

**Duale handhaving: afstemming en
coördinatie, in het bijzonder in het
kader van het Unierecht**

Duale handhaving: afstemming en coördinatie, in het bijzonder in het kader van het Unierecht

Platform voor publiek- en privaatrecht
in dialoog — reeks nr. 7

Erik Pijnacker Hordijk

Olha Cherednychenko

Janek Nowak

Pieter Gillaerts

Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door de financiële steun van de achterin de bundel vermelde sponsors van het Platform.

Het Platform is de sponsors zeer dankbaar voor hun bijdragen.

Omslagontwerp: Prezns, Zutphen

ISBN: 978-94-6251-395-2

NUR 820

© 2026 Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Tekst- en datamining niet toegestaan.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en), het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog en de uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Het Platform is opgericht in januari 2019 en heeft als missie het realiseren van een optimale wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden. Het Platform beoogt een ontmoetingsplaats te bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt geparticipeerd vanuit Nederland en België.

e-mail: platform@recht-in-dialoog.eu

website: www.recht-in-dialoog.eu



platform
publiek- en
privaatrecht
in dialoog

Deze reeks staat onder redactie van:

- Lidy Wiggers-Rust (voorheen raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB) — (editor)
- Steven Lierman (hoogleraar bestuursrecht en gezondheidsrecht KU Leuven) — (editor)
- Rob Widdershoven (hoogleraar Europees bestuursrecht UU en advocaat-generaal voor het bestuursrecht)
- Frank van Ommeren (decaan en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de VU en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB)
- Martijn Scheltema (advocaat en hoogleraar civiel recht EUR)
- Kurt Willems (professor onderwijsrecht en administratief recht KU Leuven)
- Gerbrant Snijders (advocaat-generaal bij de Hoge Raad (sector civiel) en advocaat-generaal voor het bestuursrecht)
- Frederik Peeraer (professor methoden van het rechtswetenschappelijk onderzoek en rechtstheorie UGent)
- Steven Verbeyst (professor economisch publiekrecht en Europees publiekrecht VUB)
- Joost van der Helm (senior raadsheer in het gerechtshof Den Haag)
- Nikky van Triet (hoofd kennisunit (wetenschappelijk bureau) Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en fellow aan de RU)
- Françoise Auvray (titularis van de leerstoel ‘Droit de la responsabilité et des assurances’ ULB en advocate).

Aanbevolen citeerwijze:

L. Wiggers-Rust, S. Lierman e.a. (red.), *Duale handhaving: afstemming en coördinatie, in het bijzonder in het kader van het Unierecht* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog, nr. 7), Zutphen: Uitgeverij Paris 2026.

Inhoudsopgave

Voorwoord – Lidy Wiggers-Rust en Steven Lierman / 9

Vraagpunten / 11

Duale handhaving: afstemming en coördinatie, in het bijzonder in het kader van het Unierecht. Beschouwingen vanuit de invalshoek van het Nederlandse bestuursrecht – Erik Pijnacker Hordijk / 15

De duale handhaving van het privaatrecht in Europees en Nederlands perspectief – Olha Cherednychenko / 47

Duale handhaving bekeken vanuit het Belgisch publiekrecht – Janek Nowak / 73

Een Belgisch privaatrechtelijk perspectief op duale handhaving: op zoek naar een gebalanceerde handhaving – Pieter Gillaerts / 99

Duale handhaving: afstemming en coördinatie, in het bijzonder in het kader van het Unierecht. Verslaglegging door Margje Camps en Mariet Stiers / 137

Deelnemerslijst / 165

Voorwoord

Tijdens de zevende expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog stond het volgende onderwerp centraal:

Duale handhaving: afstemming en coördinatie, in het bijzonder in het kader van het Unierecht

Voor de uitvoering van haar beleid doet de Europese Unie niet enkel een beroep op het eigen recht, maar mede op het nationale recht. Het Unierecht houdt daarbij in beginsel geen rekening met het traditionele onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Effectiviteit staat centraal. Privaatrecht en publiekrecht spelen beide een rol. De duale handhaving van het Unierecht, in het bijzonder het toezicht op privaatrechtelijke verhoudingen, levert vragen op die van belang zijn voor de afstemming en de coördinatie tussen publiek- en privaatrecht in Nederland en België.

Gedurende de expertmeeting is over dit onderwerp in dialoog beraadslaagd tussen een relevante groep juristen (vanuit wetgeving, rechterlijke macht, advocatuur en academie, bestuurs- en privaatrechtelijk, in Nederland en België).

Gastvrijheid werd daartoe verleend door de Hoge Raad der Nederlanden op zijn mooie locatie aan het Korte Voorhout in Den Haag. Zijn president, Dineke de Groot, benoemde in haar welkomstwoord het belang van het initiatief van deze expertmeeting voor het bevorderen van de rechtseenheid, zoals de Hoge Raad ook sinds 1838 doet. Het vanuit de volle breedte naar het rechtssysteem kijken verdient aanmoediging, zodat de rechtsgebieden niet te ver uit elkaar lopen, aldus de president.

In de omlijsting van de meeting gold oude casuïstiek mede als inspiratiebron. Gerbrant Snijders die de (zieke) voorzitter op voortreffelijke wijze verving, waarvoor grote dank (!), voerde met veel inspiratie de burenruzie uit het *Zegwaard/Knijnenburgerarrest* (1982) ten tonele. Beeldende kunst in de vorm van *de Nachtwacht*, Rembrandts beroemdste en grootste doek, belandde node in de ijskast. Daarom voor de liefhebber hier vermeld: de schutterij die Rembrandt vereeuwigde liep bij toerbeurt 'de nachtwacht' op de stadswallen. Zij heeft vele eeuwen een bijdrage geleverd aan de veiligheid van de burgers van Amsterdam. Handhaving avant la lettre, zo zou je (hebben) kunnen zeggen!

De dialoog over het onderwerp werd gevoerd onder leiding van de moderatoren Rob Widdershoven (Nederland) en Steven Verbeyst (België).

De uitwisseling vond plaats aan de hand van (concept)papers van:

- Erik Pijnacker Hordijk (Nederland, publiekrecht);
- Olha Cherednychenko (Nederland, privaatrecht);
- Janek Nowak (België, publiekrecht);
- Pieter Gillaerts (België, privaatrecht).

Op basis van de vraagpunten van het Platform en de papers van auteurs werd in de voorbereiding als hoofdlijn voor de dialoog als vraag vooropgesteld:

In hoeverre zijn de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving voldoende of onvoldoende geschikt en op elkaar afgestemd om hun kernfuncties (afschrikking respectievelijk compensatie) optimaal te kunnen vervullen, en hoe kan het beter?

Direct daaraan gelinkt werden voor de dialoog drie thema's geformuleerd die in de verslaglegging van de meeting, achterin de bundel, zijn terug te vinden. Het doel van de dialoog om in een open gedachtenuitwisseling samen doelbewust wijzer te worden, werd tijdens de middag zonder meer bereikt.

De vraagpunten vanuit het Platform, die aan de basis van bedoelde papers liggen, zijn hierna opgenomen samen met de definitieve papers als hoofdstukken, het verslag van de dialoog, gehouden onder de Chatham House Rule,¹ en de lijst van deelnemers.

De inbreng van de moderators en auteurs, ook ter vergadering, inspireerde de aanwezige experts om aan de dialoog deel te nemen. Dank aan allen is op zijn plaats.

Het Platform prijst ook Margje Camps (Nederland) en Mariet Stiers (België)² voor hun toegewijde en zorgvuldige verzorging van het verslag van de meeting.

Ten slotte was onmisbaar de financiële ondersteuning van de sponsors van het Platform, die de expertmeeting en deze bundel mede mogelijk maakten. Veel dank ook aan hen.

Wij wensen de lezer veel plezier toe bij het ontdekken van het resultaat van de gedachtewisseling tijdens de meeting en hopen zo weer een steentje bij te dragen aan de rechtseenheid en de goede wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht in Nederland en België!

Namens het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog,

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter en Steven Lierman, vice-voorzitter

1 Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld. Het verslag van de expertmeeting is daarom geanonimiseerd (de voorzitter, auteurs-sprekers en de moderators vanzelfsprekend uitgezonderd). Zoals op de vergadering besproken is de lijst van deelnemers wel in de bundel opgenomen.

2 Ook hun gegevens zijn in de deelnemerslijst vermeld.

Vraagpunten

Duale handhaving: afstemming en coördinatie, in het bijzonder in het kader van het Unierecht

Voor de uitvoering van haar beleid doet de Unie niet enkel een beroep op het eigen recht, maar mede op het nationale recht.¹ Nationale rechtsordes worden ingezet ten gunste van een doeltreffende werking van het Unierecht. Het Unierecht houdt daarbij in beginsel geen rekening met het traditionele onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Effectiviteit staat centraal. Zo speelt het privaatrecht bijvoorbeeld een belangrijke rol waar het gaat om staatsaansprakelijkheid voor schending van Unierecht door de lidstaten,² bij de (parallelle) handhaving van het mededingingsrecht en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), alsmede bij de (ambtshalve) toepassing van regels van het door de Unie gereguleerde consumentenrecht. Aan de andere kant zijn mede op instigatie van de Unie toezichthouders aangesteld, zoals de Autoriteit Consument & Markt (ACM) die naast de mededinging toezicht houdt op een aantal specifieke sectoren (telecom, post, vervoer en energie), met het doel de betaalbaarheid, kwaliteit en beschikbaarheid van producten en diensten te garanderen, en op de bescherming van consumenten. Een ander voorbeeld vormt de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Zij houdt toezicht op de financiële markten, waaronder sparen, beleggen, verzekeren, lenen en pensioenen.³ Indien nodig kunnen toezichthouders handhavende maatregelen nemen, zoals het opleggen van een boete of een last.⁴ Tegen de desbetreffende besluiten kan – na bezwaar bij de toezichthouder – beroep bij de rechter worden aangetekend. In Nederland is dit de bestuursrechter. De

- 1 Ook nationaal recht kan dual worden gehandhaafd. Denk bijvoorbeeld aan het arrest HR 17 september 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4439, waarin de Hoge Raad oordeelde dat aan een – niet tegen de overheid gerichte – vordering voor de gewone rechter, al of niet in kort geding, waarbij de eisende partij een rechterlijk verbod vraagt van jegens haar onrechtmatige gedragingen van gedaagde, op zichzelf niet in de weg staat dat er, bij gebruikmaking van administratiefrechtelijke rechtsgangen, ook andere wegen bestaan, waarlangs bereikt zou kunnen worden dat gedaagde ten gevolge van maatregelen van de overheid zijn gewraakte gedragingen staakt.
- 2 HvJ EU 19 november 1991, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*).
- 3 Er zijn nog tal van andere toezichthouders te noemen, zoals de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) en (voor de staatssecretaris) de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT). De laatste speelde een hoofdrol in het hierna (in de noten 4 en 5) bedoelde arrest van het HvJ EU op een prejudiciële vraag van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) en de daar eveneens vermelde uitspraken van de ABRvS. Voor de handhaving volgens de AVG is van belang de uitspraak van HvJ EU 12 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:2 en een daarop volgende uitspraak van de ABRvS 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4624.
- 4 Deze bevoegdheid gaat volgens de ABRvS in zijn hierna (in noot 5) bedoelde rechtspraak niet zover dat bestuursrechtelijke sancties kunnen dwingen tot het verrichten of ongedaan maken van civielrechtelijke rechtshandelingen, meer specifiek het betalen van compensatie. Gegeven het oordeel van het HvJ EU in zijn daar (in noot 5) genoemde arrest dat art. 16 van de Verordening passagiersrechten de aangewezen instantie niet verplicht om handhavend op te treden in individuele gevallen, leidt de Afdeling onder meer uit de nationale wetsgeschiedenis en de rechtsmachtverdeling, ten gunste ook van de rechtseenheid, af, dat ter zake voor de staatssecretaris (ILT) geen bevoegdheid bestaat. Dit oordeel is door andere rechters gevolgd (vgl. CBb 15 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:381).

toezichthouder respectievelijk (bestuurs)rechter beoordeelt in dit kader nogal eens de naleving van regelgeving in de verhouding tussen private partijen, namelijk de betrokken marktpartijen enerzijds en burgers respectievelijk bedrijven anderzijds. Deze duale handhaving van het Unierecht, in het bijzonder het omschreven toezicht op privaatrechtelijke verhoudingen, levert vragen op die van belang zijn voor de afstemming en coördinatie tussen publiek- en privaatrecht in Nederland en België. Het onderwerp, *dat algemeen is te benaderen en waarbij aan de verschillende sectoren voorbeelden zijn te ontlelen*, is voor het Platform dus zowel uit hoofde van de interne rechtsvergelijking tussen publiek- en privaatrecht als voor de externe rechtsvergelijking tussen Nederland en België interessant. Hierna wordt een aantal vragen geformuleerd aan de hand waarvan tijdens onze meeting van 26 september 2025 de dialoog over dit onderwerp kon plaatsvinden.

Vraag 1 (*verhouding publiek-/privaatrecht*)

De keuze voor de inzet van publiek- of privaatrecht voor de handhaving van regelgeving, die in principe aan de lidstaten is, wordt door Unieregelgeving beïnvloed. Is een gemotiveerd antwoord te geven, *wellicht eerst aan het einde van het op deze vraagpunten gebaseerde onderzoek*, over de betekenis van de keuze van de Unie voor toezicht als hiervoor omschreven voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht?

Vraag 2 (*effectiviteit privaatrecht*)

De Unie wil met de inzet van toezicht als hiervoor omschreven de effectiviteit van het Unierecht vergroten. Draagt het privaatrecht daaraan voldoende bij en, mocht dat niet zo zijn, waaraan schort het dan op dat punt? Zomede op welke wijze zou daarin verbetering kunnen worden aangebracht?

Vraag 3 (*onderscheiden handhavingsmechanismen*)

Is er, onverminderd de steeds te beogen effectiviteit (doeltreffendheid) van het Unierecht, een tweedeling te maken in de onderscheiden handhavingsmechanismen van publiek- respectievelijk privaatrechtelijke aard (bijvoorbeeld in handhavingsbelang, -tijdstip, -instrumentarium)?⁵

Vraag 4 (*duale handhaving in de praktijk*)

Hoe verloopt de duale handhaving in de (nationale) praktijk? Zijn daarin fricties, afstemmingsproblemen en/of handhavingstekorten (bijvoorbeeld ingevolge het prioriteringsbeleid van toezichthouders) dan wel onevenredigheden (ingevolge cumulatie van sancties), al dan niet volgens de visie van de Unie daarop, te bespeuren? En hoe kan daarin, in bevestigend geval, verbetering worden aangebracht?

Vraag 5 (*gehoudenheid tot coördinatie*)

Bestaat er op grond van het Unierecht een gehoudenheid tot coördinatie van publiekrechtelijke en civiele handhaving (vgl. in dit verband art. 4 lid 3 VEU/art. 47

5 Zie in dit verband bijvoorbeeld ook HvJ EU 17 maart 2016, ECLI:EU:C:2016:187, zomede de verwijzingsuitspraak (ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:699) en einduitspraken (ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1732 en ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1733) van de Afdeling in de zaken *Van Dees-Erf* en *Ruijsseenaars c.s.*, naar welke uitspraken hiervoor reeds werd verwezen (in de noten 3 en 4).

Handvest)? Welke ideeën zijn te genereren voor verbetering van die coördinatie (bijvoorbeeld op het vlak van bewijs, aanhouding van zaken, advisering toezicht-houder e.d.)?⁶ Hoe zou de duale handhaving zo zijn te stroomlijnen dat een optimale situatie ontstaat?

Vraag 6 (*gevolgen handhavingssamenloop voor ontwikkeling privaatrecht en bestuursrecht*)
Welke gevolgen heeft de handhavingssamenloop/de instrumentalisering van het privaatrecht voor de privaatrechtelijke normen/de ontwikkeling van het privaatrecht als zodanig? Ondergaan/ondergaat deze verandering? In welke zin?

En hoe ligt dit wat de samenloop betreft voor de ontwikkeling van het bestuursrecht als zodanig?

Wordt er over en weer voldoende op toegezien dat daar waar één van beide rechtssystemen aan bod is, de rechtspraak van de gespecialiseerde rechter wordt gevolgd/afstemming plaatsvindt en zo ja, hoe?

Vraag 7 (*meerwaarde samenloop?*)

Kan de samenloop tussen publiek- en privaatrecht ook als een meerwaarde worden beschouwd? In hoeverre draagt deze bijvoorbeeld bij aan de convergentie tussen:

- publiek- en privaatrecht
- het recht van Nederland en België?

Zijn van een en/of ander concrete voorbeelden te noemen?

Vraag 8 (*rol rechter/trias politica*)

Welk is het effect van bedoeld toezicht op de rol van de burgerlijke rechter als zodanig? En hoe verhouden de Unierechtelijke rol van de rechter en het toenemende belang van toezichthouders zich met de scheiding der machten (de trias politica)?

Vraag 9 (*wensenlijst*)

Welke wensen zijn in verband met het onderwerp van deze meeting te formuleren uit oogpunt van de missie van het Platform: *een optimale wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden?*

6 Denk in dit verband ook aan Richtlijn 2014/401 op het vlak van het mededingingsrecht.

Duale handhaving: afstemming en coördinatie, in het bijzonder in het kader van het Unierecht

Beschouwingen vanuit de invalshoek van het Nederlandse bestuursrecht

Erik Pijnacker Hordijk*

Eerste prealabele beschouwing: de rol van het doeltreffendheidsbeginsel in het Unierecht

Het onderwerp van de expertmeeting is duale handhaving van regelgeving, gezien vanuit het perspectief van het Unierecht. Het gaat daarbij primair om regelgeving die ziet op de regulering van economische activiteiten. In deze bijdrage zal niet worden ingegaan op (bijvoorbeeld) regelgeving inzake burgerschap, asiel, etc. De vraagstelling focust op de handhaving van EU-regelgeving, maar de eerste vraag die gesteld kan worden is of er — binnen de Nederlandse rechtsorde — een wezenlijk verschil is tussen de handhaving van Unierechtelijke regelgeving en nationale economische of regulering die niet (mede) een grondslag vindt in het Unierecht. Naar mijn mening zou dat niet het geval moeten zijn. De in dit paper te bespreken vraagpunten rond duale handhaving van regelgeving spelen in de praktijk op eenere wijze wanneer het gaat om de handhaving van EU-rechtelijke regelgeving en van zuiver nationaalrechtelijke regelgeving. Dit omdat het nationale recht pleegt te voldoen aan de randvoorwaarden die daaraan door de relevante Unierechtelijke beginselen en leerstukken worden gesteld. En in de relatief uitzonderlijke gevallen dat uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna Hof) volgt dat dit niet het geval is, mag worden aangenomen dat de nationale rechtsregels en -praktijk worden bijgesteld op zodanige wijze dat die aanpassingen ook voor zuiver nationaalrechtelijke geschillen gelden. Ik zal dit in deze preliminaire opmerkingen toelichten.

In de inleiding op de vraagpunten wordt onderstreept dat door de Unierechter sterk de nadruk wordt gelegd op de *effectiviteit* van de handhaving van het Unierecht, zonder daarbij onderscheid te maken tussen privaat- en publiekrecht. Ter voorbereiding van de in de expertmeeting te voeren discussie leek het mij nuttig kort te inventariseren over welke Unierechtelijke leerstukken wij het dan hebben. Het gaat daarbij om uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen voor de nationale rechter. Dat kan, afhankelijk van de situatie, de civiele of de bestuursrechter zijn.¹ Het Hof heeft die verplichtingen op uiteenlopende wijzen en vanuit uiteenlopende invalshoeken onderbouwd en geconcretiseerd.

* Mr. E.H. Pijnacker Hordijk is oud-advocaat. Hij was partner in de mededingings- en reguleringspraktijk bij achteraanvolgens De Brauw Blackstone Westbroek en Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn.

Allereerst is er de door het Hof in arresten als *Simmenthal*² en *Factortame*³ geformuleerde verplichting voor de nationale rechter om de ‘volle werking’ van het Unierecht te verzekeren. Deze fundamentele verplichting ontleent het Hof aan het primaat van het Unierecht in samenhang met de verplichting van Unietrouw zoals dat is neergelegd in (thans) artikel 4 lid 3 VEU. Uit deze basisverplichting heeft het Hof in het arrest *Franovich* het ‘beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden aangerekend’⁴ afgeleid. Waar in zaken als *Franovich* en *Brasserie du Pêcheur*⁵ de nadruk ligt op de aansprakelijkheid van lidstaten voor de schendingen van het Unierecht, benadrukt het Hof in arresten als *Couragel Crehan*⁶ en *Manfredi*⁷ dat om de volle werking van het Unierecht te verzekeren het evenzeer noodzakelijk is dat eenieder vergoeding kan vorderen van schade die veroorzaakt is door schendingen van (in casu) de Europese mededingingsregels door ondernemingen. De verplichting voor de nationale rechter om de volle werking van het Unierecht te verzekeren vertaalt zich niet enkel in het ‘beginsel van aansprakelijkheid’ van normovertreders, maar omvat ook de verplichting voor de nationale rechter om met het Unierecht strijdige bepalingen van nationaal recht buiten toepassing te verklaren (vgl. *Simmenthal*), om eventuele nationaalrechtelijke beperkingen van de mogelijkheid om bij dreigende inbreuken voorlopige maatregelen op te leggen te negeren (vgl. *Factortame*), etc. De onderhavige jurisprudentie ziet op allerhande situaties waarin een nationale rechter wordt geconfronteerd met regels van nationaal recht die hem beperken in zijn mogelijkheden om de effectieve toepassing van het Unierecht te verzekeren.

In de Unierechtelijke jurisprudentie is in de loop der jaren – in latere arresten wordt terugverwezen naar het arrest *Johnston*⁸ uit 1986 als de oeruitspraak in dit verband – ook het ‘beginsel van effectieve rechterlijke bescherming’ als een door het Hof onderscheiden algemeen beginsel van Unierecht tot ontwikkeling gebracht. De grondslag voor dit beginsel wordt door het Hof gevonden in de artikelen 6 en 13 EVRM en later ook in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In de kern gaat het echter om hetzelfde als de verplichting voor de nationale rechter om de volle werking van het Unierecht te waarborgen en de twee benaderingen worden in de jurisprudentie ook door elkaar toegepast.

Daarnaast is er de bekende Rewe-doctrine, die door het Hof voor het eerst is geformuleerd in het *Rewe*-arrest uit 1976.⁹ Kort en goed komt deze erop neer dat, bij gebreke van Unierechtelijke regelgeving ter zake, het aan de interne rechtsorde

1 Strafrechtelijke handhaving van Unierecht is zeer uitzonderlijk en laat ik verder buiten beschouwing. De leerstukken hebben geen betrekking op toepassing van het Unierecht door toezichthouders. Het effectiviteitsbeginsel zoals hierna besproken is niet van toepassing op het optreden van toezichthouders.

2 HvJ EU 9 maart 1978, C-107/77, ECLI:EU:C:1978:49.

3 HvJ EU 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257.

4 HvJ EU 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, punt 35 (*Franovich* en *Bonifaci*).

5 HvJ EU 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79.

6 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465.

7 HvJ EU 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461.

8 HvJ EU 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206.

9 HvJ EU 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188, punt 5.

van iedere lidstaat is om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht kunnen ontlelen. Die procedureregels¹⁰ dienen evenwel aan twee randvoorwaarden te voldoen: zij mogen niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (het gelijkwaardigheidsbeginsel) en zij mogen de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (het doeltreffendheidsbeginsel). Het is dit doeltreffendheidsbeginsel waar het leeuwendeel van de jurisprudentie van de Unierechter inzake de Rewe-doctrine betrekking op heeft. De rol van het doeltreffendheidsbeginsel moet echter niet groter worden gemaakt dan deze is. Zoals A-G Kokott recent nog onderstreepte in haar conclusie in de zaak *Breian*,¹¹ vereist het doeltreffendheidsbeginsel niet dat lidstaten de meest effectieve regeling vaststellen om de naleving van een bepaald voorschrift te waarborgen, maar verbiedt het enkel dat lidstaten de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken. De Rewe-doctrine geldt *bij gebreke van Unierechtelijke bepalingen ter zake*. Waar die bepalingen wel voorhanden zijn, dient het nationale recht rechtstreeks aan die bepalingen te worden getoetst. Dit is met name geval in die situaties waarin door de Uniewetgever specifieke handhavingsvoorschriften zijn vastgesteld. Dat zijn uitzonderingssituaties. Ik zal hier nader op ingaan bij de bespreking van de eerste vraag.

De samenhang tussen de besproken beginselen en doctrines is op treffende wijze verwoord in het arrest *Unibet* uit 2007.¹² In dit arrest benadrukte het Hof dat het (toen nog) EG-Verdrag, niettegenstaande het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, niet heeft willen voorzien in nieuwe beroepsmogelijkheden voor de nationale rechter, in aanvulling op de reeds door het nationale recht gegeven rechtsmiddelen. Dit zou, aldus het Hof onder verwijzing naar de arresten *Rewe* en *Factortame*, 'slechts anders zijn wanneer uit de opzet van de betrokken nationale rechtsorde zou blijken dat er geen rechtsmiddel beschikbaar is waarmee, ook al is het incidenteel, de eerbiediging kan worden verzekerd van de rechten die justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlelen.' Waarop het Hof, onder verwijzing naar (indirect) de arresten *Johnston* en *Rewe*, liet volgen dat de lidstaten moeten voorzien in een stelsel van rechtsmiddelen en procedures dat de eerbiediging van het recht op effectieve rechterlijke bescherming kan verzekeren. Op het gevaar af in herhalingen te vervallen benadrukte het Hof tot slot nog maar eens dat die rechtsmiddelen voorts moeten voldoen aan de twee randvoorwaarden van de Rewe-doctrine.

10 Het gaat hier niet alleen om regels van procesrecht. Het gaat om het geheel aan regels en rechtsmiddelen, met inbegrip van regels van materieel recht, waarop binnen de nationale rechtsorde een beroep kan worden gedaan teneinde op het Unierecht gebaseerde rechten geldend te maken. De procedureregels waarop de Rewe-doctrine betrekking heeft, dienen te worden onderscheiden van de materiële regels van Unierecht waarop door de justitiabelen een beroep wordt gedaan. Daarop zien de in deze preliminaire beschouwingen besproken beginselen en leerstukken niet.

11 Concl. A-G J. Kokott 11 juli 2024, C-318/24 PPU, ECLI:EU:C:2024:617.

12 HvJ EU 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, punten 36-44.

Naar mijn mening vormen het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel de kern van deze meanderende rechtspraak.¹³ Hoewel justitiabelen in beginsel, bij gebreke van Unierechtelijke regelgeving, zijn ‘overgeleverd’ aan de nationale rechtsordes wanneer zij hun aan het Unierecht ontleende rechten geldend willen maken, trapt het Hof op de rem wanneer het meent dat nationale rechtsregels de effectieve rechtsbescherming doorkruisen. Dat zijn en blijven uitzonderingssituaties en het is interessant om nader te bezien in welke situaties het Hof daadwerkelijk een schending van de besproken beginselen heeft vastgesteld. Met name het Engelse recht lijkt de nodige (archaïsche) regels te bevatten die het, bijvoorbeeld, onmogelijk maken om voorlopige voorzieningen te verkrijgen tegen een Act of Parliament (*Factortame*)¹⁴ of die het partijen bij een onwettige overeenkomst ten principale beletten om schadevergoeding te eisen van de contractuele wederpartij (*Courage/Crehan*).¹⁵ Dergelijke beperkingen, die een Nederlandse jurist vreemd in de oren zullen klinken, kunnen de toets niet doorstaan. Een sprekend voorbeeld is ook het arrest *Brasserie du Pêcheur*, waarin het Hof de staf brak over de Duitse rechtsregel die voor een geval van schending door een wet van een nationale bepaling van hogere rang de schadevergoeding afhankelijk stelt van de voorwaarde dat het onrechtmatige handelen van de overheid een individuele situatie betreft,¹⁶ alsmede over de regel van Engels recht volgens welke overheidsaansprakelijkheid enkel mag worden aangenomen in situaties waarin wordt bewezen dat sprake is van ‘*misfeasance in public office*’.¹⁷ Bij lezing van dit arrest springen de verschillen met het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht in het oog: naar Nederlands recht vormt een overheidshandeling, met inbegrip van (de vaststelling van) een wet in materiële zin, indien deze in strijd wordt bevonden met een (hogere) rechtsregel, een onrechtmatige daad voor de gevolgen waarvan de overheid aansprakelijk kan worden gehouden op gelijke voet als iedere andere justitiabele.¹⁸ Daarmee gaat het Nederlandse recht ook aanzienlijk verder dan de voorwaarden voor overheidsaansprakelijkheid van de instellingen van de Unie, zoals deze door het Hof zijn geformuleerd in het Bayerische HNL-arrest uit 1978¹⁹ en die in *Brasserie du Pêcheur* van overeenkomstige toepassing zijn verklaard voor lidstaataansprakelijkheid in

13 Het gelijkwaardigheidsbeginsel waarborgt dat de justitiabele niet slechter af kan zijn wanneer hij een materieelrechtelijke bepaling van Unierecht inroept dan wanneer hij zich op een overeenkomstige bepaling van nationaal recht beroept. Mij is geen geval bekend van een Nederlandse zaak waarin het Hof van Justitie (direct of indirect) nationale rechtsregels aan dit beginsel heeft getoetst en een inbreuk vastgesteld. In de praktijk is ook niet goed voorstelbaar dat een nationale rechtsorde regels zou bevatten die niet aan het gelijkwaardigheidsbeginsel zouden voldoen. De rechtspraak over de Rewe-doctrine gaat dan ook feitelijk alleen over de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel. Slechts een enkele keer is een schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel aangenomen. Zie HvJ EU 26 januari 2010, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39 (*Transportes Urbanos*).

14 Punt 12.

15 Punt 11.

16 Noot 5, punten 71-72.

17 Noot 5, punt 73

18 De aansprakelijkheid van De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) voor vernietigde besluiten is ingevolge artikel 1:25 Wet financieel toezicht beperkt tot besluiten die een toerekenbare onrechtmatige daad opleveren; ‘toerekenbaar’ impliceert dat, kort gezegd, sprake moet zijn van nalatigheid of verwijtbaar gedrag. Overeenkomstige beperkingen van de aansprakelijkheid zijn er niet voor besluiten van andere toezichthouders.

19 HvJ EU 15 mei 1978, gevoegde zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, ECLI:EU:C:1978:113. Zie voor zeldzame gevallen waarin het Hof van Justitie deze voorwaarden vervuld achtte de arresten HvJ EU 26 juni 1990, C-152/88, ECLI:EU:C:1990:259 (*Sofrimport/Commissie*) en HvJ EU 19 mei 1992, gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90, ECLI:EU:C:1992:217 (*Mulder en Heinemann/Raad en Commissie*).

geval van schending van het Unierecht: in een normatieve context waarin keuzen van economisch beleid worden gemaakt, kan slechts aansprakelijkheid worden aangenomen in geval van een gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel.²⁰

Naar mijn mening is de effectieve rechtsbescherming in geschillen over de toepassing van economische regulering binnen de Nederlandse rechtsorde in het algemeen goed verzekerd. In gevallen waarin sprake is van een mogelijke schending van Unie- of nationaalrechtelijke regulering door een overheidsinstelling of een particulier,²¹ zal een passend rechtsmiddel en een passende remedie voorhanden zijn. De hiervoor besproken Unierechtelijke jurisprudentie over effectieve rechtsbescherming, het verzekeren van de volle werking van het Unierecht en de Rewe-doctrine heeft geen praktische gevolgen gehad binnen de Nederlandse rechtsorde, omdat het nationale recht reeds aan de door het Hof geformuleerde voorwaarden voldeed. Mij is, buiten de context van het asielrecht,²² geen geval bekend waarin het Hof heeft geoordeeld dat de toepassing van een regel van Nederlands recht onverenigbaar is met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel.^{23,24}

- 20 Het Hof rechtvaardigt deze beperking van overheidsaansprakelijkheid in Bayerische HNL (punten 5 en 6) als volgt: 'dat deze restrictieve opvatting wordt verklaard door de overweging dat de wetgevende macht, zelfs in geval de geldigheid van haar handelingen aan rechterlijke toetsing is onderworpen, niet telkens in haar voorbereidingen mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer zij aanleiding heeft, in het algemeen belang normatieve maatregelen te nemen, die de belangen van particulieren kunnen aantasten; Overwegende dat hieruit volgt dat op de gebieden die onder het economisch beleid van de Gemeenschap vallen, van de particulier kan worden gevergd dat hij binnen redelijke grenzen bepaalde voor zijn economische belangen schadelijke gevolgen van een normatieve handeling draagt, zonder uit de openbare middelen schadeloos te worden gesteld, zelfs indien de handeling ongeldig is verklaard.' Dit zijn overwegingen die in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht geen weerklank vinden.
- 21 Bij een schending van het Unierecht door een particulier moet wel sprake zijn van een bepaling van het VWEU met horizontale directe werking (zoals de mededingingsregels (art. 101-102 VWEU) en het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen (art. 157 lid 1 VWEU) of een rechtstreeks toepasselijke bepaling van een verordening.
- 22 Zie HvJ EU 30 maart 2023, C-338/21, ECLI:EU:C:2023:269 (*Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid/S.S. e.a.*).
- 23 Niettemin een enkel woord over HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Brusse en Garabito*). Ingevolge Nederlands civiel recht zijn onredelijk bezwarende bepalingen in algemene voorwaarden niet van rechtswege nietig maar vernietigbaar (art. 6:233 BW). Hetzelfde geldt voor rechtshandelingen die in strijd zijn met een wettelijke bepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit (art. 3:40 lid 2 BW). In de nationale procedure had een door een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst in de zin van Richtlijn 93/13/EEG (te weten een contractueel boetebeding in een huurovereenkomst voor woonruimte met een bedrijfsmatig handelende verhuurder) benadeelde consument geen vernietiging van dit boetebeding gevorderd, doch slechts matiging van de contractuele boete. Het Hof oordeelde dat de nationale rechter na te hebben geconstateerd dat sprake is van een oneerlijk beding in de zin van de richtlijn ambtshalve moet overgaan tot vernietiging daarvan. Hij mag niet volstaan met matiging van de boete, ook al is dat naar nationaal recht toegestaan. Hier werd feitelijk de consument in bescherming genomen tegen de eigen advocaat, die kennelijk had verzuimd vernietiging van het boetebeding te vorderen.
- 24 Uiteraard kan het Hof in het kader van een prejudiciële procedure niet de rechtsgeldigheid van regels van nationaal recht beoordelen. Ik doel dan ook op arresten waarin het Hof het doeltreffendheidsbeginsel op zodanige wijze uitlegt dat daaruit volgt dat een in de basisprocedure voor de nationale rechter ter discussie staande regel van nationaal recht in strijd moet worden geacht met dit beginsel.

Dit laat natuurlijk onverlet dat ook uitspraken van het Hof over de beoordeling van nationaalrechtelijke bepalingen en praktijken van andere lidstaten in het licht van de besproken beginselen en leerstukken aanleiding kunnen geven om de Nederlandse procesregels aan te passen. Ik kan niet goed inschatten of dat regelmatig voorkomt maar ik heb de indruk dat ook dit tamelijk uitzonderlijk zal zijn. Een recent voorbeeld betreft het arrest van het Hof uit 2024 in de zaak *ERB New Europe Funding II*.²⁵ In dit arrest over de uitleg van Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten²⁶ in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel en artikel 47 Handvest oordeelde het Hof dat een nationale rechter, alvorens het gezag van gewijsde van een eerdere uitspraak op verstek in een geschil tussen een particulier en een verkoper over een (vermeend) oneerlijk beding in een kredietovereenkomst aan te nemen, zich er (onder meer) van dient te vergewissen dat de eerdere rechterlijke beslissing naar behoren aan de consument is betekend met vermelding van de rechtsmiddelen waarover hij beschikt. Deze uitspraak heeft er naar verluidt toe geleid dat in verstekvonnissen van kantonrechters voortaan standaard een rechtsmiddelenclausule zal worden opgenomen. Dit laatste voorbeeld bevestigt dat in die gevallen waarin vanuit Unierechtelijk perspectief aanpassingen nodig blijken in het nationale recht met het oog op de uitoefening van aan het Unierecht ontleende rechten, de reflex niet is om die aanpassingen te beperken tot Unierechtelijk geborgde rechten, maar om deze gelijkelijk door te voeren voor zuiver nationaalrechtelijke geschillen.

Tot slot van deze inleidende beschouwingen nog het volgende: niet alleen het waarborgen van een effectieve rechtsbescherming maar ook de noodzaak van het bevorderen van effectieve handhaving van EU-regelgeving vormt een rode draad in de rechtspraak van het Hof. Het is van belang die twee doelstellingen goed van elkaar te onderscheiden. De twee doelstellingen komen samen wanneer het gaat om private handhaving, dus handhaving op initiatief van een justitiabele die aan het Unierecht ontleende rechten geldend wil maken bij de nationale rechter. Zoals hiervoor toegelicht zal de justitiabele het in de regel moeten doen met de rechtsmiddelen die hij aan het nationale recht kan ontleenen. Het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel vormt, behoudens uitzonderingssituaties waarin het nationale recht ernstig tekortschiet, geen zelfstandige bron van procedurele rechten voor Unieburgers en ondernemingen. Het bevorderen van effectieve handhaving van het Unierecht is bij uitstek aan de orde wanneer nationale toezichthouders handhavend optreden. Benadrukt moet worden dat deze doelstelling geen zelfstandige basis kan vormen voor procedurele rechten van toezichthouders; zij zullen het moeten doen met de bevoegdheden die hen bij rechtstreeks toepasselij-

25 HvJ EU 7 november 2024, C-178/23, ECLI:EU:C:2024:943.

26 Meer specifiek art. 7 lid 1, dat luidt als volgt: 'De lidstaten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers.' Het is in het bijzonder in de context van de Europese consumentenbeschermingsrichtlijnen dat het Hof een zeer ruime uitleg aan het doeltreffendheidsbeginsel pleegt te geven in het kennelijke streven de positie van consumenten maximaal te beschermen. Daarin zit ook een element van afschrikking (en dus een prikkel voor handelaren om het hanteren van oneerlijke bedingen in hun algemene voorwaarden voortaan achterwege te laten). Het Hof leidt dit af uit het geciteerde art. 7 lid 1 (zie punt 58 van het arrest *Brusse en Garabito*).

ke Unierechtelijke regelgeving of de nationale wet zijn toegekend. Het legaliteitsbeginsel brengt dat mee. Een andersluidende opvatting zou bovendien afbreuk doen aan het recht op effectieve rechtsbescherming van de justitiabelen tegen wie handhavend wordt opgetreden.

Tweede prealabele beschouwing: duale handhaving van het Unierecht in de praktijk

Het lijkt mij nuttig in deze inleidende paragraaf te onderstrepen dat de praktijk van publieke en van private handhaving van sector tot sector en van onderwerp tot onderwerp zeer sterk uiteenloopt. Er is sprake van een niet te onderschatten diversiteit. Het is daarom niet goed mogelijk om te spreken van ‘de’ duale handhaving van regelgeving.

Ik licht er bij wijze van voorbeeld een paar sectoren en onderwerpen uit. In de eerste plaats mededinging. Het mededingingsrecht is het domein waarin de Europese Commissie al sinds de vroege jaren '60 van de vorige eeuw een actief handhavingbeleid als toezichthouder voert.²⁷ In 1998 was Nederland een van de laatste lidstaten die een nationale toezichthouder voor mededingingszaken in het leven riep.²⁸ Private handhaving van het Europese mededingingsrecht stond binnen de gehele Unie lange tijd op een laag pitje, althans op een veel lager pitje dan in de VS, die voor de Europese Commissie altijd de belangrijkste referentie waren. *Private enforcement* heeft in de EU een enorme boost gekregen in de periode dat de Nederlandse Neelie Kroes commissaris voor mededinging was.²⁹ Kort voor haar aantreden, in de zomer van 2004,³⁰ produceerde het advocatenkantoor Ashurst in opdracht van DG COMP een vergelijkende studie over de voorwaarden waaronder schadevergoeding kan worden verkregen voor overtredingen van de Europese mededingingsregels. De eerste regels van het rapport logen er niet om: *‘The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment.’* Wat hiervan zij, laatstbedoelde kwalificatie ging niet op voor Nederland. In Nederland was al enkele decennia sprake van een levendige private handhavingpraktijk.³¹ Daarbij betrof het doorgaans vorderingen in kort geding en beroepen op nietigheid. Schadevergoedingsprocedures waren nog weinig gangbaar.³² Dat lag niet aan het bestaan van mogelijke belemmeringen van nationaal (proces)recht, maar veeleer aan het ontbreken van een actieve claimcultuur. Deze heeft zich in de laatste decennia mede als gevolg van de inspanningen van de Commissie sterk ontwikkeld. Heden

27 Te weten sedert de inwerkingtreding van Verordening 17 van de Raad van 6 februari 1962, PbEU 1962, L 13/204.

28 Aanvankelijk de Nederlandse Mededingingsautoriteit, sinds de fusie met de Consumentenautoriteit en de toezichthouder voor de sectoren post en telecom de Autoriteit Consument & Markt (ACM). Onder de aan de Mededingingswet voorafgaande Wet economische mededinging had de Minister van Economische Zaken als bevoegde autoriteit enkel de bevoegdheid om *ex nunc* met het algemeen belang strijdige afspraken onverbindend te verklaren.

29 November 2004-november 2010.

30 De opdracht kwam van haar voorganger Mario Monti.

31 Zie E.H. Pijnacker Hordijk, ‘De Nederlandse rechter en het Europese kartelrecht: een inventarisatie’, SEW 1987, p. 484; I.W. VerLoren van Themaat, ‘De toepassing van het Nederlandse kartelrecht door de Nederlandse rechter 1987-1995: “te ingewikkeld?”’, SEW 1996, afl. 5, p. 156.

32 Maar ze waren er wel degelijk.

ten dage is Nederland, naast Engeland, het voorkeursforum van de internationale claimindustrie in mededingingszaken. Het mededingingsrecht is het onderdeel van het economisch ordeningsrecht waar duale handhaving bij uitstek regelmatig aan de orde is, met name daar waar boetebesluiten van toezichthouders worden gevolgd door civiele schadevergoedingsacties.

Een onderdeel van het ordeningsrecht waarin veelvuldig sprake is van private handhaving is het consumentenrecht. Dat private handhaving hier op de voorgrond staat ligt voor de hand omdat het consumentenrecht grotendeels bestaat uit materiële normen van privaatrechtelijke aard en direct doorwerkt in de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen een verkoper en een consument. De eerste handelt in een professionele hoedanigheid, de laatste juist niet. De drie richtlijnen die de meeste rechtspraak hebben gegenereerd, zowel op Europees als op nationaal niveau, zijn de al genoemde Richtlijn oneerlijke bedingen, en voorts de Richtlijn consumentenrechten³³ en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.³⁴ De Richtlijn oneerlijke bedingen ziet op bedingen waarover niet is onderhandeld, dus alle van te voren opgestelde contractbedingen zoals algemene voorwaarden van de verkoper. Een beding dat oneerlijk is in de zin van die richtlijn is onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 onder a BW en daarom vernietigbaar. De Richtlijn consumentenrechten is eveneens onderdeel van het overeenkomstenrecht. Zij bevat precontractuele informatieplichten voor een handelaar jegens een consument. Deze richtlijn is omgezet in afdeling 6.5.2B BW, met name in artikel 6:230l en 6:230m BW. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is omgezet in afdeling 3A van Titel II van Boek 6 BW. Omwille van het zwaarwegend openbaar belang om de consument te beschermen dient de rechter (ook in verstekzaken) ambtshalve te onderzoeken of zich een oneerlijk beding voordoet³⁵ en of een informatieplicht is geschonden.³⁶ Deze verplichting tot ambtshalve toepassing geldt ook voor andere consumentenrichtlijnen.

