechtelijke handhaving bewerkstelligt de Kartelschaderichtlijn in feite de complementariteit tussen deze handhavingsmechanismen op het gebied van het mededingingsrecht.⁶¹ De complementariteit tussen beide maakt het mogelijk om duale handhaving zo te stroomlijnen dat elk handhavingsmechanisme zijn kernfunctie – respectievelijk afschrikking en compensatie – optimaal kan vervullen. Het mededingingsrecht waar op grond van het Unierecht de gehoudenheid tot coördinatie reeds bestaat, zou als inspiratiebron kunnen dienen voor andere rechtsgebieden, zoals het consumentenrecht en het financiële recht, waar de complementariteit tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving nog onderontwikkeld is. Ook buiten het mededingingsrecht lijkt de EU-wetgever zich immers al bewust te zijn van de noodzaak tot enige coördinatie tussen beide.

⁶⁰ Zie bijv. HvJ EU 29 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco Communications Inc./Sport TV Portugal SA, Controlinveste-SGPS SA, NOS-SGPS SA*); HvJ EU 22 juni 2021, C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494 (*AB Volvo en DAF Trucks NV/RM*).

⁶¹ Over de complementariteit tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving zie nader Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law*, par. 5.4.

Zo bepaalt bijvoorbeeld art. 15 van de Richtlijn representatieve vorderingen dat de definitieve beslissing van een rechter of een toezichthoudende instantie van een lidstaat over het bestaan van een inbreuk die de collectieve belangen van consumenten schaadt, door alle partijen kan worden aangevoerd als bewijs in het kader van civiele vorderingen tot herstel tegen dezelfde handelaar wegens dezelfde praktijk. Volgens art. 29 lid 2 van de *Corporate Sustainability Due Diligence* (CSDD)-richtlijn ((EU) 2024/1760), die langs de publiek- en privaatrechtelijke weg kan worden gehandhaafd, mag een volledige vergoeding wegens schending van de zorgvuldigheidsverplichting door een onderneming niet leiden tot overcompensatie. En de Omnibus-richtlijn ((EU) 2019/2161), die tot doel heeft het afschrikkend effect van onder andere de Richtlijn oneerlijke bedingen te vergroten door de bestuursrechtelijke sancties voor inbreuken op deze richtlijn te versterken, stelt dat '[d]e lidstaten kunnen voorzien in passende coördinatiemechanismen voor eventuele maatregelen op nationaal niveau met betrekking tot individueel verhaal en sancties.'⁶² De ervaringen met de coördinatie tussen de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zouden nuttig kunnen zijn bij het realiseren van de complementariteit tussen deze handhavingsmechanismen op andere gereguleerde terreinen.

7. De gevolgen van de handhavingssamenloop voor de ontwikkeling van het privaatrecht en het bestuursrecht

De samenloop tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving beïnvloedt de ontwikkeling van zowel het privaatrecht als het bestuursrecht en leidt tot de convergentie tussen privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke normen. Enerzijds kunnen bestuursrechtelijke normen doorwerken in het privaatrecht, in lijn met het in par. 2.3 hiervoor genoemde complementariteitsmodel van de verhouding tussen Europees en nationaal privaatrecht en publiek- en privaatrecht. Anderzijds kunnen privaatrechtelijke normen doorwerken in het bestuursrecht. Een treffende illustratie hiervan biedt het Nederlandse financiële recht.

7.1 De doorwerking van het bestuursrecht in het privaatrecht

De opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' vindt zijn oorsprong in het door de wetgever vastgestelde juridische kader waarbinnen toezicht op het gedrag van financiële instellingen ten opzichte van hun (potentiële) cliënten wordt uitgeoefend.⁶³ De gedragstoezichthouder AFM werd de bevoegdheid gegeven om in concrete gevallen bestuursrechtelijke sancties op te leggen bij overtreding van de normen die van oudsher de privaatrechtelijke verhouding tussen financiële instellingen en hun (potentiële) cliënten normeren en tot het privaatrecht behoren, zoals informatie- en onderzoeksplichten. In sommige gevallen was deze oplossing tevens de enige manier om aan de Europeesrechtelijke verplichtingen te voldoen. Dat is bijvoorbeeld het geval met de op het publiekrecht georiënteerde MiFID II die, zoals in par. 2 reeds besproken, de lidstaten verplicht er zorg voor te dragen dat op gedragsregels voor beleggingsondernemingen overheidstoezicht wordt uitgeoefend en dat deze langs de bestuursrechtelijke weg worden gehandhaafd. Om de bestuursrechtelijke handhaving van in wezen privaatrechtelijke normen mogelijk te maken worden ze eerst omgezet in bestuursrechtelijke voorschriften, om vervolgens een bestuursrechtelijke sanctie op overtreding daarvan te zetten. Een uitgesproken voorbeeld van de 'vertaling' van privaatrechtelijke normen in bestuursrechtelijke voorschriften is afdeling

⁶² Omnibusrichtlijn, overweging 14.

⁶³ Zie verder bijv. A.H. Scheltema en M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2009; Cherednychenko, *RM Themis* 2012/5, p. 223.

4.2.3 van de Wft getiteld ‘Zorgvuldige dienstverlening’, zoals nader geconcretiseerd in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo), waarin onder andere de MiFID II-gedragsregels voor effectendienstverlening zijn geïmplementeerd. In dit geval ontstaan er in wezen semi-privaatrechtelijke normen die niet meer behoren tot het op de relatie tussen de financiële instelling en de (potentiële) cliënt toepasselijke privaatrecht, maar die daarop wel van invloed zijn.

Heeft het privaatrecht oorspronkelijk een aanzienlijke invloed gehad op de inhoud van het financiële toezichtrecht, thans spelen toezichtrechtelijke gedragsregels voor financiële instellingen een belangrijke rol bij de invulling van hun civiele zorgplicht.⁶⁴ Zo zijn deze gedragsregels in toenemende mate van betekenis bij het bepalen van de reikwijdte en inhoud van de specifieke, uit de bijzondere zorgplicht voortvloeiende, zorgverplichtingen, zoals de weigeringsplicht van de bank bij de optiehandel.⁶⁵ De complementariteit tussen financieel toezichtrechtelijke en privaatrechtelijke regels komt bijvoorbeeld tot uiting in de doorwerking van bestuursrechtelijke gebodsbepalingen, zoals de informatieplichten van levensverzekeraars, in private rechtsverhoudingen.⁶⁶ Dergelijke bepalingen worden door de civiele rechter veelal gezien als een minimuminvulling van open privaatrechtelijke normen, waarover meer in par. 8.2. In dat kader kan ook betekenis worden toegekend aan besluiten en uitspraken van toezichthouders en bestuursrechters waarin een overtreding is vastgesteld. Het financiële bestuursrecht werkt aldus door in het privaatrecht.

7.2 De doorwerking van het privaatrecht in het bestuursrecht

Het omgekeerde kan echter ook voorkomen: de doorwerking van het privaatrecht in het financiële bestuursrecht. Illustratief hiervoor is de invoering van de generieke zorgplicht van financiële dienstverleners uit hoofde van art. 4:24a Wft die als volgt luidt:

‘1. Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of de begunstigde in acht.

2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde.’