De belangrijkste bron van materiële normen van het privacyrecht is de Algemene verordening gegevensbescherming van de EU (de AVG).³⁷ Deze kan zowel bestuursrechtelijk (door ACM respectievelijk de Autoriteit Persoonsgegevens (AP)) als privaatrechtelijk worden gehandhaafd. In de praktijk lijken parallelle private en publiekrechtelijke handhaving weinig voor te komen.³⁸ Hoewel de AVG pas op 25 mei 2018 in werking is getreden, heeft zich al snel een levendige private handhavingspraktijk ontwikkeld.

In de sector kansspelen was in de periode voor de oprichting van de Kansspelautoriteit (KSA) uitsluitend sprake van private handhaving van de Wet op de kansspelen,

33 Richtlijn 2011/83/EU, *PbEU* 2011, L 306/64.

34 Richtlijn 2005/29/EG, *PbEU* 2005, L 149/22.

35 Vaste rechtspraak, recent door het Hof op een rijtje gezet in HvJ EU 24 juni 2025, C-351/23, ECLI:EU:C:2025:474, punt 49-61 (*GR REAL*).

36 Zie HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato I*).

37 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016, *PbEU* 2016, L 117/1.

38 Zie voor een zeldzaam voorbeeld voetnoot 80.

meer in het bijzonder tegen aanbieders van kansspelen zonder vergunning.³⁹ Na de oprichting van de KSA in 2012 is deze vorm van private handhaving volledig weggefallen. Een scan van gepubliceerde uitspraken van civiele rechters wijst uit dat parallelle private en publiekrechtelijke handhaving feitelijk niet aan de orde is.⁴⁰ Een interessante ontwikkeling is echter dat in verschillende procedures bij de burgerlijke rechter deelnemers aan online kansspelen de nietigheid vorderen van kansspeloovereenkomsten die zij hebben gesloten met online kansspelaanbieders zonder vergunning. Recent zijn hierover door de rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad op de voet van artikel 392 Rv. Onder andere wordt gevraagd of een kansspeloovereenkomst tussen een in Nederland verblijvende consument en een aanbieder van kansspelen op internet die geen vergunning heeft in de zin van de Wet op de kansspelen (Wok) een nietige overeenkomst is in de zin van artikel 3:40 BW, en zo ja, of dan een vordering tot terugbetaling van het geleden verlies op grond van onverschuldigde betaling toewijsbaar is.⁴¹

De sector financiële diensten kent met de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een actieve toezichthouder. Opvallend is echter dat juist in die sector de grootste handhavingszaken (de zaken met betrekking tot de zogenaamde woekerpolissen) private handhaving betroffen, waarbij AFM hooguit enkele flankerende maatregelen heeft genomen. In die zaken werd het handelen van levensverzekeraars (met voor de verzekeraars ongunstige uitkomst) door civiele rechters getoetst aan informatieplichten die voortvloeien uit (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen, zoals wilsovereenstemming, zorgplicht, dwaling en eisen van redelijkheid en billijkheid. Niet in geding was dat de verzekeraars voldeden aan de informatieverplichtingen die voor hen uit de Derde levensrichtlijn van de EU⁴² voortvloeiden. Zie voor een helder overzicht van de rechtsvragen die in deze zaken aan de orde waren de conclusie van A-G Hartlief van 14 oktober 2021.⁴³ Een van de hoofdstukken van de conclusie heeft de titel ‘Regelgevers lijken bij de ontwikkeling van de sectorspecifieke informatieplichten lange tijd achter de feiten aan te hebben gelopen’.

Het aanbestedingsrecht is uitzonderlijk doordat het enkel private handhaving kent; er is immers geen toezichthouder die bevoegd is toe te zien op de naleving van de aanbestedingsregels door aanbestedende diensten. Duale handhaving is hier niet aan de orde.

39 Met name de houder van de enige vergunning voor sportweddenschappen en het lottospel wist via de civiele rechter regelmatig rechterlijke ge- en verboden te verkrijgen gericht tegen illegale aanbieders van online kansspelen (zie o.m. HR 18 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4841). Daarnaast valt te noemen de collectieve actie van de Stichting Loterijverlies tegen de Staatsloterij vanwege misleidende reclame (zie o.m. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178). Een schending van de Wet op kansspelen werd in die zaak overigens niet vastgesteld.

40 De enige uitspraak die onder deze noemer valt te brengen is Rb. Den Haag (vzr.) 14 september 2017, ECLI:NL:RBDHG:2017:10671, waarbij een vordering van een rechterlijk verbod tot handhaving van een drietal kansspelaanbieders tegen KSA niet-ontvankelijk werd verklaard omdat een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter openstond waarmee hetzelfde doel zou kunnen worden bereikt.

41 Zie o.a. Rb. Amsterdam 22 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:369.

42 Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992, *PhEU* 1992, L 306/1, zoals nadien gewijzigd.

43 ECLI:NL:PHR:2021:973.

Dit korte overzicht moge duidelijk maken dat sprake is van een uitgesproken divers handhavingslandschap. De hierna in dit paper te bespreken zaken en uitspraken zullen dat beeld alleen maar bevestigen. In een dergelijke context dient men behoedzaam te zijn met het streven naar algemeen toepasselijke richtsnoeren of ‘best practices’ voor het handelen van toezichthouders en (civiele respectievelijk bestuurs)rechters.

Vraag 1 (verhouding publiek-/privaatrecht)

De keuze voor de inzet van publiek- of privaatrecht voor de handhaving van regelgeving, die in principe aan de lidstaten is, wordt door Unieregelgeving beïnvloed. Is een gemotiveerd antwoord te geven, wellicht eerst aan het einde van het op deze vraagpunten gebaseerde onderzoek, over de betekenis van de keuze van de Unie voor toezicht als hiervoor omschreven voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht?

Publiekrechtelijke handhaving van regelgeving is binnen de Nederlandse rechtsorde enkel mogelijk door een publiekrechtelijke instelling die bij of krachtens de wet met de handhaving van die regelgeving is belast. Een publiekrechtelijke instelling met handhavingstaak wordt aangeduid als toezichthouder. Omgekeerd geldt binnen de Nederlandse rechtsorde dat een toezichthouder diens handhavingstaken uitsluitend kan uitoefenen met toepassing van het publiekrecht. Dikwijls is het de EU-wetgever die in een verordening of richtlijn voorschrijft dat de lidstaten een toezichthouder moeten belasten met toezicht op de naleving van de betreffende EU-regelgeving. In dergelijke gevallen is de invloed van de Unieregelgeving evident. Het is echter in de regel aan de lidstaten om te bepalen welke publiekrechtelijke instelling met het desbetreffende toezicht wordt belast. Zo is het, bijvoorbeeld, de vrije keuze van de lidstaat Nederland geweest om het toezicht op naleving van de (Europese) mededingingsregels, de EU-regelgeving voor de sectoren energie, telecom en post, alsmede de EU-regelgeving inzake consumentenbescherming onder te brengen bij één en dezelfde toezichthouder, te weten ACM. Ik roep in herinnering dat de Nederlandse wetgever aanvankelijk had gekozen voor het optuigen van een afzonderlijke toezichthouder voor de regelgeving voor de sectoren post en telecom, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA). Het besluit van de Nederlandse wetgever om de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en OPTA in 2013 te laten fuseren tot ACM was een autonome keuze, die niet door Unieregelgeving is beïnvloed. Binnen de Nederlandse rechtsorde zijn diverse toezichthouders belast met het toezicht op de naleving van Unieregelgeving (met inbegrip van nationale wetgeving die uitvoering geeft aan EU-regelgeving). Te denken valt aan de ACM, De Nederlandsche Bank (DNB), AFM, de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), de AP en de Nederlandse Emissieautoriteit (Nea). Toch kan van de meeste van deze toezichthouders niet worden gesteld dat deze uitsluitend of bij uitstek in het leven zijn geroepen om toezicht te houden op de naleving van Europese regels.⁴⁴ De meeste van deze toezichthouders oefenen naast toezicht op de naleving van EU-regelgeving ook louter nationaalrechtelijke toezichthoudende taken uit. Als voorbeeld

⁴⁴ Dit geldt wel voor Nea, die uitsluitend is opgericht met het oog op de tenuitvoerlegging van de EU-richtlijn inzake emissiehandel (2003/87/EG).

kan genoemd worden het toezicht door de ACM op de naleving van de Wet markt en overheid.⁴⁵ Daarnaast kunnen de nodige Nederlandse toezichthouders worden aangewezen die geen enkele toezichthoudende taak uitoefenen die een basis in EU-regelgeving heeft. Als voorbeeld kunnen genoemd worden KSA, de Inspectie van het Onderwijs (IvhO) en het College voor de Rechten van de Mens. Voor alle toezichthouders geldt dat zij hun toezichthoudende taken als gezegd enkel kunnen uitoefenen met toepassing van het publiekrecht en dat hun bevoegdheden een wettelijke grondslag moeten hebben.

Naast het gegeven dat de Uniewetgever lidstaten kan verplichten om een onafhankelijke toezichthouder aan te wijzen met bepaalde in de betreffende Unierechtelijke regelgeving gespecificeerde taken, zoals bijvoorbeeld op het gebied van energie, zijn er talrijke voorbeelden in Unierechtelijke regelgeving aan te wijzen waar de lidstaten worden verplicht om te voorzien in sancties op overtreding van (in nationaal recht omgezette) Unierechtelijke normen die 'doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend' moeten zijn.⁴⁶ Met name de term 'afschrikwekkend' lijkt bij uitstek te verwijzen naar bestraffende sancties en niet zozeer naar herstellende sancties. De lidstaten zullen in dergelijke situaties de keuze hebben tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving maar in de regel niet tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving. Bij sancties die voldoen aan het genoemde vereiste van afschrikwekkendheid zal de gedachte niet uitgaan naar het privaatrecht. Sterker nog, de voorzieningen en remedies die kunnen worden gevorderd door justitiabelen op basis van het Nederlandse privaatrecht hebben niet het karakter van bestraffende sancties op onrechtmatig handelen⁴⁷ respectievelijk een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) en kunnen dat karakter ook niet hebben.⁴⁸ De vorderingen strekken ertoe schade als gevolg van onrechtmatig handelen/wanprestatie te voorkomen dan wel te compenseren. Het Nederlands privaatrecht kent niet het concept van *punitive damages* en vergoeding van schade mag in uitgangspunt niet leiden tot overcompensatie. Het Nederlandse privaatrecht voorziet niet in andere remedies in geval van een schending van wet-

45 Hoofdstuk 4B Mededingingswet (art. 25g-25ma).

46 Zie bijvoorbeeld art. 11 van de eerdergenoemde Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken.

47 Ingevolge art. 6:162 lid 2 BW levert 'een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht' een onrechtmatige daad op.

48 Ingevolge art. 8 lid 1-2 van de Kartelschaderichtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat lidstaten in een aantal gevallen door nationale rechterlijke instanties sancties kunnen worden opgelegd die 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' zijn. Het betreft, kort gezegd, niet-nakoming van een rechterlijk bevel tot het verlenen van toegang of het beschermen van vertrouwelijke informatie, alsmede het vernietigen van relevant bewijsmateriaal. De Nederlandse wetgever meende dat deze bepaling geen omzetting behoefde, omdat het Nederlandse burgerlijke procesrecht reeds voorziet in de mogelijkheid doeltreffende sancties op te leggen. Daarbij wijst de wetgever met name op de mogelijkheid voor de civiele rechter om aan rechterlijke bevelen dwangsommen te verbinden. Als adequate sanctie voor het vernietigen van bewijsmateriaal noemt de wetgever de mogelijkheid voor de rechter om daaraan de gevolgen te verbinden die hij raadzaam acht, waarbij gedacht kan worden aan omkering van de bewijslast of verzwaring van de stelplicht (zie de MvT bij het wetsontwerp Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht, *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, nr. 3, p. 8). Ik waag te betwijfelen dat dit het type sancties is dat de Uniewetgever voor ogen staat. Niettemin valt de keus van de wetgever alleszins te billijken, bestraffende sancties passen niet in het civiele schadevergoedingsrecht en de civiele rechter is bij uitstek toegerust om met toepassing van het bewijsrecht partijen te confronteren met de consequenties van een onwenselijk geachte procesvoering.

en regelgeving dan in geval van een andersoortige onrechtmatige daad, en het Unierecht dwingt daar ook niet toe.⁴⁹ Van een verplichting tot het vergoeden van schade kan wel een preventief effect uitgaan, maar dat is naar mijn mening iets anders dan een afschrikwekkend effect als bedoeld in de EU-regelgeving. Ware dit anders, dan zou aan dit vereiste van afschrikwekkendheid in ieder geval binnen de Nederlandse rechtsorde geen zelfstandige betekenis toekomen. Ieder handelen in strijd met de wet levert naar Nederlands recht immers als besproken een onrechtmatige daad op voor de gevolgen waarvan de overtreder aansprakelijk is.

Daar staat tegenover dat het Hof zelf heeft aangenomen dat van de privaatrechtelijke sanctie van vernietiging c.q. nietigverklaring van een overeenkomst een afschrikwekkend effect kan uitgaan, mits de ongedaanmaking van de vernietigde c.q. nietigverkleerde transactie plaatsvindt op voorwaarden die voldoende onaan-trekkelijk zijn voor de overtreder. Met name op het gebied van het consumentenbeschermingsrecht heeft het Hof tal van arresten gewezen die ertoe strekken het afschrikwekkend effect van vernietiging c.q. nietigverklaring van een met dwingend recht strijdige overeenkomst te verzekeren.⁵⁰ Deze Unierechtelijke rechtspraak is expliciet en uitsluitend van toepassing binnen de context van de Europese consumentenbeschermingsrichtlijnen. Zij laat zich niet extrapoleren naar andere beleidsterreinen.

De keuze van de Uniewetgever voor publiekrechtelijke handhaving door toezicht-houders sluit private handhaving van dezelfde regelgeving niet uit. Bij private handhaving van regelgeving gaat het om handhaving op initiatief van een jus-titiabele die stelt dat hij schade lijdt of dreigt te zullen lijden als gevolg van een overtreding van de regelgeving. Bij private handhaving zal het in de regel gaan om privaatrechtelijke handhaving,⁵¹ maar er zijn uitzonderingen.⁵² Vanuit Unierech-telijk perspectief valt private handhaving in uitgangspunt binnen de procedurele autonomie van de lidstaten, mits voldaan wordt aan de in de inleiding van dit paper besproken Unierechtelijke randvoorwaarden. Dit is slechts anders indien en voor zover de EU-wetgever specifieke regelgeving heeft vastgesteld ter bevordering van de privaatrechtelijke handhaving van materiële EU-regelgeving. Dit zijn uitzonderingssituaties. Te denken valt met name aan Richtlijn 2014/104/EU inzake schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken (de Kartelschadericht-

49 In de rechtspraak van de Unierechter wordt juist telkenmale benadrukt dat het Unierecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden (zie onder meer arrest *Courage/Crehan*, punt 30).

50 Zie bijvoorbeeld de in voetnoten 23 en 26 aangehaalde rechtspraak.

51 Het indienen van een handnavingsverzoek bij een toezichthouder valt niet onder de noemer private handhaving.

52 Te denken valt aan de handhaving van aanbestedingsregels inzake concessies voor openbaar vervoer per spoor en over de weg. Anders dan 'normale' overheidsopdrachten wordt de verlening van een concessie voor openbaar vervoer op basis van de Wet personenvervoer 2000 aangemerkt als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waartegen bezwaar en beroep openstaat. In geschillen rond aanbestedingen van concessies heeft de civiele rechter hooguit een aanvullende rol in de fase voordat de concessie is gegund. Zie voor een voorbeeld de diverse procedures rond de voorgenomen gunning van de concessie voor het hoofdrailnet voor de periode van 2025 tot eind 2033 (onder meer Hof Den Haag 18 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:722). Zie hierover ook nader de beantwoording van vraag 6.

lijn)⁵³, Richtlijn 2004/48/EG inzake de handhaving van IE-rechten⁵⁴ en de rechtsbeschermingsrichtlijnen voor Europese aanbestedingen.⁵⁵ Deze richtlijnen hebben weinig tot niets gemeenschappelijks. Zo ziet de Kartelschaderichtlijn specifiek op schadevergoedingsacties, die kunnen worden ingesteld door gelaedeerden van mededingingsinbreuken en primair gedacht zijn als aanvullend op publieke handhaving door de Commissie respectievelijk nationale mededingingsautoriteiten. Richtlijn 2004/48 strekt tot versterking van de effectieve private handhaving van IE-rechten door de rechthebbenden en is niet gedacht als aanvullend aan (primair) publieke (in dit geval: strafrechtelijke) handhaving; het EU-recht voorziet niet in publiekrechtelijke handhaving van IE-rechten door toezichthouders. De rechtsbeschermingsrichtlijnen inzake aanbestedingen zien op de bescherming van de rechtspositie van ondernemingen die geconfronteerd worden met schendingen van de EU-aanbestedingsrichtlijnen. De EU-regelgeving voorziet überhaupt niet in enige vorm van publieke handhaving van de aanbestedingsvoorschriften. Hoewel het EU-recht er niet aan in de weg staat dat lidstaten een rol toekennen aan het strafrecht of aan publiekrechtelijke toezichthouders bij de handhaving van aanbestedingsregels, wordt vanuit EU-perspectief de handhaving volledig overgelaten aan marktpartijen. Daarbij is het aan de lidstaten om te bepalen of die handhaving langs publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke weg plaatsvindt. In Nederland is, anders dan bijvoorbeeld in België en Frankrijk, in uitgangspunt gekozen voor de privaatrechtelijke weg.⁵⁶ Overheidsopdrachten worden gekwalificeerd als overeenkomsten naar burgerlijk recht, en eventuele aan de totstandkoming van dergelijke overeenkomsten ten grondslag liggende publiekrechtelijke rechtshandelingen moeten worden aangemerkt als besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling, waartegen ingevolge artikel 8:3 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) geen beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter.

Afrondend: wanneer de Uniewetgever handhaving door toezichthouders verplicht stelt, is in zoverre onvermijdelijk sprake van publiekrechtelijke handhaving. Daarmee sluit de Uniewetgever private handhaving echter geenszins uit. Private handhaving valt in uitgangspunt binnen de procedurele autonomie van de lidstaten. Wanneer sprake is van private handhaving, zal dit binnen de Nederlandse rechtsorde in de regel gebeuren met inzet van het privaatrecht. Bij de beantwoording van de tweede vraag zal nader worden ingegaan op het complementaire karakter

53 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.

54 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 157/45.

55 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, *PbEU* 1989, L 395/33 (nadien gewijzigd); Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *PbEU* 1992, L 76/14 (nadien gewijzigd).

56 Een uitzondering vormt de aanbesteding van concessies voor openbaar vervoer op basis van de Wet personenvervoer 2000, aangezien de verlening van een concessies in die Wet wordt aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb, waartegen bezwaar en beroep openstaat.

van private handhaving in situaties waarin tevens is voorzien in publiekrechtelijke handhaving.

Vraag 2 (effectiviteit privaatrecht)

De Unie wil met de inzet van toezicht als hiervoor omschreven de effectiviteit van het Unierecht vergroten. Draagt het privaatrecht daaraan voldoende bij en, mocht dat niet zo zijn, waaraan schort het dan op dat punt? Zomede op welke wijze zou daarin verbetering kunnen worden aangebracht?

Bij de inzet van toezicht (al dan niet voorgeschreven door de Uniewetgever) speelt het privaatrecht zoals in de preliminaire opmerkingen besproken ten principale geen rol. Indien een toezichthouder, in navolging van het door de Europese Commissie gegeven voorbeeld in de context van het liftenkartel, een vordering tot schadevergoeding zou instellen tegen deelnemers aan een verboden kartel, kan dat niet worden gezien als het uitoefenen van toezicht. De toezichthouder handelt dan als gelaedeerde die een subjectief recht op vergoeding van aan hem als gevolg van een wetsovertreding berokkende schade geldend maakt.

In reactie op de vraag of het privaatrecht in voldoende mate bijdraagt aan de effectiviteit van het Unierecht, verwijs ik naar mijn twee prealabele beschouwingen. Daarin heb ik uiteengezet dat het, als het gaat om effectieve handhaving van regelgeving, binnen de Nederlandse rechtsorde geen verschil maakt of het gaat om (in oorsprong) Europese of zuiver nationale regelgeving. Daarin heb ik ook uiteengezet dat de rol van publieke en private handhaving zeer sterk verschilt afhankelijk van de gereguleerde economische activiteit. Alleen al om die reden is geen algemeen antwoord te geven op de gestelde vraag. Het aanbestedingsrecht en het consumentenrecht zijn twee terreinen van economische regulering waar (nagenoeg) uitsluitend respectievelijk veelvuldig (of beter gezegd: overwegend) sprake is van handhaving door middel van het privaatrecht. Er zijn geen aanwijzingen dat het privaatrecht onvoldoende zou bijdragen aan de handhaving van de regelgeving op deze twee terreinen.

Voor de volledigheid merk ik op dat private handhaving van regelgeving op initiatief van justitiabelen binnen de Nederlandse rechtsorde in uitgangspunt altijd mogelijk is, ongeacht of tevens is voorzien in publiekrechtelijke handhaving van diezelfde regelgeving door een toezichthouder. Een noodzakelijke voorwaarde is wel altijd dat voldaan wordt aan het vereiste dat de norm die wordt of dreigt te worden geschonden mede geacht kan worden te strekken tot bescherming van de belangen van de justitiabele (anders gezegd: voldaan wordt aan de *Schutznorm*⁵⁷) althans dat de justitiabele een beroep toekomt op de zogenoemde correctie-Langemeijer.⁵⁸ Wanneer mede is voorzien in publiekrechtelijke handhaving door toe-

57 Voor vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad volgt dit uit het relativiteitsvereiste genoemd in art. 6:163 BW.

58 De correctie-Langemeijer houdt in dat, ook in gevallen waarin een publiekrechtelijk voorschrift niet geacht kan worden te strekken tot bescherming van de belangen van de eisende partij, onder omstandigheden denkbaar is dat overtreding van dat voorschrift geacht kan worden in strijd te zijn met de maatschappelijke zorgvuldigheid jegens de betrokken justitiabele. De correctie-Langemeijer speelde een wezenlijk rol bij de private handhaving van de kansspelwetgeving in de periode voor de oprichting van de KSA.

zichthouders is private handhaving daaraan complementair. Naar mijn mening schuurt dit niet, en zeker niet binnen de Nederlandse rechtsorde.

Mijn algemene ervaring is dat de Nederlandse civiele rechter op zijn taak is berekend en niet huiverig is om schendingen van (Europese dan wel nationale) economische regelgeving vast te stellen.⁵⁹ Een schending van economische regelgeving levert naar Nederlands civiel recht zonder meer een onrechtmatige daad ingevolge artikel 6:162 BW op. Ook rechters zijn niet feilloos, maar dat doet als zodanig geen afbreuk aan het systeem van rechtsbescherming, dat naar mijn overtuiging in zijn opzet en werking deugdelijk en effectief is.

Een waar gebeurde anekdote moge dienen ter illustratie. De kwestie speelde zo'n veertig jaar geleden. Telers van een bepaald akkerbouwproduct werden geconfronteerd met een exportbeperking in de teeltlicenties die zij verkregen van de houders van de kwekersrechten van de rassen die zij teelden. Daardoor konden zij de eindproducten niet exporteren naar een grote Duitse concurrent van de drie coöperaties die de kwekersrechten in handen hadden. Ik diende een klacht in bij de Europese Commissie, maar daar gebeurde te weinig mee. Nadat de Commissie schriftelijke vragen aan de coöperaties had gesteld, vervingen deze de licenties door teeltcontracten waarbij de telers verplicht waren de eindproducten terug te leveren aan de coöperaties (een vorm van *subcontracting*). Het was duidelijk dat deze wijziging enkel was ingegeven door het streven de export van eindproducten naar de Duitse concurrent (voortgezet) te verhinderen. De telers hielden zich niet aan de terugleveringsplicht, waarna de coöperaties een kort geding aanspanden en een rechterlijk gebod vorderden inhoudend dat de telers hun teeltproducten in de grond moesten doodspuiten, op straffe van een forse dwangsom. De telers verweerden zich met een beroep op het Europese mededingingsrecht. De voorzieningenrechter wees de vorderingen toe in een vonnis waaruit bleek dat hij geen kaas had gegeten van het mededingingsrecht. Met het vonnis in de hand wendde ik mij opnieuw tot de Commissie en hield de (plaatsvervangend) zaakbehandelaar voor dat dit het gevolg was van de passieve opstelling van de Commissie. Binnen een week zond DG Mededinging een brief naar de advocaat van de coöperaties met de mededeling dat de Commissie kennis had genomen van de uitspraak van de Nederlandse rechter, voorshands van oordeel was dat de teeltcontracten op gespannen voet stonden met (de voorloper van) artikel 101 VWEU en dat tenuitvoerlegging van het vonnis een inbreuk op de artikelen 101 en 102 VWEU zou opleveren. Het moge duidelijk zijn dat het vonnis nooit ten uitvoer is gelegd.

De anekdote is in dubbel opzicht achterhaald. In de eerste plaats acht ik het weinig aannemelijk dat een voorzieningenrechter anno 2025 nog steeds het mededingingsrecht volledig zou miskennen op de wijze waarin dat in de tweede helft van de jaren '80 kon gebeuren. Daarnaast acht ik het weinig aannemelijk dat een toezichthouder (om het even of het nu de Commissie of een nationale toezichthouder betreft) anno 2025 nog zo praktisch en pragmatisch zou durven optreden.

59 En ook om goed onderbouwd te oordelen dat van een zodanige inbreuk geen sprake is. Zie voor een zeer recent voorbeeld Hof Amsterdam 27 mei 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:1393 (BNG/DNB).

Vraag 3 (onderscheiden handhavingsmechanismen)

Is er, onverminderd de steeds te beogen effectiviteit (doeltreffendheid) van het Unierecht, een tweedeling te maken in de onderscheiden handhavingsmechanismen van publiek- respectievelijk privaatrechtelijke aard (bijvoorbeeld in handhavingsbelang, -tijdstip, -instrumentarium)?

Het is zonneklaar dat een tweedeling moet worden gemaakt in handhavingsmechanismen van publiek- respectievelijk privaatrechtelijke aard. Zij zijn nu eenmaal fundamenteel verschillend.

Voor zover de vraagstelling ziet op handhavingsbelangen, moet worden geconstateerd dat publiekrechtelijke handhaving door toezichthouders, of indien is gekozen voor strafrechtelijke handhaving het OM, altijd en uitsluitend in de sleutel moet staan van het algemeen belang, waaronder uiteraard het belang van effectieve handhaving van wet- en regelgeving moet worden begrepen. Bij private handhaving staan daarentegen de eigen belangen van de justitiabele centraal (respectievelijk bij belangenbehartigingsorganisaties de belangen waarvoor die organisaties blijken hun statuten opkomen⁶⁰).

Voor zover de vraagstelling ziet op temporele aspecten, geldt dat publieke handhaving in de regel *ex post* zal plaatsvinden, tenzij sprake is van een stelsel van vergunningen op aanvraag of een stelsel van *ex ante* toezicht, zoals we dat kennen uit bijvoorbeeld de sectoren telecom en gezondheidszorg (waarbij ten aanzien van ondernemingen kan worden vastgesteld dat deze over aanmerkelijke marktmacht beschikken met als gevolg dat aan deze ondernemingen specifieke verplichtingen kunnen worden opgelegd) en uit de Digital Markets Act van de EU⁶¹ (waarin is voorzien in de aanwijzing van poortwachters waaraan specifieke verplichtingen kunnen worden opgelegd). Dit blijven evenwel uitzonderingen. Bij strafrechtelijke handhaving bestaat überhaupt geen bevoegdheid tot preventief optreden. Preventief ingrijpen door toezichthouders door middel van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom is overeenkomstig artikel 5:7 jo. titel 5.3 Awb mogelijk zodra het gevaar van overtreding van de te handhaven norm klaarblijkelijk dreigt, maar blijft in de praktijk van toezichthouders uitzondering. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat toezichthouders terughoudend blijven met de toepassing van de hun op dit vlak toekomende bevoegdheden. In de context van private handhaving is het in uitgangspunt altijd mogelijk voor justitiabelen om in kort geding een voorlopige voorziening te verkrijgen tegen een dreigende overtreding van regelgeving door een derde, mits een spoedeisend belang kan worden aangetoond en wordt voldaan aan de bij de beantwoording van vraag 2 besproken *Schutznorm* respectievelijk correctie-Langemeijer. In de Nederlandse civiele rechtspraak is het vereiste van een spoedeisend belang in de regel een eenvoudig te nemen horde. In kortgedingprocedures is in reguleringszaken het vereiste om *prima facie* een wetsovertreding aan te tonen doorgaans de grootste uitdaging.

60 Dat kunnen uiteraard ook belangen van ideële aard zijn. Bij de claimstichtingen die actief zijn in de kartelschadepraktijk gaat het in de praktijk uitsluitend om commerciële belangen.

61 Verordening (EU) 2022/1925 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, *PbEU* 2022, L 265/1.

Voor zover de vraagstelling ziet op het instrumentarium (in termen van bevoegdheden, rechtsmiddelen en remedies), geldt dat de verschillen logischerwijs levensgroot zijn. Toezichthouders hebben ingevolge de Awb de bevoegdheid punitieve sancties (dat wil zeggen geldboetes) en herstelsancties (een last onder dwangsom of in reguleringszaken meer uitzonderlijk een last onder bestuursdwang) op te leggen. Zij beschikken over de onderzoeksbevoegdheden en -instrumenten waarin de Awb of eventueel, aanvullend, een specifieke wet voorziet. Zo beschikt de ACM over de onderzoeksbevoegdheden van de Awb en heeft zij aanvullend de bevoegdheid na verkregen rechterlijke machtiging woningen en andere ruimten te doorzoeken, als voorzien in de artikelen 50-53a Mw. Waar het gaat om private handhaving van regelgeving kunnen justitiabelen alle typen vorderingen instellen waarin het Nederlands burgerlijk (proces)recht voorziet. Daarbij moet vooral worden gedacht aan vorderingen tot schadevergoeding of uit onverschuldigde betaling, vorderingen tot nietigverklaring of vernietiging van met de wet strijdige contractuele bedingen, verklaringen voor recht alsook rechterlijke verboden en bevelen. Bedacht moet worden dat in civiele procedures de regelgeving niet alleen als zwaard maar ook als schild kan worden ingeroepen (met name als verweermiddel tegen een vordering tot nakoming van een contractuele verplichting waarvan de gedaagde partij meent dat deze in strijd met de wet is). Terwijl bestuursrechtelijke boetes expliciet een punitief karakter hebben, geldt dat als eerder besproken uitdrukkelijk niet voor de vorderingen die in civiele procedures kunnen worden ingesteld. In dat verband roep ik in herinnering (zie ook reeds de inleiding van dit paper) dat het Hof in vaste jurisprudentie⁶² over de uitleg van het doeltreffendheidsbeginsel heeft benadrukt dat vorderingen tot schadevergoeding wegens schending van EU-regelgeving iedere mogelijke schade moeten kunnen omvatten en nationale rechtsordes niet specifieke categorieën schade (zoals bijvoorbeeld *umbrella damages*⁶³ of immateriële schade⁶⁴) mogen uitsluiten, omdat dit de volle werking van het Unierecht zou kunnen doorkruisen. Deze Unierechtelijke randvoorwaarden hebben als besproken binnen de Nederlandse rechtsorde geen toegevoegde waarde: het Nederlandse burgerlijke recht kent geen beperkingen van de soorten schade waarvan vergoeding kan worden gevorderd in geval van een onrechtmatige daad of een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie). Omgekeerd is als besproken evenzeer vaste jurisprudentie van het Hof dat het Unierecht nationale rechters niet belet te voorkomen dat schadevergoeding uitloopt op ongerechtvaardigde verrijking (oftewel overcompensatie). Daarvan is sprake bij punitieve vormen van schadevergoeding zoals het uit het Amerikaanse antitrustrecht bekend concept van de *treble damages*. Punitieve schadevergoeding kent het Nederlandse burgerlijke recht niet.

62 Zie onder meer de in de inleiding besproken arresten *Courage/Crehan* en *Manfredi*.

63 Zie HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone/ÖBB*), waarin het Hof de staf brak over een Oostenrijkse wettelijke bepaling die zgn. *umbrella damages* uitsloot van vergoeding.

64 In dit verband is het arrest HvJ EU 4 oktober 2024, C-507/23, ECLI:EU:C:2024:854 vermeldenswaard. Dit arrest onderstreept dat schadevergoeding die op grond van art. 82 AVG kan worden toegekend louter een compenserende functie heeft. Voor zover sprake is van immateriële schade, kan het aanbieden van excuses volgens het Hof een passende vorm van schadevergoeding vormen, met name wanneer de oorspronkelijke toestand niet kan worden hersteld, mits daarmee wel alle schade wordt weggenomen. Het moge duidelijk zijn dat deze beoordeling is toegesneden op datalekken en overeenkomstige vormen van schadeveroorzakend handelen waarop de AVG ziet.

Vraag 4 (duale handhaving in de praktijk)

Hoe verloopt de duale handhaving in de (nationale) praktijk? Zijn daarin fricties, afstemmingsproblemen en/of handhavingstekorten (bijvoorbeeld ingevolge het prioriteringsbeleid van toezichthouders) dan wel onevenredigheden (ingevolge cumulatie van sancties), al dan niet volgens de visie van de Unie daarop, te bespeuren? En hoe kan daarin, in bevestigend geval, verbetering worden aangebracht?

Vanuit het perspectief van de Nederlandse rechtsorde roep ik nogmaals in herinnering dat private handhaving, dat wil zeggen de gang naar de civiele rechter voor justitiabelen (ondernemingen en particulieren) die nadeel (dreigen te) ondervinden van een overtreding van economische regulering, in uitgangspunt altijd mogelijk is, mits de regelgeving in kwestie geacht kan worden te strekken tot bescherming van de belangen van de eisende partij. Voor bepaalde regelgeving zal de mogelijkheid van private handhaving voldoende zijn om naleving daarvan afdoende te waarborgen. Te denken valt aan de aanbestedingsregels. Er is sprake van een zeer levendige private handhavingspraktijk.⁶⁵ De omvang van de betrokken financiële belangen in verhouding tot de kosten van een gerechtelijke procedure en het gegeven dat de benadeelde partij in de regel niet in bewijsnood zal verkeren, maken dat private handhaving adequaat functioneert en er geen signalen zijn dat sprake zou zijn van een structureel handhavingstekort.^{66,67} Een factor die mijns inziens ook een rol speelt is dat de betrokken ondernemingen en opdrachtgevers gemakkelijk hun weg weten te vinden naar gespecialiseerde advocaten.

Voor de meeste regelgeving geldt dat de mogelijkheid van private handhaving via de civiele rechter alleen niet volstaat. Bij geschillen waarbij consumenten en kleine ondernemingen betrokken zijn, zullen alleen al de kosten van een civiele procedure vaak een grote belemmering vormen. Dit zal slechts anders zijn wanneer grote categorieën afnemers respectievelijk consumenten zijn benadeeld en de financiële belangen dusdanig zijn dat namens groepen gelaedeerden kan worden geprocedeerd. Belangrijk voorbeeld is de kartelschadepraktijk, en misschien nog wel meer de ‘dieselgate’-zaken waarin via procedures op basis van artikel 3:305a BW met succes schadevergoeding werd verkregen voor grote aantallen consumenten.

- 65 Ik teken daarbij aan dat in mijn ervaring de geschillenbeslechting door middel van arbitrage, zoals deze voor aanbestedingen in de bouwsector tot na de bouwfraude de (in Uniforme Aanbestedingsreglementen verankerde) vaste praktijk was, aanzienlijk effectiever was dan handhaving door de civiele (voorzieningen)rechter. Dit met name omdat de Raad van Arbitrage voor het Bouwbedrijf meer gespecialiseerd is in de desbetreffende materie dan de civiele rechter en minder lijdelijk. Het voert te ver om hierop in het kader van dit paper nader in te gaan.
- 66 Wellicht is het nuttig erop te wijzen dat de bouwfraudeaffaire uit het begin van de eeuw betrekking had op overtredingen van de mededingingsregels (die toentertijd door de NMa en voor een bepaalde periode het OM werden gehandhaafd) en niet op overtredingen van de aanbestedingsregels.
- 67 De Algemene Rekenkamer rapporteert van tijd tot tijd over vermoede overtredingen van de aanbestedingsregels door overheidsinstanties, maar daarmee is niet gezegd dat deze overtredingen niet kenbaar zouden zijn voor de belanghebbende ondernemingen.

ten.⁶⁸ Een ander in het oog springend voorbeeld zijn de woekerpoliszaken.⁶⁹ De bewijspositie van de gelaedeerden kan ook een belangrijke belemmering vormen voor civiele handhaving. Niet voor niets is de kartelschadepraktijk beperkt tot *follow-on* claims, dat wil zeggen vorderingen tot schadevergoeding tegen deelnemers aan een kartel, nadat dit door een toezichthouder (Europese Commissie of nationale mededingingsautoriteit) is vastgesteld. De Uniewetgever heeft met de Kartelschaderichtlijn regelgeving vastgesteld die ten doel heeft de private handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren. Deze richtlijn heeft specifiek betrekking op schadevergoedingsacties. Benadrukt moet worden dat in ieder geval in Nederland zich ook voor de inwerkingtreding van de Kartelschaderichtlijn reeds een levendige kartelschadepraktijk had ontwikkeld. In mijn ervaring voegt de richtlijn weinig toe, met dien verstande dat het in de Kartelschaderichtlijn opgenomen, naar mijn mening kwestieuze,⁷⁰ bewijsvermoeden dat een kartel geacht moet worden schade te hebben veroorzaakt invloed zou kunnen hebben op de grondhouding van de civiele rechter. Dat is echter niet iets wat objectief kan worden geverifieerd.

Voor geschillen tussen consumenten/kleine ondernemingen en hun leveranciers van goederen en diensten zal alternatieve geschillenbeslechting (ADR) in veel gevallen een oplossing kunnen bieden. Op grond van EU-regelgeving dienen de lidstaten voor bepaalde sectoren te voorzien in efficiënte buitengerechtelijke geschillenbeslechting ten behoeve van consumenten, met name voor de sectoren telecom, gas en elektriciteit.⁷¹ Voor deze sectoren geldt dat consumenten en kleine ondernemers hun geschillen met leveranciers laagdrempelig kunnen voorleggen aan de Geschillencommissie. Deze vorm van geschillenbeslechting is ook beschikbaar voor tal van andere sectoren, met inbegrip van openbaar vervoer, post, zorg en advocatuur, maar ook bijvoorbeeld dakbedekking en bruidsmode.⁷² Deze laagdrempelige vorm van private geschillenbeslechting biedt in de praktijk een oplossing voor tal van geschillen waarbij consumenten en kleine ondernemingen partij zijn, met inbegrip van kleine schadeclaims. Zij draagt ertoe bij dat toezichthouders zich kunnen concentreren op de behandeling van zaken en klachten van groter gewicht. In de inleidende notitie van het Platform wordt gerefereerd aan de

68 Zie met name Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617. De rechtbank wees onder meer een verklaring voor recht toe inhoudend dat consumenten die een nieuwe auto van een van de merken van het Volkswagenconcern hadden gekocht de bevoegdheid hebben van hun dealer een prijsvermindering te vorderen van 3000 euro en consumenten die een occasion hadden gekocht de bevoegdheid hebben van hun dealer een prijsvermindering van 1500 euro te vorderen. Sedert de wijziging van art. 3:305a BW ingevolge de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) per 1 januari 2020 is het mogelijk naast een verklaring voor recht tevens direct schadevergoeding te vorderen. Een tamelijk omslachtige verklaring voor recht als in het aangehaalde vonnis aan de orde zal onder de WAMCA naar verwachting niet meer gevorderd worden.

69 Zie hierover reeds de tweede prealabele beschouwing, alsmede voetnoot 44.

70 Wie stelt, moet bewijzen. De afwijking van dit uitgangspunt is politiek gemotiveerd door het streven kartelschadeprocedures te bevorderen, een objectieve rechtvaardiging vanuit juridische optiek ontbreekt.

71 Zie met name art. 25 van Richtlijn (EU) 2018/1972, het Europees Wetboek voor elektronische communicatie (waaronder telecom); art. 3 lid 9 van Richtlijn 2009/73/EG betreffende de interne markt voor aardgas; art. 26 van Richtlijn (EU) 2019/944 betreffende de interne markt voor elektriciteit.

72 Zie degeschillencommissieuit.nl/over-ons/commissies/ voor een totaaloverzicht van de sectoren.

regelgeving inzake de rechten van passagiers tegenover luchtvaartmaatschappijen en het ontbreken van een bevoegdheid voor de relevante toezichthouder, de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) om luchtvaartmaatschappijen te dwingen in individuele gevallen financiële compensatie toe te kennen (ook wanneer de betrokken consument daarop ingevolge de toepasselijke regelgeving aanspraak zou moeten kunnen maken). Er was een verwijzing naar het Hof voor nodig om vastgesteld te krijgen dat uit de toepasselijke EU-regelgeving volgt dat de nationale toezichthouder in deze geen taak en geen bevoegdheid heeft. Naar mijn mening is dit ook zonder expliciete grondslag in Unierechtelijke regelgeving een voor de hand liggende en passende uitkomst: de middelen van toezichthouders (qua menskracht en financieel) zijn niet onbeperkt en hun taak is nu juist om handhavend op te treden in zaken die de belangen van een individuele consument of afnemer overstijgen. Dat de vraag over de bevoegdheden van ILT überhaupt kon opkomen, houdt mijns inziens rechtstreeks verband met het feit dat de laagdrempelige geschillenbeslechting door de Geschillencommissie niet beschikbaar is voor de luchtvaartsector. Hetzelfde geldt overigens voor internationaal personenvervoer per spoor en over de weg. Voor zover hier gesproken zou kunnen worden van een handhavingstekort, ligt dit niet aan een gebrek aan bevoegdheden van of een onjuiste prioritering door toezichthouders, maar aan het ontbreken van laagdrempelige ADR.

Waar het publieke handhaving betreft, lijkt met name prioritering door toezichthouders een belangrijke factor te zijn die kan leiden tot een (gepercipieerd) handhavingstekort.⁷³ Met name in situaties waarin de uitoefening van de aan een toezichthouder toekomende onderzoeksbevoegdheden noodzakelijk is om een inbreuk op regelgeving te kunnen vaststellen, kan de weigering om aan een handhavingsverzoek gevolg te geven en daadwerkelijk een inhoudelijk onderzoek in te stellen resulteren in een handhavingstekort. Ik licht dit toe aan de hand van het mededingingsrecht. Voor horizontale mededingingsbeperkende afspraken (*hardcore* kartels) geldt dat de deelnemers er in de regel alles aan zullen doen om deze geheim te houden. Slachtoffers van kartels en de civiele rechter beschikken in het algemeen niet over de middelen om de relevante feiten boven water te krijgen die nodig zijn om het bestaan, de werking en de duur van het kartel te bewijzen. Ik ben niet bekend met enige uitspraak waarin een civiele rechter eigenstandig een kartelinbreuk heeft vastgesteld. Ten aanzien van kartels spitst de private handhaving zich volledig toe op *follow-on* schadeclaims, dus claims die voortbouwen op een door een mededingingsautoriteit vastgestelde inbreuk. Bij verticale mededingingsbeperkingen (dus in een relatie tussen een leverancier en een afnemer) en geschillen over licenties van intellectuele eigendom zal de benadeelde partij in de regel wel in staat zijn om de relevante feiten boven tafel te krijgen (al dan niet op basis van een via de rechter te verkrijgen bewijsopdracht aan de leverancier) omdat de beperkende afspraken/gedragingen zich rechtstreeks manifesteren in de relatie tussen partijen. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat de meeste *stand alone* civiele mededingingsrechtelijke zaken betrekking hebben op verticale mededingingsbeperkingen en licenties. In dergelijke zaken zal

73 Terwijl toezichthouders zelf eerder geneigd zullen zijn om een gepercipieerd handhavingstekort toe te schrijven aan beperkingen van hun bevoegdheden en middelen.

in de regel een onderzoek door een mededingingsautoriteit niet nodig zijn om de relevante feiten te achterhalen en te beoordelen of sprake is van een schending van de mededingingsregels. In gevallen betreffende de toepassing van artikel 102 VWEU (het verbod van misbruik van een economische machtspositie) zal het in de regel voor een benadeelde partij bijzonder moeilijk zijn om de voor het bewijs van het bestaan van een machtspositie en van het misbruik daarvan noodzakelijke feitelijke informatie en economische gegevens te achterhalen. In dergelijke gevallen is in de regel een onderzoek door een mededingingsautoriteit om deze informatie en gegevens te vergaren en beoordelen onontbeerlijk. Hooguit zal er in spoedeisende gevallen ruimte zijn voor de civiele kortgedingrechter om voorlopige maatregelen vast te stellen tegen *prima facie* misbruikelijke gedragingen van een marktpartij waarvan zeer aannemelijk is dat deze over een economische machtspositie beschikt.⁷⁴

ACM heeft een beleidsregel vastgesteld waarin zij haar beleid inzake prioritering van handhavingsonderzoeken uiteenzet. De huidige versie dateert uit 2023.⁷⁵ Blijkens de beleidsregel hanteert ACM drie algemene criteria op basis waarvan zij handhavingsverzoeken en signalen uit de markt over mogelijke overtredingen beoordeelt:

- hoe schadelijk is het gedrag waarop het verzoek of het signaal ziet voor het goed werken van markten en het vertrouwen daarin van mensen en bedrijven,
- hoe groot is het maatschappelijk belang bij het optreden van de ACM en
- in hoeverre is de ACM in staat doeltreffend en doelmatig op te treden.