Door deze bepaling in de Wft op te nemen heeft de Nederlandse wetgever beoogd als uitgangspunt in deze wet te verankeren dat te allen tijde op zorgvuldige wijze moet worden omgegaan met de belangen van de cliënt die een consument is.⁶⁷ De ratio daarvan is drieledig.⁶⁸ Ten eerste kan volgens de wetgever op deze wijze worden gewaarborgd dat de financiële dienstverlener altijd nagaat of zijn handelen of nalaten geen afbreuk doet aan de ‘gerechtvaardigde belangen’ van de consument; dat zijn ‘de belangen die al dan niet rechtstreeks door de financiële dienstverlening worden geraakt en wier behartiging in redelijkheid van een financiële dienstverlener kan worden verwacht’.⁶⁹ De wetgever acht het wenselijk en noodzakelijk dat de financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze omgaat met dergelijke belangen van de consument, gelet op de informatiescheefheid tussen beiden. Ten tweede hoopt de wetgever dat explicitering van dat uitgangspunt in de Wft bijdraagt aan de

⁶⁴ Zie bijv. O.O. Cherednychenko, ‘De civiele zorgplicht van financiële instellingen’ in D. Busch e.a. (red.), *Leerboek financieel recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2024, p. 711.

⁶⁵ Zie bijv. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238 (*Rabobank/Everaars*); HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686 (*Van de Klundert/Rabobank*); HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*).

⁶⁶ Zie bijv. HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolder.nl/Nationale-Nederlanden*).

⁶⁷ Zie hierover O.O. Cherednychenko, ‘Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht: Op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?’ *WPNR* 2013/6998, p. 1122.

⁶⁸ MvT Wijzigingswet financiële markten 2014, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 3, pp. 27-28.

⁶⁹ *Ibid*, p. 27.

gewenste cultuuromslag in de financiële sector. Ten derde kan een wettelijk vastgelegde generieke zorgplicht volgens de wetgever als vangnet dienen achter de bestaande specifieke normen in de financiële toezichtwetgeving die de consument beogen te beschermen. Daarmee kan de AFM tijdig optreden bij misstanden op de financiële markten indien deze specifieke regels ontbreken. Al met al moet de verankering van een generieke zorgplicht in de Wft de consument beschermen tegen het aangaan van ongewenste financiële transacties en zo tevens bijdragen aan het publieke vertrouwen in de financiële markten.

De vraag die in dit verband opkomt, is hoe de bestuursrechtelijke generieke zorgplicht van art. 4:24a Wft zich verhoudt tot de gewone privaatrechtelijke zorgplichten, waaronder de bijzondere zorgplicht van banken en andere financiële instellingen zoals deze in civiele rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen. Interessant daarbij is dat bij de invoering van art. 4:24a Wft de wetgever expliciet aansluiting heeft gezocht bij de privaatrechtelijke zorgplichten. Zo heeft hij bijvoorbeeld opgemerkt dat de generieke zorgplicht van art. 4:24a Wft ‘in beginsel geen verdere reikwijdte beoogt te introduceren dan hetgeen geldt ingevolge de civielrechtelijke zorgplicht’.⁷⁰ Dat houdt mijns inziens in dat de AFM bij de invulling van de open norm van art. 4:24a Wft voor zover mogelijk rekening dient te houden met de jurisprudentie van de burgerlijke rechter waarin invulling werd gegeven aan de privaatrechtelijke zorgplichten. Zo moet de AFM terughoudend zijn met de concretisering van art. 4:24a Wft door verder reikende verplichtingen aan te nemen dan die in het privaatrecht zijn aangenomen met het oog op de bescherming van de consument. Maar het is ook denkbaar dat de uitspraak van de civiele rechter, waarin schending van bijvoorbeeld de bijzondere zorgplicht van de bank is vastgesteld, aanleiding kan zijn voor de AFM om in soortgelijke gevallen handhavend op te treden. Een specifieke gedragsregel die door de civiele rechter uit de bijzondere zorgplicht in het concrete geval is afgeleid, kan dan ook inwerken op de inhoud van de aanwijzing van de AFM waarmee de schending van de generieke zorgplicht van art. 4:24a Wft wordt gesanctioneerd.