Met name bij de toepassing van het laatste criterium zou ACM zich de vraag dienen te stellen in hoeverre de uitoefening van de haar toekomstige onderzoeksbevoegdheden noodzakelijk is om de gestelde inbreuk te kunnen aantonen. De rechtbank Rotterdam heeft recent een uitspraak gedaan⁷⁶ waarbij een besluit op bezwaar van ACM tot afwijzing van een handhavingsverzoek werd vernietigd. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is dit een zeldzaamheid. Het betrof een handhavingsverzoek dat geneesmiddelenproducent Laediant daags nadat haar een boete was opgelegd wegens misbruik van een economische machtspositie (toepassing van excessieve prijzen) had ingediend tegen de Nederlandse zorgverzekeraars en hun koepelorganisatie in verband met een collectieve boycot van het geneesmiddel waarop de misbruikzaak betrekking had. De grond voor vernietiging was strijd met het motiveringsbeginsel. Een motiveringsgebrek kan in beginsel in een nieuw besluit (op bezwaar) worden hersteld zonder dat (in casu) ACM haar beoordeling inhoudelijk herzielt. Zonder afbreuk te willen doen aan de beleidsvrijheid die de toezichthouder bij diens prioriteitsstelling toekomt en, mede gelet op de beperkte menskracht en financiële middelen die hem ter beschikking staan, ook *dient* toe te komen, is van belang dat de bestuursrechter waar mogelijk besluiten tot afwijzing van een handhavingsverzoek ook materieel toetst (bijvoorbeeld op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel) en in dat onderzoek betreft in hoeverre het onderzoek

⁷⁴ Zie voor voorbeelden de in voetnoot 31 vermelde overzichtsartikelen.

⁷⁵ *Stcrt.* 2023, 15184.

⁷⁶ Rb. Rotterdam 13 februari 2025, ECLI:NL:RBROT:2025:1806. In haar uitspraak verwees de rechtbank uitdrukkelijk naar de beleidsregel.

van de toezichthouder noodzakelijk is om de relevante feiten en economische gegevens te achterhalen die nodig zijn om het bestaan van een inbreuk te kunnen bewijzen. Daarnaast dient bij die rechterlijke toetsing mede een rol te spelen in hoeverre de verzoekende partij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat van een mededingingsinbreuk sprake is. In het onderhavige geval dateert de vernietiging door de rechtbank van meer dan drieënhalf jaar na de indiening van het handhavingsverzoek. Inmiddels zijn weer maanden verstreken en is, voor zover bekend, nog geen nieuw besluit op bezwaar genomen. Lange doorlooptijden van bezwaar- en beroepsprocedures tegen besluiten tot afwijzingen van een handhavingsverzoek kunnen bijdragen aan een (gepercipieerd) handhavingstekort.

Vraag 5 (gehoudenheid tot coördinatie)

Bestaat er op grond van het Unierecht een gehoudenheid tot coördinatie van publiekrechtelijke en civiele handhaving (vgl. in dit verband artikel 4, lid 3 VEU/artikel 47 Handvest)? Welke ideeën zijn te genereren voor verbetering van die coördinatie (bijvoorbeeld op het vlak van bewijs, aanhouding van zaken, advisering toezichthouder e.d.)? Hoe zou de duale handhaving zo zijn te stroomlijnen dat een optimale situatie ontstaat?

Coördinatievraagstukken kunnen zich voordoen wanneer eenzelfde feitelijke en juridische constellatie gelijktijdig of volgtijdelijk door een toezichthouder wordt onderzocht en aan de civiele rechter wordt voorgelegd. Daarbij valt met name aan twee mogelijke scenario's te denken. In de eerste plaats het scenario waarin een toezichthouder uit eigen beweging (*ex officio*) een onderzoek instelt. In een dergelijke situatie zullen belanghebbende marktpartijen en consumenten doorgaans de uitkomst van het onderzoek afwachten, alvorens zich met een (*follow-on*) claim tot de civiele rechter te wenden. In de tweede plaats het scenario waarin een justitiabele zelf eenzelfde feitelijke en juridische constellatie zowel aan een toezichthouder (door middel van een klacht/aanvraag) als aan de civiele rechter voorlegt.

In het eerste scenario speelt vooral de vraag in hoeverre de civiele rechter gebonden is aan de beslissing van de toezichthouder, respectievelijk het oordeel in (hoger) beroep van de bestuursrechter. Binnen de Nederlandse rechtsorde is duidelijk dat de civiele rechter dient uit te gaan van de rechtsgeldigheid van de beslissing van de toezichthouder, wanneer daartegen een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan en daarvan geen gebruik is gemaakt. Hetzelfde geldt wanneer wél gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om beroep in te stellen en het besluit van de toezichthouder (nog) niet is vernietigd. Volgens de Hoge Raad kunnen de eisen van een behoorlijke rechtspleging meebrengen dat de burgerlijke rechter, teneinde mogelijk tegenstrijdige beslissingen te voorkomen, zijn uitspraak aanhoudt totdat een onherroepelijke uitspraak in beroep is verkregen. Daartoe zal met name grond bestaan in geval te verwachten is dat het besluit zal worden vernietigd. In een dergelijke situatie kan de burgerlijke rechter er ook voor kiezen om, in plaats van zijn uitspraak aan

te houden, die uitspraak te doen onder de voorwaarde van de uitkomst van de bestuursrechtelijke rechtsgang.⁷⁷

Wanneer in het tweede scenario de toezichthouder naar aanleiding van de aanvraag van de justitiabele een inhoudelijke beslissing neemt, dan gelden de hiervoor beschreven uitgangspunten onverkort. Dit geldt met name ook indien de toezichthouder de klacht van de justitiabele op inhoudelijke gronden heeft afgewezen. De keuze van de justitiabele om zich tot de toezichthouder te wenden brengt mee dat de civiele rechter zich dient te onthouden van een inhoudelijk oordeel over de vraag of door de partij waartegen de klacht is gericht in overeenstemming met de voorschriften is gehandeld. Aldus oordeelde rechtbank Den Haag in een zaak waarin eiser via een civiele procedure alsnog zijn gelijk probeerde te halen nadat de AP een klacht op basis van de AVG had afgewezen.⁷⁸ Ten overvloede overwoog de rechtbank nog dat de aan haar voorgelegde inhoudelijke bezwaren in volle omvang voorlagen bij de bestuursrechter, waar eiser de rechtmatigheid van de beslissing van de AP bestreed. Een beoordeling van dezelfde geschilpunten zou een doorkruising betekenen van de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de civiele rechter. Had de justitiabele geen klacht ingediend bij de AP, dan had de civiele rechter diens stellingen over de vermeende schending van de AVG in uitgangspunt wel inhoudelijk moeten beoordelen. In een dergelijke situatie kan uiteraard voor de civiele rechter een beroep worden gedaan op eventuele 'precedenten' uit de bestuursrechtelijke handhavingspraktijk, maar dergelijke beslissingen en uitspraken binden de civiele rechter formeel niet.

De hiervoor besproken rechtspraak is in lijn met de jurisprudentie van het Hof in zaken als *Delimitis*⁷⁹ en *Masterfoods*⁸⁰ (en zoals nadien voor het mededingingsrecht gecodificeerd in artikel 16 van Verordening 1/2003)⁸¹ over de taakverdeling tussen de Commissie als Europese toezichthouder in mededingingszaken en nationale rechters. In deze zie ik ook geen (aanvullende) rol weggelegd voor het Unierecht (meer specifiek het in de vraagstelling genoemde artikel 4 lid 3 VEU en artikel 47 Handvest) waar het gaat om de coördinatie van publiekrechtelijke handhaving door nationale toezichthouders en civiele handhaving door nationale rechters. In dit verband zou ik willen wijzen op artikel 9 lid 2 van de Kartelschaderichtlijn, dat bepaalt dat een definitieve beslissing van een nationale mededingingsautoriteit door de rechterlijke instanties van de overige lidstaten 'tenminste kan worden gebruikt als een prima facie bewijs van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan.' Dit in tegenstelling tot definitieve beslissingen van

77 Zie voor dit alles HR 7 april 1995, NJ 1997/166 (*Smit/Staat*). Volgens de Hoge Raad dient de burgerlijke rechter, indien geen beroep is ingesteld, in beginsel van de rechtsgeldigheid van het besluit uit te gaan 'behoudens indien de daaraan verbonden bezwaren door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat op dat beginsel een uitzondering moet worden aanvaard.' De Hoge Raad verwijst in dat verband naar HR 16 mei 1986, NJ 1986/723 (*Heesch/Van de Akker*), waaruit blijkt dat voor deze uitzondering in het bijzonder moet worden gedacht aan de situatie dat voor de justitiabele niet kenbaar was dat sprake was van een voor beroep vatbaar besluit en het besluit bovendien manifest onrechtmatig is.

78 Zie in dit verband Rb. Den Haag 3 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:759.

79 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91.

80 HvJ EU 14 december 2000, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689.

81 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEU 2003, L 1/1.

de nationale mededingingsautoriteit van de ‘eigen’ lidstaat, die ingevolge artikel 9 lid 1 als onweerlegbaar bewijs van het bestaan van een inbreuk hebben te gelden. De mindere bewijskracht van beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten van andere lidstaten brengt mee dat er uitdrukkelijk ruimte wordt gelaten voor de mogelijkheid van tegenstrijdige beslissingen. Een en ander mag worden gezien als een belangrijke aanwijzing dat de Uniewetgever meent dat dit soort coördinatievraagstukken enkel door secundaire EU-regelgeving kunnen worden geregeld en niet rechtstreeks op basis van artikel 4 lid 3 VEU en/of artikel 47 Handvest. Hetzelfde geldt voor de gedetailleerde bepalingen in de Kartelschaderichtlijn inzake de toegang tot bewijsmateriaal in civiele procedures. Deze procedurevoorschriften, die ten doel hebben de samenhang van publiekrechtelijke en civiele handhaving te versterken, perken de voordien bestaande procedurele autonomie van de lidstaten (vgl. de Rewe-doctrine) in. Verplichtingen als hier aan de orde kunnen niet rechtstreeks aan artikel 4 lid 3 VEU of artikel 47 Handvest worden ontleend; daarvoor is secundaire Unieregelgeving onontbeerlijk. Procedurevoorschriften uit de Kartelschaderichtlijn perken de autonomie van de lidstaten enkel in op het terrein waarvoor zij specifiek zijn vastgesteld. Zij kunnen niet worden ingeroepen, ook niet met een beroep op artikel 4 lid 3 VEU of artikel 47 Handvest, in civiele procedures op het gebied van, bijvoorbeeld, consumentenbescherming.

Met het oog op de afstemming van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving kan worden gewezen op de bevoegdheid van de ACM om als *amicus curiae* opmerkingen in te dienen in lopende procedures voor de nationale rechter. Deze bevoegdheid, die is neergelegd in artikel 15 lid 3 van Verordening 1/2003, ziet uitsluitend op opmerkingen over de toepassing van de artikel 101 en 102 VWEU. Dit zou een instrument kunnen zijn om de coördinatie van de duale handhaving te bevorderen. Voor zover bekend heeft de ACM echter nog nooit van deze bevoegdheid gebruikgemaakt.

Op de vraag of er ideeën te formuleren zijn voor verbetering van de coördinatie van publiekrechtelijke en civiele handhaving moet ik het antwoord schuldig blijven.

Op basis van mijn eigen ervaring in de publiekrechtelijke én de civiele handhavingspraktijk zie ik die noodzaak niet. Ik zie ook geen behoefte om duale handhaving te stroomlijnen teneinde een optimale situatie te doen ontstaan (nog daargelaten dat mij niet duidelijk is wat daaronder zou moeten worden verstaan). De rechtspraktijk komt er in het algemeen wel uit. Zo hebben zich in het laatste decennium in de kartelschadepraktijk tal van ontwikkelingen voorgedaan die bijdragen aan een efficiënte afhandeling van dit soort geschillen zonder dat daarvoor een aanpassing van wet- en regelgeving of publiekrechtelijke handhavingspraktijk nodig was. Het zelflerend vermogen van de rechtspraktijk moet niet worden onderschat. De ACM heeft in dat verband geen rol gespeeld (ook niet door middel van toepassing van haar bevoegdheden op basis van artikel 15 lid 3 van Verordening 1/2003). Er lijkt voor haar ter zake van schadeclaims ook geen rol te zijn weggelegd, nu zij geen bevoegdheden en ook geen specifieke expertise heeft ter zake van de vaststelling van schade als gevolg van verboden mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen.

Daarnaast vertoont de duale handhaving van economische regelgeving, zoals in de inleidende beschouwing toegelicht, een enorme diversiteit al naar gelang de sectoren en onderwerpen waarop de regulering betrekking heeft, zodat het alleen al om die reden niet mogelijk is generieke aanbevelingen ter verbetering van de duale handhaving te formuleren.

In theorie zou gedacht kunnen worden aan de introductie van wettelijke bevoegdheden voor toezichthouders om op eigen initiatief opmerkingen in te dienen in civiele procedures over de uitleg en toepassing van regelgeving op het gebied waarvan zij handhavingstaken hebben. Gelet op het ontbreken van enige actieve toepassing van de reeds bestaande bevoegdheid van de ACM op basis van Verordening 1/2003 lijkt het lastig om nut en noodzaak van dergelijke wettelijke bevoegdheden aannemelijk te maken.

Vraag 6 (gevolgen handhavingssamenloop voor ontwikkeling privaatrecht en bestuursrecht)

Welke gevolgen heeft de handhavingssamenloop/de instrumentalisering van het privaatrecht voor de privaatrechtelijke normen/de ontwikkeling van het privaatrecht als zodanig? Ondergaan/ondergaat deze verandering? In welke zin?

En hoe ligt dit wat de samenloop betreft voor de ontwikkeling van het bestuursrecht als zodanig?

Wordt er over en weer voldoende op toegezien dat daar waar één van beide rechtssystemen aan bod is, de rechtspraak van de gespecialiseerde rechter wordt gevolgd/afstemming plaatsvindt en zo ja, hoe?

Er dient voor gewaakt te worden dat de verschillen groter gemaakt worden dan ze zijn. De procesrechtelijke kaders en de rechtsmiddelen en remedies zijn wezenlijk verschillend, maar de materiële voorschriften die moeten worden toegepast zijn dezelfde. Uiteraard is het van belang dat gestreefd wordt naar een uniforme uitleg van materiële normen, maar voor de rechtsontwikkeling hoeft het niet schadelijk te zijn wanneer zowel civiele als bestuursrechters vanuit de eigen expertise met min of meer dezelfde casusposities en interpretatievragen worden geconfronteerd en daarover uitspraken doen. Die gevallen zijn echter betrekkelijk uitzonderlijk. Als besproken in het kader van de vijfde vraag, zal de civiele rechter zich in uitgangspunt dienen te richten naar het oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van een besluit van een toezichthouder over de toepassing van economische regelgeving in een specifiek geval, in geval die civiele rechter wordt gevraagd zich uit te spreken over hetzelfde geschil.

Vragen over de onderlinge afbakening van de bevoegdheden van de civiele en de bestuursrechter komen regelmatig op in casusposities waarbij direct of indirect een (toekomstig of reeds genomen besluit) van een bestuursorgaan in het geding is waartegen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Doorgaans betreft het in de praktijk een besluit van een bestuursorgaan dat geen toezichthouder is, maar dat is voor de beantwoording van de gestelde vraag niet relevant. Het is vaste

rechtspraak van de Hoge Raad dat op grond van artikel 112 lid 1 Grondwet de burgerlijke rechter bevoegd is om van alle schuldvorderingen kennis te nemen, ook als deze van publiekrechtelijke aard zijn. Wanneer een andere rechter bevoegd is kennis te nemen van een geschil, doet dit in beginsel niet af aan de bevoegdheid van de burgerlijke rechter. Niettemin dient de eiser door de civiele rechter niet-ontvankelijk te worden verklaard in zijn vordering wanneer de rechtsgang bij die andere rechter ter zake van het geschil voldoende rechtsbescherming biedt. Een en ander leidt, aldus de Hoge Raad, tot het uit een oogpunt van rechtsbescherming bevredigende en in een rechtsstaat passende resultaat dat een zo volledig mogelijke rechtsbescherming bestaat, nu de burgerlijke rechter steeds aanvullende rechtsbescherming kan bieden.⁸² Deze rechtspraak wordt veelvuldig met succes ingeroepen bij de burgerlijke rechter in zaken waarin een passende rechtsgang bij de bestuursrechter openstaat of komt open te staan in geschillen die gaan over de toepassing van (EU- of nationale) regulering. Een goed voorbeeld betreft het vonnis van rechtbank Den Haag uit 2023 in een tegen de staat aangespannen bodemprocedure, waarin eisers (onder meer) een rechterlijk verbod vorderden om de lopende onderhandse gunningsprocedure van de concessie voor het hoofdtrailnet voor de periode vanaf 2025 voort te zetten. De rechtbank verwijst in haar vonnis naar de zojuist besproken rechtspraak van de Hoge Raad om daarna enkele overwegingen te laten volgen die het verdienen in extenso te worden geciteerd.⁸³

‘Het komt erop neer dat de burgerlijke rechter als restrechter aanvullende rechtsbescherming biedt, voor zover de rechtsgang bij andere rechters tekortschiet. De rechtsgang bij de andere rechter schiet niet tekort als daarin eenzelfde of een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt. Niet vereist is dan ook dat bij de andere rechter exact dezelfde vorderingen kunnen worden ingesteld.

De gedachte achter deze taakverdeling tussen de – in dit geval – bestuursrechter en de burgerlijke rechter als restrechter is, dat laatstgenoemde de bestuursrechtelijke rechtsgang zo min mogelijk moet doorkruisen. Meer in het bijzonder moet worden voorkomen dat de burgerlijke rechter in geschillen ten aanzien waarvan ook de bestuursrechter bevoegd is, tot een ander oordeel dan de bestuursrechter komt. Als dat wel zou gebeuren, zou immers onduidelijk zijn welke uitspraak zou moeten worden opgevolgd. Ook moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat de burgerlijke rechter oordeelt over vragen die typisch tot het werkterrein van de bestuursrechter behoren. Dat laatste geldt te meer in het geval de wetgever een gespecialiseerde bestuursrechter heeft aangewezen.’

In de zaak in kwestie werd door eisers niet betoogd dat er geen bestuursrechtelijke rechtsgang beschikbaar zou komen, maar dat kort gezegd tegen die tijd het kwaad al zou zijn geschied. Na een genuanceerde afweging van alle relevante feiten en omstandigheden en met inaanmerkingneming van de diverse uitspraken die in dezelfde kwestie reeds door civiele voorzieningenrechters waren gedaan, komt de rechtbank tot het oordeel dat niet te verwachten valt dat de vorderingen in de

82 Aldus reeds HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0527, NJ 1992/687, r.o. 3.2 (*Changoe/Staat*). Zie meer recent HR 16 december 2022, ECLI:NL:HR: 2022:1866.

83 Rb. Den Haag 24 mei 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:7388, punt en 3.4-3.5.

voorliggende bodemprocedure direct kunnen worden toegewezen (de juridische vraagpunten zijn nog onvoldoende uitgekristalliseerd en een prejudiciële verwijzing ligt in de rede).

Deze terughoudende opstelling van de civiele bodemrechter betekent niet dat er geen rol als restrechter zou kunnen zijn weggelegd voor de civiele voorzieningenrechter in gevallen waarin eisers met voldoende overtuigingskracht aanvoeren dat sprake is van een dreigende schending van (Unierechtelijke dan wel nationale) regelgeving door een bestuursorgaan. Dat blijkt ook uit de diverse kortgedingprocedures die door dezelfde marktpartijen zijn aangespannen tegen de Staat over dezelfde concessieverlening.

Dat er een rol kan zijn weggelegd voor de civiele voorzieningenrechter houdt rechtstreeks verband met het feit dat een voorlopige voorziening bij de bestuursrechter pas kan worden aangevraagd (i) nadat een voor bezwaar of beroep besluit door een bestuursorgaan is genomen en (ii) enkel in samenhang met een bezwaar of beroep tegen dat besluit. Met name indien een marktpartij meent dat in de voorbereiding van de besluitvorming door het bestuursorgaan bepaalde stappen moeten worden gezet, ligt het in de rede dat die marktpartij zich tot de kortgedingrechter moet kunnen wenden om een rechterlijk bevel te kunnen vorderen.⁸⁴ Dit was aan de orde in de twee kortgedingprocedures die marktpartijen (inclusief een hoger beroep in het tweede kort geding) hebben aangespannen tegen de staat in verband met de voorgenomen onderhandse concessieverlening voor het hoofdrailnet.⁸⁵ Vermeldenswaard is dat het gerechtshof Den Haag in het tweede kort geding een diepgaande (zij het voorlopige) beoordeling maakte van de juridische vraagpunten die in het geschil aan de orde waren. Het was expliciet mede in het licht van deze voorlopige beoordeling dat de civiele bodemrechter een maand later tot het hiervoor besproken oordeel kwam dat ten gronde het geschil ter beslechting aan de bestuursrechter moest worden overgelaten.

Tot slot van dit onderdeel merk ik op dat er mijns inziens geen noodzaak is om ‘toe te zien’ op de onderlinge afstemming als bedoeld in de vraagstelling. Met name de rechtspraak van de civiele rechter laat zien dat de civiele rechter zichzelf in reguleringskwesaties uitdrukkelijk als restrechter beschouwt en zeer goed in staat is om in het licht van de omstandigheden van het concrete geval te beoordelen of en, zo ja, op welke wijze aan die taak als restrechter invulling wordt gegeven.

Vraag 7 (meerwaarde samenloop?)

Kan de samenloop van publiek- en privaatrecht ook als een meerwaarde worden beschouwd? In hoeverre draagt deze bijvoorbeeld bij aan de convergentie tussen:

- publiek- en privaatrecht**

84 Ingevolge art. 6:3 Awb is een beslissing inzake de voorbereiding van een besluit niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft. Tegen dergelijke voorbereidingshandelingen kan wel worden opgekomen in een civiele kortgedingprocedure.

85 Hof Den Haag 18 april 2023, zie ook reeds voetnoot 54. Zie voor het eerdere kort geding Rb. Den Haag (vzr.) 1 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12226.

– het recht van Nederland en België?

Zijn van een en/of ander concrete voorbeelden te noemen?

Samenloop van publieke en private handhaving kan in beginsel altijd meerwaarde hebben, al was het maar omdat de invalshoeken zo fundamenteel verschillend zijn en de rechtsmiddelen en remedies die justitiabelen ter beschikking staan uiteenlopen. Zie hiervoor nader de bespreking van vraag 3.

Als er één terrein is waarop ruimte zou kunnen zijn voor convergentie, dan is dat naar mijn mening het bewijsrecht. Bij de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht lijkt de lat in de praktijk niet al te hoog te liggen als het gaat om het aantonen van een (voortdurende) inbreuk.⁸⁶ Mijn inschatting is dat een civiele rechter feitelijke stellingen indringender toetst dan de bestuursrechter.

Wanneer in een *follow-on* schadevergoedingsprocedure voor de civiele rechter vergoeding van schade wordt gevorderd over de gehele duur van een door de Europese Commissie of ACM vastgestelde inbreuk, is de civiele rechter gebonden aan de beoordeling van de beschikking door de (Europese respectievelijk nationale) bestuursrechter. Een definitieve inbreukbeslissing van de Commissie heeft in procedures voor de nationale rechter als onweerlegbaar bewijs van een inbreuk te gelden.⁸⁷ Daarnaast is (inmiddels gecodificeerde) vaste rechtspraak van de Unierechter dat de nationale rechter verplicht is om zich te onthouden van beslissingen die in strijd zijn met een door de Commissie gegeven beschikking.⁸⁸ Dat betekent dat er geen ruimte is voor de civiele rechter om de vaststelling van een inbreuk door de Commissie (nogmaals) te toetsen. Voor besluiten van ACM is dit ingevolge artikel 9 Kartelschaderichtlijn⁸⁹ en de bij de beantwoording van vraag 5 besproken jurisprudentie niet anders.

Niettemin zal de civiele rechter door de overtreders aangedragen bewijs ten aanzien van verschillen in de aard, de reikwijdte, impact etc. van de verboden gedragingen in aanmerking dienen te nemen bij de beoordeling van de omvang van de schade. Civiele rechters zijn bij uitstek geoefend en deskundig in de toepassing van bewijsvermoedens en (omkering van) bewijslast. Een voorbeeld uit het grijze verleden van de kartelschadepraktijk moge dienen ter verduidelijking.

In 1985 beboette de Europese Commissie de producent van maaidorsers Sperry New Holland (SNH) wegens (onder meer) het belemmeren van parallelhandel van

86 Zie echter ook CbB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204 (*executieveilinghandelaren*). In deze zaak oordeelde het CbB dat de door ACM vastgestelde feiten niet de overtreding opleverden zoals deze door ACM was omschreven.

87 Deze verplichting is niet met zoveel woorden neergelegd in de Kartelschaderichtlijn noch in Verordening (EG) Nr. 1/2003. De bewijskracht van een definitieve Commissiebeschikking zal echter niet minder zijn dan die welke toekomt aan een definitief besluit houdende vaststelling van een inbreuk van de ‘eigen’ nationale mededingingsautoriteit; zie art. 9 lid 1 Kartelschaderichtlijn, alsmede de beantwoording van vraag 5.

88 Art. 16 lid 1 van Verordening (EG) Nr. 1/2003. De vraag kan worden gesteld of hiermee precies hetzelfde wordt bedoeld als met de toekenning van dwingende bewijskracht, zoals dit is verwoord in art. 9 lid 1 Kartelschaderichtlijn.

89 Zie voetnoot 89.

Nederland naar Schotland.⁹⁰ De Nederlandse importeur zou op instigatie van SNH de levering van maaidorsers aan een parallelhandelaar die deze aan een Schotse afnemer doorverkocht hebben gestopt. De Nederlandse importeur kreeg voor zijn betrokkenheid bij de overtreding geen boete opgelegd en heeft geen beroep tegen de beschikking ingesteld. Enige jaren later maakte de Schotse afnemer bij rechtbank Haarlem een vordering tot schadevergoeding aanhangig tegen de Nederlandse importeur. De gestelde schade was het gevolg van de niet-levering van twee maaidorsers door de parallelhandelaar. Voor de rechtbank voerde de importeur in essentie hetzelfde verweer als bij de Commissie: hij had de leveringen aan de parallelhandelaar gestaakt vanwege diens slechts betalingsgewoonten en zakenmanieren. Daarnaast voerde de importeur aan dat de parallelhandelaar de twee maaidorsers waarvan de Schotse afnemer in de procedure bij de rechtbank een bewijs van aankoop bij de parallelhandelaar had geproduceerd überhaupt niet bij hem had besteld. Ten overstaan van de rechtbank is onder meer uitvoerig gedebatteerd over de vraag of de beoordeling van de feiten door de Commissie bindend was voor de nationale rechter, ook al had de importeur steekhoudend feitelijk bewijs overgelegd voor zijn stellingen omtrent de redenen voor het beëindigen van de leveringen aan de parallelhandelaar. Uiteindelijk wees de rechtbank de vordering van de Schotse afnemer af wegens het ontbreken van causaal verband tussen de door Commissie vastgestelde overtreding en de gestelde schade, nadat de parallelhandelaar tijdens een getuigenverhoor had erkend dat hij inderdaad geen bestelling had geplaatst bij de importeur voor de twee maaidorsers die hij aan de Schotse afnemer had verkocht. Het vonnis is niet gepubliceerd. In de civiele zaak trad ik op voor de Nederlandse importeur. Bij het Commissieonderzoek ben ik niet betrokken geweest. Het verweer van de importeur was gebaseerd op overtuigend feitelijk bewijsmateriaal.⁹¹ In de Commissiebeschikking was dit verweer zonder omhaal gepasseerd. In 1985 heeft de importeur afgezien van het instellen van beroep tegen de Commissiebeschikking omdat aan hem geen boete was opgelegd. Heden ten dage zou hij gelet op de dreiging van follow-on schadeclaims wellicht een andere afweging hebben gemaakt. Intussen kan worden betwijfeld of de Unierechter in een hypothetisch beroep het bewijs voor de betrokkenheid van de importeur bij de inbreuk door de fabrikant net zo kritisch zou beoordelen als van een civiele rechter kan worden verwacht.

Een wel zeer atypisch geval van samenloop van publieke en private handhaving betreft de beoordeling van schadeclaims van executieveilinghandelaren tegen ACM door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)⁹² en door de burgerlijke rechter. Deze schadeclaims vloeiden voort uit de vernietiging door het CBB van een tegen de handelaren gericht boetebesluit.⁹³ In zijn uitspraak op de verzoeken tot schadevergoeding van vier handelaren wees het CBB een bedrag

90 Beschikking van 16 december 1985, *PbEU* 1985, I 376/21.

91 Ook al speelde dit in de procedure bij de rechtbank geen rol mag niet onvermeld blijven dat de parallelhandelaar eerder strafrechtelijk was veroordeeld omdat hij defecte maaidorsers met vervalste chassisnummers aan remigrerende Turkse afnemers had verkocht.

92 De bevoegdheid van de bestuursrechter is gebaseerd op art. 8:88 Awb. Tegenwoordig is de bestuursrechter slechts bevoegd voor zover de gevraagde vergoeding ten hoogste 25.000 euro bedraagt. De verzoeken waren ingediend voordat deze beperking gold (dat wil zeggen vóór 1 juli 2013).

93 CBB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204.

van 40.000 euro toe ten titel van immateriële schadevergoeding. Gevorderde schadevergoeding wegens gederfde winst en geleden verlies als gevolg van het opzeggen van de bancaire relatie met de handelaren door Rabobank wees het CBB af wegens het ontbreken van causaal verband. Tussen de twee uitspraken van het CBB was ACM met een groot aantal andere handelaren dan de vier die bij het CBB schadevergoeding vorderden een vaststellingsovereenkomst aangegaan, waarin ter zake van diverse materiële schadeposten een vergoeding van 25.000 euro en ter zake van andere dan materiële schade een vergoeding van 10.000 euro was overeengekomen. Ter zake van bepaalde specifiek benoemde schadeposten behielden de handelaren het recht om binnen een zekere termijn een aanvullende claim in te dienen.⁹⁴ Diverse handelaren maakten vervolgens bij de rechtbank Den Haag een vordering tot toekenning van aanvullende vergoeding van materiële schade aanhangig. De rechtbank wees deze vorderingen in 2021 af met een andere argumentatie dan het CBB in zijn uitspraak uit 2019 had gevolgd en zonder aan deze uitspraak te refereren.⁹⁵ Geconstateerd kan worden dat de uitspraken van de bestuursrechter en de civiele rechter in deze zaak divergeren. Sedert 1 juli 2013 is de bevoegdheid van de bestuursrechter om kennis te nemen van verzoeken om schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten beperkt tot vorderingen waarvan de hoogte maximaal 25.000 euro bedraagt.⁹⁶ Daarmee is de mogelijkheid van divergerende uitspraken⁹⁷ als zojuist besproken niet weggenomen maar is het in ieder geval niet meer mogelijk dat de bestuursrechter een hoger dan het zojuist genoemde bedrag aan schadevergoeding toekent.

Vraag 8 (rol rechter/trias politica)

Welk is het effect van bedoeld toezicht op de rol van de burgerlijke rechter als zodanig? En hoe verhouden de Unierechtelijke rol van de rechter en het toenemende belang van toezichthouders zich met de scheiding der machten (de trias politica)?

Het antwoord op deze vraag kan kort zijn. Zoals in dit paper wordt onderbouwd is er geen sprake van een Unierechtelijke rol van de rechter die zou afwijken van de rol die de rechter binnen de nationale rechtsorde in Nederland toekomt. Ook kan worden vastgesteld dat er geen spanning is tussen de rol van de rechter en die van toezichthouders als in dit paper besproken en de trias politica. Ieder overheidsoptreden, en uiteraard ook dat van toezichthouders, kan in uitgangspunt worden onderworpen aan rechterlijke toetsing. Wanneer het een besluit in de zin van de Awb van een toezichthouder betreft, is de bestuursrechter bevoegd. Alle andersoortige handelingen van toezichthouders kunnen ter toetsing wor-

94 Deze feiten blijken uit het hierna te bespreken vonnis van Rb. Den Haag.

95 Rb. Den Haag 15 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13809.

96 Art. 8:89 lid 2 Awb.

97 Het risico is in zoverre beperkt dat de bestuursrechter überhaupt niet bevoegd is indien de belanghebbende eerst een geding bij de burgerlijke rechter aanhangig heeft gemaakt (art. 8:89 lid 3 Awb). Indien de belanghebbende zich eerst tot de bestuursrechter wendt, dient de burgerlijke rechter een vordering tot schadevergoeding niet-ontvankelijk te verklaren zolang het verzoek bij de bestuursrechter aanhangig is. Daarna kan de belanghebbende zich alsnog tot de burgerlijke rechter wenden, maar deze is wel gebonden aan de uitspraak van de bestuursrechter. De mogelijkheid van divergerende uitspraken doet zich met name voor indien twee of meer belanghebbenden zich met een vordering ter zake van hetzelfde onrechtmatige besluit tot verschillende rechters wenden.

den voorgelegd aan de civiele rechter. Vanuit mijn ervaring als advocaat wil ik daaraan toevoegen dat een sluitend stelsel van rechtsbescherming niet voorkomt dat ondernemingen die aan toezicht zijn onderworpen in voorkomend geval het optreden van de toezichthouder als *arm twisting* zullen kunnen ervaren, doordat zij in een afhankelijkheidspositie verkeren ten opzichte van de toezichthouder en zich (bij voorbeeld met het oog op een afdoening zonder punitieve sanctie of met het oog op het verkrijgen van een vergunning) gedwongen voelen voorwaarden te aanvaarden waarvan zij menen dat deze niet gerechtvaardigd zijn en afzien van de mogelijkheid deze achteraf in rechte aan te vechten. Daar staat echter tegenover dat ondernemingen het recht niet kan worden ontnomen om zich tot de onafhankelijke rechter te wenden indien zij menen dat een overheidsinstelling, waaronder een toezichthouder, jegens hen misbruik van bevoegdheid maakt.

Vraag 9 (wensenlijst)

Welke wensen zijn in verband met het onderwerp van deze meeting te formuleren uit oogpunt van de missie van het Platform: een optimale wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden?

Van mijn kant zijn er geen specifieke wensen.

De duale handhaving van het privaatrecht in Europees en Nederlands perspectief

Olha 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 gebruiken 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 marktregulering 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 marktregulering die het privaatrecht als instrument inzet om publieke doelen, zoals duurzame ontwikkeling, consumentenbescherming en financiële stabiliteit, te bewerkstellingen, staat daarbij centraal.

* Prof. dr. O.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* (28) 2009, afl. 1, 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 2026.

3 Zie bijv. W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos & 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 publiekrecht: over de opmars van het financiële "toezichtprivaatrecht" en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RMThemis* 2012, afl. 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* (33) 2025, afl. 5-6, p. 1073.

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

4 Zie nader O.O. Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law: The Quest for Reconciliation in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2026.

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* (40) 2021, p. 146; O.O. Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law: The Quest for Reconciliation in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2026, hfdst. 4.

handhavingslandschap (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 rechtsstelsels 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 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), de *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

6 O.O. Cherednychenko, ‘Het private in het publiekrecht: over de opmars van het financiële “toezichtprivaatrecht” en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht’, *RMThemis* 2012, afl. 5, p. 223; O.O. Cherednychenko, ‘Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?’, *European Review of Private Law* (22) 2014, afl. 1, p. 37.

7 Zie hierover O.O. Cherednychenko, ‘Rediscovering the Public/Private Divide in EU Private Law’, *European Law Journal* (26) 2020, afl. 1-2, p. 27; O.O. Cherednychenko, ‘Financial Regulation and Civil Liability in European Law: Towards a More Coordinated Approach?’, in: O.O. Cherednychenko & M. Andenas (red.), *Financial Regulation and Civil Liability in European Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2020, p. 2, 14-23; O.O. Cherednychenko, ‘Public and Private Enforcement of EU Digital Space Private Law’, *European Review of Private Law* (33) 2025, afl. 5-6, p. 1073.

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 maximumharmonisatierichtlijn 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 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

8 O.O. Cherednychenko, 'Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law', *Modern Law Review* (84) 2021, afl. 6, p. 1249; O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 142. Vgl. K.J.O. Jansen, 'Reflexwerking van Europees privaatrecht', *NTBR* 2022, afl. 1, p. 1, 3.

9 Titel 7B, Boek 7 BW.

10 Art. 4:22 Wft.

11 Art. 516, 517 en 526 BW.

12 Implementatiewet herziene richtlijn betaaldiensten: MvT, *Kamerstukken II* 2017/18, 34813, nr. 3, p. 14-15.

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 Hof van Justitie van de Europese Unie (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 toezichtreggeving, 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 paragraaf 7.

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.

- 13 Zie O.O. Cherednychenko, 'The Regulation of Investment Services in the EU: Towards the Improvement of Investor Rights?', *Journal of Consumer Policy* (33) 2010, afl. 4, 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 & M. Andenas (red.), *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* (22) 2021, afl. 1, p. 147, 162-163; M.W. Wallinga, *EU Investor Protection Regulation and Liability for Investment Losses*, Wenen: Springer 2020; O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2022, afl. 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.
- 19 O.O. Cherednychenko, 'Rediscovering the Public/Private Divide in EU Private Law', *European Law Journal* (26) 2020, afl. 1-2, p. 45.

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 paragraaf 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 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

- 20 O.O. Cherednychenko, ‘Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law’, *Modern Law Review* (84) 2021, afl. 6, p. 1249; O.O. Cherednychenko, ‘De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht’, *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 142. Vgl. K.J.O. Jansen, ‘Reflexwerking van Europees privaatrecht’, *NTBR* 2022, afl. 1, p. 1, 3.
- 21 Zie nader O.O. Cherednychenko, ‘De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht’, *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 142; O.O. Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law: The Quest for Reconciliation in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2026, hfdst. 3.
- 22 Zie bijv. M.B.M. Loos, *Individuele handhaving van het consumentenrecht*, in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 29-51.
- 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, afl. 9, p. 183; G. Wagner, ‘Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options’, *Law Quarterly Review* (127) 2011, p. 55, 64; F. Weber & M. Faure, ‘The Interplay between Public and

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 sector-overschrijdende 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, waaronder gebieden die traditioneel tot het publiekrecht behoorden, te bevorderen. 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 praktische obstakels voor de privaatrechtelijke handhaving op dit terrein weg te nemen, waarover nader paragraaf 6. Vermeldenswaard in dit verband is ook de Intellectuele eigendom (IE)-Handhavingsrichtlijn (2004/48/EG), die de middelen tot handhaving van IE-rechten

Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective', *European Review of Private Law* (23) 2015, afl. 4, p. 525, 531.

24 G. Wagner, 'Collective Redress — Categories of Loss and Legislative Options', *Law Quarterly Review* (127) 2011, 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 & M. Faure, 'The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law & Economics Perspective', *European Review of Private Law* (23) 2015, afl. 4, 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, hfdst. VI.

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

door de rechthebbenden harmoniseert om de privaatrechtelijke handhaving van dergelijke rechten te versterken.

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 AVG, 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 paragraaf 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 paragraaf 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 gebruikmaken van bestuursrechtelijke sanctie-instrumenten, zoals een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom. Toezichthouders worden niet geacht om

-
- 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, 23-24.
- 29 Zie hierover H.-W. Micklitz & N. Reich, 'The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)', *Common Market Law Review* (51) 2014, afl. 3, 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*).

handhavend op te treden in individuele gevallen.³² Het 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 handhavingsinstrumenten, 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 handhavingsinstrumenten op nationaal niveau immers doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.³⁶ Dat geldt niet al-

32 Zie in dat verband bijv. HvJ EU 17 maart 2016, gevoegde zaken C-145/15 en C-146/15, ECLI:EU:C:2016:187 (K. Ruitjsenaars 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 (ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:699) en eindspraken (ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1732 en ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1733).

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. 92-94.

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

36 Zie verder bijv. F. Cafaggi & P. Iamiceli, 'The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice

leen 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 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 artikel 3:40 lid 2 BW. Indien de overeenkomst is vernietigd, is de consument op grond van artikel 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,

of Civil Remedies and Administrative Sanctions’, *European Review of Private Law* (25) 2017, afl. 3, p. 575.

- 37 Zie bijv. HvJ EU 10 april 1984, C-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 Hermann/Immofinanz AG*); HvJ EU 27 maart 2014, C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190, par. 48-55 (*LCL Le Crédit Lyonnais SA/Fesih 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 art. 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-189/22 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 vpsivaniyata/OL*).
- 38 Zie bijv. C. Pavillon, ‘Effective Judicial Protection, Private Enforcement and the Reshaping of Substantive Remedies’, in: C. Twigg-Flesner & H.-W. Micklitz (red.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2023, p. 65.
- 39 Zie bijv. S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Belknap Press 2004, p. 267-269.
- 40 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Gratis Mobieltjes II*).

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 paragraaf 5 hierna zal blijken, roept de samenloop van dergelijke sancties en remedies vragen op in het kader van de duale handhaving van het privaatrecht.

5 Duale handhaving in de praktijk

5.1 Van een 'duaal handhavingstelsel' 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 handhavingstelsel'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 handhavingstelsel' 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

41 *Ibid.*, par. 3.15.1.

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

43 Zie hierover W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 133-151.

44 Regels omtrent instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (Wet handhaving consumentenbescherming): MvT, *Kamerstukken II* 2005/06, 30411, nr. 3, p. 30-31.

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: MvT, *Kamerstukken II* 2012/13, 33622, nr. 3, p. 15-16.

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 afstemingsproblemen 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 Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk verhelpen de burgerlijk procesrechtelijke regels inzake het verschaffen van bewijsmateriaal in Nederland en andere landen op het Europese vasteland niet of in veel mindere mate de informatieasymmetrie tussen eisers en gedaagden in individuele en collectieve rechtszaken. Toegang tot het bewijsmateriaal dat toezichthouders in hun onderzoeken hebben verkregen kan in dit verband van cruciaal belang zijn voor het succes van privaatrechtelijke handhavingsacties.

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

⁴⁷ Zie verder O.O. Cherednychenko, 'Public and Private Enforcement of EU Digital Space Private Law', *European Review of Private Law* (33) 2025, afl. 5-6, p. 1073; O.O. Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law: The Quest for Reconciliation in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2026, hfdst. 5.

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 paragraaf 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 handavingsinstrumentarium. 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.

6 De gehoudenheid tot coördinatie

Zoals uit paragraaf 5 hierboven kan worden opgemaakt, zijn publiek- en privaatrechtelijke handavingsmechanismen in het huidige EU-recht en Nederlandse recht over het algemeen niet goed op elkaar afgestemd. Scheiding tussen beide kan leiden tot het privaatrechtelijke handavingstekort ingevolge bewijsproblemen en

48 Vgl. F. Cafaggi & 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* (25) 2017, afl. 3, p. 611.

49 Zie bijv. R.A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: University of Chicago Press 1976, p. 222; A.M. Polinsky & S. Shavell, 'The Economic Theory of Public Enforcement of Law', *Journal of Economic Literature* (38) 2000, afl. 1, 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*).