Tot op heden is echter nog niet formeel gehandhaafd op grond van art. 4:24a Wft, wat echter niet wil zeggen dat deze wetsbepaling een dode letter is geworden.⁷¹ Er bestaat immers anekdotisch bewijs dat de generieke zorgplicht van art. 4:24a Wft door de AFM veelvuldig wordt ingezet bij informele handhaving om evidente misstanden op de financiële markten aan te pakken. Zonder formele aanwijzingen van de toezichthouder kan echter de mate waarin deze bestuursrechtelijke zorgplicht daadwerkelijk wordt ingekleurd door de privaatrechtelijke zorgplichten, nog niet worden vastgesteld.

7.3 De meerwaarde van de wisselwerking tussen bestuursrecht en privaatrecht

De wisselwerking tussen bestuursrecht en privaatrecht die als gevolg van de samenloop tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving in de gereguleerde sectoren is ontstaan, kan als meerwaarde worden beschouwd. De doorwerking van *ex ante* toezichtrechtelijke regels van Europese oorsprong via open privaatrechtelijke normen stelt het nationale privaatrecht in staat om zich te moderniseren aan de hand van de in de EU-marktregulering en het nationale bestuursrecht besloten liggende expertise. Zo wordt het beter toegerust om de rechtvaardigheid tussen partijen en individuele rechtsbescherming *ex post* te realiseren en tevens bij te dragen aan de verwezenlijking van de beleidsdoelstellingen van de Unie, zoals de beleggersbescherming of duurzame ontwikkeling.⁷² Daarnaast zorgen de doorwerking van

⁷⁰ *Ibid*, p. 26.

⁷¹ Zie ook de brief van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer d.d. 15 december 2021 betreffende de evaluatie van art. 4:24a Wft (*Kamerstukken II* 2021/2022, 32 545, nr. 158).

⁷² Zie nader Cherednychenko, *RM Themis* 2022/4, p. 153 e.v.

bestuursrechtelijke normen in het privaatrecht enerzijds en de doorwerking van privaatrechtelijke normen in het bestuursrecht anderzijds ervoor dat publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verplichtingen van marktpartijen jegens afnemers van hun producten en diensten niet helemaal uit elkaar groeien. Wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en bestuursrecht draagt aldus bij aan de rechtszekerheid.

8. De rol van de burgerlijke rechter

De opkomst van de duale – publiek- en privaatrechtelijke – handhaving van het privaatrecht, dat, zoals in par. 7 hierboven is gebleken, op sommige terreinen gepaard gaat met een duaal – publiek- en privaatrechtelijk – normenstelsel, doet de vraag rijzen naar de rol van de burgerlijke rechter in de gereguleerde sectoren. Is zijn rol in deze sectoren uitgespeeld door de toenemende relevantie van het bestuursrecht voor privaatrechtelijke verhoudingen? Of is er juist een belangrijke rol weggelegd voor de civiele rechter in dit snel veranderende handhavingslandschap?

8.1 Het belang van privaatrechtelijke handhaving

Voor de beantwoording van deze vraag is het allereerst van belang te beseffen dat binnen het duale handhavingssysteem privaatrechtelijke handhaving niet wordt vervangen door publiekrechtelijke handhaving. Om het onrecht te herstellen dat door een individu tegen een ander is begaan in het geval van een overtreding, moet de benadeelde, zoals in par. 4 hiervoor al aangegeven, zich doorgaans wenden tot de burgerlijke rechter of een ADR-orgaan, ongeacht of de toezichthouder ook handhavend heeft opgetreden. Elk privaatrechtelijk geschil waarin compensatie *ex post* wordt gezocht, duidt in feite op het falen van de *ex ante* marktregulering en afschrikkingsgerichte bestuursrechtelijke handhaving. Individuele en collectieve privaatrechtelijke handhaving bij de civiele rechter zijn daarom cruciaal, zowel vanuit het oogpunt van de rechtvaardigheid tussen partijen als vanuit het perspectief van de effectiviteit van de marktregulering.

De inzet van privaatrecht kan ook van belang zijn in aanvulling op de hierboven in par. 2 besproken door het publiekrecht gekleurde EU-maatregelen, zoals de AI-verordening, die voorziet in een publiekrechtelijke handhavingsmechanisme dat op zijn beurt sterk afhankelijk is van de interne systemen van gereguleerde marktpartijen en de digitale sector in het algemeen die geacht worden niet alleen de inhoud van de geharmoniseerde regels te specificeren, maar ook de naleving ervan te bewerkstelligen.⁷³ Terwijl marktpartijen niet altijd de juiste prikkels hebben om publieke doelen na te streven, beschikken toezichthouders niet altijd over voldoende middelen, vaardigheden en ervaring in de sector om toezicht te houden op co-regulering en hebben ze niet altijd de bereidheid of de steun van de politiek om deze aan te vechten.⁷⁴ In dergelijke gevallen kunnen individuele en collectieve privaatrechtelijke handhavingsacties bij de burgerlijke rechter dienen als extra controle op de deskundigheid en integriteit van markttoezichthouders, waardoor de risico's van een al te grote afhankelijkheid van publiekrechtelijke handhavingsacties worden beperkt.

⁷³ Zie hierover Cherednychenko, *European Review of Private Law* 2025/5.

⁷⁴ Vgl. J. Black, 'Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis', *Modern Law Review* 2012/75, p. 1037, 1046; H.-W. Micklitz en G. Sartor, 'Compliance and Enforcement in the AIA through AI', *Yearbook of European Law* 2025, p. 1, 39.

8.2 Het belang van individuele rechtsbescherming

Bovendien blijft de burgerlijke rechter een belangrijke rol spelen bij het realiseren van *individuele* rechtsbescherming. Uit par. 7 hiervoor is gebleken dat de civiele rechter bestuursrechtelijke gedragsregels voor marktpartijen doorgaans in acht neemt bij de toepassing van privaatrechtelijke open normen. Dat brengt echter niet mee dat de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen en andere open normen in het privaatrecht door die gedragsregels onverkort wordt bepaald en dat de civiele rechter dus geen speelruimte meer heeft bij de vaststelling van de inhoud van dergelijke normen in de omstandigheden van het geval.

Bijvoorbeeld in de effectenleasezaken⁷⁵ waarin de Hoge Raad de waarschuwingsplicht en de ken-uw-cliënt-verplichting voor banken uit hun bijzondere zorgplicht heeft afgeleid, hebben de banken zich erop beroepen dat deze zorgverplichtingen niet werden voorgeschreven in de ten tijde van het sluiten van de effectenleaseovereenkomsten geldende publiekrechtelijke regelgeving. De banken hebben in dit verband aangevoerd dat zij zich mochten richten op de bepalingen van de financiële toezichtregelgeving en dat zij mochten verwachten dat zij aan hun zorgplicht voldeden als zij aan de in die bepalingen neergelegde regels voldeden. In alle drie zaken verwerpt de Hoge Raad echter dit brede *regulatory* compliance-verweer van de banken. Hij stelt zich op het standpunt dat de bijzondere zorgplicht wel degelijk een verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgverplichtingen die in de publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd.⁷⁶ Daarbij volgt de Hoge Raad de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal De Vries Lentsch-Kostense. Die conclusie luidt als volgt:

‘Het hiervoor bedoelde betoog van de banken ziet [...] eraan voorbij dat bij het bepalen van de reikwijdte van de op de bank rustende bijzondere, uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplicht wel betekenis kan worden toegekend aan de inhoud van de publiekrechtelijke regelgeving, doch dat niet kan worden volgehouden dat deze privaatrechtelijke zorgplicht niet verder kan strekken dan de in die publiekrechtelijke regelgeving neergelegde gedragsregels inhouden. Aldus zou worden miskend dat Nederland een stelsel van dubbele zorgplichten kent, publiekrechtelijke zorgplichten en (vooral door de Hoge Raad ontwikkelde) privaatrechtelijke zorgplichten. Deze publiekrechtelijke toezichtregelgeving strekt ertoe om met betrekking tot de werkzaamheden van de effectenbemiddelaar (en/of kredietverlener) een zorgvuldige, deskundige en integere handelwijze te waarborgen en bevat met het oog daarop nadere regels aan de hand waarvan de toezichthouder de genoemde doelstellingen kan bevorderen. De eisen van de redelijkheid en billijkheid alsmede de eisen die aan een goed opdrachtnemer gesteld mogen worden, zijn toegesneden op het concrete geval en kunnen meebrengen dat een financiële dienstverlener gehouden is tot een verdergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de dan nog geldende publiekrechtelijke regelgeving, reeds omdat de publiekrechtelijke zorgplicht de privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloedt, maar niet bepaalt.’⁷⁷