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 artikel 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 artikel 9 lid 2 van de richtlijn tenminste worden gebruikt als *prima facie* bewijs van een overtreding. Bovendien bevordert artikel 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 artikel 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 artikel 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 clementieregelen

51 Zie nader O.O. Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law: The Quest for Reconciliation in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2026, hfdst. 5.

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

gen 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 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 artikel 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

⁵³ Kartelschaderichtlijn, overweging 26.

⁵⁴ HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 (*Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*); HvJ EU 6 juni 2013, ECLI:EU:C:2013:366 (*Bundeszweibewerbsbehörde/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, 120-123.

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 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 artikel 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 artikel 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

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.

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*).

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.

Zo bepaalt bijvoorbeeld artikel 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 artikel 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

61 Over de complementariteit tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving zie nader O.O. Cherednychenko, *Market Regulation and Private Law: The Quest for Reconciliation in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2026, par. 5.4.

62 Omnibusrichtlijn, overweging 14.

kunnen bestuursrechtelijke normen doorwerken in het privaatrecht, in lijn met het in paragraaf 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 paragraaf 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 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 zorg-

63 Zie verder bijv. A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2009; O.O. Cherednychenko, ‘Het private in het publiekrecht: over de opmars van het financiële “toezichtprivaatrecht” en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht’, *RMThemis* 2012, afl. 5, p. 223.

64 Zie bijv. O.O. Cherednychenko, ‘Het private in het publiekrecht: over de opmars van het financiële “toezichtprivaatrecht” en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht’, *RMThemis* 2012, afl. 5, p. 223, 229-231; V.P.G. de Serière, ‘Het spanningsveld tussen het Europese toezichtrecht en het burgerlijk recht: de Unierechtelijke dimensie van de zorgplicht in de financiële sector’, *WPNR* 2021, afl. 7342, p. 755; D. Busch, ‘De complexe verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de financiële sector – doorwerking in drievoud’, *NTBR* 2023/23, afl. 5, p. 214, 221-226; 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.

plicht 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 paragraaf 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 artikel 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 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

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 Woekerpolis.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, afl. 6998, p. 1122.

68 MvT Wijzigingswet financiële markten 2014, *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, nr. 3, pp. 27-28.

69 *Ibid.*, p. 27.

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 artikel 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 artikel 4:24a Wft de wetgever expliciet aansluiting heeft gezocht bij de privaatrechtelijke zorgplichten. Zo heeft hij bijvoorbeeld opgemerkt dat de generieke zorgplicht van artikel 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 artikel 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 artikel 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 artikel 4:24a Wft wordt gesanctioneerd.

Tot op heden is echter nog niet formeel gehandhaafd op grond van artikel 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 artikel 4:24a Wft door de AFM nu en dan 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 gereuleerde 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 modernise-

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 2021/22*, 32545, nr. 158).

ren 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 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 paragraaf 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 handavingslandschap?

8.1 Het belang van privaatrechtelijke handhaving

Voor de beantwoording van deze vraag is het allereerst van belang te beseffen dat binnen het duale handavingsstelsel 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 paragraaf 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 afschrikingsgerichte 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 paragraaf 2 besproken door het publiekrecht gekleurde EU-maatregelen, zoals de AI-verordening, die voorziet in een publiekrechtelijk handavingsmechanisme 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

72 Zie nader O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 153-154.

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.

8.2 Het belang van individuele rechtsbescherming

Bovendien blijft de burgerlijke rechter een belangrijke rol spelen bij het realiseren van *individuele* rechtsbescherming. Uit paragraaf 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

73 Zie hierover O.O. Cherednychenko, ‘Public and Private Enforcement of EU Digital Space Private Law’, *European Review of Private Law* (33) 2025, afl. 5-6, p. 1073.

74 Vgl. J. Black, ‘Paradoxes and Failures: ‘New Governance’ Techniques and the Financial Crisis’, *Modern Law Review* (75) 2012, afl. 6, p. 1037, 1046; H.-W. Micklitz & G. Sartor, ‘Compliance and Enforcement in the AIA through AI’, *Yearbook of European Law* (43) 2024, p. 297, 335.

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, r.o. 4.10.3. (*De T./Dexia*).

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

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 complian-*

77 Concl. plv. P-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense 13 februari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2822, nr. 3.21.

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

79 HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166 (*Vereniging Woekerpolis.nl/Nationale-Nederlanden*). Zie hierover O.O. Cherednychenko, ‘De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht’, *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 142.

ce-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 paragraaf 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

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.

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 O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RMTthemis* 2022, afl. 4, p. 142.

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

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.

Duale handhaving bekeken vanuit het Belgisch publiekrecht

Dr. Janek Tomasz Nowak*

Inleidende beschouwingen

De vraag naar de verhouding tussen publieke en private handhaving, in het bijzonder voor wat het EU-recht betreft, kadert in een bredere tendens waarbij het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht, voor zover dit ooit echt heeft bestaan in de praktijk, langzamerhand lijkt te vervagen. Zo wordt het privaatrecht alsmear relevanter voor het overheidshandelen terwijl publieke toezichthouders zich steeds verder innemen in private rechtsverhoudingen. Het lijkt erop dat een jurist in de toekomst niet meer enkel het privaatrecht of enkel het publiekrecht kan beoefenen; hij of zij moet thuis zijn in beide rechtstakken om relevant te blijven (en dit alles los van de ontwikkelingen op technologisch vlak).

Alvorens in te gaan op de negen vragen die door het Platform werden geformuleerd om onze dialoog te structureren, wil ik eerst een aantal algemene punten bespreken. Dit in het bijzonder om een aantal uitgangspunten van het Belgische stelsel, die mogelijk afwijken van het Nederlandse stelsel, onder de aandacht te brengen.

A. Het Belgische toezichthouderlandschap in vogelvlucht

In de afgelopen decennia is er in België een kluwen aan toezichthouders ontstaan. Naast het EU-recht lijken twee ‘Belgische’ factoren hiervoor mede in hoofdzaak verantwoordelijk: de beleidskeuze om toezichthouders per beleidsdomein op te richten en de staatsstructuur.

In tegenstelling tot in Nederland werd er in België (nog) niet overgegaan tot een rationalisatie of integratie van het toezichthouderlandschap. Toezichthouders zijn vooralsnog georganiseerd per domein en een oproep uit 2022 om het samengaan te onderzoeken van de federale marktregulators (Belgische Mededingingsautoriteit (BMA), Commissie voor de Regulering van Elektriciteit en Gas (CREG), Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT)) is vooralsnog zonder gevolg gebleven.¹ Op het niveau van de gewesten werd er wel al enige vooruitgang geboekt op dit punt. In 2017 werden de bevoegdheden van de Brusselse energieregulator Brugel uitgebreid met toezicht op de watersector. Het Vlaamse Gewest maakte recent dezelfde keuze: de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gas-

* A&O Shearman — VUB. Hartelijk dank aan de anonieme reviewers voor hun waardevolle suggesties.

1 De Kamer, Voorstel van resolutie betreffende een fusie van de marktregulators voor een betere marktwerking, De Kamer 2022-2023, Nr. 55/3033/001.

markt (VREG) werd per 1 januari 2025 omgevormd tot de Vlaamse Nutsregulator (VNR) en zal vanaf 1 januari 2026 de taken van de WaterRegulator overnemen.² In Wallonië werd deze stap echter nog niet gezet: de Waalse waterregulator, het Comité de Contrôle de l'Eau, blijft vooralsnog als aparte regulator bestaan naast de Waalse energieregulator CWaPe.

Dit voorbeeld brengt ons ook bij een volgend punt: toezichthouders die gaan over een domein dat (ook) tot de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten behoort, bestaan in meervoud. Zo telt België bijvoorbeeld vier energieregulators (CREG, VREG/VNR, Brugel, CWaPe) en drie mediaregulators (VRM, CSA en Medienrat). Voor sommige horizontale bevoegdheden, bijvoorbeeld gegevensbescherming, bestaat/bestond er bovendien onduidelijkheid over welk niveau bevoegd is om op welke regels toezicht te houden. In haar advies uit 2017 bij de wet tot oprichting van de federale Gegevensbeschermingsautoriteit overwoog de Raad van State dat de gemeenschappen en gewesten bepalingen konden vaststellen voor de gegevensverwerking in het kader van activiteiten die onder hun bevoegdheid vallen en ook gemachtigd zijn om autoriteiten op te richten die op die specifieke regels toezicht houden.³ In 2023 besliste het Grondwettelijk Hof echter dat gemeenschappen en gewesten niet enkel bevoegd zijn om een toezichthoudende instantie op te richten die belast is met het toezicht op de naleving van de specifieke en aanvullende regels die zij uitvaardigen voor de verwerking van persoonsgegevens in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn, maar ook de bevoegdheid hebben om deze toezichthoudende instantie te belasten met toezicht op naleving van de algemene federale regelgeving die als minimumregeling geldt in de aan gemeenschappen en de gewesten toegewezen aangelegenheden.⁴ Wel oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de Vlaamse Toezichtcommissie geen toezichthoudende autoriteit kon zijn in de betekenis van artikel 36, lid 4, Algemene verordening gegevensbescherming⁵ (AVG) omdat deze commissie niet was aangemeld bij de bevoegde EU-instellingen. Enkele weken na het arrest, op 2 maart 2023, stelde de Vlaamse regering de Europese Commissie in kennis van de oprichting van de Vlaamse Toezichtcommissie.⁶ Sindsdien moet de Vlaamse Toezichtcommissie in Vlaanderen als volwaardige toezichthouder worden beschouwd binnen de bevoegdheden die haar werden toegewezen, zijnde de gegevensverwerking door Vlaamse bestuurlijke instanties, inclusief lokale overheden.⁷ Voor overige zaken

2 Art. 192 § 1 Decreet over de operationalisering van een Vlaamse Nutsregulator, codex.vlaanderen.be/PrintDocument.aspx?id=1039806&datum=&geannoteerd=false&print=false#H1117945.

3 Raad van State, Afdeling Wetgeving, Advies van 27 juni 2017 over een voortonwerp van wet 'tot hervorming van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer', nr. 61.267/2/AV, p. 36.

4 Grondwettelijk Hof 16 februari 2023, nr. 26/2023, punt B.30.3.

5 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, PbEU 2016, L 119/1.

6 Permanente Vertegenwoordiging van Vlaanderen bij de Europese Unie, Kennisgeving aan de Europese Commissie in het kader van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), 2 maart 2023; De Kamer, Schriftelijke vraag en antwoord nr. 56-33: Kennisgeving van de Vlaamse gegevensbeschermingsautoriteit aan de Europese Commissie (MV 000346C), 2 februari 2025, p. 287-289.

7 Art. 10/1 § 1 lid 1 Decreet betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, codex.vlaanderen.be/portals/codex/documenten/1017242.html.

blijft de federale Gegevensbeschermingsautoriteit bevoegd. Een samenwerkingsakkoord tussen beide autoriteiten kwam nog niet tot stand.

Een veelheid van toezichthouders leidt tot onduidelijkheid over de vraag wie moet optreden in bepaalde omstandigheden. Zo dient de Vlaamse Nutsregulator toezicht uit te oefenen op de verplichting van de netbeheerder om aan de betrokkene de schade te vergoeden die de betrokkene lijdt als gevolg van een inbreuk in verband met de persoonsgegevens die de netbeheerder beheert, valideert en bewaart.⁸ Tegelijk is de Vlaamse Toezichtcommissie bevoegd om een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker te gelasten de verzoeken van de betrokkene tot uitoefening van zijn rechten uit hoofde van de AVG in te willigen, waaronder het recht op schadevergoeding.⁹ Wie treedt op wanneer een netbeheerder weigert geleden schade te vergoeden?

In dit paper wordt ingegaan op de verhouding tussen dit kluwen aan toezichthouders en civielrechtelijke handhavingsmechanismen, en breder, de verhouding tussen het publiek- en het privaatrecht. De nadruk komt in dit paper te liggen op het bestuurlijke luik, al is het gezien de wisselwerking tussen bestuurlijke en private handhaving moeilijk om een strikt onderscheid aan te houden.

Tot slot volgt hier nog een overzicht van relevante Belgische toezichthouders (zonder claim op volledigheid):

- Federaal: Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA), Agentschap voor Regulering van Transport (ART), Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT), Belgische Mededingingsautoriteit (BMA), Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG), Directoraat-Generaal Luchtvaart (DGLV), Economische Inspectie (EI), Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG), Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle (FANC), Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen (FAVV), Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA), Kansspelcommissie (KSC), Nationale Bank van België (NBB)
- Vlaanderen: Vlaams Energie- en Klimaatagentschap (VEKA) Vlaamse Regulator voor de Media (VRM), Vlaamse Nutsregulator (VNR), Vlaamse Toezichtcommissie (VTC)
- Brussel: Brugel
- Wallonië/Franstalige Gemeenschap: Autorité aéroportuaire de supervision indépendante de Wallonie (AASIW), Commission Wallonne pour l’Energie (CWaPE), Conseil Supérieur de l’Audiovisuel Belgique (CSA)
- Duitstalig België: Medienrat

8 Art. 6 1° n) Decreet over de operationalisering van een Vlaamse Nutsregulator j. Art. 4.1.11/6 Energiedecreet, codex.vlaanderen.be/portals/codex/documenten/1018092.html.

9 Art. 10/7 § 1 Decreet betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer j. Art. 52 lid 2 c) en art. 82 AVG.

B. **Geen strikte scheiding tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter**

In België wordt geen strikt onderscheid gemaakt tussen de rechtsgang naar de bestuursrechter en de rechtsgang naar de burgerlijke rechter. Overheidsbesluiten kunnen zowel voor de burgerlijke als voor de bestuursrechter worden aangevochten. Bovendien ligt beroep tegen een beslissing van een toezichthouder open bij de bestuursrechter dan wel bij de burgerlijke rechter naargelang de toezichthouder.

a. **Keuze tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter**

De Belgische Grondwet van 1830 maakte de hoven en rechtbanken middels artikel 159 Grondwet bevoegd om rechtsbescherming te bieden tegen het handelen van de uitvoerende macht.¹⁰ Op grond van deze bepaling passen de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen. Initieel werd deze bevoegdheid gezien als een exceptie van onwettigheid die slechts indirecte controle van reglementaire handelingen toeliet. Het effect van deze wettigheidscontrole is bovendien slechts *inter partes* en doet een ongeldige bestuurshandeling niet uit de rechtsorde verdwijnen.¹¹ In 1946 werd daarom een bestuurlijk rechtscollege opgericht, de Raad van State, dat bevoegd is om handelingen van de uitvoerende macht nietig te verklaren met *erga omnes* effect.¹² De bevoegdheid van de hoven en rechtbanken om op grond van artikel 159 Grondwet de wettigheid van overheidsbeslissingen te toetsen werd echter onverlet gelaten. Ook toen in 1991 het administratief kortgeding werd ingevoerd bij de Raad van State, bleef de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken om op grond van artikel 159 Grondwet voorlopige rechtsbescherming te bieden tegen overheidshandelingen onaantast.¹³ Voorts evolueerde de bevoegdheid op grond van artikel 159 Grondwet mettertijd van een indirecte toetsingsgrond van reglementaire handelingen naar een quasi directe toetsingsgrond van alle handelingen van de uitvoerende macht.¹⁴ Het resultaat is dat er anno 2025 een overlappend¹⁵ of parallel¹⁶ stelsel van rechtsbescherming bestaat tegen overheidshandelen. Partijen hebben in bepaalde gevallen een keuzemogelijkheid, met name wanneer zij een betwiste overheidshandeling kunnen

10 A. Mast e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Wolters Kluwer 2025, p. 1131.

11 J. Goossens, 'De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter', *TBP* 2014, p. 276.

12 J. Theunis, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat* (diss. KU Leuven), 2011, p. 11.

13 Cass. 15 oktober 1993, C.93.0045.N: 'Dat hieruit volgt dat de Raad van State de bevoegdheid heeft om in een administratief kort geding de schorsing te bevelen van een akte of een reglement van een bestuurlijke overheid die hij op grond van de hem toegewezen bevoegdheid nietig kan verklaren, in zoverre de middelen die hiertegen worden aangevoerd berusten op de in artikel 14 van de gecoördineerde wetten bedoelde rechtsgronden en de verzoeker bewijst dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging hem een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen; dat daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheid van de rechtbanken van de Rechterlijke Macht om uitspraak te doen over geschillen betreffende subjectieve rechten.' Zie ook Rb. Brussel (KG) 28 juni 2024, T.Gez. 2024, p. 275.

14 M. Pâques & L. Donnay, 'Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge', *CDPK* 2007, p. 78-80.

15 J. Goossens, 'De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter', *TBP* 2014, p. 282.

16 K. Wauters & T. Cambier, 'La distinction droit privé – droit public et le droit des marchés publics', *Annales de Droit de Louvain* 2012, afl. 2, p. 169.

inkleuren als een schending van hun subjectieve rechten.¹⁷ Dit is onder meer het geval wanneer een beweerde onwettige overheidshandeling hen schade berokkent.

Bovendien is er geen volledige coördinatie tussen beide rechtsgangen. De burgerlijke rechter is enkel gebonden door een vernietigingsarrest van de Raad van State¹⁸ (en een schorsingsarrest zolang de Raad van State zich niet definitief heeft uitgesproken middels een eindarrest). Al betekent dit overigens niet dat de illegaliteit die werd vastgesteld door de Raad van State automatisch een fout uitmaakt op grond waarvan men voor de burgerlijke rechter schadevergoeding kan vorderen.¹⁹ Arresten waarmee de Raad van State een beroep tot nietigverklaring tegen een overheidshandeling verwerpt, binden de burgerlijke rechter daarentegen niet. Deze kan nadien nog steeds de onwettigheid van diezelfde overheidshandeling vaststellen op grond van artikel 159 Grondwet, zij het niet op grond van dezelfde feiten en middelen die voor de Raad van State werden aangevoerd.²⁰

Daarnaast bestaat sinds 1920 de mogelijkheid om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de uitvoerende macht bij de burgerlijke rechter.²¹ Wanneer de beweerde schade zou zijn berokkend door een overheidshandeling, geldt er bovendien geen vereiste dat deze handeling eerst nietig werd verklaard door de Raad van State. Sinds 2014 kan ook de Raad van State schadevergoeding toekennen tot herstel van de schade veroorzaakt door een overheidshandeling die zij nietig heeft verklaard.²² Maar ook in dat geval staat het partijen vrij om naar de burgerlijke rechter te trekken voor een schadevergoeding.

Dit samenspel tussen de burgerlijke en de bestuursrechter kan aanleiding geven tot heel wat discussie, zoals wordt geïllustreerd door het openbaar aanbestedingsrecht.

Vooraleerst volgt uit de wetgeving die de rechtsbescherming in het kader van openbare aanbestedingen regelt (de zogenaamde Rechtsbeschermingswet) dat zowel de Raad van State als de burgerlijke rechter bevoegd zijn om kennis te nemen van procedures met het oog op de vernietiging en de schorsing van beslissingen van aanbestedende instanties alsook op het bekomen van schadevergoedingen naargelang de aanbestedende instantie al dan niet een overheidsinstantie is.²³ Dit betekent dat het aanbestedingsrecht in België zowel door de bestuursrechter als door de burgerlijke rechter wordt toegepast en ontwikkeld,²⁴ en er bovendien

17 J. Goossens, 'De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter', *TBP* 2014, p. 283.

18 Cass. 6 februari 2009, C.08.0296.N.

19 M. Pâques & L. Donnay, 'Jurisdiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge', *CDPK* 2007, p. 77-78.

20 Cass. 6 maart 2023, C.22.0128.N; Brussel 6 september 2023, 000 2023 (samenvatting), p. 381. Zie ook A. Coppens, 'Gezag van gewijsde van een verwerpsarrest van de Raad van State' (noot onder Cass. 6 maart 2023), *NjW* 2024, p. 526-527.

21 Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, p. 193.

22 Art. 11bis Raad van State Wet, raadsvst-consstat.be/?page=proc_consult_law&lang=nl.

23 Art. 24 lid 1° Rechtsbeschermingswet, bosa.belgium.be/nl/regulations/wet-van-17-juni-2013. Zie bijv. Brussel nr. 2014/KR/152, 5 april 2017, 000 2018 (samenvatting), afl. 3, p. 602.

24 Dit is niet zonder kritiek. Zie o.m. A. Vanderhaeghen, 'Verkeerde vordering voor verkeerde rechter' (noot onder Arr. West-Vlaanderen, 20 december 2019), *NjW* 2020, p. 316.

op Belgisch niveau geen coördinatiemechanisme is dat een uniforme toepassing verzekert.

De Rechtsbeschermingswet stelt bovendien dat de burgerlijke rechter ook bevoegd is voor schadevergoedingen ten aanzien van overheden, zodat deelnemers aan aanbestedingen of anderen die zich door beslissingen van de aanbestedende overheid geschaad weten een keuze hebben.²⁵ Voor de sanctie van onverbindendverklaring van de overeenkomst of de concessie die werd gesloten zonder bekendmaking op Europees niveau of zonder inachtneming van de wachttermijn is enkel de burgerlijke rechter bevoegd, alsook voor een aantal alternatieve sancties.

Eén van de vragen die daarbij rijst is of partijen die voor de burgerlijke rechter een schadevergoedingsvordering instellen tegen een overheid wegens een onwettige gunningsbeslissing eerst de nietigverklaring ervan moeten bekomen voor de Raad van State. Wat overheidshandelingen in het algemeen betreft is dit alvast niet nodig. De rechtspraak is echter niet geheel op één lijn of dit ook geldt in geval van gunningsbeslissingen,²⁶ nu de wetgever met de Rechtsbeschermingswet een bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in het leven zou hebben geroepen voor wat de wettigheidstoetsing van deze beslissingen betreft in het voordeel van de Raad van State, en de burgerlijke rechter in het kader van een schadevergoedingsvordering dus niet de wettigheid van de gunningsbeslissing zelfstandig zou kunnen toetsen.

Daarnaast is er ook geen eensgezindheid of burgerlijke rechters nog steeds bevoegd zijn voor andere verhaalsmogelijkheden dan diegene die worden opgesomd in de Rechtsbeschermingswet (vernietiging of schorsing van de gunningsbeslissing, schadevergoeding, onverbindendverklaring van de overeenkomst of concessie). Dit is onder meer de vraag als het gaat om de privaatrechtelijke nietigverklaring van de overeenkomst wegens strijdigheid met de openbare orde,²⁷ ofschoon het Hof van Cassatie dit uitdrukkelijk heeft bevestigd voor bepaalde gevallen,²⁸ en om de vordering tot staking van de uitvoering van een overheidsopdracht.²⁹

25 Cumulatie is echter niet mogelijk; A. Mast e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Wolters Kluwer 2025, p. 276-278.

26 Vergelijk Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 16 juni 2017, *NjW* 2017, p. 701 en Rb. Brussel nr. 18/747/A, 6 januari 2020, *000* 2020 (samenvatting), p. 590. Zie ook F. Vandendriessche & N. Sneyers, 'Vordering tot schadevergoeding bij overheidsopdrachten enkel na een voorafgaand vernietigingsberoep?' (noot onder Rb. Oost-Vlaanderen 16 juni 2017), *NjW* 2017, p. 705.

27 C. De Koninck, 'De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis' (noot onder Rb. Brussel 20 april 2020), *Tijdschrift voor Aannemingsrecht* 2020, p. 270.

28 Cass. 22 januari 2021, C.19.0303.N. Zie ook Antwerpen 6 december 2017, *NjW* 2018, p. 259; Brussel 18 oktober 2021, *000* 2021, p. 572.

29 Vergelijk Voorz. Kh. Brussel 22 juni 2017, *Jaarboek Marktpraktijken* 2017, p. 114 ('De verhaaltermijnen voorzien in de Wet Rechtsbescherming Overheidsopdrachten zijn in casu niet relevant gelet op het feit dat het geen vordering tot schorsing, nietigverklaring of ontbindend verklaring van een bepaalde overheidsopdracht betreft') en Brussel 17 oktober 2018, *000* 2019 (samenvatting), p. 299 ('Het kan niet de bedoeling zijn om de in de overheidsopdrachtenwetgeving voorziene verhaal mogelijkheden, met inbegrip van de geëigende verhaalinstanties en -termijnen te omzeilen door het instellen van een stakingsvordering'). Zie ook Antwerpen 5 oktober 2022, *Jaarboek Marktpraktijken* 2022, p. 575; Gent 10 september 2018, *Jaarboek Marktpraktijken* 2018, p. 535.

b. Beroep tegen beslissingen van toezichthouders

Hoewel België met de Raad van State een aparte bestuursrechter kent die losstaat van de rechterlijke macht, worden in België beroepen tegen beslissingen van een heel aantal toezichthouders ingesteld bij hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht.

Zo dient een beroep tegen de beslissing van onder meer de BMA, het BIPT, de CREG en de GBA te worden ingesteld bij een gespecialiseerde kamer van het Hof van Beroep van Brussel, het Marktenhof. Meer algemeen is het Marktenhof bevoegd voor beroepen tegen beslissingen van toezichthouders op het vlak van het economisch, het financieel en het marktenrecht. Een beroep tegen een beslissing van de KSC³⁰ of het DGLV³¹ moet dan weer worden ingesteld bij de Rechtbank van Eerste Aanleg.

Beslissingen van de Economische Inspectie³² en de VRM³³ dienen bij de Raad van State te worden aangevochten. Hetzelfde geldt voor beslissingen van de VNR, behoudens wanneer in sectorale regelgeving een andere beroepsmogelijkheid is bepaald.³⁴ Dit is onder meer het geval voor beslissingen met betrekking tot de tarieven, waartegen een beroep openstaat bij het Marktenhof.³⁵ Tegen beslissingen van Brugel³⁶ en de CWaPE³⁷ staat dan weer enkel beroep open bij het Marktenhof.

C. Wat is private handhaving?

Om het onderscheid te kunnen maken tussen publieke en private handhaving, is het noodzakelijk om het concept private handhaving te definiëren. Dit is echter minder eenvoudig dan op het eerste gezicht lijkt. Welke elementen zijn doorslaggevend om van private handhaving te spreken?

Gaat het erom wie de 'handhavende partij', doorgaans de verzoeker in een procedure, is (private partij of overheid)? Is de aard van de procedure of rechter voor wie de procedure wordt gevoerd doorslaggevend (burgerlijke rechter of bestuursrechter)? Gaat het erom dat het handhavingsmiddel van privaatrechtelijke aard is (schadevergoeding, nietigheid)? Speelt de aard van de tegenpartij een rol (private partij of overheid)?

³⁰ Art. 15/7. § 1 Kanospelwet, ejustice.just.fgov.be/eli/wet/1999/05/07/1999010222/justel.

³¹ Art. 50 Wet van 27 juni 1937 houdende herziening van de wet van 16 November 1919 betreffende de regeling der Luchtvaart, ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=n-l&la=N&cn=1937062730&table_name=wet.

³² Art. XV.60/15 Wetboek Economisch recht, ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=n-l&la=N&cn=2013022819&table_name=wet#LNK0059.

³³ Art. 232, vierde lid, Mediadecreet, codex.vlaanderen.be/Zoeken/Document.aspx?DID=1017858¶m=inhoud.

³⁴ Art. 34 Decreet over de operationalisering van een Vlaamse Nutsregulator.

³⁵ Art. 4.1.34 Elektriciteitsdecreet.

³⁶ Art. 30*undecies* Elektriciteitsordonnantie, ejustice.just.fgov.be/eli/ordonnantie/2001/07/19/2001031386/justel#LNK0025. Merk op dat tegen beslissingen van de Geschillendienst van Brugel, die een apart statuut heeft, beroep kan worden ingesteld bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (art. 30*novies*, § 3 Elektriciteitsordonnantie).

³⁷ Art. 49bis, § 5 en Art. 50ter Décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, ejustice.just.fgov.be/eli/decret/2001/04/12/2001027238/justel#LNK0053.

Als private handhaving de tegenhanger is van handhaving door de overheid, in het bijzonder door toezichthouders, betekent dit dat alle procedures opgestart door private partijen met het oog op de naleving van de wet in aanmerking moeten worden genomen. In dat geval omvat private handhaving niet enkel procedures voor de burgerlijke rechter maar ook procedures voor de bestuursrechter.

Ik kies voor een brede benadering van private handhaving en beschouw deze als handhaving door een private partij (natuurlijk persoon, rechtspersoon) via procedures voor een justitiële rechter (burgerlijke rechter of bestuursrechter) van regels die puur private rechtsverhoudingen overstijgen (regulerend recht (niet regelend recht!)), dat regels betreft waarvan private partijen niet bij overeenkomst kunnen afwijken, zonder dat dit noodzakelijk samenvalt met regels van openbare orde³⁸).

D. Toegankelijkheid van bronnenmateriaal

Terwijl de rechtspraak van de Raad van State quasi integraal wordt gepubliceerd op haar eigen website, is de toegang tot de rechtspraak van de hoven en rechtbanken in België zeer beperkt.³⁹ In de publieke databank Juportal wordt slechts een fractie van alle beslissingen gepubliceerd (2024: 5664 beslissingen, 2023: 5318 beslissingen, 2022: 5571 beslissingen)⁴⁰ en ook de private databanken beschikken slechts over een beperkt aantal beslissingen. Slechts 2% van de rechtspraak zou worden gepubliceerd.⁴¹ De lancering van een nieuwe databank⁴² die alle nieuwe

38 De auteur wenst op te merken dat er op dit punt belangrijke verschillen bestaan tussen België en Nederland en dat dit al eens tot verwarring kan leiden aangezien dezelfde of minstens gelijkaardige begrippen worden gebruikt voor verschillende zaken. Hoewel het concept openbare orde naar Belgisch recht aan het evolueren is, gaat men er klassiek vanuit dat dit regels betreft die fundamenteel zijn voor de samenleving en waarvan partijen niet kunnen afwijken per overeenkomst. Daartegenover staan regels van dwingend recht, zoals consumentenrechten, waarbij de beschermde partij de mogelijkheid heeft om aan de bescherming te verzaken nadat deze werd geactiveerd. In het Nederlandse privaatrecht zouden deze laatste regels zogenaamd halfdwingend recht uitmaken, en bestaat er nog een categorie van regels tussen halfdwingend recht en recht van openbare orde, met name het dwingend recht, dat regels omvat waarvan partijen niet per overeenkomst kunnen afwijken maar die toch niet zo fundamenteel zijn dat zij als regels van openbare orde worden aangemerkt. Dergelijke tussencategorie bestaat in beginsel niet in het Belgische recht, met als gevolg dat regels waarvan men niet per overeenkomst kan afwijken als regels van openbare orde worden aangemerkt, ook wanneer zij bezwaarlijk de fundamentele belangen van de Belgische samenleving raken. Het gaat om heel wat regulatoire voorschriften, bijvoorbeeld gewestelijke woningkwaliteitsnormen. Aangezien de sanctie op een overeenkomst in strijd met de openbare orde absolute nietigheid is, wordt een woninghuurovereenkomst inzake een woning die niet voldoet aan deze kwaliteitsnormen bijgevolg absoluut nietig verklaard (zie bijv. art. 12 § 2 Vlaams Woninghuurdecreet), terwijl zowel huurder als verhuurder baat kunnen hebben bij een meer genuanceerde oplossing. In recente cassatierechtspraak lijkt een opening te worden gemaakt om de sanctie van absolute nietigheid bij een schending van de openbare orde te milderen: Cass. 22 januari 2021, C.19.0303.N.

39 P. Taelman en M. Van Der Haegen, 'Recht op recht! Publicatie van rechtspraak', in: R. De Corte, M. De Vos & P. Humblet (red.), *Liber Amicorum Willy van Eeckhoutte*, Wolters Kluwer 2018, p. 259-268.

40 Consultatie op 11 augustus 2025. Het aantal uitspraken zou jaarlijks op ongeveer 1,3 miljoen liggen. Zie J. De Codt, 'La parole du juge sous le boisseau de sa quantification numérique', *J.T.* 2021, p. 23.

41 Bron: bib.kuleuven.be/rbib/collectie/zoekleidraad/be-rechtspraak.

42 M. Van Der Haegen & J. Van Doninck, 'JustJudgment, het centraal register van beslissingen van de rechterlijke orde: een beknopte bespreking en analyse', *R.W.* 2023-24, p. 3.

vonnissen en arresten zou bevatten werd meermaals uitgesteld, en ook de nieuwe deadline van eind 2025⁴³ werd niet gehaald.

Dit maakt dat een onderzoek naar de praktijk van de verhouding tussen private en publieke handhaving slechts fragmentair kan worden gevoerd. Hoewel de gepubliceerde beslissingen doorgaans het debat zullen beheersen en als het geldende recht worden beschouwd, dient aldus een voorbehoud op dit punt te worden gemaakt.

Vraag 1 (verhouding publiek-/privaatrecht)

De keuze voor de inzet van publiek- of privaatrecht voor de handhaving van regelgeving, die in principe aan de lidstaten is, wordt door Unieregelgeving beïnvloed. Is een gemotiveerd antwoord te geven, wellicht eerst aan het einde van het op deze vraagpunten gebaseerde onderzoek, over de betekenis van de keuze van de Unie voor toezicht als hiervoor omschreven voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht?

De keuze van de Europese Unie voor bestuurlijk toezicht als primair handhavingsmechanisme heeft als gevolg dat de grenzen tussen het privaatrecht en het publiek recht vervagen en dat publiekrechtelijke concepten hun intrede doen in het privaatrecht. Bekeken vanuit Unierechtelijk perspectief lijkt zich daarbij een voorrang van het publiekrecht op het privaatrecht af te tekenen, in het bijzonder voor wat de handhaving betreft. De toezichthouder neemt daarbij het voortouw en haar definitieve beslissing vormt het uitgangspunt in een navolgende burgerlijke procedure. Privaatrechtelijke concepten dienen daarbij soms te worden bijgestuurd.

Het mededingingsrecht is hiervan het voorbeeld bij uitstek. De rechter in een navolgende privaatrechtelijke schadevergoedingsactie is gebonden aan de definitieve vaststellingen van de bevoegde mededingingsautoriteit.⁴⁴ Ook dient de burgerlijke rechter de autonoom Unierechtelijke concepten ‘onderneming’⁴⁵ en ‘voortdurende inbreuk’⁴⁶ toe te passen, ofschoon zij in eerste instantie zijn ontwikkeld om de doeltreffendheid van de publiekrechtelijke afdwinging van het mededingingsrecht te bevorderen. Het ondernemingsbegrip wijkt daarbij af van het concept rechtspersoon in het nationale vennootschapsrecht⁴⁷ en vergt ook enige soepelheid inzake de toerekenbaarheid van een fout in het aansprakelijkheidsrecht, dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon als uitgangspunt neemt en het begrip onderneming niet kent.⁴⁸ Er zijn ook belangrijke gevolgen voor het internationaal

43 Bron: tijd.be/politiek-economie/belgie/federaal/databank-met-vonnissen-die-vorig-jaar-klaar-moest-zijn-komt-er-pas-eind-2025/10579287.html.

44 Art. 9 lid 1 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.

45 HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:800.

46 HvJ EU 13 februari 2025, ECLI:EU:C:2025:85.

47 J. Vananroye, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon als technieken van vermogensafschieding en vermogensovergang* (diss. KU Leuven) 2011, p. 12.

48 Zie bijvoorbeeld art. 6.5 Nieuw Burgerlijk Wetboek België: ‘Tenzij de wet anders bepaalt, zijn de bepalingen van dit boek van toepassing op zowel private en publieke rechtspersonen als

privaatrecht, waarvan de voorspelbaarheid vermindert nu het Unierechtelijke ondernemingsbegrip, althans in mededingingszaken, tot bijkomende keuzemogelijkheden op het vlak van de bevoegde rechter en het toepasselijk recht leidt.⁴⁹

Omgekeerd kan men vaststellen dat het privaatrecht meer en meer zijn intrede doet in het publiekrecht. Rechtsfiguren zoals schadevergoedingen en dadingen worden aangewend door toezichthouders; het bestuursrecht is niet langer enkel gericht op de relatie burger-overheid en de toezichthouder komt ook tussen in private rechtsverhoudingen, zij het bij uitzondering (zie hierna naar aanleiding van vraag III), bijvoorbeeld om schadevergoeding op te leggen. Al zou men dit ook kunnen beschouwen als een teken van publiekrecht dat de overhand neemt, nu de toezichthouder zich aanbiedt als alternatief voor private handhaving via een rechter.

Wel moet men zich hoeden voor al te grote conclusies. Het Unierecht regelt veel aspecten, maar grote delen van het privaatrecht begrepen in ruime zin worden nog steeds (hoofdzakelijk) bepaald door de lidstaten en bevinden zich doorgaans niet op een snijvlak met het publiekrecht, ook niet wanneer er Unieregulering zou zijn, die dan vaak enkel van coördinerende aard is. Zo bestaan er weinig of geen toezichthouders in het personen- en relatierecht, het vermogensrecht, het insolventierecht, het vennootschapsrecht, het aansprakelijkheidsrecht, grote delen van het verbintenissen- en overeenkomstenrecht, etc. In deze rechtstakken, met een belangrijke impact voor de maatschappij, is de invloed van het publiekrecht, hoewel aanwezig, eerder beperkt.

Niettemin kunnen we niet om de vaststelling heen dat het publiekrecht (mede) onder impuls van het Unierecht belangrijker is geworden en op bepaalde vlakken het privaatrecht in een bepaalde richting stuurt of zelfs verdringt. Belangrijke aspecten van het economische leven worden zowel door publiekrecht als privaatrecht geregeld, zodat het onderscheid tussen beiden langzamerhand vervaagt.⁵⁰ Zo lijkt het in België in geval van een geschil tussen een consument en een energieleverancier of netbeheerder bijvoorbeeld nuttiger om eerst naar de toezichthouder te stappen alvorens de rechter te overwegen. Wie het consumentenrecht beoefent, moet anno 2026 dus ook thuis zijn in het publiekrecht.

Tot slot kan men zich afvragen of deze ontwikkeling ook zonder het Unierecht zou hebben plaatsgevonden.⁵¹ Buiten de context van het Unierecht ziet men het belang van het publiekrecht en publiekrechtelijke handhaving immers toenemen. De complexiteit van de maatschappelijke uitdagingen en de toegenomen verwachtingen ten aanzien van de overheid hebben immers geleid tot een belangrijke toename van overheidsregulering van het dagelijkse leven. Deze regulering heeft doorgaans betrekking op domeinen die van collectief belang zijn, zoals energie of

natuurlijke personen.’

49 HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:635.

50 Cf. C. Jansen & J. Sillen, ‘Historische inbedding van de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht’, in: L. Wiggers-Rust e.a. (red.), *Canon van publiek- en privaatrecht in dialoog*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, p. 15.

51 Zie reeds W. Van Gerven, *Algemeen Deel*, Antwerpen: Scriptoria, 1969, p. 1.

klimaat, of op de bescherming van zwakkere partijen. Het lijkt geen onlogische keuze om het toezicht op deze regulering aan een publieke toezichthouder toe te vertrouwen, eerder dan aan private partijen, die in beginsel enkel hun eigen belangen nastreven.

Vraag 2 (effectiviteit van het privaatrecht)

De Unie wil met de inzet van toezicht als hiervoor omschreven de effectiviteit van het Unierecht vergroten. Draagt het privaatrecht daaraan voldoende bij en, mocht dat niet zo zijn, waaraan schort het dan op dat punt? Zomede op welke wijze zou daarin verbetering kunnen worden aangebracht?

De Europese Unie is erop gericht om de doelstellingen te realiseren die bepaald zijn in de Verdragen, in het bijzonder de doelstellingen in artikel 3 VEU. Het gaat onder meer om de creatie van een ruimte zonder binnengrenzen, het tot stand brengen van een interne markt, een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu, de bestrijding van sociale uitsluiting en discriminatie en de instelling van een economische en monetaire unie. Om deze doelstellingen te realiseren, heeft de Europese Unie bevoegdheden gekregen op een heel aantal domeinen, waaronder mededinging, interne markt, landbouw en visserij, milieu, consumentenbescherming, vervoer, energie en volksgezondheid.⁵²

Deze bevoegdheden kunnen enkel worden aangewend om de doelstellingen van de Verdragen te realiseren.⁵³ De regels die in uitoefening van deze bevoegdheden worden uitgevaardigd, zijn dan ook telkens verbonden met de doelstellingen uit artikel 3 VEU (of elders in de Verdragen). Deze doelstellingen richten zich hoofdzakelijk op zaken en belangen die private (rechts)verhoudingen overstijgen. De handhaving van deze regels moet in deze context worden beschouwd. Zij is er niet louter op gericht om een regel toepassing te doen vinden maar dient bij te dragen aan de realisatie van deze doelstellingen.⁵⁴ Handhaving heeft in deze context dan ook een regulerend karakter. Zij is gericht op het creëren van een zo groot mogelijk (regulerend) effect, zodat op een efficiënte en doeltreffende manier de doelstellingen van de Verdragen kunnen worden bereikt. Handhaving is in beginsel dan ook proactief, ambtshalve en wil schendingen van regels voorkomen.

Het traditionele privaatrecht schrijft zich moeilijk in deze logica in. Het is voornamelijk gericht op individuele rechtsverhoudingen: de persoon als drager van rechten en plichten staat centraal. Van daaruit wordt de relatie met de omgeving en de maatschappij geregeld. Rechten zijn in wezen individueel en dienen ook individueel te worden uitgeoefend. Het eigenbelang staat daarbij voorop. Handhaving vindt in beginsel niet proactief plaats. De mogelijkheden om proactief op te treden en toekomstig gedrag te verbieden zijn daarbij aan strikte voorwaarden onderworpen. Het privaatrecht is in België op de eerste plaats nog steeds een herstelrecht. Er wordt een schadevergoeding toegekend ná een onrechtmatige daad of een contractuele wanprestatie; een oneerlijk beding wordt nietig verklaard

⁵² Art. 3-4 VWEU.

⁵³ Art. 5 lid 2 VEU.

⁵⁴ HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:800, punten 35-37.

nadat het is tot stand gekomen, etc. De recente hervormingen van het burgerlijk wetboek tonen wel een tendens naar een meer proactief privaatrecht. Zo werd er een preventieve vordering voor burenhinder ingevoerd⁵⁵ en biedt artikel 6.40 BW sinds 1 januari 2025 een wettelijke grondslag voor de rechter om een verbod op te leggen of een bevel te geven om het ontstaan van schade als gevolg van de schending van een wettelijke bepaling te verhinderen.⁵⁶

Ook de regels waarmee het privaatrecht wordt gehandhaafd, het burgerlijk procesrecht, dragen bij aan de (tot nu) beperkte geschiktheid om het Unierecht effectief te handhaven. Het burgerlijk procesrecht is nog steeds gebaseerd op de situatie van een bestaand geschil tussen twee individuele partijen. Er is een wettelijk kader voor groepsvorderingen⁵⁷ maar er wordt slechts beperkt gebruik van gemaakt – collectief procederen is (nog) geen trend. Bovendien zijn groepsvorderingen onderhevig aan tal van voorwaarden en vergen zij een bepaalde capaciteit om deze te kunnen voeren. Voorts wordt proactief optreden bemoeilijkt door de toelaatbaarheidsvoorwaarden uit artikel 18 Gerechtelijk Wetboek. In het bijzonder vormt het vereiste van het hebben van een actueel belang⁵⁸ om een vordering in te kunnen stellen een belangrijke hindernis voor een *actio ad futurum*.⁵⁹ Schade moet reeds zijn ingetreden, of minstens zeer dreigend zijn. Het is dan ook afwachten of de voormelde bepalingen uit het Nieuw Burgerlijk Wetboek veel zullen veranderen op dit punt. Zij vereisen immers ‘ernstige en manifeste risico’s inzake veiligheid, gezondheid of vervuiling ten aanzien van een naburig onroerend goed’ respectievelijk een ‘ernstig dreigende schending van een wettelijke regel’ alvorens de rechter proactief kan optreden. Daarnaast is er ook de bewijskwesitie: partijen dienen hun stellingen te bewijzen en hebben slechts beperkte mogelijkheden om bewijs te vergaren.⁶⁰

Tegenover het reactieve, individuele en op herstel gerichte karakter van privaatrechtelijke handhaving kan⁶¹ het (pro)actieve, collectieve en sanctionerende karakter van de bestuurlijke handhaving, met inbegrip van toezicht, worden geplaatst. Bestuurlijke handhaving laat toe om ambtshalve⁶² in te grijpen en risico’s

55 Art. 3.102 BW.

56 Zie ook art. XVII.9 Wetboek Economisch Recht (WER): ‘De voorzitter van de ondernemingsrechtbank kan de marktpraktijken bedoeld in de artikelen VI. 92 tot VI.109 van dit Wetboek verbieden wanneer zij nog geen aanvang hebben genomen, doch op het punt staan plaats te vinden’.

57 Titel 2 Boek XVII WER.

58 P. Vanlersberghe, ‘Commentaar bij art. 18 Ger. W.’, in: X. (red.), *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (1), p. 16-17.

59 P. Vanlersberghe, ‘Commentaar bij art. 18 Ger. W.’, in: X. (red.), *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (1), p. 19-22.

60 Cf. Voorz. Kh. Bergen 26 oktober 2012, *Annuaire Pratiques du marché* 2012, 745: ‘Le juge national ne dispose pas des mêmes pouvoirs que la Commission ou les autorités nationales de la concurrence pour l’instruction du dossier. Même si le Code judiciaire l’autorise à ordonner, d’office ou sur demande des parties, certaines mesures d’instruction, le juge n’a pas à se substituer totalement au demandeur dans la constitution du dossier.’

61 Het onderscheid is in de praktijk, mede door de ontwikkelingen die in dit paper aan bod komen, uiteraard genuanceerder. Met het oog op de oefening waar deze paper deel van uitmaakt, leek het om didactisch redenen echter nuttig een duidelijk onderscheid als uitgangspunt voorop te stellen.

62 J. Vereecken, *Publieke handhaving van Europees consumentenrecht in België. Analyse van de juridische effectiviteit op basis van EU-recht en rechtsvergelijking*, Mechelen: Wolters Kluwer 2025, p. 43.

aan te pakken alvorens een schending van de wet heeft plaatsgevonden (toezicht/opsporing⁶³). Dit betekent ook dat er handhavingsprioriteiten kunnen worden gesteld⁶⁴ en men niet (volledig) afhankelijk is van klachten die worden ingediend. Bovendien beschikken toezichthouders over belangrijke onderzoeksbevoegdheden die private partijen niet hebben en kunnen zij sanctionerend optreden zonder voorafgaande tussenkomst van een rechter. Dit met het oog op de bestraffing van ongewenste gedragingen in plaats van het herstel van schade als gevolg van (foutieve) gedragingen. Voorts heeft bestuurlijke handhaving een impact die de rechtsverhouding tussen individuele partijen overstijgt en laat toe om met één procedure een probleem voor een grote groep van personen op te lossen, minstens een ontradend effect te creëren voor de toekomst.⁶⁵

Dit alles maakt dat het privaatrecht tot nu toe een minder effectief middel is gebleken om het beleid van de Europese Unie te handhaven. Het kan wel een nuttig complement zijn van bestuurlijke handhaving, maar dan zou het publieke en private luik van de handhaving beter op elkaar moeten worden afgestemd (zie *infra*). Er bestaat naar mijn mening echter geen noodzaak om het privaatrecht meer op het publiekrecht te laten lijken om het relevanter te maken voor de handhaving van het Unierecht. De complementariteit van beide rechtsdomeinen biedt een volledig pallet aan handhavingsmogelijkheden voor het Unierecht, met ieder eigen kenmerken. Wel zie ik ruimte voor het gebruik van bepaalde privaatrechtelijke instrumenten,⁶⁶ zoals schikkingen/schadevergoedingen, door toezichthouders ten behoeve van bijvoorbeeld consumenten.⁶⁷ Een interessant voorbeeld is de schikking die het netwerk van nationale consumentenrechtenautoriteiten (CPC-netwerk) in het kader van de Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming⁶⁸ (CPC-Verordening) met Stellantis onder-

63 S. De Somer & I. Opdebeeck (red.), *Algemeen Bestuursrecht*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 723-724.

64 Al leidt dit er ook toe dat niet tot handhaving wordt overgegaan en de klager wordt gedwongen om naar de burgerlijke rechter te stappen. Zie bijvoorbeeld Brussel 24 januari 2024, 2021/AR/1802, punt 7 (bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/2021AR1802%20KBBB.pdf): 'De BMA oordeelde dat de exclusieve samenwerkingsovereenkomsten in strijd waren met het mededingingsrecht. Echter deelde de BMA aan HCSB mee dat ze geen nieuwe procedure inzake bijartssport zou initiëren daar er reeds bestaande rechtspraak bestond waarop HCSB zich zou kunnen baseren bij een vordering voor de burgerlijke rechter.'

65 Uiteraard beschikt men in het kader van privaatrechtelijke handhaving over groepsvorderingen. Ik meen echter dat de impact daarvan, althans in België, momenteel nog vrij beperkt is. Bovendien gaat het meestal om follow-on zaken, en is de inbreuk reeds gesanctioneerd via publiekrechtelijke handhaving. Het regulerend effect ontstaat in dat geval voor de groepsvoeding.

66 Zie ook de figuur van het zogenaamde 'collectieve consumentenovereenkomsten' (voordien 'consumentenakkoorden') in art. VI.119-art. VI.123 WER. Het gaat om overeenkomsten gesloten tussen vertegenwoordigers van de consumenten en de bedrijven in een bepaalde sector waarin de rechten en verplichtingen van consumenten worden vastgelegd. De schending van dergelijke overeenkomst door de ondertekenende bedrijven maakt een oneerlijke handelspraktijk uit en kan worden vervolgd door de Economische Inspectie. De overeenkomst dient te worden bekrachtigd door de ministerraad en kan door de Koning worden opgelegd aan de ganse sector. Een goed voorbeeld is het consumentenakkoord m.b.t. de energiesector. Zie economie.fgov.be/nl/themas/energie/energieprijzen/akkoord-de-consument-de.

67 Zie ook J. Vereecken, *Publieke handhaving van Europees consumentenrecht in België. Analyse van de juridische effectiviteit op basis van EU-recht en rechtsvergelijking*, Mechelen: Wolters Kluwer 2025, p. 822-47.

68 Verordening (EU) 2017/2394 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor hand-

handelde om consumenten te vergoeden voor AdBlue-problemen.⁶⁹ Of algemener: een toezichthouder die na afloop van een publiekrechtelijk onderzoek niet (enkel) sanctioneert maar door middel van een onderhandelde schikking compensatie mogelijk maakt voor potentiële slachtoffers.

Vraag 3 (onderscheiden handhavingsmechanismen)

Is er, onverminderd de steeds te beogen effectiviteit (doeltreffendheid) van het Unierecht, een tweedeling te maken in de onderscheiden handhavingsmechanismen van publiek- respectievelijk privaatrechtelijke aard (bijvoorbeeld in handhavingsbelang, -tijdstip, -instrumentarium)?

Ondanks de vervaging van de scheidingslijn tussen publiek en privaatrecht en de idee dat publieke en private handhaving als complementen kunnen fungeren, laten beide handhavingsvormen zich in de praktijk nog steeds vrij duidelijk van elkaar onderscheiden.

De publiekrechtelijke handhaving loopt grotendeels ambtshalve of als gevolg van klachten die als voldoende belangwekkend worden aanzien. Zij heeft in beginsel steeds bestraffing en ontrading als doel en leidt niet tot compensatie van de slachtoffers. Daar tegenover staat de privaatrechtelijke handhaving via de rechter, die gebeurt op initiatief van een slachtoffer of diens vertegenwoordiger, eventueel in het kader van een groepsvordering, en in beginsel enkel ziet op herstel in natura of compensatie van de geleden schade.

De duale handhaving van Verordening 261/2005 inzake passagiersrechten is hier van een uitgesproken voorbeeld, waarbij door het DGLV een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen publieke handhaving en private handhaving.⁷⁰

In geval van onder meer langdurige vertraging van een vlucht heeft een passagier recht op een bepaalde schadevergoeding. Indien een luchtvaartmaatschappij niet binnen de zes weken reageert op een verzoek tot schadevergoeding (of onvoldoende), kan de passagier een klacht indienen tegen de luchtvaartmaatschappij bij de DGLV. De DGLV zal de klacht opnemen met de luchtvaartmaatschappij en een minnelijke schikking proberen te faciliteren. De DGLV kan de luchtvaartmaatschappij echter niet tot compensatie dwingen. Wel kan de DGLV een rapport opstellen waaruit eventueel straf- of administratieve sancties kunnen volgen. De bevindingen uit het onderzoek van de DGLV kunnen echter niet worden gebruikt in een navolgende schadevergoedingsactie door de passagier voor de burgerlijke rechter wegens het geheim van het onderzoek.⁷¹ Er loopt dus een strikte scheiding tussen de publieke handhaving en de private handhaving in dit geval.

having van de wetgeving inzake consumentenbescherming en tot intrekking van Verordening (EG) 2006/2004, *PbEU* 2017, L 345/1.

69 FOD Economie, Stellantis vergoedt consumenten voor AdBlue-problemen, 20 december 2024. Zie news.economie.fgov.be/245563-stellantis-vergoedt-consumenten-voor-adblue-problemen/.

70 Cf. HvJ EU 17 maart 2016, ECLI:EU:C:2016:187.

71 Zie mobiliteit.belgium.be/nl/luchtvaart/passagiers/passagiersrechten: 'Het DGLV is niet bevoegd om maatschappijen te verplichten passagiers te betalen.'

Eenzelfde beeld ziet men bij de handhaving van het consumentenrecht door de Economische Inspectie. Een klacht door een consument zal aanleiding kunnen geven tot een onderzoek en mogelijk een bestraffing door middel van een boete of een transactie. De consument zelf wint hier weinig bij:⁷² hij krijgt geen schadevergoeding en zal zelf een procedure moeten instellen voor de burgerlijke rechter of een instantie voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting.

In bepaalde gereguleerde sectoren zoals energie ziet men wel hoe het recht (kan) worden gehandhaafd door een gemengd spel van publieke (boetes) en privaatrechtelijke (dadingen, schadevergoedingen) mechanismen. In sommige gevallen evolueert de toezichthouder zelfs naar een quasi-rechtsprekend orgaan dat schadevergoedingen kan opleggen.

De Geschillendienst van Brugel is een goed voorbeeld. In het geval van Brugel bestond er een expliciete uitsluiting voor ‘burgerlijke rechten’, waarvoor de gewone rechtbanken bevoegd zijn. Dit is in overeenstemming met artikel 144 van de Belgische Grondwet, dat de bevoegdheid om geschillen over subjectieve rechten te beslechten voorbehoudt aan de rechtbanken van de gewone rechterlijke macht — hoewel administratieve rechtbanken bij wet de bevoegdheid kunnen krijgen om de civielrechtelijke gevolgen van hun beslissingen te behandelen, bijvoorbeeld het toekennen van schadevergoeding voor de schending van een publiekrechtelijke verplichting door een overheid. Als we echter de soorten klachten beschouwen die bij de Geschillendienst kunnen worden ingediend, hebben veel daarvan betrekking op de rechten van energiegebruikers, en dus consumenten, in hun relatie met de energieleverancier of de netbeheerder: weigering om een partij aan te sluiten op het energienet, problemen met de werking van de elektriciteitsmeter, verbruik bij gebrek aan een contract, problemen met betrekking tot de activering of de sluiting van de energievoorziening, het niet in acht nemen van de energieleverancier van de herinnerings- en ingebrekestellingsprocedure, het niet respecteren van wettelijk bindende termijnen, enz.⁷³ Een aantal van deze kwesties zou zeker als ‘burgerlijke rechten’ kunnen worden gekwalificeerd, bijvoorbeeld de weigering om een overeenkomst te sluiten met een consument of het niet uitvoeren van een bepaalde dienst in de uitoefening van een overeenkomst, zoals een tijdige aansluiting op het energienet. Het gaat echter tegelijkertijd ook om schendingen van publiekrechtelijke verplichtingen. En dit brengt ons bij een specifiek probleem, namelijk het verdwijnen van de kloof tussen publiek en privaat. Enerzijds is er een ‘contractualisering’ van publiekrechtelijke relaties (bv. de relatie tussen consument en energieleveranciers; de meeste waren in het verleden staatsbedrijven en leverden hun diensten via een regelgevende relatie). Aan de andere kant is er een ‘publicisering’ van contractuele verplichtingen en rechtsmiddelen, waardoor civielrechtelijke rechtsmiddelen zoals schadevergoeding of prestatie binnen de sfeer van het publiekrecht worden gebracht. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de verplichte compensatieregimes voor stroomonderbrekingen of andere tekortkomingen van de energienetbeheerder of de energieleverancier. Deze grijze zone

72 Zie economie.fgov.be/nl/over-de-fod/meld-een-inbreuk-bij-de: ‘De Economische Inspectie kan uw individuele probleem echter niet oplossen.’

73 Zie litigesenergie.brussels/service-des-litiges/quelles-sont-les-competences-du-service-des-litiges-60.

maakt het moeilijk om de relatie tussen bestuurlijke geschillenbeslechting en gerechtelijke procedures over ‘burgerlijke rechten’ precies te definiëren.

De wettigheid van de toekenning van de bevoegdheid aan Brugel om te beslissen over geschillen over de toepassing van de forfaitaire vergoedingsregels werd door Electrabel in twijfel getrokken in het kader van een beroep dat Electrabel bij de Raad van State tegen Brugel had ingesteld tot vernietiging van een beslissing van Brugel over een geschil tussen Electrabel en een consument over de betaling van dergelijke vergoeding.

De Raad van State verwierp het beroep tot vernietiging.⁷⁴ Zij oordeelde dat een geschil over de toekenning van schadevergoeding weliswaar een geschil betreffende de ‘burgerlijke rechten’ zou zijn en dus buiten het kader van de bevoegdheden van de Geschillendienst zou vallen, maar dat de betrokken beslissing geen beslissing over het recht op schadevergoeding van de consument impliceerde, maar slechts een aanbeveling aan Electrabel om het verzoek tot schadevergoeding van de consument in overweging te nemen.

De beslissing van Brugel namelijk luidde als volgt:

‘Par conséquent, Engie Electrabel aurait dû prendre en considération la demande d’indemnisation de la plaignante réceptionnée le 28 juillet 2016, soit 21 jours calendrier à dater de la fermeture du compteur précitée.

PAR CES MOTIFS

Le Service des litiges déclare la plainte introduite par Madame [A.G.] contre Engie Electrabel recevable et fondée’⁷⁵

Hoewel het hier inderdaad niet gaat om een beslissing tot toekenning van een schadevergoeding aan de consument, is het wel een belangrijke factor om te bepalen wat de rechtsverhouding tussen beide partijen is. Niettemin concentreerde de Raad van State zich op het feit dat de beslissing een aanbeveling was die de rechtspositie van Electrabel niet veranderde. Bijgevolg heeft de Raad van State het beroep tot nietigverklaring op dit punt niet-ontvankelijk verklaard, aangezien Electrabel niet benadeeld was door de beslissing:

‘Cette formule n’indique pas que le Service des litiges aurait dépassé les limites de sa compétence en ordonnant à la requérante de verser une indemnité à A.G.. La requérante est libre de ne pas accorder l’indemnité visée et, le cas échéant, de défendre devant les cours et tribunaux la légalité d’un tel refus. En tant qu’il aborde la question de l’indemnité, l’acte attaqué ne fait dès lors pas grief à la requérante, ce qui rend le recours irrecevable sur ce point.’⁷⁶

⁷⁴ RvS 25 januari 2019, nr. 243.511.

⁷⁵ Brugel – Geschillendienst, Beslissing van 21 februari 2017.

⁷⁶ RvS 25 januari 2019, nr. 243.511.

De Geschillendienst kon dus een aanbeveling doen waarin werd uiteengezet of er een schadevergoeding verschuldigd is, maar kon de schadevergoeding niet zelf toekennen. Dit werd nog steeds overgelaten aan de burgerlijke rechtbanken, en daarom werd artikel 144 van de Grondwet gerespecteerd.

Eenzijds heeft dit mechanisme het voordeel dat het de consument in staat stelt na te gaan of hij een succesvolle vordering tot schadevergoeding kan indienen bij de rechtbank. Aan de andere kant is de aanbeveling van Brugel niet bindend voor een rechtbank en zijn de bedragen voor schadevergoeding niet altijd hoog, waardoor het onwaarschijnlijk is dat consumenten naar de rechter zullen stappen wanneer een onderneming geen gevolg geeft aan een aanbeveling.

Het niet naleven van een advies van de Geschillenbeslechtingdienst van Brugel kan niettemin leiden tot een administratieve handhavingsprocedure door Brugel, de regulator die de betrokken onderneming dwingt om de bepalingen van de Elektriciteitsordonnantie na te leven.⁷⁷ De eventueel opgelegde sanctie, namelijk een boete, zal echter geen remedie bieden voor de consument. Bovendien betekent de verplichting om een verzoek tot schadevergoeding in overweging te nemen niet dat een passende schadevergoeding zal worden betaald.

In meerdere jaarverslagen heeft de Geschillendienst van Brugel haar ongenoegen geuit over het onvermogen om de ‘burgerlijke rechten’ met betrekking tot inbreuken op de Elektriciteitsordonnantie te behandelen:

‘Uit het voorgaande blijkt dat de Dienst erop moet toezien dat de spelers van de energiemarkt de door de Brusselse wetgeving voorziene regels inzake elektriciteit en gas naleven. De bevoegdheid van de Dienst is beperkt voor wat de behandeling van klachten met betrekking tot de burgerlijke rechten betreft. Zoals reeds eerder vermeld in meerdere adviezen, vormt deze beperking in de praktijk een hinderpaal voor de efficiënte behandeling van de klachten. Voor een gebruiker vertalen de meeste inbreuken op de regels van de energiemarkt zich immers in een schending van een burgerlijk recht. Een onjuiste rechtzetting van de meterstanden wordt door een energieverbruiker bijvoorbeeld opgevat als een onjuiste facturering door de leverancier. Naast die perceptie van de consument is het nuttig om rekening te houden met de burgerlijke rechtsregels om klachten inzake de energiemarkt eerlijk en effectief te kunnen behandelen.’⁷⁸

Volgens de Afdeling Wetgeving van de Raad van State zou dit mogelijk zijn op voorwaarde dat een beroep tegen een dergelijke beslissing bij de burgerlijke rechter mogelijk is, aangezien het uiteindelijk aan de burgerlijke rechter is om te oordelen over geschillen over ‘burgerlijke rechten’.⁷⁹ Vervolgens werd in 2018 de uitsluiting van geschillen over ‘burgerlijke rechten’ van de bevoegdheid van de Geschillendienst opgeheven en werd de bevoegdheid toegekend aan de Rechtbank

⁷⁷ Art. 32 Elektriciteitsordonnantie.

⁷⁸ Brugel, Jaarverslag 2017 – Thematisch Verslag 2 – Klachtenbehandeling en werking van de Geschillendienst, p. 4, annual-report-2017.brugel.brussels/nl/index.html.

⁷⁹ RvS Afdeling Wetgeving, 27 april 2011, Advies nr. 49.491/3, p. 15-16; RvS Afdeling Wetgeving, 27 april 2011, advies nr. 49.492/3, p. 12-13.

van Eerste Aanleg van Brussel om uitspraak te doen over beroepen tegen beslissingen van de Geschillendienst.⁸⁰

De Geschillendienst is voortaan bevoegd om uitspraak te doen in burgerrechtelijke geschillen tussen een energieleverancier en een verbruiker, wanneer de Brusselse Elektriciteitsordonnantie voorziet in civielrechtelijke remedies wanneer een energieleverancier bepaalde verplichtingen die de ordonnantie hem oplegt, niet is nagekomen.⁸¹ Ze vormen een alternatief voor een procedure bij de Rechtbank van Eerste Aanleg, zoals ook blijkt uit het Advies van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State:

‘Uit de ontworpen bepalingen blijkt dat het recht op schadevergoeding wordt opgevat als een subjectief recht. Er moet ook aangenomen worden dat het dan gaat om een subjectief “burgerlijk” recht, in de zin van artikel 144 van de Grondwet. Volgens die grondwetsbepaling behoren geschillen over burgerlijke rechten tot de uitsluitende bevoegdheid van de rechtbanken van de rechterlijke orde. De vraag rijst of de ontworpen regeling hiermee wel in overeenstemming is. Het ontworpen artikel 32novies, § 3, bepaalt immers dat geschillen over het bedoelde recht op schadevergoeding behoren tot de bevoegdheid van de Geschillendienst, een administratieve overheid.

Weliswaar verzet artikel 144 van de Grondwet zich niet tegen een systeem waarbij geschillen over burgerlijke rechten worden beslecht door een administratieve overheid, maar dan moet een beroep in volle rechtsmacht openstaan bij een rechtbank van de rechterlijke orde. Om aan artikel 144 van de Grondwet te voldoen zou in het ontwerp bepaald moeten worden dat geschillen over het recht op schadevergoeding ofwel aanhangig gemaakt kunnen worden bij een rechtbank van de rechterlijke orde (en niet bij de Geschillendienst), ofwel bij de Geschillendienst, met mogelijkheid om tegen de desbetreffende beslissingen van de Geschillendienst beroep in volle rechtsmacht in te stellen bij een rechtbank van de rechterlijke orde. Om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bevoegdheidsregeling waarin het Gerechtelijk Wetboek voorziet, zou dat de rechtbank van eerste aanleg moeten zijn.’⁸²

De vraag is of de Geschillendienst van Brugel, dat nu bindende beslissingen kan nemen over burgerlijke rechten tussen twee private partijen, nog steeds kan worden beschouwd als een zuiver ‘bestuurlijke instantie’.⁸³ Hoewel het organisch nog steeds deel uitmaakt van de administratie, heeft het zich ontwikkeld tot een quasi-gerechtelijk orgaan dat het midden houdt tussen een bestuurlijke instantie en een rechtbank. De Geschillendienst behandelt immers geschillen die vóór de wijziging van de Electriciteitsordonnantie onder de exclusieve bevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken vielen, dit met de mogelijkheid van beroep bij

80 Art. 30novies, § 3 Electriciteitsordonnantie.

81 Voor een overzicht van de werkzaamheden van de Geschillendienst, zie het Thematisch Verslag inzake de Geschillendienst bij het Jaarverslag 2024, brugel.brussels/publication/document/verslagen/2025/nl/Jaarverslag-2024-Geschillendienst.pdf.

82 Raad van State, Afdeling Wetgeving, 27 april 2011, Advies N° 49.491/3, p. 15-16. Zie ook, gelijkaardig, Raad van State, Afdeling Wetgeving, 27 april 2011, Advies N° 49.492/3, p. 12-13.

83 Zie Raad van State, 25 januari 2019, nr. 243.511.

de Rechtbank van Eerste Aanleg van Brussel. Een dergelijke werkwijze roept een aantal belangrijke vragen op, vooral omdat deze autoriteit ook bevoegd is voor regelgevend toezicht en marktregulering. In hoeverre zal zij in staat zijn om op te treden als onafhankelijke beslisser?

Vraag 4 (duale handhaving in de praktijk)

Hoe verloopt de duale handhaving in de (nationale) praktijk? Zijn daarin fricties, afstemmingsproblemen en/of handhavingstekorten (bijvoorbeeld ingevolge het prioriteringsbeleid van toezichthouders) dan wel onevenredigheden (ingevolge cumulatie van sancties), al dan niet volgens de visie van de Unie daarop, te bespeuren? En hoe kan daarin, in bevestigend geval, verbetering worden aangebracht?

De fricties die de handhaving van het openbaar aanbestedingsrecht met zich meebrengt als gevolg van de handhaving via de bestuursrechter en via de burgerlijke rechter werden reeds besproken in de inleiding.

Een ander potentieel afstemmingsprobleem gaat over de verhouding tussen de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA) en de burgerlijke rechter inzake de rechtmatigheid van bewijs dat werd verkregen in overtreding van de AVG. In een beslissing uit 2021 verbood de Geschillenkamer van de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA) het gebruik van een bewijsstuk in een arbitrageprocedure dat was verkregen in strijd met de AVG.⁸⁴ Hoewel dit verbod werd uitgesproken in de context van een arbitrageprocedure, staat niets eraan in de weg dat dergelijk verbod ook kan worden uitgesproken in de context van een hangende burgerlijke procedure.⁸⁵

De vraag naar het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in het kader van een burgerlijke procedure wordt in beginsel beoordeeld door de rechter bij wie deze procedure aanhangig is. Het is daarbij vaste cassatierechtspraak dat het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken slechts kan worden geweerd, behoudens uitdrukkelijke andersluidende bepaling van de wet, indien het verkrijgen van dit bewijs de betrouwbaarheid ervan aantast of het recht op een eerlijk proces in het gedrang brengt. De rechter dient hierbij rekening te houden met al de omstandigheden van de zaak, waaronder de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij.⁸⁶ Tevens oordeelde het Hof van Cassatie in het kader van een strafrechtelijke procedure dat het feit dat bewijselementen werden verkregen in strijd met het recht op eerbiediging van het privéleven of met het recht op bescherming van persoonsgegevens niet steeds een miskennis van het recht op een eerlijk proces tot gevolg heeft.⁸⁷ De GBA gebruikt daarentegen

84 GBA 29 januari 2021, nr. 07/2021.

85 Cf. B. Allemeersch & H.C. Osaer, 'De gedwongen overlegging van bewijsstukken getoetst aan de GDPR', *b-Arbitra* 2023, afl. 2, p. 454-455.

86 Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N; Cass. 16 december 2021, C.18.0314.N.

87 Cass. 24 maart 2020, P.19.0571.N.

het beoordelingskader van de AVG om na te gaan of de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig was en het als bewijs mag worden gebruikt.

Het afwegingskader van de GBA verschilt dus van dat van de burgerlijke rechter. Terwijl uit de beslissing van de GBA volgt dat de onrechtmatige verwerking onder de AVG als gevolg heeft dat het gebruik van het bewijs wordt verboden omdat het onrechtmatig werd verkregen, zal de burgerlijke rechter pas een afweging over het gebruik maken wanneer wordt vastgesteld dat het bewijs onrechtmatig werd verkregen, waarbij het uitgangspunt is dat het gebruik ervan niet wordt verboden. Een partij die een stuk met persoonsgegevens wenst te weren uit de debatten, zal dus eerder geneigd zijn om een klacht in te dienen bij de GBA dan een betwisting hierover op te werpen voor de rechter.

Men kan zich vragen stellen bij de wenselijkheid van het feit dat een toezichthouder op deze manier, via een bevel aan een partij, gaat ingrijpen op de bewijsvoering tijdens een hangende procedure voor een burgerlijke rechter. Het is daarbij onduidelijk of artikel 55, lid 3 AVG kan worden toegepast, nu dit enkel betrekking heeft op een verwerking door de rechter in de uitoefening van rechterlijke taken. Wel rijst de vraag of het Belgisch rechterlijk toetsingskader voor onrechtmatig bewijs in overeenstemming is met de AVG dan wel of de toepassing van de AVG zover gaat dat zij de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal in nationale gerechtelijke procedures beïnvloedt.⁸⁸

Ten slotte dient hier ook de stakingsvordering inzake oneerlijke marktpraktijken te worden vermeld.⁸⁹ Deze vordering geeft de voorzitter van de ondernemingsrechtbank de bevoegdheid om de staking te bevelen van een oneerlijke marktpraktijk. Een onderneming kan daarbij een vordering tot staking instellen tegen een andere onderneming wegens de schending van een wettelijke of reglementaire bepaling wanneer deze schending de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden.⁹⁰ Dit geeft ondernemingen de mogelijkheid om een heel aantal voorschriften privaat te gaan handhaven ten aanzien van concurrenten via een procedure bij de burgerlijke rechter. Dergelijke voorschriften, bijvoorbeeld op het vlak van energie⁹¹, het mededingingsrecht⁹², het consumentenrecht⁹³ of gegevensbescherming⁹⁴, kunnen echter ook het voorwerp van publieke handhaving uitmaken door de desbetreffende toezichthouders.⁹⁵

88 Zie in dit verband Concl. A-G D. Spielmann 16 oktober 2025, C-484/24, EU:C:2025:803, punt 38 (NTH Haustechnik): 'Ik voeg daaraan toe dat het Unierecht niet de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal in nationale gerechtelijke procedures regelt. Dit valt, overeenkomstig het beginsel van procedurele autonomie van de lidstaten, onder het nationale recht, mits met name de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid worden gerespecteerd, zoals vermeld in punt 33 van deze conclusie. [...]'

89 Art. VI.104 WER en art. XVII.1/4 WER.

90 Art. VI.104 WER.

91 Voorz. Kh. Kortrijk 14 april 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2003, p. 577.

92 Voorz. Rb. Antwerpen 20 februari 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2003, p. 100.

93 Voorz. Ondrb. Antwerpen (afd. Antwerpen) nr. A/20/2463, 9 december 2020, *Jaarboek Marktpraktijken* 2020, p. 150.

94 Gent 4 november 2019, *Jaarboek Marktpraktijken* 2019, p. 571.

95 Daarnaast moet ook worden gewezen op de mogelijkheid die bestaat om een schadevergoedingsactie in te dienen voor schade geleden door beweerde inbreuken die ook door een regulator kunnen worden gesanctioneerd: zie bijv. Kh. Brussel, 17 juni 2010, *TBH* 2013, p. 39.

Vraag 5 (gehoudenheid tot coördinatie?)

Bestaat er op grond van het Unierecht een gehoudenheid tot coördinatie van publiekrechtelijke en civiele handhaving (vgl. in dit verband art. 4 lid 3 VEU/ art. 47 Handvest)? Welke ideeën zijn te genereren voor verbetering van die coördinatie (bijvoorbeeld op het vlak van bewijs, aanhouding van zaken, advisering toezichthouder e.d.)? Hoe zou de duale handhaving zo zijn te stroomlijnen dat een optimale situatie ontstaat?

Er lijkt mij op grond van het Unierecht geen algemene verplichting tot coördinatie van publiekrechtelijke en civiele handhaving te bestaan.

Wel is er rechtspraak van het Hof van Justitie die stelt dat een samenloop tussen handhaving van het mededingingsrecht en handhaving van een sectorregeling niet problematisch is op voorwaarde dat (i) er duidelijke en nauwkeurige regels bestaan op basis waarvan kan worden voorzien voor welk handelen en nalaten vervolgingsmaatregelen en sancties kunnen worden gecumuleerd, (ii) de twee bevoegde instanties hun optreden onderling kunnen afstemmen, (iii) dat de beide procedures voldoende onderling zijn afgestemd en kort na elkaar hebben plaatsgevonden, en (iv) dat de opgelegde sancties in hun totaliteit beschouwd stroken met de ernst van de begane inbreuken.⁹⁶ Meer algemeen besliste het Hof in geval van vervolging door twee nationale mededingingsautoriteiten dat een cumulatie van vervolgingsmaatregelen en sancties van strafrechtelijke aard gerechtvaardigd zijn wanneer die vervolgingsmaatregelen en sancties, met het oog op de verwezenlijking van een dergelijke doelstelling, elkaar aanvullende doelen nastreven die in voorkomend geval betrekking hebben op verschillende aspecten van hetzelfde inbreukmakende gedrag.⁹⁷ Deze rechtspraak is echter gebaseerd op het *ne bis in idem*-beginsel uit artikel 50 Handvest, en lijkt dus minder geschikt voor coördinatie tussen publiekrechtelijke en civiele handhaving.

De enige echte blijf van coördinatie in deze context kan worden teruggevonden in Richtlijn 2014/104/EU inzake private schadevergoedingsacties wegens inbreuken op het mededingingsrecht. Deze coördinatie betreft de volgende punten:

- toegang tot en gebruik van bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt;⁹⁸
- de gevolgen die een nationale rechter moet geven aan definitieve inbreukbeslissingen afkomstig uit de eigen lidstaat en uit andere lidstaten;⁹⁹
- schorsing of stuiting van verjaringstermijnen in afwachting van een definitieve inbreukbeslissing door de mededingingsautoriteit dan wel een beëindiging van de procedure op een andere wijze.¹⁰⁰

De private handhaving dient zich hierbij af te stemmen op de publieke handhaving zodat verzoekende partijen in een navolgende schadevergoedingsactie optimaal gebruik kunnen maken van de uitkomst van de publieke handhaving.

96 HvJ EU 22 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:202, punt 58.

97 HvJ EU 22 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:203, punt 52.

98 Art. 6-7 Richtlijn 2014/104/EU.

99 Art. 9 Richtlijn 2014/104/EU.

100 Art. 10 Richtlijn 2014/104/EU.

Uit voormelde rechtspraak alsook uit Richtlijn 2014/104/EU zouden een aantal algemene coördinatieprincipes kunnen worden afgeleid voor nationale coördinatieproblemen.

Vraag 6 (gevolgen handhavingssamenloop voor ontwikkeling privaatrecht en bestuursrecht)

Welke gevolgen heeft de handhavingssamenloop/de instrumentalisering van het privaatrecht voor de privaatrechtelijke normen/de ontwikkeling van het privaatrecht als zodanig? Ondergaan/ondergaat deze verandering? In welke zin?

En hoe ligt dit wat de samenloop betreft voor de ontwikkeling van het bestuursrecht als zodanig?

Wordt er over en weer voldoende op toegezien dat daar waar één van beide rechtssystemen aan bod is, de rechtspraak van de gespecialiseerde rechter wordt gevolgd/afstemming plaatsvindt en zo ja, hoe?

Wat het mededingingsrecht betreft, lijkt een belangrijk gevolg de toepassing van autonoom Unierechtelijke concepten (zie infra, Vraag 1), ontwikkeld met de doeltreffendheid van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht indachtig, in de context van private schadevergoedingsacties. Dit heeft ertoe geleid dat een soort *Fremdkörper* werd geïnjecteerd in het aansprakelijkheidsrecht. Het gaat onder meer om de concepten ‘onderneming’ en ‘voortdurende inbreuk’, waardoor een apart aansprakelijkheidsrecht lijkt te ontstaan.

De term ‘onderneming’ moet daarbij worden begrepen als een economische eenheid, zelfs als die economische eenheid in juridische zin uit meerdere natuurlijke of rechtspersonen bestaat.¹⁰¹ Wat van belang is, is of zij zich op de markt presenteren als een eenheid, ongeacht hoe zij juridisch zijn gestructureerd. Dit kan op verschillende manieren worden gedaan, zoals de volgende voorbeelden zullen aantonen.

Het klassieke scenario is dat van een moedermaatschappij die beslissende invloed uitoefent op een dochteronderneming die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd. Beide bedrijven zullen worden beschouwd als een economische eenheid en dus als een enkele onderneming voor de doeleinden van artikel 101 VWEU.¹⁰² Evenzo kunnen twee moedermaatschappijen die elk een aandeel van 50% hebben in een joint venture die een inbreuk op de mededingingsregels heeft gepleegd, worden beschouwd als een enkele economische eenheid met die joint venture voor de doeleinden van het vaststellen van aansprakelijkheid voor deelname aan de inbreuk op het mededingingsrecht, wanneer beide moedermaatschappijen daadwerkelijk beslissende invloed uitoefenden op de joint venture.¹⁰³ Verder kan een houdstermaatschappij worden geacht een economische eenheid te vormen met haar dochterondernemingen. Dus, wanneer een bedrijf alle of bijna alle aandelen van een tussenholding bezit, die op haar beurt alle of bijna alle

101 HvJ EU 29 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:190, punt 95.

102 HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536, punt 77.

103 Gerecht EU 12 juli 2018, ECLI:EU:T:2018:445, punt 98.

aandelen van een dochteronderneming van haar groep bezit die een inbreuk op het EU-mededingingsrecht heeft gepleegd, is er een weerlegbaar vermoeden dat dat bedrijf beslissende invloed uitoefent op het gedrag van de tussenholding en indirect, via dat bedrijf, ook op het gedrag van die dochteronderneming.¹⁰⁴

Wanneer een dergelijke economische entiteit de mededingingsregels overtreedt, vereist het Unierechtelijke beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid dat die economische eenheid verantwoording aflegt voor die overtreding,¹⁰⁵ wat kan impliceren dat de aansprakelijkheid wordt toegerekend aan de verschillende rechtspersonen waaruit die economische eenheid bestaat, ook al is de daadwerkelijke inbreuk op het mededingingsrecht alleen door een dochteronderneming gepleegd. Dit verschilt van nationale concepten van persoonlijke verantwoordelijkheid, die doorgaans draaien om het begrip rechtspersonen.

Dit ondernemingsbegrip lijkt ook door te sippelen naar andere rechtstakken, bijvoorbeeld het gegevensbeschermingsrecht.¹⁰⁶

Vraag 7 (meerwaarde samenloop?)

Kan de samenloop tussen publiek- en privaatrecht ook als een meerwaarde worden beschouwd? In hoeverre draagt deze bijvoorbeeld bij aan de convergentie tussen: * publiek- en privaatrecht * het recht van Nederland en België? Zijn van een en/of ander concrete voorbeelden te noemen?

De samenloop kan er inderdaad toe leiden dat er convergentie optreedt tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Ik verwijs hiervoor naar de problematiek die werd geschetst onder vraag 4 over de invloed die de GBA kan uitoefenen op de bewijsvoering in hangende procedures.

Een ander voorbeeld is de overlegging van stukken in de context van verhaalprocedures bij overheidsopdrachten. In procedures voor de Raad van State is de overheid tegen wiens handeling een beroep wordt ingesteld verplicht om het volledige administratieve dossier bij de Raad van State neer te leggen; partijen hebben recht op inzage, behoudens de stukken die vertrouwelijk zijn. In de burgerlijke procedure geldt in beginsel geen verplichting om stukken over te leggen, tenzij hier uitdrukkelijk om wordt gevraagd door de rechter.¹⁰⁷ Artikel 26 Rechtsbeschermingswet vereist echter dat de aanbestedende instantie het volledige dossier overlegt. In gevallen waarin de burgerlijke rechter de verhaalinstantie is, betekent dit dat de overheid spontaan het hele administratieve dossier moet overleggen zodat de verzoekende partij inzage kan hebben in het volledige dossier, met uitzondering van de vertrouwelijke stukken.¹⁰⁸ Deze vereiste is een afwijking van het gemene burgerlijke procesrecht die is geïnspireerd door het bestuurlijk procesrecht en kan bijdragen aan de rechtsbescherming van verzoekende partijen, die zo de kans krijgen om een volledig inzicht te krijgen in de voor hen schadelijke beslissing.

104 Gerecht EU 12 juli 2018, ECLI:EU:T:2018:445, punt 46.

105 HvJ EU 29 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:190, punt 95.

106 Zie AVG, overweging 150.

107 Art. 877 Ger.W.

108 Voor een toepassing, zie Rb. Luik (afd. Luik) (5e k.) 2 maart 2017, *JLMB* 2017, p. 862.

Gezien het Belgisch systeem nogal eens de keuze laat tussen handhavingsmechanismen, kan het optreden van convergentie tussen verschillende rechtsingangen in bepaalde gevallen wenselijk zijn. Idealiter betekent dit een evolutie naar een ‘best of both worlds’ scenario, waarbij rechtszoekenden voordeel halen uit de samenloop en, zoals in het hierboven geschetste voorbeeld inzake overheidsopdrachten, in een burgerlijke procedure hun voordeel kunnen halen uit publiekrechtelijke elementen – en *vice versa*.

Vraag 8 (rol rechter/trias politica)

Welk is het effect van bedoeld toezicht op de rol van de burgerlijke rechter als zodanig? En hoe verhouden de Unierechtelijke rol van de rechter en het toenemende belang van toezichthouders zich met de scheiding der machten (de trias politica)?

Voorbeeld: Energieregulatoren en geschillenbeslechting

Onder vraag vier heb ik reeds het voorbeeld van Brugel gegeven. Dit is geen alleenstaand geval. Enerzijds krijgen de Economische Inspectie en diverse toezichthouders onderzoeksbevoegdheden die vergelijkbaar zijn met die van openbare aanklagers, waardoor er een bestuurlijk openbaar vervolgingssysteem ontstaat buiten het kader van de traditionele strafrechtelijke vervolging om. Anderzijds zien we de opkomst van quasi-gerechtelijke geschilbeslechting georganiseerd door toezichthouders in sterk gereguleerde sectoren: energie, water, gegevensbescherming, enzovoort. Er lijkt zich dus een alternatief handhavingssysteem van publiekrechtelijke aard te ontwikkelen buiten de rechterlijke macht om, met eigen ‘rechtbanken’ en een eigen ‘openbaar ministerie’. De band met het traditionele rechtssysteem blijft niettemin aanwezig en fungeert als ultieme waarborg voor het recht op een eerlijk proces. In de praktijk zullen echter veel zaken om uiteenlopende redenen het traditionele rechtssysteem nooit bereiken. Dit is ook deels het doel van het administratieve handhavingskader: het ontlasten van het rechtssysteem. Zo is het rechtssysteem in theorie weliswaar de uiteindelijke waarborg voor het recht op een eerlijk proces, maar zal het die functie in de praktijk nauwelijks uitoefenen. Het zwaartepunt van de *trias politica* verschuift zodoende, althans in België, (nog) meer naar de uitvoerende macht. Dit is misschien een goede reden om toch meer in te zetten op privaatrechtelijke handhaving via rechtbanken, met inbegrip van groepsvorderingen.

Voorbeeld: Mededingingsrecht – Volgzaamheid

Rechters moeten in toenemende mate kennisnemen van zaken die een bijzondere specialisatie vereisen. Zij hebben niet altijd de nodige ondersteuning of achtergrond om in uiteenlopende materies even beslagen op het ijs te komen. Wat het mededingingsrecht betreft voorzien het EU-recht en het nationaal recht in een aantal manieren om rechters te ondersteunen bij de toepassing van het mededingingsrecht. Zo kan een nationale rechter de Europese Commissie verzoeken om

inlichtingen of om advies over de toepassing van het EU-mededingingsrecht.¹⁰⁹ De Europese Commissie kan ook uit zichzelf beslissen om schriftelijke opmerkingen bij een rechterlijke instantie van de lidstaten in te dienen.¹¹⁰ Ook de BMA kan ambtshalve of op verzoek van het rechtscollège schriftelijke opmerkingen indienen over de toepassing van het mededingingsrecht.¹¹¹ Eveneens kan de BMA een rechter in het kader van een schadevergoedingsprocedure bijstand verlenen bij het bepalen van het bedrag van de schade.¹¹² Daarnaast vaardigt de Europese Commissie richtsnoeren uit die de toepassing van het mededingingsrecht verduidelijken.¹¹³

Hoewel dit lovenswaardige initiatieven zijn, heeft dit regelmatig tot gevolg dat de rechter het advies van de mededingingsautoriteit overneemt ('zich eigen maakt') zonder nog zelf een beoordeling uit te voeren. Een uitgesproken voorbeeld is het vonnis in de zaak van de Koninklijke Belgische Biljartbond aangaande exclusieve sponsorrechten, waarin de voorzitter van de rechtbank een heel aantal punten uit de *amicus curia* van de BMA overneemt en eraan toevoegt '*De voorzitter is samen met de BMA van oordeel dat [...]*'.¹¹⁴ Hoewel dit zeer begrijpelijk is — waarom zou men als rechter twijfelen aan het oordeel van een onafhankelijke toezichthouder die gespecialiseerd is in de materie — vergroot dit de invloed van de toezichthouder op de onafhankelijke rechtspraak die haar op het einde van de rit nog steeds moet controleren. Vanuit het oogpunt van de scheiding der machten is dit niet wenselijk. Het lijkt eerder aangewezen om in te zetten op meer ondersteuning bij de bevoegde rechtbanken of om gespecialiseerde rechtbanken op te richten.