Het is inmiddels vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de civiele rechter in de omstandigheden van het geval strengere verplichtingen kan opleggen aan een financiële instelling dan de plichten die blijken uit de financiële toezichtregelgeving.⁷⁸

⁷⁵ Zie o.a. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T./Dexia*).

⁷⁶ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T./Dexia*), rov. 4.10.3.

⁷⁷ Conclusie van plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense d.d. 13 februari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2822, nr. 3.21.

⁷⁸ Zie bijv. ook HR 16 juni 2017, ECLI: NL:HR:2017:1107 (*SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P*), rov. 4.2.5; HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298 (*Hypinvest/X c.s.*), rov. 3.4.2.

Deze lijn – zij het met enige nuancering – zien wij ook terug in de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad in de procedure van de *Vereniging Woekerpolis.nl* tegen *Nationale-Nederlanden*.⁷⁹ Dit geschil ziet op de verhouding tussen enerzijds sectorspecifieke informatieplichten van levensverzekeraars uit de inmiddels ingetrokken op het publiekrecht georiënteerde minimumharmonisatie Derde levensrichtlijn (92/96/EEG) die thans in de Richtlijn Solvabiliteit II (2009/138/EG) te vinden zijn, en anderzijds nationaal privaatrechtelijke normen die mede op informatieverstrekking zien. Daarbij staat de vraag centraal of de aanbieders van beleggingsverzekeringen, in de volksmond bekend als ‘woekerpolissen’, op basis van het Nederlandse privaatrecht, zoals de eisen van de redelijkheid en billijkheid en de zorgplicht van de verzekeraar, *meer* informatie aan verzekeringnemers hadden moeten verstrekken dan zij op grond van de publiekrechtelijke regelgeving van Europese oorsprong verplicht waren te doen.

De Hoge Raad stelt voorop dat bij een beleggingsverzekering de rechtsverhouding tussen verzekeraars en verzekeringnemers wordt beheerst door het privaatrecht. Het is volgens de Hoge Raad aan de civiele rechter om te beoordelen of, en zo ja, welke informatieverplichtingen naar privaatrechtelijke maatstaven op de verzekeraar rusten bij het aangaan, sluiten of uitvoeren van een beleggingsverzekering in aanvulling op de specifieke verplichtingen uit hoofde van de geldende financiële toezichtregelgeving. De Hoge Raad gaat dus niet mee in het *regulatory compliance*-verweer van Nationale-Nederlanden en benadrukt de autonomie van het Nederlandse privaatrecht. Deze autonomie is echter niet onbegrensd. Verplichtingen tot het verstrekken van aanvullende gegevens op grond van het privaatrecht kunnen slechts dan aan de verzekeraar worden opgelegd indien zij (i) betrekking hebben op gegevens die duidelijk en nauwkeurig zijn, ii) noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de wezenlijke bestanden van de beleggingsverzekering, en (iii) voldoende rechtszekerheid waarborgen. Daarmee sluit de Hoge Raad aan bij de door het HvJ EU in *Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen* geformuleerde vereisten waaraan aanvullende informatieplichten voor levensverzekeraars moeten voldoen,⁸⁰ en maakt duidelijk dat deze Europeesrechtelijke maatstaven niet alleen gelden voor het nationale bestuursrecht waarin de informatieplichten uit de Derde levensrichtlijn zijn geïmplementeerd, maar ook voor het nationale privaatrecht.