109 Deze mogelijkheid bestaat ook in de context van het staatssteunrecht op grond van art. 29 lid 1 Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2015, L 248/9. Voor een recente toepassing, zie Gent 8 november 2022, *Competitio* 2022, afl. 3, p. 211: in deze zaak vroeg het hof van beroep te Gent de Europese Commissie om advies of een overheid met een vastgoedtransactie staatssteun had toegekend en, desgevallend, hoe het steunbedrag precies moest worden berekend of op welke wijze de onrechtmatige steunverlening kon worden geregulariseerd.

110 Art. 15 Verordening 1/2003.

111 Art. 15 Verordening 1/2003; art. IV.88, § 1 WER. In de periode 2020-2025 kwam de BMA vijf keer tussenbeide in hangende procedures voor Belgische rechtbanken met een *amicus curiae*. Het gaat om volgende zaken: Eerste Biljartzaak, 28 augustus 2021, bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20210825%20BMA%20AMICUS%20CURIAE.pdf, Tunstall, 25 januari 2022, bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/2022%2001%2025%20-%20ABC%20AMICUS%20CURIAE.pdf, Beevers Kaas, 28 september 2022, bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/Beevers%20Kaas%20-%202022%2009%2028%20-%20Amicus%20curiae.pdf, Tweede Biljartzaak, 30 juni 2023, bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/Biljartzaak%20II%202023%2006%2030%20Amicus%20curiae.pdf en EDPET, 1 september 2023, abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/EDPNET%202023.09.01%20Amicus%20curiae.pdf. Eerder kwam de BMA al tussenbeide in Biomet, 17 november 2014, bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/141117_amicus_curiae_-_biomet_hvb_antwerpen_niet-vertrouwelijk.pdf. Een curiosum is de *amicus curiae* die de BMA in 2014 indiende in de *Motorola*-zaak in een beroepsprocedure bij het United States District Court for the Northern District of Illinois, bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/141009_amicus_curiae_motorola.pdf.

112 Art. IV.88 § 2 WER.

113 Zie bijvoorbeeld Mededeling van de Commissie over de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2023, C 259/1.

114 Voorz. Orb. Leuven 30 november 2021, A/20/01287.

Vraag 9 (wensenlijst)

Welke wensen zijn in verband met het onderwerp van deze meeting te formuleren uit oogpunt van de missie van het Platform: een optimale wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden?

Privaatrecht moet geen publiekrecht worden en omgekeerd. Beide rechtstakken kunnen dienen als complementen bij de handhaving van het EU- en nationaal recht, elk met hun eigen voor- en nadelen.

Belangrijk daarbij lijkt mij een goed doordachte coördinatie, waarbij de gelijke toepassing van het recht wordt gegarandeerd. Ik twijfel of we daarvoor moeten evolueren naar een one-stop-shoppincipe of een meer sequentiële handhaving, aangezien pluraliteit aanleiding geeft tot innovatie en flexibiliteit en ook de rechtsbescherming ten goede kan komen.

Voorts lijkt het mij wenselijk dat wordt nagedacht over de rol die toezichthouders en het publiekrecht kunnen spelen bij de compensatie van slachtoffers van inbreuken op het recht. Zo lijkt bijvoorbeeld de private handhaving van het mededingingsrecht veel moeite te kosten en bovendien belastend te zijn voor een rechtsstelsel, ondanks de inspanningen van de EU-wetgever en het Hof van Justitie om private afdwinging van mededingingsrecht aantrekkelijk te maken.¹¹⁵ Het voorbeeld van de transactie die het CPC-netwerk onderhandelde met Stellantis in het kader van het AdBlue-schandaal kan mogelijk als inspiratie dienen. Uiteraard zou een meer performant stelsel van groepsvorderingen hier ook soelaas kunnen bieden.

115 Disclosure: als advocaat treed ik op als defence counsel in een grote schadevergoedingszaak wegens inbreuken op het mededingingsrecht. Hoewel deze overweging inzake de doelmatigheid van private schadevergoedingszaken voor kartelschade een academisch standpunt betreft dat ik in alle onafhankelijkheid inneem, vind ik het kies om hierover transparant te zijn zodat de lezer met alle kennis van zaken een inschatting kan maken over dit standpunt.

Een Belgisch privaatrechtelijk perspectief op duale handhaving: op zoek naar een gebalanceerde handhaving

Pieter Gillaerts*

Samenvatting

Deze bijdrage belicht het Belgische privaatrechtelijke perspectief op de duale handhaving van (EU-)recht. De handhaving van het mededingingsrecht dient daarbij tot voorbeeld. Privaatrechtelijke handhaving is in dit rechtsgebied sterk ontwikkeld, zowel via de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie als via Richtlijn 2014/104/EU als mijlpaal in een tendens tot versterking van de privaatrechtelijke afdwinging van het mededingingsrecht. Deze invalshoek laat toe in te gaan op geïdentificeerde spanningsvelden en uitdagingen, alsook om te reflecteren over suggesties tot verbetering.

De privaatrechtelijke handhaving stoot op verschillende hindernissen. De tendens tot instrumentalisering botst op de beperkingen van het primair schadeherstelgerichte aansprakelijkheidsrecht alsook op de hordes die samenhangen met het optreden door individuele particulieren. Een ruime blik op privaatrechtelijke handhavinginstrumenten is nodig. Dat behelst aandacht voor andere instrumenten, zoals stakings- en nietigverklaringsvorderingen, en reflectie over representatieve vorderingen en meer collectieve vormen van optreden.

De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht illustreert hoe toegang tot bewijsmateriaal en de invoering van vermoedens een meerwaarde kunnen bieden voor die privaatrechtelijke handhaving. Het illustreert echter eveneens hoe daardoor een balans met de publiekrechtelijke handhaving moet worden gezocht, en hoe een risico op verkokering van het privaatrecht ontstaat.

Daarnaast bestaan er mogelijkheden tot bijstand van de nationale rechter, maar deze blijven grotendeels on(der)benut. Belangrijk bij de betrokkenheid van de toezichthouder in burgerlijke procedures is het vinden van de juiste balans tussen het principe van niet-inmenging in de uitoefening van de rechterlijke functie en de loyale samenwerking, met aandacht voor de mogelijkheid tot rechterlijke controle en manoeuvreerruimte voor de burgerlijke rechter.

Het uitgangspunt blijft een fundamenteel onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving qua actoren, voornaamste belangen, middelen en remedies. Er is evenwel een duidelijke tendens tot ruimere invulling van de privaatrechtelijke handhaving, met aandacht voor preventie en rechtshandhaving, wat aandacht voor de brede waaier aan privaatrechtelijke instrumenten vereist. Die tendens brengt voorts met zich dat ook aansprakelijkheidsvorderingen in toenemende mate worden ingezet om supra-individuele belangen te behartigen. Op die manier is er een zekere toenadering tot of overlap met de publiekrechtelijke handhaving.

* Advocaat balie Brussel en research fellow University of Leuven (Faculteit Rechtsgeleerdheid en Criminologische Wetenschappen, KU Leuven).

Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving zijn onderdelen van eenzelfde ruimer handhavingsapparaat. Dat noopt tot coördinatie en informatiedoorstroming, met oog voor risico's op effectiviteitsverlies van een van beide handhavingsvormen. Waar de privaatrechtelijke handhaving voortbouwt op of aansluit bij de publiekrechtelijke handhaving, is voorts een beïnvloeding van het privaatrecht vanuit die publiekrechtelijke handhaving mogelijk, bijvoorbeeld qua foutbegrip of schadebegroting. Die doorwerking kan gebeuren via verschillende wegen, zowel hard law als soft law, via regelgeving en rechtspraak. Die laatste blijkt daarbij over een belangrijke speelruimte te beschikken.

De duale handhaving kan tot slot zorgen voor een versnelde ontwikkeling van het recht en, in geval van EU-recht, tot convergentie van het recht van de verschillende lidstaten. Er is echter oog nodig voor meer dan enkel de gehandhaafde rechtsregel, met aandacht voor de eigenheid van alsook het evenwicht en de coördinatie tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving.

Ter inleiding: een Belgisch privaatrechtelijk perspectief op duale handhaving

Het (rechts)handhavingslandschap is voortdurend in beweging. In deze bijdrage staat een Belgische privaatrechtelijk perspectief op de duale handhaving van het (EU-)recht centraal. Het gaat om rechtshandhaving door de inzet van het privaatrecht, traditioneel begrepen als het geheel van rechtsregels dat de onderlinge verhouding tussen burgers (met inbegrip van ondernemingen) betreft.² Aangezien een exhaustieve behandeling van handhaving door het privaatrecht in zijn breedte en diversiteit de omvang deze bijdrage te buiten gaat, ligt de focus hierna op de inzet van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Dit onderdeel van het privaatrecht komt in het kader van rechtshandhaving immers regelmatig in het vizier als instrument, zowel *top-down* (door regelgevers en beleidsmakers) als *bottom-up* (door allerhande, al dan niet verenigde private actoren).³

In het kader van de thematiek van duale rechtshandhaving treden de onderscheiden toezichthouders binnen de publiekrechtelijke handhaving op de voorgrond. Deze bijdrage zal in beginsel niet ingaan op ombudspersonen en -diensten, geschillencommissies of (andere) mogelijkheden van alternatieve geschillenoplossing en de (mogelijke) invloed van de resulterende adviezen of beslissingen in navolgende burgerlijke procedures.

Doorheen deze bijdrage wordt de handhaving van het mededingingsrecht als voorbeeld gebruikt. De privaatrechtelijke handhaving in dit rechtsgebied is immers sterk ontwikkeld, zowel via de rechtspraak van het Hof van Justitie van de

2 Bv. M. De Jonckheere & G. Debersaques, *Inleiding tot het recht*, Brugge: die Keure 2023, p. 8; B. Tilleman, S. Lierman & V. Sagaert (red.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Brussel: Larcier 2024, v° privaatrecht.

3 P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 155-156, nr. 173 (hierna: Gillaerts 2020). Zie ook (zonder beperking tot het aansprakelijkheidsrecht) P. Luff, 'Risk Regulation and Regulatory Litigation', *Rutgers Law Review* 2011, afl. 1, p. 212-213.

Europese Unie (hierna: Hof) als via Richtlijn 2014/104/EU als mijlpaal in een tendens tot versterking van de privaatrechtelijke afdwinging van het mededingingsrecht.⁴ Deze invalshoek laat toe in te gaan op geïdentificeerde spanningsvelden en uitdagingen, alsook om suggesties tot verbetering te doen. Daarbij is het opzet niet om voorbij te gaan aan de eigenheid van elk rechtsdomein maar wel om vanuit de geïdentificeerde spanningsvelden en uitdagingen aan te zetten tot nadere dialoog en reflectie.

Deze bijdrage begint met aandacht voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht in het algemeen (1), alvorens in te gaan op de effectiviteit van het privaatrecht als handhavinginstrument (2). Daarna richten we onze blik op de onderscheiden handhavingssystemen (3), om vervolgens in te gaan op de duale handhaving in de praktijk (4). Vervolgens komen de gehoudeheid tot coördinatie (5), alsook de gevolgen van de handhavingssamenloop voor de ontwikkeling van het privaatrecht (6) en de meerwaarde van de samenloop (7) aan bod. Aansluitend belicht deze bijdrage de rol van de rechter en de *trias politica* (8), om tot slot enkele toekomstgerichte wensen te formuleren (9).

1 De verhouding tussen publiek- en privaatrecht

De toegenomen inzet vanuit het EU-niveau op toezichthouders en aldus publiekrechtelijke handhaving vergroot het aantal domeinen met een duale handhaving of versterkt deze handhaving. De toegenomen publiekrechtelijke handhaving kan tegemoetkomen aan tekortkomingen van de privaatrechtelijke handhaving (infra, paragraaf 2). Enerzijds gaat het om het opvullen van handhavingssleutels, veroorzaakt door de hoge drempels voor het individuele optreden van particulieren. Anderzijds kan de publiekrechtelijke handhaving, mede gelet op de ruimere middelen en bevoegdheden, het pad effenen voor een effectievere navolgende privaatrechtelijke handhaving, in het bijzonder op het gebied van bewijsverzameling en de vaststelling van de inbreuk.

Voorts creëert de publiekrechtelijke handhaving een vorm van beïnvloeding van het privaatrecht, wat kan leiden tot een versnelde ontwikkeling ervan.

De dualiteit impliceert echter ook de nood aan aandacht voor coördinatie en complementariteit van beide onderdelen binnen een ruimer handhavingssysteem, zoals verderop in deze bijdrage toegelicht. Dat ruimere handhavingssysteem wordt dan ook complexer, in het bijzonder wat betreft informatiedoorstroming en het vermijden van tegenstrijdigheden in de toepassing van dezelfde rechtsregels. Actoren in beide handhavingssystemen dienen zich van elkaar bewust te zijn en rekening te houden met elkaars effectiviteit. Zoals een auteur opmerkt: 'Het spreekt voor zich dat het aantal handhavers en hun verscheidenheid evenredig is met het risico op incoherente handhaving'.⁵

4 Jan Smits noemt de richtlijn een voorbeeld van de voorkeur van de Europese wetgever voor private handhaving op het terrein van het mededingingsrecht. Zie J.M. Smits, 'Het privaatrecht van de toekomst', *TPR* 2015, afl. 2, p. 530, nr. 15.

5 E. De Smijter, 'Het Groenboek van de Commissie omtrent schadevorderingen wegens schending van de Europese mededingingsregels', *TBM* 2007, afl. 2, p. 4, noot 6.

Tot slot treedt de inzet op toezichthouders en publiekrechtelijke handhaving niet in alle rechtsdomeinen op de voorgrond, laat staan op eenzelfde manier. Ingrepen om de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving te vergroten in een bepaald domein, leiden op die manier tot versplintering binnen het privaatrecht. Het bestaan van verschillende bijzondere privaatrechtelijke handavingsregimes heeft immers een reële impact op het gemene recht, maar resulteert in verkokering als een probleem van ongelijke behandeling van burgers.⁶

2 De effectiviteit van het privaatrecht als handavingsinstrument

De vraag naar de effectiviteit van het privaatrecht als handavingsinstrument behelst in wezen twee aspecten. Enerzijds gaat het om de effectiviteit van het privaatrecht *an sich* voor de handhaving van het EU-recht. Dat aspect komt hierna aan bod. Anderzijds gaat het ook om de effectiviteit van de inzet van het privaatrecht *in combinatie met* de publiekrechtelijke handhaving. Dat aspect komt aan bod in paragrafen 3 en 4.

2.1 Aansprakelijkheidsvorderingen binnen het privaatrechtelijke arsenaal

Wanneer het privaatrecht in stelling wordt gebracht als handavingsinstrument, betreft het in de eerste plaats het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht en de vordering tot herstel van foutief veroorzaakte schade. Zoals een auteur laat opmerken in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: 'In wezen is de privaatrechtelijke handhaving immers niets anders dan een zoveelste toepassing van het schadevergoedingsrecht'.⁷ Vorderingen tot herstel van schade door inbreuken op het mededingingsrecht blijven naar Belgisch recht geregeld door het gemene contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.⁸

Alvorens in te gaan op de beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht als effectief handavingsinstrument, past het om voorafgaand te wijzen op de andere handavingsinstrumenten binnen het privaatrechtelijke sanctiearsenaal. Inzake de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht vormt de handhaving via buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen⁹ bijvoorbeeld een minderheid en gaat de meerderheid van de (burgerlijke) procedures over de staking van gedrag in strijd met het mededingingsrecht of om de nietigverklaring van contracten.¹⁰ Mogelijk schuilt de beperkte inzet van het aansprakelijkheidsrecht precies

6 W. van Gerven, 'Comparative Law in a Regionally Integrated Europe', in: A. Harding & E. Örüçü (red.), *Comparative Law in the 21st Century*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 155-178.

7 M. Verhulst, *Privaatrechtelijke handhaving van EU-mededingingsrecht: aspect schadebegroting*, Brugge: die Keure 2024, p. 807, nr. 697 (hierna: Verhulst 2024).

8 A. Accarain & D. Waelbroeck, 'L'action collective en droit de la concurrence belge', in: J. Englebert & J. Fagnart (red.), *L'action en réparation collective*, Limal: Anthemis 2015, p. 383 (hierna: Accarain & Waelbroeck 2015).

9 Zie bv. hof van beroep Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *TBH* 2015, afl. 8, p. 843-855; hof van beroep Brussel 14 januari 2015, 2010/AR/3112, *TBH* 2015, afl. 8, p. 828-835.

10 Accarain & Waelbroeck 2015, p. 383.

in de hierna toegelichte hordes. De toegevoegde waarde van de privaatrechtelijke handhaving ligt volgens de Europese Commissie en verschillende auteurs echter in haar vergoedende functie en dus de schadeloosstelling van benadeelden.¹¹ De focus zal hierna dan ook liggen op een effectieve(re) privaatrechtelijke handhaving via (aansprakelijkheids)vorderingen tot schadevergoeding.

2.2 Instrumentalisering stoot op de grenzen van het primair vergoedende aansprakelijkheidsrecht

Het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht ontspringt de instrumentaliseringdans niet.¹² De inzet van het aansprakelijkheidsrecht voor de handhaving van het mededingingsrecht vormt een duidelijk voorbeeld van de *top-down*-instrumentaliseringstendens.¹³ Daarbij hanteren beleidsmakers en regelgevers het aansprakelijkheidsrecht als een instrument om allerhande beleidsdoelstellingen te bereiken. Hoewel de privaatrechtelijke handhaving in het kader van het mededingingsrecht soms als volwaardige partner van de publiekrechtelijke handhaving wordt beschouwd,¹⁴ blijft de privaatrechtelijke handhaving begrensd door de mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht. Zoals nader toegelicht in paragraaf 3, is dat aansprakelijkheidsrecht primair op vergoedende leest geschoeid. Het berust op het individuele subjectieve recht op vergoeding van foutief veroorzaakte schade, wat bijvoorbeeld de afdwinging van zogenaamde kale rechtsplichten¹⁵ belemmert.¹⁶ De privaatrechtelijke handhaving lijdt volgens sommigen net onder die focus op schadevergoeding, aangezien ze (bewezen) reële schade in causaal verband met de fout veronderstelt.¹⁷

Een succesvolle schadevergoedingsvordering (op basis van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht) vereist inderdaad het bewijs van een fout in causaal verband met geleden schade, wat geen sinecure is.¹⁸ Gelet op de complexiteit van schadevergoedingszaken bij mededingingsrechtelijke inbreuken, is een integrale schadeloosstelling daardoor eerder utopisch en botst de primaire compensatoire doelstelling op inherente limieten.¹⁹ Waar ook het (in de eerste plaats buitencon-

11 Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2013, C 167/07), nr. 2 (hierna: Mededeling Commissie 2013); Verhulst 2024, p. 213, nr. 147; E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1 (hierna: Zippro 2009).

12 Zie over deze instrumentaliseringcontext: P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 152-174 en de verwijzingen aldaar (hierna: Gillaerts 2020).

13 Gillaerts 2020, p. 156-159, nr. 174 en 177.

14 Verhulst 2024, p. 808, nr. 701.

15 Dit is een rechtsplicht, namelijk een verplichting die geldt vanuit juridisch oogpunt, waar geen (subjectief) vermogensrecht tegenover staat. Voor een toelichting van dit begrip verwijzen we naar Gillaerts 2020, p. 33-37; T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2018, p. 2, nr. 2; P. Wéry, *Droit des obligations I: Théorie générale du contrat*, Brussel: Larcier 2011, p. 20, nr. 7.

16 Gillaerts 2020, p. 175, nr. 198.

17 T. Hartlief, 'Geld zetten op aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2009, afl. 2, p. 568, nr. 6.

18 Gillaerts 2020, p. 83, nr. 89 en de verwijzingen aldaar; T. Vansweevelt & B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 15, nr. 21.

19 Verhulst 2024, p. 213, nr. 148. Zie ook (buiten het mededingingsrecht) Gillaerts 2020, p. 85, nr. 91.

tractuele) aansprakelijkheidsrecht als privaatrechtelijk handhavingsmechanisme nevenfuncties heeft, met name preventie²⁰ en rechtshandhaving²¹, en deze nevenfuncties ook steeds meer op de voorgrond treden (*infra*, paragraaf 3), blijven deze nevenfuncties onzelfstandig en berustend op de primaire vergoedende functie.²² Een concreet gevolg daarvan is de uitsluiting van private boetes of zogenaamde punitieve of meervoudige schadevergoedingen, zoals bijvoorbeeld expliciet uitgesloten in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.²³

2.3 Bewijsmoeilijkheden en verzachtingen

De voormelde bewijsrechtelijke horde is ook de Belgische rechtspraak niet ontgaan. Zo heeft het Grondwettelijk Hof in verband met de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (voorafgaand aan de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU maar met verwijzing naar de inzichten in verband met deze richtlijn) vastgesteld dat de bewijslast voor (onder meer) het bestaan van een ongeoorloofde mededingingspraktijk op de benadeelde rust, waarbij het Grondwettelijk Hof wijst op de moeilijkheid daarvan.²⁴ Het ongeoorloofde karakter wordt volgens het Grondwettelijk Hof immers meestal bepaald door een complexe feitelijke en economische analyse, aan de hand van bewijsmateriaal dat vaak niet publiek toegankelijk is. De bewijslast voor de benadeelde in een burgerlijke procedure is daardoor zeer zwaar. Het Grondwettelijk Hof contrasteert deze horde in de privaatrechtelijke handhaving met de publiekrechtelijke handhaving. In de administratiefrechtelijke handhavingsprocedure rust de bewijslast voor het bestaan van een mededingingsinbreuk op een publieke instantie die daartoe over verregaande onderzoeksbevoegdheden beschikt, zoals de mogelijkheid van huiszoeking.

De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht illustreert hoe wetgevende ingrepen de benadeelde (en de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving) tegemoet kunnen komen. Uit Richtlijn 2014/104/EU blijkt vooreerst hoezeer de Europese regelgever zich bewust is van de bewijsrechtelijke drempel. Zo vereist artikel 17.1 Richtlijn 2014/104/EU dat de lidstaten ervoor zorgen de bewijslast die geldt voor de begroting van de schade, dan wel de bewijsnorm het niet praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk maken om het recht op schadevergoeding uit te oefenen. Daarbij gaat het vooral om de schadebegroting, aangezien deze bepaling voorts stelt dat de lidstaten ervoor zorgen dat de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig de nationale procedures bevoegd zijn om de schade te ramen, indien vaststaat dat een eiser schade heeft geleden maar het praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk is de geleden schade op basis van het beschikbare bewijsmateriaal nauwkeurig te begroten. Een benadeelde partij dient naast het bestaan van haar schade immers ook de omvang daarvan aan te

20 Zie over de preventieve functie Gillaerts 2020, p. 89-122; P. Gillaerts, 'De multifunctionaliteit van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en de meerwaarde van de declaratoire vordering', *RW* 2020-2021, afl. 32, p. 1245-1248 (hierna: Gillaerts 2020-2021).

21 Zie over de handhavingsfunctie Gillaerts 2020, p. 147-182; Gillaerts 2020-2021, p. 1248-1252.

22 Zie hierover Gillaerts 2020, p. 197-199, nr. 223-224.

23 Art. 3 Richtlijn 2014/104/EU.

24 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.9.

tonen. In mededingingszaken zijn feiten van groot belang en komen er complexe economische modellen aan te pas, wat resulteert in een hoge kostendrempel en moeilijke bewijsgaring.²⁵

Richtlijn 2014/104/EU (en de omzetting daarvan) bevat voorts enkele sleutels om de toegang tot privaatrechtelijke handhaving beter te ontsluiten: de toegang tot bewijsmateriaal en de invoering van vermoedens. Een onderbouwing van een schadevergoedingsvordering in mededingingsrechtelijke zaken vergt, zoals gesteld, meestal erg veel en complex feitelijk bewijsmateriaal, waartoe de benadeelde bovendien vaak geen toegang heeft.²⁶ Aangezien de publiekrechtelijke handhaving ruimere onderzoeksmogelijkheden biedt, zal het publiekrechtelijke handhavingsdossier doorgaans meer informatie bevatten dan deze waarover de benadeelde beschikt. Informatie uit de publiekrechtelijke handhaving kan aldus de privaatrechtelijke handhaving versterken. Richtlijn 2014/104/EU voorziet daarom niet enkel in de toegang tot bewijsmateriaal dat zich bij de verweerder of een derde bevindt,²⁷ maar ook in de toegang tot bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt.²⁸ Die toegang is echter beperkt om de effectiviteit van de publiekrechtelijke handhaving niet aan te tasten. Dat komt nader aan bod in paragraaf 4.

De wetgever kan de benadeelde eveneens tegemoetkomen via vermoedens in zijn voordeel, bijvoorbeeld inzake schade of causaliteit. Zo geldt een weerlegbaar vermoeden van schade in geval van een kartelinbreuk.²⁹ De Europese wetgever gaat namelijk uit van een prijseffect bij een kartelinbreuk, namelijk een prijsstijging of verhinderde prijsdaling. Het vermoeden heeft enkel betrekking op het bestaan van de schade, niet op de concrete omvang ervan.³⁰ Dat enkel kartels worden geviséerd en niet andere inbreukplegers zoals ondernemingen die hun dominante positie misbruiken, wordt gerechtvaardigd door de vergrote informatieasymmetrie en bemoeilijkte bewijsgaring door het geheime karakter van een kartel.³¹ Het vermoeden van schade heeft eveneens een impact op de vereiste causaliteit. Wanneer zo helder wordt gesteld dat een kartelinbreuk vermoedelijk schade berokkent, wordt namelijk meteen ook gesteld dat de kartelinbreuk de oorzaak is voor de berokkende schade. Op die manier wordt bijgevolg vermoed dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de aangevoerde schade en de inbreuk op het mededingingsrecht.³²

25 Overweging 45 Richtlijn 2014/104/EU. Zie ook C. Price, 'Private enforcement and corporate liability for competition law infringements', in: M.-C. Van Grieken, C. Marcus & J. Malherbe (red.), *Liber amicorum Maurice Eloy*, Limal: Anthemis 2014, p. 57-58 (hierna: Price 2014).

26 E. De Smijter, 'Het Groenboek van de Commissie omtrent schadevorderingen wegens schending van de Europese mededingingsregels', *TBM* 2007, afl. 2, p. 5, nr. 12 (hierna: De Smijter 2007).

27 Art. 5 Richtlijn 2014/104/EU, omgezet in art. XVII.74-XVII.76 Wetboek van economisch recht (hierna: WER).

28 Art. 6 Richtlijn 2014/104/EU, omgezet in art. XVII.77-XVII.80 WER.

29 Art. 17.2 Richtlijn 2014/104/EU; art. XVII.73 WER.

30 Overweging 47 Richtlijn 2014/104/EU.

31 Overweging 47 Richtlijn 2014/104/EU.

32 P. Gillaerts, 'De impact van Richtlijn 2014/104/EU op het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht — Game over door spillover of probleemloze insertie uit inertie?', *RW* 2016-2017, p. 1216, nr. 46 (hierna: Gillaerts 2016-2017).

Richtlijn 2014/104/EU voorziet ook in een vermoeden ten voordele van zogenaamde indirecte afnemers. Het gaat om wie niet van een inbreukpleger maar van een directe of andere afnemer dergelijke producten of diensten heeft afgenomen.³³ Wanneer een indirecte afnemer een schadevordering heeft ingesteld, zal de al dan niet doorberekening van de prijs door de vorige schakel in de keten bepalen of de indirecte afnemer schade heeft geleden. Richtlijn 2014/104/EU voert een vermoeden in dat de meerkosten aan een indirecte afnemer zijn doorberekend wanneer die indirecte afnemer kan aantonen dat (1) de verweerder een inbreuk heeft gemaakt op het mededingingsrecht, (2) die heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de verweerder, en (3) de indirecte afnemer de goederen of diensten heeft afgenomen waarop de inbreuk op het mededingingsrecht betrekking had dan wel goederen of diensten heeft afgenomen die daarvan zijn afgeleid of waarin deze zijn verwerkt.³⁴ De indirecte afnemer is in de keten van afnemers verder verwijderd van de inbreuk. Daarom kan het weerlegbare vermoeden enkel ten volle bijdragen tot het vergemakkelijken van zijn bewijsvoering indien ook het causale verband impliciet wordt vermoed. Anders zou dit een aanzienlijke bewijslast vormen voor indirecte afnemers.³⁵ Ook dit vermoeden heeft bijgevolg een weerslag op de vereiste causaliteit.

Door het invoeren van (weerlegbare) vermoedens wijkt Richtlijn 2014/104/EU af van de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling.³⁶ Een vermoeden van schade is uitzonderlijk voor het Belgische recht.³⁷ Sommige wettelijke vermoedens zijn gegrond op een bewijsvoordeel dat de wetgever wilde instellen ten voordele van de begunstigde daarvan.³⁸ De vermoedens ingevolge Richtlijn 2014/104/EU vormen daarvan een voorbeeld, gericht op de versterking van privaatrechtelijke handhaving.

Tot slot weze opgemerkt dat ook het bewijsrecht zelf oplossingen kan bevatten voor bewijsproblemen zoals een informatiedeficit en bewijsnood.³⁹ Naar Belgisch recht valt bijvoorbeeld te denken aan de verplichting van partijen tot medewerking aan de bewijsvoering (art. 8.4 lid 3 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW)) en de onderzoeksmaatregel van de overlegging van stukken (art. 877-882 Gerechtelijk

33 Art. 2.24 Richtlijn 2014/104/EU; art. I.22, 21° WER.

34 Art. 14.2 Richtlijn 2014/104/EU; art. XVII.84 lid 2 WER.

35 Gillaerts 2016-2017, p. 1216, nr. 47.

36 Voor een bespreking van wettelijke vermoedens als uitzondering op de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling, zie bv. B. Cattoir, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2020, p. 33-34, nr. 54-55 (hierna: Cattoir 2020).

37 T. Bontinck & P. Goffinet, 'Le jugement du 24 novembre 2014 du Tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles: le private enforcement au point mort?', *TBM* 2015, afl. 4, p. 54, nr. 49 (hierna: Bontinck & Goffinet 2015). Zie ook Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 november 2014, A/08/06816, *TBM* 2015, afl. 1-2, p. 41; Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 214.

38 Cattoir 2020, p. 31, nr. 51.

39 Bewijsnood is de situatie waarin het bewijs waarover een partij beschikt, onvoldoende is om de overtuiging van de rechter te vormen, terwijl die situatie niet aan het gedrag van die partij te wijten mag zijn. Zie bv. W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 206, nr. 243; B. Vanlerberghe, 'De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen', in: J. Rozie, S. Rutten & B. Vanlerberghe (red.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Brussel: Intersentia 2020, p. 32-34, nr. 9-11.

Wetboek). Daarnaast geldt een verlaagde bewijsstandaard – namelijk het bewijs door waarschijnlijkheid in plaats van met een redelijke mate van zekerheid – voor het bewijs van negatieve feiten en positieve feiten waarvan het vanwege de aard zelf van het te bewijzen feit niet mogelijk of niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen (art. 8.6 BW). Voorts voorziet artikel 8.4, laatste lid, BW in de uitzonderlijke mogelijkheid tot omkering van de bewijslast. De rechter kan namelijk, bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, in het licht van uitzonderlijke omstandigheden, bepalen wie de bewijslast draagt wanneer de toepassing van de gewone bewijsregels kennelijk onredelijk zou zijn. De rechter kan slechts gebruikmaken van deze mogelijkheid wanneer hij alle nuttige onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en erover gewaakt heeft dat de partijen meewerken aan de bewijsvoering, zonder op die manier voldoende bewijs te verkrijgen. De mogelijkheid tot omkering van de bewijslast vormt aldus een *ultimum remedium*.

2.4 Verkokering als keerzijde

Ingrepn van het EU-recht om de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving te vergroten in een bepaald domein, zoals het mededingingsrecht, hebben ook een keerzijde. Ondanks de harmonisatie op EU-niveau, is op het nationale niveau een versplintering zichtbaar van (onder meer) het aansprakelijkheidsrecht.⁴⁰ De privaatrechtelijke handhaving van het EU-mededingingsrecht wordt immers anders behandeld dan de privaatrechtelijke handhaving van andere rechtsregels. Burgers die zich kunnen beroepen op supranationaal geharmoniseerd recht, blijken daarbij veelal beter beschermd dan burgers die moeten terugvallen op het oorspronkelijke nationale recht, wat de vraag doet rijzen naar mogelijke *spill-over*-effecten.⁴¹ Het bestaan van verschillende bijzondere privaatrechtelijke handavingsregimes heeft een reële impact op het toepassingsgebied en de fundamentele regels van het gemene recht, maar een gebrek aan coördinatie en reflectie over die impact leidt tot een betreurenswaardige verkokering.⁴² Dit ‘homogeniteitsprobleem’ vormt een probleem van ongelijke behandeling van burgers.⁴³

40 J. Adyns, ‘De richtlijn schadevorderingen. Quel dommage, quel intérêt?’, *TBM* 2015, afl. 4, p. 313-314 (hierna Adyns 2015); W. Devroe, ‘Professoren, magistraten en regelgevers: ius commune?’, in: G. Hermans & D. van Gerven (red.), *De magistraat en de professor – Hulde aan Walter van Gerven*, Brussel: Larcier 2017, p. 107-108, nr. 10; Gillaerts 2016-2017, p. 1204; H. Gilliams & L. Cornelis, ‘Private enforcement of the competition rules in Belgium’, *TBM* 2007, afl. 2, p. 16 en 32-33, nr. 18 en 89 (hierna: Gilliams & Cornelis 2007); F. Lefevre, ‘Les actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence. Questions actuelles et perspectives d’évolutions futures’, *TBM* 2009, afl. 2, p. 23; L. Rasking & E. Maes, ‘The burden of family relations: how the subsidiary is held liable for competition law infringements of its parent company’, *TBH* 2022, afl. 2, p. 283, nr. 46 (hierna: Rasking & Maes 2022); Verhulst 2024, p. 163, nr. 105; I. Verougstraete & A. Bossuyt, ‘Damages actions for breach of the EC antitrust rules’, *TBM* 2009, afl. 4, p. 17-18 (hierna: Verougstraete & Bossuyt 2009).

41 W. Devroe & J. Stuyck, ‘De horizontale werking van het (primaire) recht van de Europese Unie en het Belgische vermogensrecht’, *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2011, p. 261-262. Over het *spill-over*-effect van het Unierecht: W. van Gerven, ‘A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?’, *ERPL* 2001, p. 490-493.

42 Gillaerts 2016-2017, p. 1204, nr. 3; W. van Gerven, ‘Verkokering van het privaatrecht’, *TPR* 1991, p. 1022.

43 W. van Gerven, ‘Comparative Law in a Regionally Integrated Europe’, in: A. Harding & E. Öricü (red.), *Comparative Law in the 21st Century*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 155-178.

2.5 **Andere beperkingen voortvloeiend uit de individuele aard van privaatrechtelijke handhaving**

Naast de bewijsrechtelijke drempel en de nood aan toegang tot bewijsmateriaal, zijn er andere beperkingen aan de privaatrechtelijke handhaving, die in de eerste plaats steunt op het *individuele* optreden van benadeelden. Een aantal van deze beperkingen is bijvoorbeeld naar voren gekomen bij de vormgeving van de Belgische rechtsvordering tot collectief herstel als representatieve vordering om aan die beperkingen tegemoet te komen. De focus ligt daarbij op consumenten, maar de geïdentificeerde beperkingen of tekortkomingen zijn daartoe niet beperkt. Volgens de parlementaire voorbereiding zijn de belangrijkste belemmeringen voor individuele vorderingen (door consumenten) het gebrek aan kennis door het individu van zijn rechten en van de middelen van verhaal, alsook de kosten verbonden aan een rechtsprocedure.⁴⁴

Het gebrek aan kennis van de eigen rechten, van de schending ervan en van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving was reeds gekend als tekortkoming aan de privaatrechtelijke handhaving door consumenten.⁴⁵ Uit de praktijk van de handhaving van het mededingingsrecht blijkt hoe de actoren uit de publiekrechtelijke handhaving daartoe een steentje kunnen bijdragen. Zo verwijst de Europese Commissie op het einde van haar persberichten bij kartelbeslissingen steeds naar de mogelijkheid voor de benadeelden om een vordering tot schadevergoeding in te stellen.⁴⁶ Ook actoren binnen het ruimere domein van alternatieve geschillenoplossing, zoals ombudspersonen en -diensten, kunnen in deze context een (minstens informatieve) rol spelen.

Wat de vereiste middelen en het kostenplaatje betreft, gaat het in het bijzonder om de kost van de procedure, de tijd die de procedures in beslag nemen, en het feit dat het merendeel van de inbreuken (op consumentenrechten) slaat op bedragen die, afzonderlijk beschouwd, het risico en de kosten van een individueel beroep in het algemeen niet wettigen.⁴⁷ Een individuele benadeelde zal een kosten-batenanalyse maken, die menig individueel benadeelde zal doen afzien van het instellen van een vordering.⁴⁸ In dat verband is sprake van een staat van rationele of beredeneerde onverschilligheid bij de benadeelde die geen juridisch risico wenst te nemen.⁴⁹ Het Belgisch Grondwettelijk Hof wees in het kader van

44 Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 17 januari 2014 tot invoeging van titel 2 'Rechtsvordering tot collectief herstel' in boek XVII 'Bijzondere gerechtelijke procedures' van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, Kamer van volksvertegenwoordigers 2013-2014, nr. 53-3300/001, p. 5 (hierna: MvT 2013-2014, nr. 53-3300/001).

45 R. Steennot, 'Sanctionering van inbreuken op het consumentenrecht: de zoektocht naar een rechtvaardige oplossing', in: F. Evers (red.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge: die Keure 2009, p. 145-156.

46 IP/13/1175; IP/07/209.

47 MvT 2013-2014, nr. 53-3300/001, p. 5.

48 Zie bv. in mededingingsrechtelijke zaken: De Smijter 2007, p. 6, nr. 18.

49 MvT 2013-2014, nr. 53-3300/001, p. 5-6. Zie ook M. Ioannidou, 'Compensatory Collective Redress for Low Value Consumer Claims in the EU: A Reality Check', *ERPL* 2019, p. 1370-1371; F. Weber & M. Faure, 'The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective', *ERPL* 2015, p. 530.

de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht ook al op het risico voor een individuele benadeelde die een burgerlijke procedure start, om te worden veroordeeld tot het betalen van proceskosten, zoals de rechtsplegingsvergoeding.⁵⁰

Dat het EU-recht en het doeltreffendheidsbeginsel invloed kunnen hebben op het nationale recht inzake gedingkosten, is in het Belgische recht recent geïllustreerd door een arrest van het Hof van Cassatie inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomst (in navolging van de evolutie daarover in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU volgt dat wanneer beschermingsbepalingen de consument het recht verlenen om zich tot een rechter te wenden om het oneerlijke karakter van een contractueel beding te laten vaststellen en dit beding buiten toepassing te laten verklaren, nationale procedurebepalingen omtrent de gedingkosten de consument niet mogen tegenhouden of ontmoedigen.⁵¹ Uit deze rechtspraak volgt volgens het Hof van Cassatie dat een consument die het oneerlijke karakter van een contractueel beding heeft laten vaststellen en dit beding buiten toepassing heeft laten verklaren maar slechts gedeeltelijke terugbetaling van op basis van dat beding betaalde bedragen verkrijgt, kan worden tegengehouden of ontmoedigd, wanneer hij een deel van de gedingkosten moet dragen, terwijl hij zijn recht op terugbetaling te goeder trouw en zonder procesrechtsmisbruik uitoefende.⁵² Dat betekent concreet voor de mogelijkheid tot het omslaan van de kosten (voorzien in artikel 1017 lid 4 Gerechtelijk Wetboek) dat een richtlijnconforme uitlegging, in een context van consumentenbescherming en meer bepaald een procedure teneinde het oneerlijke karakter van een contractueel beding te laten vaststellen en dit beding buiten toepassing te laten verklaren, met zich brengt dat de nationale rechter, die de partijen wederzijds gelijk en ongelijk geeft, bij de beoordeling van de gedingkosten moet nagaan of deze kosten aan de zijde van de consument hem niet zouden hebben tegengehouden of ontmoedigd. Zo moet de rechter volgens het Hof van Cassatie nagaan of de gedingkosten aan de zijde van de consument redelijkerwijze in verhouding staan tot zijn gedeeltelijke gelijk, met dien verstande dat de uiteindelijke kostenveroordeling van de consument niet dermate hoog mag zijn dat ze hem zou hebben tegengehouden of ontmoedigd. Het is verdedigbaar dat deze rechtspraak ook toepassing vindt buiten de specifieke context van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.⁵³

Wat de duurtijd van procedures betreft, treedt de meerwaarde van een brede waai-er aan privaatrechtelijke handavingsinstrumenten op de voorgrond. Stakingsvorderingen maken immers een sneller optreden mogelijk om de inbreuk te doen

50 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.13.

51 Het Hof van Cassatie verwijst naar HvJ EU 13 september 2018, C-176/17, ECLI:EU:C:2018:711 (*Profi Credit Polska*); HvJ EU 3 april 2019, C-266/18, ECLI:EU:C:2019:282 (*Aqua Med*); HvJ EU 16 juli 2020, C-224/19-C259/19, ECLI:EU:C:2020:578 (*Caixabank en Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*); HvJ EU 7 april 2022, C-385/20, ECLI:EU:C:2022:278 (*El en TP/Caisabank SA*); HvJ EU 22 september 2022, C-335/21, ECLI:EU:C:2022:720 (*Vicente/Delia*); HvJ EU 13 juli 2023, C-35/22, ECLI:EU:C:2023:56 (*Cajasur Banco SA/JO en IM*); HvJ EU 21 maart 2024, C-714/22, ECLI:EU:C:2024:263 (*SRG/Profi Credit Bulgaria EOOD*).

52 Hof van Cassatie 2 mei 2025, C.24.0131.N, *Juristenkrant* 2025/510, p. 1-2 (weergave J.T. Nowak).

53 J.T. Nowak, 'Gerechtskosten mogen consumenten niet ontmoedigen vordering in te stellen', *Juristenkrant* 2025/510, p. 2.

staken. Dergelijke vorderingen kunnen genieten van het voordeel van de snellere procedure zoals in kortgeding.⁵⁴

Voorts kunnen ook andere belemmeringen spelen. Een voorbeeld is te vinden op de website van de Federale Overheidsdienst (FOD) Economie over misbruik van economische afhankelijkheid.⁵⁵ De FOD Economie wijst op het risico dat de benadeelde in economisch gevaar zou kunnen worden gebracht wanneer deze zich als eiser kenbaar zou maken tegenover een onderneming met een sterke positie waarvan de benadeelde afhankelijk is.

Kortom, vanuit het perspectief van de individuele benadeelde blijken verschillende hordes te bestaan. Om te ontsnappen aan de afhankelijkheid van privaatrechtelijke handhaving van het optreden van een individuele benadeelde, wordt de privaatrechtelijke handhaving soms mede aan een andere persoon toevertrouwd. Voor schadevergoedingen valt te denken aan de rechtsvordering tot collectief herstel,⁵⁶ die toelaat dat een groepsvertegenwoordiger optreedt bij schending van bepaalde rechtsregels om schadeherstel na te streven. Dat vereist evenwel aandacht voor de afstemming met individuele vorderingen door benadeelden, bijvoorbeeld op het gebied van de verjaring.⁵⁷ Binnen de ruimere privaatrechtelijke handhaving dient te worden gewezen op de mogelijkheid voor bijvoorbeeld beroeps- of interprofessionele verenigingen met rechtspersoonlijkheid of bepaalde consumentenverenigingen om stakingsvorderingen in te stellen gericht op de staking van de schending van bepaalde⁵⁸ rechtsregels.⁵⁹ Een ander voorbeeld is de mogelijkheid voor de betrokkene, in het kader van de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, om een orgaan, een organisatie, of een vereniging zonder winstoogmerk de opdracht te geven een klacht namens hem in te dienen en namens hem de administratieve of gerechtelijke beroepen uit te oefenen, hetzij aan de bevoegde toezichthoudende autoriteit, hetzij aan de rechterlijke macht als bepaald in de bijzondere wetten, het Gerechtelijk Wetboek en het Wetboek van strafvordering.⁶⁰

2.6 Bijstand aan de burgerlijke rechter

Naast aandacht voor het perspectief (en de moeilijkheden) van de benadeelde vereist een blik op de effectiviteit van het privaatrecht als handhavingsmechanisme ook aandacht voor de toepassing ervan door de burgerlijke rechter. Deze zal immers met gelijkaardige problemen van complexiteit worden geconfronteerd, wat een effectieve privaatrechtelijke handhaving kan hinderen. Opnieuw biedt

54 Bv. art. XVII.6 WER; art. 209 van de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens (hierna: Privacywet 2018).

55 economie.fgov.be/nl/themas/mededinging/inbreuken-op-het/misbruik-van-economische (laatst geraadpleegd op 18 juni 2025).

56 Art. XVII.35-XVII.70 WER.

57 Art. XVII.63 WER.

58 Art. XVII.1/4 en XVII.2 WER.

59 Art. XVII.7 WER.

60 Art. 220 Privacywet 2018.

de handhaving van het mededingingsrecht een concreet voorbeeld van een wetgevend ingrijpen in dat verband, dat kan aanzetten tot bredere reflectie.

Krachtens artikel 17.3 Richtlijn 2014/104/EU zorgen de lidstaten ervoor dat, in procedures in verband met 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. Overeenkomstig artikel IV.88, § 2 Wetboek van economisch recht (hierna: WER) kan de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna: BMA) op verzoek van de rechter bijstand verlenen bij de schadebegroting als zij dat passend acht. Uit recent rechtspraakonderzoek blijkt echter geen voorbeeld waarin de rechters daadwerkelijk van die mogelijkheid gebruikmaakten.⁶¹

Die bevinding ligt in lijn met de vaststelling dat ook amper gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid uit artikel IV.88, § 1 WER, dat de BMA toelaat om ambtshalve of op verzoek van het rechtscollege waarbij de zaak aanhangig is, binnen de door het rechtscollege bepaalde termijnen, opmerkingen in te dienen in verband met de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU en de artikelen IV.1, IV.2 en IV.2/1 WER (als hun nationale tegenhangers). Een schaars voorbeeld is te vinden in een zaak voor het hof van beroep Antwerpen.⁶² Daarin gaat het om een stakingsvordering wegens een (beweerde) oneerlijke marktpraktijk, meer bepaald de schending van exclusiviteitsrechten onder een alleenverkoopovereenkomst. Een ander voorbeeld betreft een beweerd misbruik van machtspositie door de beslissing van een biljartfederatie om exclusieve overeenkomsten te sluiten met bepaalde leveranciers van biljartballen en biljarttafels.⁶³ Aangezien de eisende partij regelmatig verwijst naar de positie door de BMA, acht de voorzitter van de ondernemingsrechtbank Leuven het nuttig om de opmerkingen van de BMA te vernemen. Nog een andere toepassing gaat om de toepassing van mededingingsrechtelijke regels in het kader van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie.⁶⁴

In lijn met het voorgaande voorzien artikel 15 Verordening (EG) 1/2003 en artikel IV.88 WER in de mogelijkheid voor de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten om op te treden als *amicus curiae* van nationale rechtscolleges die rechtstreeks werkend EU-mededingingsrecht toepassen. Die mogelijkheid tot advies blijkt evenmin populair.⁶⁵

61 Verhulst 2024, p. 824, nr. 744.

62 Hof van beroep Antwerpen 27 april 2022, *Jb.Markt*, 2022, p. 524.

63 Voorzitter ondernemingsrechtbank Leuven 20 april 2021, A/20/01287, *Competitio* 2021, afl. 3, p. 269.

64 Hof van beroep Gent (7e k.) 15 januari 2024, 2023/AR/651, 2023/AR/990, *Competitio* 2024, afl. 1, p. 57.

65 W. Devroe, 'De Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten als *amicus curiae*. Huidig en komend recht', in: P. Van Orshoven & M. Storme (red.), *Amice curiae, quo vadis?*, Brussel: Kluwer 2002, p. 220-221, nr. 14 (hierna: Devroe 2002); C. Schurmans & P. Andrau, 'La Commission comme *amicus curiae*. La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales après l'entrée en vigueur du Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE', *TBM* 2006, afl. 4, p. 238-239, nr. 4 (hierna: Schurmans & Andrau 2006).

Tot slot wijzen we op de mogelijkheid tot prejudiciële vraag aan het Hof van Cassatie over de interpretatie van Boek IV WER over de bescherming van de mededinging,⁶⁶ waarin de nationale tegenhangers (namelijk de artikelen IV.1 en IV.2 WER) staan van de artikelen 101-102 VWEU. In een dergelijk geval stelt de griffier van het Hof van Cassatie de partijen, de Belgische Mededingingsautoriteit, de minister en, in het geval van toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU, de Europese Commissie onverwijld in kennis van de prejudiciële vraag, en nodigt hen uit om hun eventuele schriftelijke opmerkingen over te zenden. Zij kunnen elk vragen om gehoord te worden en het proceduredossier ter plaatse raadplegen of vragen dat hen een afschrift wordt toegezonden.⁶⁷

3 De onderscheiden handhavingsmechanismen

Het uitgangspunt is een fundamenteel onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving, die uitgaan van onderscheiden *actoren*, verschillende *belangen* dienen en verschillen qua *middelen en remedies*. Dat komt bijvoorbeeld tot uiting bij het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.⁶⁸

Publiek(rechtelijk)e afdwinging van het mededingingsrecht gaat uit van publieke autoriteiten, die op EU- of nationaal niveau, beslissingen uitvaardigen die in het algemeen belang bevelen om mededingingsbeperkend gedrag te stoppen of dit gedrag beboeten. We maken hierbij abstractie van de handhaving via het strafrecht, dat tot de publiekrechtelijke handhaving kan worden gerekend.⁶⁹

Priva(a)t(rechtelijk)e afdwinging gaat daarentegen uit van particulieren die via de nationale rechtscolleges of buitengerechtelijk hun subjectieve rechten afdwingen waarbij ter bescherming van hun private belangen schadevergoeding wordt toegekend. Binnen de private afdwinging *sensu lato* is ook ruimte voor stakingsvorderingen of de nietigheidssanctie voor contractuele clausules in strijd met EU-(mededingings)recht.⁷⁰

Het Grondwettelijk Hof maakt een soortgelijk onderscheid tussen de administratiefrechtelijke handhaving op de bestrafing van inbreuken met het oog op het algemeen belang, en de handhaving via het burgerlijk recht met het oog op vergoeding van schade uit inbreuken.⁷¹ De Europese Commissie stelt in gelijk-

66 Art. IV.86-IV.87 WER.

67 Art. IV.87 § 2 WER.

68 W. Devroe, 'Private afdwinging van Europees economisch recht', in: W. Devroe, B. Keirsbilck & E. Terryn (red.), *Economisch recht*, Brugge: die Keure 2015, p. 10, nr. 24-25 (hierna: Devroe 2015); W. Devroe & J. Vanherpe, 'Hoofdstuk 2. Private handhaving', in: W. Devroe, K. Geens & P. Wytinck (red.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen: Kluwer 2013, p. 504, nr. 22-23 (hierna: Devroe 2013); M. Hazelhorst, 'Private Enforcement of EU Competition Law: Why Punitive Damages Are a Step Too Far', *ERPL* 2010, afl. 4, p. 761 (hierna: Hazelhorst 2010); T. Heremans & D. Heremans, 'Collectief verhaal procedures: een rechtseconomische analyse met (enkele) perspectieven voor mededingingsrecht', *TBM* 2015, afl. 1-2, p. 21; Verhulst 2024, p. 208-209, nr. 141.

69 Verhulst 2024, p. 208, noot 1153. Zie ook Zippro 2009, p. 147-157.

70 Devroe 2015, p. 10, nr. 26; Devroe 2013, p. 504-505, nr. 24.

71 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.7.

aardige zin dat wanneer natuurlijke personen of rechtspersonen de nationale rechter verzoeken hun individuele rechten te beschermen, hij een specifieke rol speelt bij de handhaving van de artikelen 101-102 VWEU, welke verschilt van de handhaving in het algemeen belang door de Europese Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten.⁷²

3.1 Verschillende belangen en actoren, onderscheiden middelen en functies

Daarbij benadrukt het Grondwettelijk Hof dat binnen de publiekrechtelijke handhaving verregaande onderzoeksmogelijkheden voorhanden zijn, in tegenstelling tot de privaatrechtelijke handhaving.⁷³ Het onderscheid in behartigde belangen (en actoren) vertaalt zich dan ook in een verschil qua middelen en mogelijkheden, alsook prioriteiten.

Aangezien de publiekrechtelijke handhaving over ruimere middelen beschikt en de privaatrechtelijke handhaving qua bewijs van de inbreuk kan voortbouwen op die publiekrechtelijke handhaving (*infra*, paragraaf 6), is te verwachten dat de privaatrechtelijke handhaving doorgaans gebeurt na de publiekrechtelijke handhaving. Dat zou eveneens aansluiten bij de verschillende remedies. De publiekrechtelijke handhaving is gericht op stopzetting van de inbreuk en beboeting van de inbreukpleger, zodat een inbreuk volstaat om tot publiekrechtelijke handhaving over te gaan. Privaatrechtelijke handhaving is daarentegen gericht op schadevergoeding, zodat het bestaan van (minstens toekomstige) zekere schade moet vaststaan alvorens tot privaatrechtelijke handhaving kan worden overgegaan. Een dergelijk onderscheid is echter te scherp. Enerzijds gaat het voorbij aan de mogelijke risico's, bijvoorbeeld inzake verjaring (*infra*, paragraaf 4), van een afwachterende privaatrechtelijke handhaving. Anderzijds is het privaatrechtelijke handhavingsarsenaal ruimer dan enkel schadevergoedingsvorderingen. Nietigheidsvorderingen en stakingsvorderingen richten zich op de inbreuk, net zoals de publiekrechtelijke handhaving. Zoals bijvoorbeeld uitdrukkelijk is bepaald in het kader van de vordering tot staking van inbreuken op wettelijke en reglementaire bepalingen betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens,⁷⁴ kan een stakingsvordering de basis vormen voor een navolgende schadevergoedingsvordering overeenkomstig het aansprakelijkheidsrecht.

Uit de voormelde omschrijvingen blijkt voorts dat beide handhavingsvormen onderscheiden functies vervullen of doelstellingen hebben. De taak verschilt naargelang de betrokken actoren: de taak van (burgerlijke) rechtscolleges is het handhaven van de subjectieve rechten van particulieren in hun wederzijdse be-

72 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101), par. 42 (hierna: Mededeling Commissie 2004), par. 4.

73 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.9.

74 Art. 216 Privacywet 2018.

trekkingen, terwijl mededingingsautoriteiten in het algemeen belang beslissen.⁷⁵ De privaatrechtelijke handhaving kent zo een individuele aanpak tegenover publiekrechtelijke handhaving op meer algemeen, collectief niveau.⁷⁶ Dat vertaalt zich ook in de uiteindelijke remedie: een schadevergoeding voor benadeelden in de privaatrechtelijke handhaving tegenover een boete voor maatschappelijke, publieke doeleinden.⁷⁷

Uit Richtlijn 2014/104/EU inzake de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht blijkt een duidelijke bevestiging van de (louter) vergoedende en individuele leest waarop de privaatrechtelijke handhaving is geschoeid. Artikel 3 voorziet in het recht op volledige vergoeding voor een individuele schadelijder, maar met een expliciet verbod op overcompensatie, ongeacht of het punitieve schadevergoeding, meervoudige schadevergoeding of andere vormen van schadevergoeding betreft. Artikel 12.1 stelt voorts, in de context van de doorberekening van meerkosten in een keten van afnemers, dat moet worden voorkomen dat de eiser een schadevergoeding wordt toegekend die groter is dan de schade die de inbreuk op het mededingingsrecht hem heeft berokkend.

Afschrikking lijkt dan ook een rol die de publieke en niet de private afdwinger wordt toebedeeld en niet iets wat via schadevergoeding moet gebeuren.⁷⁸ *Punitive damages* lijken niet het juiste middel om priva(a)t(rechtelijk)e afdwinging te stimuleren.⁷⁹

3.2 Eerste nuance: naar een verruiming van de functies van de privaatrechtelijke handhaving

Toch blijkt doorheen de rechtspraak van het Hof over de handhaving van het mededingingsrecht hoe steeds sterker nevenfuncties worden toegedicht aan de privaatrechtelijke handhaving. In zijn mijlpaalarresten *Courage* (2001) en *Manfredi* (2006) stelde het Hof al over het recht op vergoeding van schade veroorzaakt door mededingingsrechtelijke inbreuken dat '[e]en dergelijk recht [...] de communautaire mededingingsregels immers gemakkelijker toepasbaar [maakt], waardoor – vaak verborgen – overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk worden. In zoverre kunnen bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap'.⁸⁰ Het Hof bevestigde in latere rechtspraak dat ook de privaatrechtelijke handhaving 'ertoe strekt mededingingsverstorende gedragingen van ondernemingen te bestraffen en

75 Gerecht EU 18 september 1992, T-24/90, ECLI:EU:T:1992:97, r.o. 85 (*Automec Srl/Commissie van de Europese Gemeenschappen*); Devroe 2002, p. 215, nr. 8.

76 Verhulst 2024, p. 210, nr. 143.

77 Verhulst 2024, p. 210, nr. 143.

78 R. Stefanicki, 'Civil law remedies for violation of Competition Law', *ERCL* 2012, p. 408 (hierna: Stefanicki 2012); R. Van Den Bergh & S. Keske, 'Private Enforcement of European Competition Law: Quo Vadis?', *ERCL* 2007, p. 476.

79 Hazelhorst 2010, p. 771.

80 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, r.o. 27 (*Courage Ltd/Bernard Crehan*); HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, r.o. 91 (*Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA; Antonio Cannito/Fondiaría Sai SpA; Nicolò Tricarico; Pasqualina Murgolo/Assitalia SpA*).

hen van dergelijke gedragingen te weerhouden'.⁸¹ Het Hof voegt daaraan toe dat de schadevorderingen die bij de nationale rechterlijke instanties wegens schending van de mededingingsregels van de Unie worden ingesteld, de volle werking van artikel 101 VWEU waarborgen'.⁸² Meer zelfs, het Hof acht het wenselijk dat privaatrechtelijke entiteiten bijdragen tot de geldelijke bestraffing en dus ook tot de preventie van mededingingsverstorend gedrag, daar op deze wijze niet alleen de door de betrokkene gestelde rechtstreekse schade kan worden hersteld, maar ook de indirecte schade die is toegebracht aan de structuur en de werking van de markt, die niet haar volle economische werking heeft kunnen ontplooiën, met name ten gunste van de betrokken consumenten.⁸³ Die verruimde invulling van de doelstellingen of functies van privaatrechtelijke handhaving resulteert in een duidelijke overlap met de publiekrechtelijke handhaving door de Europese Commissie. De schadevergoeding draagt bij tot de afschrikkende werking die volgens het Hof de kern vormt van het optreden van de Commissie.⁸⁴ Ook de advocaten-generaal bij het Hof wezen er reeds uitdrukkelijk op dat de privaatrechtelijke handhaving naast een vergoedende ook een afschrikkende functie heeft.⁸⁵ Het gaat over het risico voor inbreukplegers om geconfronteerd te worden met schadevergoedingsvorderingen.⁸⁶ Of en in welke mate een dergelijk afschrikwekkend effect daadwerkelijk bestaat,⁸⁷ blijft evenwel de (*nota bene* niet-juridische) vraag.

Naast de vergoedende functie heeft de privaatrechtelijke handhaving aldus steeds sterker ook een afschrikkende – en volgens sommigen indirect ook bestraffen-

- 81 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 37 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, r.o. 45 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*).
- 82 HvJ EU 20 april 2023, C-25/21, ECLI:EU:C:2023:298, r.o. 52 (*ZA e.a./Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*); HvJ EU 27 oktober 2022, C-721/20, ECLI:EU:C:2022:832, r.o. 49 (*DB Station & Service AG/ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH*); HvJ EU 11 november 2021, C-819/19, ECLI:EU:C:2021:904, r.o. 50 (*Stichting Cartel Compensation en Equilib Netherlands BV/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV e.a.*); HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 35 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*); HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, r.o. 24 (*Otis Gesellschaft m.b.H. e.a./Land Oberösterreich e.a.*); HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, r.o. 41 (*Cogeco Communications Inc/Sport TV Portugal SA e.a.*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, r.o. 44 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*); HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, r.o. 23 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur AG*); HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, r.o. 23 (*Bundeswettbewerbshörde/Donau Chemie AG e.a.*); HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 42 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*); HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, r.o. 28 (*Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*).
- 83 HvJ EU 16 februari 2023, C-312/21, ECLI:EU:C:2023:99, r.o. 42 (*Tráficos Manuel Ferrer SL en Ignacio/Daimler AG*); HvJ EU 10 november 2022, C-163/21, ECLI:EU:C:2022:863, r.o. 56 (*AD/PACCAR Inc e.a.*).
- 84 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 36 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*).
- 85 Bv. Concl. A-G J. Kokott 22 september 2022, ECLI:EU:C:2022:712, par. 57; Concl. A-G J. Kokott 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:651, par. 77; Concl. A-G J. Kokott 30 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:45, par. 65; Concl. A-G G. Pitruzzella 8 september 2022, ECLI:EU:C:2022:659, par. 93; Concl. A-G G. Pitruzzella 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:293, par. 67; Concl. A-G W. van Gerven 27 oktober 1993, ECLI:EU:C:1993:860, par. 44; Concl. A-G N. Wahl 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:100, par. 27-51 (zelfs stellend dat de afschrikkende functie voorrang geniet, zie par. 50).
- 86 Concl. A-G A. Rantos 28 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:884, par. 96.
- 87 Zie in dezelfde zin het onderscheid tussen de preventieve functie en de preventieve werking van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, alsook de vermelding van het belang van empirische studies bij Gillaerts 2020, p. 103-104, nr. 109-110.

de⁸⁸ – functie.⁸⁹ Een schadevergoedingsvordering – met primair een vergoedende functie – draagt bij tot staking van de inbreuk (en aldus rechtsherstel naast schadeherstel) en tot afschrikking (en bijgevolg preventie) als ondergeschikte functies.⁹⁰ Het blijft in het kader van een (op aansprakelijkheid gestoelde) schadevergoedingsvordering evenwel steeds gaan om onzelfstandige functies die afhankelijk zijn van de primaire vergoedende functie.⁹¹

De voormelde rechtspraak van het Hof is ook doorgesijpeld naar de Belgische rechtspraak,⁹² die evenzeer aangeeft hoe nevenfuncties *via de primaire vergoedende functie* worden bewerkstelligd. Zo wees de rechtbank van koophandel (nu: ondernemingsrechtbank) Gent op ‘twee essentiële doelstellingen van de schadevergoeding [...]: de compenserende functie [...] en de privaatrechtelijke handhavingsfunctie van het mededingingsrecht’. Dat laatste betreft het ontmoedigen van toekomstige inbreuken door de schadeloosstellingsplicht waardoor een betere naleving van het mededingingsrecht wordt gegarandeerd.⁹³

Relevant voor het nastreven van die non-compensatoire doelstellingen, zoals preventie en de staking van de inbreuk, zijn naast de schadeherstelvorderingen eveneens andere privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden, zoals stakings- en nietigverklaringsvorderingen.⁹⁴ Aangezien deze andere instrumenten niet op vergoeding van schade zijn gericht (en niet op het subjectieve recht op vergoeding van foutief veroorzaakte schade zijn gebaseerd), ontsnappen zij aan de beperkingen van het compensatoire geraamte van de (aansprakelijkheids)vordering tot schadeherstel. Zij kunnen op die manier waardevolle instrumenten vormen binnen een effectieve privaatrechtelijke handhaving.

In dat verband blijkt uit de recente hervorming van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht niet enkel de erkenning van de (secundaire) preventieve functie,⁹⁵ maar ook hoe daarbij naar een mogelijkheid tot afdwinging buiten de vergoeding van schade om wordt gezocht. In dat verband maakt artikel 6.40 BW het mogelijk voor de rechter om, bij vaststaande of ernstig dreigende schending van een wettelijke regel die een bepaald gedrag voorschrijft, op vordering van een partij die aantoonst hierdoor een aantasting van een van zijn zaken of van

88 Verhulst 2024, p. 214-215, nr. 151.

89 Mededeling Commissie 2013, par. 2; COM(2008)165 def., par. 1.2; N. Dunne, ‘The Role of Private Enforcement within EU Competition Law’, in: A. Albors-Llorens, K.A. Armstrong & M.W. Gehring (red.), Londen: Hart Publishing 2014, p. 150 (hierna: Dunne 2014); R. Gamble, ‘The European embrace of private enforcement: this time with feeling’, *ECLR* 2014, afl. 35, p. 470; De Smijter 2007, p. 4, nr. 5; M. Serafimova, ‘Private antitrust enforcement: The impact of the disclosure of evidence in proceedings on the quantification of harm’, *Concurrences* 2023, afl. 2, p. 3, nr. 14; B. Weyts, ‘Economische schade’, *TBH* 2013, afl. 10, p. 1036.

90 Verhulst 2024, p. 218-219, nr. 154.

91 Zie hierover Gillaerts 2020, p. 197-199, nr. 223-224.

92 Ondernemingsrechtbank Gent 29 april 2022, A/18/02226, *Competitio* 2022, afl. 2, p. 127, r.o. 27-28.

93 Rechtbank van koophandel Gent 23 maart 2017, A/12/02970, *TBM* 2017/2, p. 179, r.o. 53.

94 Verhulst 2024, p. 218, nr. 154.

95 Toelichting bij het wetsvoorstel van 8 maart 2023 houdende boek 6 ‘Buitencontractuele aansprakelijkheid’ van het Burgerlijk Wetboek, Kamer van volksvertegenwoordigers 2022-2023, nr. 55-3213/001, p. 13.

zijn fysieke integriteit te zullen lijden, een bevel of verbod op te leggen dat erop gericht is deze wettelijke bepaling te doen naleven.⁹⁶

3.3 Tweede nuance: supra-individuele belangenbehartiging via privaatrechtelijke handhaving

Uit het voormelde onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving lijkt te volgen dat waar de privaatrechtelijke handhaving zich op individueel niveau situeert, de publiekrechtelijke handhaving eerder op collectief of algemeen niveau gebeurt.

Dat verdient evenwel enige nuance. In het kader van een ruimere instrumentaliseringstendens is een toegenomen inzet van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht voor supra-individuele belangen merkbaar, zowel *top-down* als *bottom-up*.⁹⁷ Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat individuele, private partijen door het nastreven van hun individuele schadeloosstelling (zeker wanneer alle individuele zaken samen worden beschouwd) bijdragen tot bredere doelstellingen (handhaving) en op die manier het algemeen belang dienen.⁹⁸ Voorts dragen vorderingen tegen overheden (of overheidsinstanties) en zogenaamde *public interest litigation*, ook al steunen ze op het individualistische⁹⁹ buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, toch bij tot de behartiging van maatschappelijke belangen en effecten buiten het individuele geval.^{100,101} Deze thematiek en de bijhorende vragen omtrent belangenafweging, rechtsbescherming en de handhaving van subjectieve rechten en rechtsplichten vallen evenwel buiten het bestek van deze bijdrage.

3.4 Bijzonder geval: schadevergoeding tot herstel door Raad van State

Tot slot verdient de mogelijkheid voor de Raad van State, afdeling bestuursrecht-spraak, om een 'schadevergoeding tot herstel' toe te kennen, de nodige aandacht. Wanneer de Raad van State een onwettigheid vaststelt, kan elke verzoekende of tussenkomende partij die de nietigverklaring van een akte, een reglement, of een stilzwijgend afwijzende beslissing vordert, aan de afdeling bestuursrechtspraak vragen om haar bij wijze van arrest een 'schadevergoeding tot herstel' toe te kennen ten laste van de steller van de handeling (zijnde een administratieve overheid, wetgevende vergadering of orgaan hiervan) indien zij een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwij-

96 Voor een kritische bespreking hiervan, zie o.a. de opmerkingen in C. Borucki, 'Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2022, afl. 3, p. 1211-1216; Gillaerts 2020, p. 389-394.

97 Zie hierover uitgebreid Gillaerts 2020, p. 152-174.

98 Gillaerts 2020, p. 159, nr. 177. Deze inzet op private handhaving wordt ook wel 'privatisering van de handhaving' genoemd, bijvoorbeeld door E.F.D. Engelhard, 'Handhaven van en door het privaatrecht', in: E.F.D. Engelhard e.a., (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 19, nr. 3.3.

99 P. Gillaerts, 'De "ik" in misbruik: individualiteit in het burgerlijke proces- en buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TBBR* 2019, afl. 7, p. 418, nr. 1, en p. 424, nr. 20.

100 De zogeheten macro-effecten op het partijoverstijgende macroniveau, zie Gillaerts 2020, p. 162-164, nr. 181-184, en de verwijzingen aldaar.

101 Gillaerts 2020, p. 160-174.

zende beslissing.¹⁰² Deze mogelijkheid is ingevoerd om een proceseconomische reden, namelijk vermijden dat een burger die succesvol een onwettigheid aankaart bij de Raad van State, nadien nog een ander bijkomend proces (voor de burgerlijke rechter) moet beginnen om schadevergoeding te verkrijgen, wat bijkomende kosten en tijd vergt.¹⁰³

Deze vordering tot (enkel geldelijke) schadevergoeding (door enkel de verzoeker of tussenkomende partij) voor de Raad van State op basis van een onwettigheid (in plaats van een fout) verschilt in enkele opzichten van de (aansprakelijkheidsrechtelijke) vordering tot schadevergoeding (geldelijk of *in natura*) door eender welke schadelijder voor de burgerlijke rechter.¹⁰⁴ Niettemin lijkt de vordering tot 'schadevergoeding tot herstel' deel uit te maken van de privaatrechtelijke handhaving. Opvallend in dat verband is dat de Raad van State de schadevergoeding toekent '*met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang*'. De integraliteit van de schadeloosstelling maakt op die manier plaats voor een expliciete invloed van andere belangen dan deze van de benadeelde schadelijder.¹⁰⁵ Deze vordering is zo een vorm van privaatrechtelijke handhaving waarin publieke belangen expliciet in rekening worden gebracht, zelfs ten koste van de integraliteit van de schadeloosstelling en bijgevolg de privaatrechtelijke handhaving.

4 De duale handhaving in de praktijk

4.1 De brug naar de privaatrechtelijke handhaving

De duale handhaving uit zich in de praktijk vooreerst door de duidelijke koppeling die soms vanuit de publiekrechtelijke handhaving naar de privaatrechtelijke handhaving wordt gemaakt. Actoren binnen de publieke handhaving dragen op die manier bij tot de brug naar de privaatrechtelijke handhaving en helpen om tegemoet te komen aan de voormelde tekortkomingen van een effectieve privaatrechtelijke handhaving.

Een goed voorbeeld is de hiervoor reeds vermelde communicatie door de Europese Commissie. Op het einde van haar persberichten bij kartelbeslissingen verwijst zij expliciet naar de mogelijkheid voor de benadeelden om een vordering tot schadevergoeding in te stellen.¹⁰⁶ De formulering daarbij luidt traditioneel: 'Particulieren

102 Art. 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (*Belgische Staatsblad* 12 januari 1973, 3461).

103 J. Dujardin e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2021, p. 1441, nr. 1389 (hierna: Dujardin e.a. 2021).

104 Dujardin e.a. 2021, p. 1442-1443, nr. 1390.

105 P. Gillaerts, *Deviating from the principle of full compensation in Belgian tort law*, Brugge: die Keure 2017, p. 123, nr. 155.

106 Dat is ook de rechtsleer niet ontgaan: W. Devroe & N. De Lathauwer, 'Actualia mededingingsrecht', in: W. Devroe, J. Stuyck & E. Terryn (red.), *Economisch recht*, Brugge: die Keure 2011-12, p. 85, nr. 16; Gillaerts 2016-2017, p. 1205, nr. 8; Gilliams & Cornelis 2007, p. 12, nr. 1; T. Schoors, T. Baeyens & W. Devroe, 'Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken', *NjW* 2011, afl. 239, p. 199, nr. 7 (hierna: Schoors, Baeyens & Devroe 2011); F. Wijckmans & F. Tuytschaever, 'Tot zover het Belgisch kartelparadijs', *RW* 2007-2008, afl. 29, p. 1193 (hierna: Wijckmans & Tuytschaever 2007-2008), nr. 69; P. Wytinck, 'Sancties, risico's en kosten bij overtredingen van het mededingingsrecht', in: P. Wytinck (red.), *Gericht op mededinging. Consacré à la concurrence*, Antwerpen: Maklu 2011, p. 147-148.

of ondernemingen die van concurrentiebekkende praktijken zoals in deze zaak te lijden hebben, kunnen de zaak voor de nationale rechter brengen en schadevergoeding eisen. Zowel de rechtspraak van de EU-rechter als Verordening (EG) 1/2003 bevestigt dat een besluit van de Commissie voor de nationale rechter als bindend bewijsmateriaal kan worden gebruikt dat de praktijken hebben plaatsgevonden en verboden waren. Zelfs indien de Commissie de betrokken ondernemingen geldboeten heeft opgelegd, kunnen toch schadevergoedingen worden toegekend zonder dat deze hoeven te worden verlaagd omdat de Commissie al een geldboete heeft opgelegd.¹⁰⁷

Op die manier onderstreept de Europese Commissie twee belangrijke elementen. Ten eerste is meteen duidelijk dat de cumul van boetes in de publiekrechtelijke handhaving en schadevergoeding in de privaatrechtelijke handhaving mogelijk is.¹⁰⁸ Dat ligt in lijn met de voormelde onderscheiden functies van beide handhavingvormen, waarbij de privaatrechtelijke handhaving binnen haar compensatoire kader blijft. Ten tweede wijst de Europese Commissie op de doorwerking van een inbreukbeslissing. De invloed van de publiekrechtelijke handhaving op de privaatrechtelijke handhaving treedt dan ook prominent op de voorgrond in het aantal zogenaamde *follow-on*-vorderingen tot schadevergoeding die benadeelden instellen na een (bindende) inbreukbeslissing door een mededingingsautoriteit.¹⁰⁹ Dat komt verderop in deze bijdrage aan bod (*infra*, paragraaf 6). Hier weze aangestipt dat, door te vermijden dat een dergelijke definitieve inbreukbeslissing in vraag wordt gesteld in een daaropvolgende schadevordering, de Europese wetgever beoogt de rechtszekerheid te vergroten, incoherentie bij de toepassing van het mededingingsrecht te voorkomen, de doeltreffendheid en de proceseconomie bij schadevorderingen te verhogen en de werking van de interne markt voor ondernemingen en consumenten te bevorderen.¹¹⁰ Voorts zal de meerwaarde van de inbreukbeslissing binnen de publiekrechtelijke handhaving voor de navolgende privaatrechtelijke handhaving vanzelfsprekend afhangen van de grondigheid en duidelijkheid ervan. De noodzakelijke afweging met de effectiviteit van de publiekrechtelijke handhaving komt aan bod in paragraaf 5.

4.2 Het risico op een slechte koppeling en het belang van informatiedoorstroming

Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving zijn met elkaar verweven waar ze dezelfde inbreuken betreffen, bijvoorbeeld in het mededingingsrecht.¹¹¹ Ze vullen elkaar aan en maken deel uit van een ruimer handhavingsapparaat (*infra*, paragraaf 5). Daardoor vormen ze in zekere zin communicerende vaten: waar de publiekrechtelijke handhaving ingevolgt een prioriteitenbeleid minder focust

107 IP/13/1175. Zie ook IP/07/209.

108 Dat was bijvoorbeeld zo in HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*).

109 Verhulst 2024, p. 210, nr. 142.

110 Overweging 34 Richtlijn 2014/104/EU.

111 De Smijter 2007, p. 8-9, nr. 30; Dunne 2014, p. 145; P. Lambrecht & E. Peetermans, 'Hoofdlijke aansprakelijkheid en minnelijke geschillenregeling in Titel 3 van Boek XVII WER', *Competitio* 2018, afl. 1, p. 35; Verhulst 2024, p. 209, nr. 142.

op bepaalde inbreuken, neemt het belang toe van een effectieve privaatrechtelijke handhaving om een handhavingstekort te vermijden.

Naast de verwevenheid op het gebied van de handelingen waartegen wordt gereageerd, is er ook een samenhang qua toegepast recht. Zo passen zowel nationale rechters als mededingingsautoriteiten (deels) dezelfde mededingingsrechtelijke regels toe. De toepassing van het mededingingsrecht door de nationale rechter zou soms echter in strijd kunnen komen met beschikkingen die de Europese Commissie heeft gegeven of nog wenst te geven.¹¹² Een concreet voorbeeld is het risico dat een nationale rechter een overeenkomst op basis van het rechtstreeks werkende mededingingsrecht (art. 101 lid 1-2 VWEU) nietig zou verklaren waarvan achteraf blijkt dat de Europese Commissie deze overeenkomst had kunnen of willen vrijstellen (art. 101 lid 3 VWEU).

Het Hof heeft in dat verband geoordeeld dat de nationale rechter bij de toepassing van artikel 101 VWEU rekening moet houden met een aantal overwegingen om 'de noodzaak om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen, te conciliëren met de op de nationale rechter rustende verplichting, zich uit te spreken over de vorderingen van de procespartij die de nietigheid van rechtswege van de overeenkomst inroept'.¹¹³ Samengevat gaat het om de volgende krijtlijnen. Wanneer de voorwaarden voor toepassing van artikel 101, eerste lid, VWEU klaarblijkelijk niet vervuld zijn en er bijgevolg nauwelijks gevaar bestaat dat de Europese Commissie anders zal beslissen, kan de nationale rechter de procedure voortzetten en zich over de litigieuze overeenkomst uitspreken. Dit geldt ook bij gebrek aan twijfel over de onverenigbaarheid van de overeenkomst met artikel 101, eerste lid, VWEU indien de overeenkomst, gelet op de vrijstellingsverordeningen en eerdere beschikkingen van de Commissie, in geen geval in aanmerking komt voor een vrijstellingsbeschikking.¹¹⁴ Als de nationale rechter daarentegen vaststelt dat de litigieuze overeenkomst wel aan de voorwaarden voldoet en op grond van de verordeningen- en beschikkingspraktijk van de Commissie de opvatting huldigt dat die overeenkomst eventueel in aanmerking komt voor een vrijstellingsbeschikking, kan hij besluiten om de behandeling van de zaak te schorsen of voorlopige maatregelen te treffen. Dat is ook zo wanneer er in het kader van de toepassing van de artikelen 101, eerste lid, en 102 VWEU gevaar bestaat voor tegenstrijdige beslissingen.¹¹⁵ Het Hof heeft daar later aan toegevoegd dat de nationale rechterlijke instanties, wanneer zij zich uitspreken over overeenkomsten of gedragingen waarover de Commissie reeds een beschikking heeft gegeven, geen beslissingen mogen nemen die tegen die beschikking indruisen, ook al is zij in tegenspraak met de beslissing van een nationale rechterlijke instantie in eerste aanleg.¹¹⁶

De beschikbaarheid en uitwisseling van informatie over de verordeningen- en beschikkingspraktijk van de Commissie is dan ook van groot belang. Het belang van informatiedoorstroming gaat echter verder dan dat. Het Hof verwijst expliciet

112 Zie Devroe 2002, p. 218, nr. 11.

113 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 49 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*).

114 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 50 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*).

115 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 52 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*).

116 HvJ EU 14 december 2000, C-344/98, EU:C:2000:689, r.o. 52 (*Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*).

naar de mogelijkheid voor de nationale rechter om, voor zover het toepasselijke nationale procesrecht zulks toelaat, bij de Europese Commissie inlichtingen in te winnen over de stand van de procedure die deze instelling in voorkomend geval heeft ingeleid, of bij bijzondere moeilijkheden bij de toepassing van de artikelen 101, eerste lid, en 102 VWEU met de Europese Commissie contact op te nemen om economische en juridische inlichtingen in te winnen. Het Hof koppelt daarbij terug naar een verplichting tot loyale samenwerking met de rechterlijke autoriteiten van de lidstaten die op de Europese Commissie rust.¹¹⁷

De rechtspraak van het Hof is nadien ‘gecodificeerd’¹¹⁸ in een (niet-bindende)¹¹⁹ mededeling van de Europese Commissie¹²⁰. Interessant voor de duale handhaving is dat de Europese Commissie zich zal inspannen om zaken waarvoor zij heeft besloten een procedure in te leiden en waarvoor bij de nationale rechter een procedure loopt waarvan de behandeling is opgeschort totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven, bij voorrang te behandelen, met name wanneer de afloop van een civielrechtelijk geding daarvan afhangt.¹²¹ Dat illustreert het belang van communicatie over handhaving *in action*.

Artikel 16 van Verordening 1/2003 sluit naadloos aan bij het voorgaande. Volgens deze bepaling, kunnen nationale rechterlijke instanties, wanneer zij artikel 101 of 102 VWEU toepassen op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. Ook moeten zij vermijden beslissingen te nemen die in strijd zouden zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te geven in een door haar gestarte procedure. Te dien einde kan de nationale rechterlijke instantie de afweging maken of het nodig is haar procedure op te schorten.

Informatiedoorstroming is eveneens belangrijk waar de toezichthouder en de benadeelde allebei over eenzelfde handhavingsinstrument beschikken. Een voorbeeld is de vordering tot staking van inbreuken op wettelijke en reglementaire bepalingen betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens.¹²² Zowel de betrokkene als de bevoegde toezichthoudende autoriteit kunnen de stakingsvordering instellen.¹²³ Er is uitdrukkelijk voorzien dat de beschikking volgend op een stakingsvordering ter kennis wordt gebracht aan de bevoegde toezichthoudende autoriteit, net zoals een ingesteld beroep tegen die beschikking.¹²⁴

117 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 53 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*). Zie nadien HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 52 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*).

118 Devroe 2002, p. 219, nr. 13.

119 Mededeling Commissie 2004.

120 Mededeling Commissie 2004, par. 54-64.

121 Mededeling Commissie 2004, par. 12.

122 Art. 209 Privacywet 2018.

123 Art. 211 § 3 Privacywet 2018.

124 Art. 213 Privacywet 2018.

In het kader van de handhaving van het mededingingsrecht geldt in dat verband ook de verplichting om beslissingen van nationale rechterlijke instanties toe te zenden aan de Europese Commissie.¹²⁵ Deze wordt echter niet nauwgezet nageleefd.¹²⁶

4.3 Het verjaringsrisico bij een afwachtende houding

Niettegenstaande de geschetste voordelen van privaatrechtelijke handhaving die volgt op de publiekrechtelijke handhaving, vereist een dergelijke afwachtende houding als benadeelde oog voor bijvoorbeeld de lopende verjaring van de aansprakelijkheidsvordering. De context van de handhaving van het mededingingsrecht biedt een illustratie, waarbij dit aspect op de voorgrond trad in een arrest van het Grondwettelijk Hof. De gemeenrechtelijke verjaringsregel voor buitencontractuele vorderingen¹²⁷ is volgens het Hof in strijd met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod¹²⁸ in zoverre de burgerlijke rechtsvordering tot vergoeding van de schade die uit een mededingingsinbreuk voortvloeit, kan verjaren vooraleer een in kracht van gewijsde gegane uitspraak het bestaan van een mededingingsinbreuk vaststelt.¹²⁹ Doordat de verjaringstermijn voor het instellen van een vordering tot vergoeding van de schade uit een mededingingsinbreuk onverminderd loopt indien die inbreuk het voorwerp uitmaakt van een administratiefrechtelijke handhavingsprocedure, wordt de benadeelde volgens het Hof gedwongen al ten voorlopige titel een burgerlijke procedure op te starten, hoewel er nog geen duidelijkheid bestaat over het al dan niet geoorloofde karakter van de mededingingspraktijk. De benadeelde kan dus het definitieve oordeel over het bestaan van de inbreuk in de administratiefrechtelijke handhavingsprocedure niet afwachten en als bewijs van de fout gebruiken, wat de vaststelling van zijn recht op vergoeding van schade door de burgerlijke rechter ernstig bemoeilijkt. Het Hof verwijst voorts naar Richtlijn 2014/104/EU om te overwegen dat de benadeelde van een inbreuk op de mededingingsregels niet mag worden belemmerd in zijn recht op vergoeding doordat de verjaringstermijn voor het instellen van vorderingen tot vergoeding van de schade uit die inbreuk kan verstrijken voordat de administratiefrechtelijke handhaving van de mededingingsregels is beëindigd met een definitieve uitspraak.¹³⁰ Sinds de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU geldt een bijzondere verjaringsregel voor vordering tot schadevergoeding voor inbreuken op het mededingingsrecht, die tegemoetkomt aan de voormelde ongrondwettigheid.¹³¹ Dat doet echter de vraag rijzen waarom enkel voor deze situatie van duale handhaving is voorzien in een bijzonder regime. De verkokering zet zich op die manier verder. Reflectie is nodig over het doortrekken van de achterliggende ratio van een dergelijke bijzondere verjaringsregel naar andere domeinen waarin publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving met elkaar verweven zijn. In die zin stelt overweging 36 van Richtlijn 2014/104/EU eerst op algemene wijze dat

125 Art. 15.2 Verordening (EG) 1/2003.

126 Schurmans & Andrau 2006, p. 238, nr. 3.

127 Art. 2262bis § 1 lid 2 BW.

128 Art. 10 en 11 Grondwet (hierna: Gw.).

129 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038.

130 Grondwettelijk Hof 10 maart 2016, 38/2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.038, r.o. B.12.

131 Art. XVII.90 WER.

ationale regels inzake de aanvang, duur, schorsing of stuiting van verjarings-termijnen geen onnodige belemmering mogen vormen voor het instellen van schadevorderingen. Pas daarna geeft de Europese regelgever aan dat dit van bijzonder belang is voor schadevorderingen die voortbouwen op de vaststelling door een mededingingsautoriteit of een beroepsinstantie van een inbreuk.

5 De gehoudenheid tot coördinatie

Krachtens het beginsel van loyale samenwerking, zoals neergelegd in artikel 4.3 VEU, steunen de Europese Unie en de lidstaten elkaar bij de vervulling van de taken die uit het VEU en het VWEU voortvloeien. We merkten hierboven reeds op dat het Hof in het kader van de privaatrechtelijke handhaving (van het mededingingsrecht) uitdrukkelijk teruggrijpt naar deze verplichting tot loyale samenwerking.¹³² Het mededingingsrecht vormt inderdaad een mooi voorbeeld van hoe aandacht nodig is voor de rol van beide handhavingsvormen als onderdelen van een ruimer geheel. Het kan in dat opzicht een voorbeeld vormen voor andere domeinen, zonder evenwel te vervallen in ondoordachte veralgemeningen of schijnbare parallellen die voorbijgaan aan de eigenheid van elk rechtsdomein.

Het Hof legt een bijzondere nadruk op de rol van vorderingen tot schadevergoeding als integraal onderdeel van het overkoepelende handhavingsbeleid van het mededingingsrecht.¹³³ Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat ‘vorderingen tot vergoeding van schade wegens schending van de mededingingsregels van de Unie (*private enforcement*), net zo goed als de uitvoering die de openbare autoriteiten aan die regels geven (*public enforcement*), integrerend deel uitmaken van het stelsel voor de handhaving van die regels’.¹³⁴

Die focus op het grotere handhavingsapparaat valt toe te juichen, onder meer om handhavingslacunes te vermijden. Daarbij dient niet alleen te worden gekeken naar de doeltreffende rechterlijke bescherming die artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vereist, maar tevens naar de ruimere effectieve rechtsbescherming. Die effectieve rechtsbescherming kan ook buiten gerechtelijke procedures voor burgerlijke rechters gebeuren,¹³⁵ bijvoorbeeld via publiekrechtelijke handhaving.

Waar publiek- en privaatrechtelijke handhaving hand in hand moeten gaan, dienen zij met elkaar rekening te houden.¹³⁶ De ene handhavingsvorm mag niet ten koste gaan van de andere.¹³⁷

132 HvJ EU 28 februari 1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, r.o. 53 (*Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*).

133 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 35-37 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*); Verhulst 2024, p. 182, nr. 121, p. 210-211, nr. 144.

134 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 37 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, r.o. 45 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*).

135 J.T. NOWAK, *Ambtshalve toepassing van EU-recht door de Belgische burgerlijke rechter* (diss. KU Leuven), 2021, p. 16, nr. 34.