Een dubbel – publiek- en privaatrechtelijk – normenstelsel dat langs de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke weg wordt gehandhaafd, leidt er dus niet toe dat de handen van de burgerlijke rechter door het bestuursrecht gebonden zijn. Hij kan in lijn met het hiervoor in par. 2.3 genoemde complementariteitsmodel van de verhouding tussen Europees en nationaal recht en publiek- en privaatrecht in beginsel strengere aanvullende verplichtingen opleggen aan de marktpartijen dan die uit de *ex ante* EU-marktregulering voortvloeien⁸¹ en zo de rechtvaardigheid tussen partijen en individuele rechtsbescherming *ex post* realiseren. Nu de Hoge Raad dit uitgangspunt heeft bevestigd in zijn prejudiciële beslissing over woekerpolissen, heeft het hof Den Haag besloten dat op Nationale-Nederlanden een verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie over de kosten van beleggingsverzekeringen rustte en dat deze privaatrechtelijke verplichting voldeed aan de bovengenoemde door het HvJ EU geformuleerde voorwaarden.⁸²

⁷⁹ HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale-Nederlanden*). Zie hierover Cherednychenko, *RM Themis* 2022/4, p. 142.

⁸⁰ HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286 (*Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*).

⁸¹ Een maximumharmonisatie van gedragsregels voor marktpartijen door een bepaalde op het publiekrecht georiënteerde EU-maatregel doet hier niet aan af omdat een dergelijke maatregel alleen ziet op de harmonisatie van toezichtrechtelijke gedragsregels. Zie verder Cherednychenko, *RM Themis* 2022/4, p. 142.

⁸² Gerechtshof Den Haag 26 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1854, par. 13.7-13.9 (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale-Nederlanden*).

9. Slotbeschouwing

De opkomst van de duale – publiek- en privaatrechtelijke – handhaving van het privaatrecht in de gereguleerde sectoren vraagt om de complementariteit tussen bestuursrecht en privaatrecht zowel bij normstelling als bij handhaving. Terwijl de complementariteit tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke normen in het Nederlandse recht al vrij ver ontwikkeld is, staat de complementariteit tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving nog in de kinderschoenen, niet alleen in het Nederlandse recht, maar ook in het EU-recht. Deze handhavingsmechanismen zijn nog onvoldoende op elkaar afgestemd om hun kernfuncties – afschrikking en compensatie – optimaal te kunnen vervullen in het duale handhavingslandschap en daarmee de effectiviteit van de marktregulering te kunnen waarborgen.

Om ervoor te zorgen dat bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving elkaar aanvullen moet de huidige scheiding tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures plaats maken voor de complementariteit tussen beide. Het is van groot belang dat toezichthouders en bestuursrechters enerzijds en civiele rechters anderzijds worden gehouden tot coördinatie teneinde de privaatrechtelijke handhaving te optimaliseren en onevenredigheden ingevolge de cumulatie van bestraffende bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke rechtsmiddelen te voorkomen. Daartoe dienen passende coördinatiemechanismen te worden ontwikkeld zowel op nationaal als op Europees niveau met betrekking tot bijvoorbeeld de toegang tot bewijsmateriaal, verjaringstermijnen en de samenloop van bestuursrechtelijke sancties en privaatrechtelijke remedies.

Inzichten uit de interne rechtsvergelijking tussen verschillende rechtsgebieden kunnen daarbij van nut zijn. Zo is bijvoorbeeld al veel nagedacht over de coördinatie tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving op het gebied van het mededingingsrecht. Nader onderzoek moet uitwijzen in hoeverre het coördinatiemechanisme op dat terrein als voorbeeld kan dienen voor andere rechtsgebieden, zoals het consumentenrecht en het financiële recht. De voortzetting van de dialoog tussen publiek- en privaatrecht is daarom cruciaal.