136 HvJ EU 12 januari 2023, C-57/21, ECLI:EU:C:2023:6, r.o. 52 (*RegioJet a.s./České dráhy a.s.*); Dunne 2014, p. 145.

137 SWD(2013) 203 final, par. 29; Verhulst 2024, p. 210-211, nr. 144.

Uit het totstandkomingsproces van Richtlijn 2014/104/EU blijkt bijvoorbeeld hoe in het kader van de (versterkte) privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht beperkingen zijn ingevoerd om de effectiviteit van de publiekrechtelijke handhaving te bewaren.¹³⁸ Het gaat concreet over (onder meer) de beperkingen op de hoofdelijke aansprakelijkheid van clementie-immunititsontvangers¹³⁹ en over de mogelijkheden tot toegang tot clementiedocumenten.¹⁴⁰ Initieel diende de feitenrechter volgens de toen geldende rechtspraak steeds over de mogelijkheid te beschikken om een *in concreto*-belangenafweging te maken tussen het clementieprogramma enerzijds en de toegang tot documenten in het kader van een vordering tot schadevergoeding anderzijds.¹⁴¹ Die mogelijkheid zou echter de aantrekkelijkheid van het clementieprogramma (belangrijk binnen de publiekrechtelijke handhaving) ondermijnen, zodat in de artikelen 6 en 7 van Richtlijn 2014/104/EU is geopteerd voor een overkoepelende terughoudendheid bij overleggingsaanvragen gericht tot mededingingsautoriteiten, met een zwarte en een grijze lijst voor bepaalde documenten.¹⁴² Niettemin worden de gemoederen nog steeds beroerd door de vraag of (de stimulering van) de privaatrechtelijke handhaving de effectiviteit van het clementieprogramma, en bij uitbreiding de effectiviteit van de publiekrechtelijke handhaving, niet ondermijnt.¹⁴³

Uit de voorgaande paragrafen 2 en 4 en de toelichting van Richtlijn 2014/104/EU is daarbij al gebleken hoe bewijsrechtelijke ingrepen (via vermoedens en toegang tot bewijsmateriaal), bijstand van nationale rechters, informatiedoorstroming en het vermijden van divergente beslissingen en uitspraken, alsook het opvangen van een verjaringsrisico concrete aandachtspunten en tegelijkertijd mogelijke verbeteringspistes vormen.

De nood tot coördinatie reikt verder dan enkel tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving. Het gaat in werkelijkheid over de noodzaak van een gecoördineerde overkoepelende handhaving. Een concreet voorbeeld volgt uit de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, waarbij schadevorderingen in de praktijk door verschillende schakels in de keten worden ingesteld, zowel directe als indirecte afnemers of leveranciers. De coherentie tussen uitspraken in samenhangende procedures moet daarbij gewaarborgd blijven en er moet worden voorkomen dat een partij door een opsplitsing in verscheidene gedingen meer of minder dan een volledige vergoeding van haar schade zou verkrijgen.¹⁴⁴

138 De Smijter 2007, p. 9, nr. 31-33; Verhulst 2024, 808, nr. 702.

139 Art. XVII.86 § 3 WER, alsook — voor de regresvordering — art. XVII.87, § 2 WER.

140 Art. XVII.79 WER.

141 HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, r.o. 49 (*Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG e.a.*); HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, r.o. 30-31 (*Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*).

142 Verhulst 2024, p. 211, nr. 145. Zie ook De Smijter 2007, p. 6, nr. 15.

143 Adyns 2015, p. 320; J. Blockx, 'Clementieprogramma's en kartelschadevorderingen: beter een vogel in de hand...', in: G. Straetmans & J. Blockx (red), *Eerlijke en vrije mededinging: wijsheid is maat*, Morsel: Intersentia 2021, p. 21-34; OESO, 'OECD Competition Trends 2023', Parijs: OECD Publishing 2023, doi.org/10.1787/bcd8f8f8-en, p. 19; Rasking & Maes 2022, p. 285-286; L. Rengier, 'Cartel Damages Actions in German Courts: What the Statistics Tell Us', *JECLP* 2020, afl. 1-2, p. 74.

144 Overweging 44 Richtlijn 2014/104/EU. Zie ook H. Boularbah met coördinatie van A. Müller & V. Lefever, 'De toepassing van de EU 'private enforcement' richtlijn in het Belgische recht', *TBM* 2015, afl. 4, p. 295, nr. 49 (hierna: Boularbah 2015).

Artikel 15.1 Richtlijn 2014/104/EU (omgezet in art. XVII.85 WER) bepaalt daarom dat rechterlijke instanties bij de beoordeling van het zogenaamde doorberekeningsverweer (*i.e.* de vraag of een directe afnemer de meerkosten al dan niet volledig heeft doorberekend) rekening kunnen houden met schadevorderingen die verband houden met dezelfde inbreuk op het mededingingsrecht, maar die worden ingesteld door eisers op een ander niveau van de toeleveringsketen, uitspraken die het gevolg zijn van dergelijke schadevorderingen, en relevante, tot het publiek domein behorende informatie uit zaken betreffende de publieke handhaving van het mededingingsrecht.

Tot slot is ook aandacht nodig voor coördinatie binnen eenzelfde handhavingvorm. Uit de Belgische rechtspraak blijkt bijvoorbeeld de impact van het *ne-bis-in-idem*-beginsel in het kader van de afstemming tussen verschillende publiekrechtelijke handhavingsspistes.¹⁴⁵ Binnen de privaatrechtelijke handhaving is hierboven reeds de bezorgdheid geuit over verkokering en het resulterende risico op discriminatie.

6 De gevolgen van de handhavingssamenloop voor de ontwikkeling van het privaatrecht

Waar de privaatrechtelijke handhaving voortbouwt of aansluit op de publiekrechtelijke handhaving, is een beïnvloeding van het privaatrecht vanuit die publiekrechtelijke handhaving mogelijk. Aangezien de privaatrechtelijke handhaving mede via het civiele (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht gebeurt, vormen de aansprakelijkheidsvoorwaarden een plaats bij uitstek voor die beïnvloeding. Vooraf weze het vergoedingsgerichte kader van dat aansprakelijkheidsrecht in herinnering gebracht als beperking op de inzet ervan voor niet-vergoedende doelstellingen (*supra*, paragrafen 2 en 3). Een miskennis daarvan zou resulteren in een denaturatie van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁴⁶

We focussen hierna eerst op de fout om vervolgens ook kort stil te staan bij de schadebegrotingspraktijk; opnieuw met de handhaving van het mededingingsrecht als voorbeeld.

6.1 Invloed op het niveau van de fout en de vaststelling van de inbreuk

Sinds de hervorming van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, is de fout inzake buitencontractuele aansprakelijkheid wettelijk gedefinieerd in artikel 6.6 BW. Zij bestaat hetzij uit de schending van een wettelijke regel die een bepaald gedrag oplegt of verbiedt, hetzij uit de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm die geldt in het maatschappelijke verkeer.

¹⁴⁵ Zie bv. Hof van Cassatie 22 november 2018, C.17.0126.F: 'Het arrest, dat oordeelt dat een partij terecht het non bis in idem-beginsel aanvoert en niet onderzoekt of de vervolging door het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie en de vervolging die geleid heeft tot een beslissing van de Raad voor de Mededinging, met het oog op de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, elkaar aanvullende doelen nastreven die betrekking hebben op verschillende aspecten van hetzelfde inbreukmakende gedrag, is niet naar recht verantwoord'.

¹⁴⁶ Gillaerts 2020, p. 8, nr. 10, en p. 213, nr. 241; Gillaerts 2020-2021, p. 1243, nr. 2.

Daarbij rijst de vraag naar de waarde van een beslissing uit de publiekrechtelijke handhaving. Een inbreuk vaststellende beslissing van de Europese Commissie was al bindend voor de nationale rechter (alook voor de nationale mededingingsautoriteit) sinds artikel 16 Verordening (EG) 1/2003 en het *Masterfoods*-arrest van het Hof.^{147,148} Over de impact van een beslissing van de BMA (als opvolger van de Belgische Raad voor de Mededinging) bestond naar Belgisch recht discussie.¹⁴⁹ Waar in de rechtspraak en de rechtsleer al voorheen een bindende waarde van definitieve beslissingen van de Europese Commissie opdook,¹⁵⁰ is sinds Richtlijn 2014/104/EU het pleit definitief beslecht. Wanneer een nationale mededingingsautoriteit of beroepsinstantie een mededingingsrechtelijk inbreuk vaststelt middels een definitieve inbreukbeslissing, wordt de inbreuk geacht onweerlegbaar vast te staan voor de behandeling van een schadevordering krachtens de artikelen 101 en 102 VWEU of het nationale mededingingsrecht voor de nationale rechter van de lidstaat van die mededingingsautoriteit of beroepsinstantie.¹⁵¹ Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met het *Repsol*-arrest van het Hof. De inbreuk op het mededingingsrecht die is vastgesteld in een besluit van een nationale mededingingsautoriteit waartegen bij de bevoegde nationale rechterlijke instanties een beroep tot nietigverklaring is ingesteld, maar dat definitief is geworden na door deze rechterlijke instanties te zijn bevestigd, moet volgens het Hof in het kader van een vordering tot nietigverklaring uit hoofde van artikel 101, tweede lid, VWEU worden geacht door de verzoekende partij te zijn aangetoond tot bewijs van het tegendeel, mits de aard van de vermeende inbreuk waarop die vorderingen betrekking hebben en de materiële, persoonlijke, temporele en territoriale werkingssfeer ervan, samenvallen met die van de in dat besluit vastgestelde inbreuk.¹⁵²

Daarmee is echter niet alles gezegd. Zelfs met een bindende inbreukbeslissing moet een eiser bij zijn schadevergoedingsvordering nog steeds de brug slaan naar zijn individuele geval. Zo wijst de rechtsleer naar het verschil tussen de *in abstracto* vastgestelde inbreuk en de vraag of een concrete procespartij daardoor wordt getroffen.¹⁵³ De redactie van en de precieze vaststellingen in de inbreukbeslissing zullen van uitermate groot belang zijn. In zoverre de rechter van oordeel is dat een cruciale stap ontbreekt in de vaststelling van de mededingingsautoriteit, is het niet ondenkbaar dat de rechter de zaak toespitst op dat ene aspect waarvoor hij niet gebonden is door de inbreukbeslissing, precies omdat dat aspect daarin

147 HvJ EU 14 december 2000, C-344/98, EU:C:2000:689, r.o. 52 (*Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*).

148 Toepassingen hiervan zijn bijvoorbeeld hof van beroep Gent 1 maart 2021, 2019/AR/1255 en 2019/AR/1393, *Competitio* 2021, afl. 2, p. 176, r.o. 27; hof van beroep Brussel 28 oktober 2015, 2015/AR/95, *Jb.Markt*, 2015, p. 769; Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 214; Nederlandstalige rechtbank van koophandel 24 november 2014, A/08/06816, *TBM* 2015, afl. 1-2, p. 40.

149 We verwijzen naar het overzicht bij Gillaerts 2016-2017, p. 1210, nr. 24.

150 Rechtbank van koophandel Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, afl. 2, p. 168; Gilliams & Cornelis 2007, p. 26-27; Price 2014, p. 56-57; D. Vandermeersch & B. Gielen, 'Damages actions in Belgium for competition law violations', in: I. Boone, I. Claeys & L. Lavrysen (red.), *Liber amicorum Hubert Bocken*, Brugge: die Keure 2009, p. 143-145; Verougstraete & Bossuyt 2009, p. 23-24.

151 Art. 9.1 Richtlijn 2014/104/EU; art. XVII.82 § 1 WER.

152 HvJ EU 20 april 2023, C-25/21, ECLI:EU:C:2023:298, r.o. 67 (*ZA e.a./Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*).

153 Boularbah 2015, p. 297, nr. 63.

ontbreekt.¹⁵⁴ Ter illustratie kan worden verwezen naar de uitspraak van het hof van beroep Brussel op 26 februari 2015.¹⁵⁵ Het hof acht zich in dit arrest niet gebonden door de beslissing¹⁵⁶ van de Raad voor de Mededinging (nu: BMA) omdat de Raad een volgens het Hof cruciaal aspect niet heeft onderzocht.¹⁵⁷ Aldus wordt een ruimere inbreuk weerhouden in het arrest dan in de beslissing van de Raad.¹⁵⁸ Ook de uitspraak van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel (nu: ondernemingsrechtbank) Brussel van 24 april 2015¹⁵⁹ vormt een treffend voorbeeld. Uit de inbreukbeslissing van de Europese Commissie blijkt volgens de rechtbank enkel een marktverdelingskartel, wat de rechtbank als fout aanvaardt.¹⁶⁰ Wat het aanrekenen van hogere prijzen betreft, levert de inbreukbeslissing evenwel geen bewijs op van een fout en acht de rechtbank zich niet gebonden door vermeldingen daaromtrent in de inbreukbeslissing.¹⁶¹ Enkel een marktverdelingskartel is vastgesteld, geen prijzenkartel.¹⁶² Een gelijkaardige beslissing neemt de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel in een zaak over een vrachtwagenkartel. Aangezien de beschikking van de Europese Commissie een dochteronderneming niet benoemt als inbreukpleger, staat volgens de rechtbank de mededingingsrechtelijke inbreuk in haar hoofde niet zonder meer vast.¹⁶³

Soms leidt de Belgische rechtspraak vermoedens of een begin van bewijs van schade af uit een inbreukbeslissing van de Europese Commissie.¹⁶⁴ In een reeks uitspraken over een liftenkartel rijst bijvoorbeeld de vraag in welke mate uit de inbreukbeslissing van de Europese Commissie ook het bestaan van (concrete) schade kan worden afgeleid. Waar de Nederlandstalige rechtbank van koophandel (nu: ondernemingsrechtbank) Brussel daarover zeer sceptisch is,¹⁶⁵ laat het hof van beroep Brussel uitschijnen dat de beslissing ook een effectieve weerslag op de Belgische markt vaststelt, wat minstens als een begin van bewijs kan gelden dat de betrokken marktdeelnemers effectief schade hebben opgelopen.¹⁶⁶ Voorts oordeelt de ondernemingsrechtbank Gent in een zaak over een vrachtwagenkartel dat de beslissing van de Europese Commissie weliswaar geen bindende waarde heeft voor de vaststelling van de *in concreto* geleden schade, maar dat de rechtbank

154 Zie ook Verhulst 2024, p. 473-474, nr. 453.

155 Hof van beroep Brussel 26 februari 2015, *TBH* 2015, afl. 8, p. 843.

156 Raad voor de Mededinging 26 mei 2009, 2009-P/K-10, MEDE-P/K-05/0065 (*Base/BMB*).

157 Hof van beroep Brussel 26 februari 2015, *TBH* 2015, afl. 8, p. 854, nr. 156.

158 Het weze opgemerkt dat de vordering tot schadevergoeding van de eiser in deze zaak geen *follow-on*-vordering was, maar de praktijken ten grondslag aan beide zaken niettemin gelijkaardig waren: Boularbah 2015, p. 294, nr. 38.

159 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 212-227.

160 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 217.

161 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 217, met verwijzing naar Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 november 2014, A/08/06816, *TBM* 2015, afl. 1-2, p. 37; Accarain & Waelbroeck 2015, p. 385-387. Boularbah merkt op dat de uitspraak op gespannen voet staat met de rechtspraak van het Hof van Justitie, meer bepaald HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur AG*): Boularbah 2015, p. 294, nr. 41.

162 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 221.

163 Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel 24 december 2019, *NjW* 2020, afl. 427, p. 644-645.

164 Zie ook Verhulst 2024, p. 473, nr. 453.

165 Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 217 en 219-220; Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 november 2014, A/08/06816, *Jb.Markt*, 2014, p. 1199-1200.

166 Hof van beroep Brussel 28 oktober 2015, 2015/AR/95, *Jb.Markt*, 2015, p. 767.

uit die beslissing niettemin feitelijke vermoedens kan afleiden.¹⁶⁷ In soortgelijke zin houdt de rechtbank van koophandel (nu: ondernemingsrechtbank) Gent rekening met bepaalde passages uit de boetebeslissing om te oordelen dat het zeer waarschijnlijk is dat de inbreuken aanleiding hebben gegeven tot vertraging, extra administratie en extra kosten en dus schade voor de eisende partijen in een zaak over misbruik van machtspositie.¹⁶⁸

De nationale rechter maakt aldus gebruik van de leemtes en interpretatieruimte in de inbreukbeslissingen van de Europese Commissie. Dit doet de vraag rijzen naar de grenzen hiervan. Enerzijds creëert het ruimte tot het verruimen van de impact van de publiekrechtelijke handhaving. Anderzijds kan het leiden tot divergentie in de rechtspraak, wat dan weer aanleiding kan geven tot een ondermijning van (de handhaving van) het EU-recht.

Voorts is duidelijk dat de ervaring uit de publiekrechtelijke handhaving niet alleen in zogenaamde *follow-on*-vorderingen maar tevens in zogenaamde *stand-alone*-vorderingen richtinggevend zal zijn om te bepalen of er sprake is van een mededingingsrechtelijke inbreuk.¹⁶⁹

Tot slot leent ook de algemene zorgvuldigheidsnorm zich voor publiekrechtelijke doorsijpeling. De algemene zorgvuldigheidsnorm vereist krachtens artikel 6.6, § 2, eerste lid, BW een gedrag dat overeenkomt met dat van een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst. Onder meer de uitspraken van mededingingsautoriteiten zullen belangrijk zijn om te bepalen of een bepaalde activiteit duidelijk, *i.e.* voor een redelijk persoon, een inbreuk uitmaakt.¹⁷⁰ Bovendien biedt artikel 6.6, § 2, tweede lid, BW verdere beïnvloedingspistes. Het geeft een aantal elementen waarmee de civiele rechter rekening kan houden. Een aantal daarvan kunnen een brug vormen met de publiekrechtelijke handhaving en beoordeling: de eisen van goed vakmanschap en goede beroepspraktijken, alsook de beginselen van goed bestuur en goede organisatie. Het is immers doorheen de publiekrechtelijke praktijk dat begrippen als ‘goede beroepspraktijken’ en ‘goed bestuur en goede organisatie’ (mee) nader vorm krijgen. Daarnaast is het geenszins uitgesloten dat andere mogelijke beoordelingselementen aan bod komen in beslissingen of afwegingen in het kader van publieke handhaving, die op die manier een rol kunnen spelen in de privaatrechtelijke toets van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Het gaat daarbij over (i) de redelijkerwijze voorzienbare gevolgen van het gedrag, (ii) de evenredigheid van het risico dat de schade zich voordoet, haar aard en haar omvang ten opzichte van de inspanningen en maatregelen nodig om haar te vermijden, en (iii) de stand van de techniek en van de wetenschappelijke kennis. Deze elementen vergen doorgaans een grondig en uitgebreid onderzoek, waarvoor particulieren in het kader van de privaatrechte-

167 Ondernemingsrechtbank Gent 22 november 2018, A/17/01498, onuitg., r.o. 4.14-4.15, zoals vermeld bij Verhulst 2024, p. 473, nr. 453.

168 Rechtbank van koophandel Gent 23 maart 2017, TBM 2017, afl. 2, p. 175-176.

169 Verhulst 2024, p. 209, noot 1158.

170 Bv. inzake mededingingsrecht, zie Gillaerts 2016-2017, p. 1209, nr. 21; Gilliams & Cornelis 2007, p. 18, nr. 24-26.

lijke handhaving regelmatig de middelen zullen ontberen, in tegenstelling tot de publiekrechtelijke handhaving (*supra*, paragrafen 2 en 3).

6.2 Invloed op het niveau van de schadebegroting

Hierboven is aangestipt hoe de schadebegroting complex kan zijn, ten nadele van de vooropgestelde integrale schadeloosstelling van de benadeelde. Het valt dan ook te verwachten dat partijen (en rechters) in de toekomst steeds vaker zullen teruggrijpen naar instrumenten die een hulpmiddel vormen bij die schadebegroting.

De mededingingsrechtelijke praktijk bevat voorbeelden van nuttige instrumenten. Zo zijn een mededeling van de Commissie¹⁷¹ en een Praktische Gids¹⁷² relevant.¹⁷³ Richtlijn 2014/104/EU zet ook nadrukkelijk verder in op dergelijke instrumenten. Luidens artikel 16 verstrekt de Europese Commissie de nationale rechterlijke instanties richtsnoeren over de wijze waarop moet worden ingeschat welk deel van de meerkosten aan de indirecte afnemer is doorberekend.¹⁷⁴ Naast de vereisten van het doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel, moeten de mogelijke informatieasymmetrie tussen partijen alsook de hypothetische marktevolutie zonder de inbreuk worden onderzocht, hetgeen nooit exact kan gebeuren. Daarom moeten de rechterlijke instanties volgens de Unierechtelijke wetgever de omvang van de schade kunnen ramen op grond van algemene richtsnoeren op EU-niveau, opgesteld door de Europese Commissie omwille van de nodige samenhang en voorspelbaarheid.¹⁷⁵

Deze richtsnoeren beogen rechtbanken en partijen bij te staan met economische en praktische inzichten over de schadebegroting.¹⁷⁶ Lidstaten (en hun rechtelijke instanties) zijn niet gebonden door deze richtsnoeren.¹⁷⁷ Toch oefenen ze in het schadebegrotingsproces een grote invloed uit.¹⁷⁸ De Belgische rechtspraak verwijst bijvoorbeeld regelmatig naar deze richtsnoeren.¹⁷⁹

6.3 Convergentie doorheen rechtspraak over begrippenkader

Uit het voorgaande blijkt hoe de doorwerking kan gebeuren via verschillende wegen, zowel *hard law* als *soft law*, via regelgeving en rechtspraak. De rechtspraak van het Hof over de handhaving van het mededingingsrecht illustreert hoe de rechtspraak een belangrijke rol kan vervullen voor de samenhang dan wel convergentie tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, meer bepaald

171 Mededeling Commissie 2013, par. 19.

172 C(2013) 3440.

173 T. Bontinck, 'Droit de la concurrence: quelques étapes sur le chemin de la consécration du private enforcement en droit belge', *TBH* 2015, afl. 8, p. 800, nr. 60.

174 Zie ook overweging 42 Richtlijn 2014/104/EU.

175 Overweging 46 Richtlijn 2014/104/EU.

176 C(2013) 3440, par. 6; Mededeling Commissie 2013, par. 1.

177 C(2013) 3440, par. 7; Mededeling Commissie 2013, par. 2.

178 Verhulst 2024, 207, nr. 139.

179 Hof van beroep Brussel 28 oktober 2015, 2015/AR/95, *Jb.Markt*. 2015, p. 768; Rechtbank van hoophandel Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, afl. 2, p. 179; Nederlandstalige rechtbank van koophandel Brussel 24 april 2015, *TBM* 2015, afl. 3, p. 220.

op het niveau van het begrippenkader. Het bestaan van twee onderscheiden handhavingspistes – publiekrechtelijk en privaatrechtelijk – doet namelijk de vraag rijzen of bepaalde begrippen in beide pistes dezelfde invulling dienen te krijgen.

In de zogeheten *Skanska*-arrest heeft het Hof zich moeten uitspreken over het begrip ‘onderneming’. Het Hof oordeelt dat dit begrip in de zin van artikel 101 VWEU, dat een autonoom Unierechtelijk begrip is, in de context van de oplegging door de Europese Commissie van geldboetes (op grond van art. 23 lid 2 Verordening (EG) 1/2003) geen andere betekenis kan hebben dan in de context van vorderingen ter vergoeding van schade voor schending van de mededingingsregels van de Europese Unie.¹⁸⁰ De handhaving van het EU-mededingingsrecht hanteert bijgevolg een autonoom ondernemingsbegrip, zowel bij privaatrechtelijke als bij publiekrechtelijke handhaving.¹⁸¹

De precieze betekenis van dat autonome Unierechtelijke ondernemingsbegrip is daarmee evenwel nog niet uitgeklaard, ook niet in het kader van de publiekrechtelijke handhaving.¹⁸² Het is in het kader van een latere zaak van privaatrechtelijke handhaving dat het Hof tot nadere verduidelijking komt van de mogelijke aansprakelijkheid van verbonden vennootschappen, die bijgevolg ook voor de publiekrechtelijke handhaving van belang is. In het *Sumal*-arrest verduidelijkt het Hof dat de grondslag voor aansprakelijkheid gelegen is in de economische eenheid en dat elk onderdeel van die eenheid dus aansprakelijk kan zijn, zowel in opwaartse als neerwaartse zin.¹⁸³ Voor de beoordeling van de aanwezigheid van een economische eenheid geldt een verschillend, functioneel criterium voor de opwaartse aansprakelijkheidsuitbreiding (*i.e.* de aansprakelijkheid van de moeder-vennootschap voor de dochtervennootschap) dan wel neerwaartse aansprakelijkheidsuitbreiding (*i.e.* de aansprakelijkheid van de dochtervennootschap voor de moedervennootschap).¹⁸⁴

7 De meerwaarde van de samenloop

De duale handhaving kan zorgen voor een versnelde ontwikkeling van het recht. Zoals blijkt uit paragraaf 6, met de handhaving van het mededingingsrecht als concreet voorbeeld, kunnen beide handhavingsvormen immers van elkaar leren voor de verfijning van het begrippenkader, alsook voor de invulling van mededingingsrechtelijke regels en de toepassing ervan op de complexe feitelijke realiteit. De keerzijde – of beter: de voorwaarde voor het garanderen van die meerwaarde – is de coördinatie die eveneens hierboven reeds aan bod is gekomen (*supra*, paragraaf 5).

180 HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, r.o. 47 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*).

181 Verhulst 2024, p. 175, nr. 115.

182 Verhulst 2024, p. 181, nr. 121.

183 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 48 en 69 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*).

184 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 46 (*Sumal SL/Mercedes Benz Trucks España SL*).

Die rechtsontwikkeling kan, indien voortvloeiend uit eenzelfde bron op EU-niveau, ook de convergentie tussen het Belgische en het Nederlandse recht ten goede komen. De hiervoor beschreven richtsnoeren in mededingingszaken illustreren daarbij dat ook *soft law* relevant is. Verwijzingen naar die richtsnoeren duiken immers niet enkel op in de Belgische maar eveneens in de Nederlandse rechtspraak.¹⁸⁵ Op die manier dragen dergelijke richtsnoeren bij tot een toenadering van de verschillende rechtsstelsels.

De duale handhaving van het mededingingsrecht leert hoe EU-regelgeving ook ruimte kan laten voor divergentie. Zo creëert Richtlijn 2014/104/EU een opmerkelijk verschil in behandeling van beslissingen van toezichthouders van andere EU-lidstaten in vergelijking met deze van de eigen lidstaat.¹⁸⁶ Wanneer een nationale mededingingsautoriteit of beroepsinstantie een mededingingsrechtelijke inbreuk vaststelt middels een definitieve inbreukbeslissing, wordt de inbreuk geacht onweerlegbaar vast te staan voor de behandeling van een schadevordering krachtens de artikelen 101 en 102 VWEU of het nationale mededingingsrecht voor de nationale rechter van de lidstaat van die mededingingsautoriteit of beroepsinstantie.¹⁸⁷ Het bindende karakter van de definitieve inbreukbeslissing speelt alleen wanneer de beslissing genomen is door de (eigen) nationale mededingingsautoriteit. Wanneer de beslissing genomen werd door een mededingingsautoriteit van een andere lidstaat, moet deze minstens gebruikt kunnen worden als een *prima facie* bewijs van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan en desgevallend beoordeeld kunnen worden naast eventueel ander door de partijen aangevoerd bewijsmateriaal.¹⁸⁸ Sommige auteurs wijzen in verband met dit verschil naar de verschillende procedureregels en bewijsstandaarden.¹⁸⁹ Dat benadrukt het belang om oog te hebben voor meer dan enkel de gehandhaafde regel zelf.

8 De rol van de rechter en de *trias politica*

De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de toezichthouder in het licht van de burgerlijke rechter als rechterlijke macht treedt op de voorgrond in twee aspecten van de handhaving van het mededingingsrecht: het optreden van de Europese Commissie (of de nationale mededingingsautoriteit) als *amicus curiae* en de bindende werking van de publiekrechtelijke inbreukbeslissing.

8.1 *Amicus curiae*

Zoals voorzien in artikel 15 Verordening (EG) 1/2003 en artikel IV.88 WER kunnen de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten optreden als *amicus curiae* van nationale rechtscolleges die rechtstreeks werkend EU-mededin-

185 Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778, r.o. 4.14 (*Luchtvrachtkartel*);

Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780, r.o. 4.12 (*Luchtvrachtkartel*).

186 Devroe 2015, p. 18, nr. 42; Gillaerts 2016-2017, p. 1280, nr. 16.

187 Art. 9.1 Richtlijn 2014/104/EU, omgezet in art. XVII.82, § 1 WER.

188 Art. 9.2 Richtlijn 2014/104/EU, omgezet in art. XVII.82, § 2 WER.

189 Accarain & Waelbroeck 2015, p. 388-389.

gingsrecht toepassen. Daarop heerst kritiek,¹⁹⁰ die onder meer betrekking heeft op de scheiding der machten. De rol van de Europese Commissie leunt volgens sommigen immers meer aan bij de uitvoerende macht, maar als *amicus curiae* kan zij ook op de rechterlijke macht een invloed uitoefenen.¹⁹¹ Waar de Europese Commissie al verschillende functies combineert, namelijk regelgeving, uitvoering, onderzoek, vervolging en bestraffing, wordt luidop de vraag gesteld of het werkelijk nodig en gepast is dat de Europese Commissie daarnaast tussenkomt in nationale rechtscolleges.¹⁹² Daarbij mag echter niet worden voorbijgegaan aan de delicate taak van de Europese Commissie: het vinden van de juiste balans tussen het principe van het niet-inmenging in de uitoefening van de rechterlijke functie en de loyale samenwerking.¹⁹³

Daarnaast wijst de rechtsleer op het risico dat de Europese Commissie als *amicus curiae* een beleidsmatige agenda op nationaal niveau zou proberen door te drukken.¹⁹⁴ Wanneer de visie van de Europese Commissie verschilt van deze van het Hof, liggen bijkomende gevaren op de loer. Niet alle adviezen van de Europese Commissie worden gepubliceerd, zodat de rechtszekerheid in het gedrang komt. Daarnaast zouden partijen of rechtbanken kunnen forumshoppen tussen de rechtspraak van het Hof en de adviezen van de Europese Commissie. De procespartijen zouden daarnaast selectief de Europese Commissie kunnen verwittigen van hangende nationale procedures, waarin ze zou kunnen tussenkomen.¹⁹⁵

Voorts zijn vragen te stellen over de mate waarin de Europese Commissie voorafgaand aan haar advies als *amicus curiae* alle nodige informatie heeft.¹⁹⁶ Het advies zal bijvoorbeeld doorgaans voorafgaand aan de pleidooien worden verleend en op korte termijn. Verder is het van belang dat partijen kunnen reageren op de argumenten van de Europese Commissie om te vermijden dat hun rechten van verdediging in het gedrang zouden komen.¹⁹⁷ Dat is bijvoorbeeld naar Belgisch recht voorzien in artikel IV.88, § 1, vierde lid, WER.

Kortom, een kritische houding door de rechtbanken ten aanzien van het advies van de Europese Commissie lijkt op zijn plaats.¹⁹⁸ Anders dreigt de *amicus curiae* veeleer een ‘orakel van Delphi’ te worden.¹⁹⁹

190 Devroe 2002, p. 212, nr. 1, en 229-231, nr. 27-28; E. Wijckmans, ‘Noot onder het arrest van het hof van beroep Brussel (13 november 2014 – Kapitol – Magyar Telekom)’, *TBM* 2015, afl. 3, p. 210-211 (hierna: Wijckmans 2015).

191 Wijckmans 2015, p. 210.

192 Devroe 2002, p. 231, nr. 28.

193 Schurmans & Andrau 2006, p. 247, nr. 23.

194 B. Maes & F. Mourlon Beernaert, ‘L’intervention devant la Cour de cassation et l’*amicus curiae* en droit de la concurrence. Mythes ou réalités ?’, *RCJB* 2022, afl. 1, p. 65, nr. 22 (hierna: Maes & Bourlon 2022); Wijckmans 2015, p. 210.

195 Devroe 2002, p. 230-231, nr. 28.

196 Wijckmans 2015, p. 210-211.

197 Devroe 2002, p. 230, nr. 27.

198 Maes & Bourlon 2022, p. 65, nr. 22.

199 Wijckmans 2015, p. 211.

8.2 Doorwerking van een inbreukbeslissing

Hierboven is gewezen op de bindende werking van de publiekrechtelijke inbreukbeslissing (*infra*, paragraaf 6). Een deel van de rechtsleer uit daarbij bezorgdheden in het licht van de scheiding der machten.²⁰⁰ Zij wijzen op de spanning die lijkt te ontstaan met artikel 159 Gw., dat bepaalt dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen. Door artikel 9 Richtlijn 2014/104/EU (en de implementatie ervan in art. XVII.82 WER) lijkt het onmogelijk voor Belgische rechters om beslissing van de BMA, een administratief orgaan,²⁰¹ buiten toepassing te laten wanneer de beslissing niet met de wetten overeenstemt.²⁰² Ook artikel 6 EVRM en het vermoeden van onschuld worden in het spanningsveld betrokken²⁰³ en sommige auteurs twijfelen luidop aan de compatibiliteit van artikel XVII.82 WER met het principe van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.²⁰⁴ Zij gaan echter voorbij aan de mogelijkheid tot beroep tegen beslissingen van de mededingingsautoriteit.²⁰⁵

Andere auteurs bieden dan ook enige nuance. Zij maken een onderscheid tussen de beslissing en de inbreuk: enkel voor dat laatste bestaat voortaan een onweerlegbaar vermoeden.²⁰⁶ Dat volgt ook uit overweging 34 van Richtlijn 2014/104/EU. Bovendien leiden enkel *definitieve* beslissingen van de BMA tot een onweerlegbaar vermoeden van een inbreuk. Een definitieve inbreukbeslissing is krachtens artikel I.22, 11° WER een beslissing op grond waarvan het bestaan van een inbreuk op het mededingingsrecht wordt vastgesteld waartegen op grond van gangbare rechtsmiddelen geen of niet langer meer beroep open staat. Rechterlijke controle blijft dus mogelijk.²⁰⁷

In het verlengde van het voorgaande is de voormelde mededeling van de Europese Commissie uit 2004²⁰⁸ relevant. Wanneer de Europese Commissie in een bepaalde zaak vóór de nationale rechter een beschikking geeft, kan deze laatste geen beslissing nemen die indruist tegen die van de Europese Commissie. De bindende kracht van de beschikking van de Europese Commissie laat de uitlegging van het EU-recht door het Hof uiteraard onverlet. Indien de nationale rechter twijfelt aan de wettigheid van de beschikking van de Commissie, kan hij zich bijgevolg niet

200 Accarain & Waelbroeck 2015, p. 389-390; Devroe 2015, p. 17-18, nr. 42; J. Léonard, 'Le droit de la concurrence entre-t-il dans l'ère du private enforcement? La loi sur l'action en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence', *Competitio* 2018, afl. 1, p. 21 (hierna: Léonard 2018); Boularbah 2015, p. 294; B.J. Rodger, M. Sousa Ferro & F. Marcos, 'A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust Damages Directive in sixteen Member States', *MJEC* 2019, afl. 4, p. 495.

201 De vroegere discussie over de al dan niet bindende aard van een inbreukbeslissing van de BMA voor de burgerlijke aard hield precies verband met de kwalificatie van de BMA als administratieve autoriteit maar niet als administratief rechtscollege. Zie Gillaerts 2016-2017, p. 1210, nr. 24.

202 Boularbah 2015, p. 294, nr. 37; Accarain & Waelbroeck 2015, p. 389.

203 Adyns 2015, p. 310, nr. 29.

204 Accarain & Waelbroeck 2015, p. 389.

205 In België bij het Marktenhof als gespecialiseerde sectie binnen het hof van beroep Brussel, zie art. IV. 90 WER en art. 101 § 1 lid 4 Gerechtelijk Wetboek.

206 Léonard 2018, p. 21.

207 Léonard 2018, p. 21.

208 Mededeling Commissie 2004.

onttrekken aan de bindende kracht van deze beschikking, tenzij het Hof een arrest in tegengestelde zin wijst. Indien de nationale rechter overweegt een beslissing te nemen die indruist tegen die van de Europese Commissie, moet hij derhalve het Hof om een prejudiciële beslissing verzoeken.²⁰⁹

Kortom, de essentie lijkt te zijn dat de burgerlijke rechter nog steeds zijn rol kan spelen als rechterlijke macht. Hierboven is daarbij geschetst hoe burgerlijke rechters zichzelf manoeuvreerruimte geven om meer of minder gewicht aan inbreukbeslissingen van mededingingsautoriteiten te geven (*supra*, paragraaf 6).

8.3 De Europese Commissie als handhaver met twee petten

Tot slot past het om in te gaan op de situatie waarin een toezichthouder eerst optreedt als toezichthouder binnen de publiekrechtelijke handhaving en vervolgens als schadelijder in de privaatrechtelijke handhaving. Een voorbeeld van een dergelijke handhaver met twee petten is de Europese Commissie. In het kader van de handhaving van het mededingingsrecht staat zij mee in voor de publiekrechtelijke handhaving (resultierend in het opleggen van boetes), maar als vertegenwoordiger van de EU kan zij tevens optreden als schadelijder binnen de privaatrechtelijke handhaving (om vergoeding te vorderen voor schade geleden door de EU).

Het Hof heeft zich reeds over deze bijzonderheid gebogen in zijn *Otis I*-arrest.²¹⁰ Nadat de Europese Commissie een boete heeft opgelegd aan de betrokken ondernemingen als mededingingsautoriteit, vordert zij namens de EU een vergoeding van de schade die de EU heeft geleden. Het Hof bevestigt dat de grondrechten van de verwerende partijen moeten worden geëerbiedigd, maar volgt de ondernemingen niet in hun verweer dat er sprake is van een schending van hun recht op een eerlijk proces (vervat in art. 47 Handvest van de grondrechten van de EU).²¹¹ Het Hof wijst onder meer op het wettigheids-toezicht door rechterlijke instanties van de EU op de beschikking van de Europese Commissie, alsook op het feit dat de Europese Commissie in de desbetreffende zaak zich slechts baseert op informatie die beschikbaar is in de niet-vertrouwelijke versie van de inbreukbeschikking.

9 Toekomstgerichte wensen

Net zoals het Platform publiek- en privaatrecht in dialoog beoogt om een ruime blik te hanteren met oog voor de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, blijkt uit deze bijdrage de wens tot een soortgelijke ruime blik doorheen de thematiek van de duale rechtshandhaving. Het mededingingsrecht is daarbij een vruchtbare bron van inspiratie gebleken, waaruit lessen kunnen voortvloeien voor andere domeinen. Er mag echter niet worden voorbijgegaan aan de eigenheid van elk rechtsdomein.

209 Mededeling Commissie 2004, par. 13.

210 HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*).

211 HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, r.o. 37-77 (*Europese Gemeenschap/Otis NV e.a.*).

Met het ene oog op het overkoepelende handhavingsopzet gericht en het andere op de onderscheiden rol en verantwoordelijkheid van elke actor daarbinnen is een waardevolle toekomstvisie op duale handhaving mogelijk.

Dat houdt ten eerste in dat het privaatrechtelijke perspectief niet beperkt mag blijven tot individuele vorderingen tot vergoeding van schade veroorzaakt door inbreuken op de gehandhaafde regel. Ook stakings- en nietigverklaringsvorderingen zijn in deze bijdrage nuttig gebleken om enkele beperkingen van aansprakelijkheidsvorderingen te ondervangen, zonder het aansprakelijkheidsrecht te dwingen tot denaturatie. Daarnaast treden meer collectieve actievormen op de voorgrond, waarbij verenigingen en vertegenwoordigers (van groepen of individuen) een rol te spelen hebben.

Ten tweede is aandacht nodig voor de ruimere handhavingsdoelstelling om handhavingsleemtes en slechte koppelingen tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving te vermijden. Elke actor heeft daarbij zijn eigen rol en voornaamste focus, in het bijzonder qua belangen en remedies, maar steeds met de verantwoordelijkheid om oog te hebben voor de brug met de andere handhavingsmogelijkheden. Naast laagdrempelige acties zoals de verwijzing naar de mogelijkheid tot *follow-on*-schadevergoedingsvorderingen na een inbreukbeslissing binnen de publiekrechtelijke handhaving, of aandacht voor een mogelijke navolgende privaatrechtelijke handhaving bij de redactie van inbreukbeslissingen, zijn eveneens meer fundamentele vraagstukken aan de orde, zoals verjaringsrisico's, de toegang tot bewijsmateriaal, de bindende werking van inbreukbeslissingen ten aanzien van de burgerlijke rechter en de schorsing van burgerlijke procedures in het licht van publiekrechtelijke handhaving *in action*. Informatiedoorstroming is daarbij van groot belang, net zoals dialoog een centrale plaats heeft in het opzet van het Platform publiek- en privaatrecht in dialoog.

Tot slot is een laatste blikverruiming gewenst, na de brede blik op de privaatrechtelijke handhaving en op de handhaving van een bepaalde rechtsregel (of rechtsgebied) via de combinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving. Versterkingen van de privaatrechtelijke handhaving en van de aansluiting bij de publiekrechtelijke handhaving in een bepaald domein nopen tot reflectie over de resulterende verkokering van het (privaat)recht. Spill-over-effecten kunnen deels tegemoetkomen aan dit homogeniteitsprobleem. Niettemin blijft er een noodzaak tot grondige reflectie bij elke ingreep – wetgevend dan wel jurisprudentieel – over de effecten voor het recht als systeem.

Duale handhaving: afstemming en coördinatie, in het bijzonder in het kader van het Unierecht

Verslaglegging¹ door Margje Camps en Mariet Stiers

De zevende expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog met als doel het signaleren van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn, naast het onderzoeken van de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht van elkaar kunnen leren, een en ander voor en ook tussen Nederland en België.

Datum: 26 september 2025

Tijdstip: 13:00-18:00

Plaats: Grote zittingszaal van de Hoge Raad der Nederlanden, Korte Voorhout 8 te 's-Gravenhage.

Auteur-sprekers: Olha Cherednychenko (Nederland, privaatrecht), Erik Pijnacker Hordijk (Nederland, publiekrecht), Pieter Gillaerts (België, privaatrecht) en Janek Nowak (België, publiekrecht)

Moderatoren: Rob Widdershoven (voor Nederland) en Steven Verbeyst (voor België)

Verslaggevers: Margje Camps en Mariet Stiers

Verwelkoming en inleiding

Gerbrant Snijders, voorzitter meeting

De voorzitter van vandaag opent de meeting met een welkomstwoord aan alle genodigden.

Hij spreekt allereerst een dankwoord uit aan mw. mr. dr. Lidy Wiggers-Rust. Vanwege ziekte moeten wij haar helaas als onze buitengewoon kundige voorzitter missen, na het vele werk van inhoudelijke en organisatorische aard dat zij voor de expertmeeting van vandaag heeft verricht.

¹ De meeting is gehouden onder de Chatham House Rule. Wanneer een vergadering, geheel of deels, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld (de dagvoorzitter van het Platform, auteurs-sprekers en moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd).

Dineke de Groot, president van de Hoge Raad der Nederlanden

Dan geeft Snijders het woord aan Dineke de Groot, president van de Hoge Raad der Nederlanden. Zij benadrukt dat de expertmeeting van het Platform een belangrijk initiatief is voor het bevorderen van de rechtseenheid, zoals de Hoge Raad ook sinds 1838 doet. Ze spreekt uit dat het vanuit de volle breedte naar het rechtssysteem kijken alleen maar bemoedigd moet worden, zodat de rechtsgebieden niet te ver uit elkaar lopen. Dineke kan wegens andere verplichtingen helaas niet aan de expertmeeting deelnemen en betreurt dit. Zij wenst het Platform een productieve en fijne middag toe en benadrukt dat de Hoge Raad haar zalen graag aan het Platform ten gebruike stelt.

Gerbrant Snijders

De dagvoorzitter dankt de president voor haar inspirerende woorden en neemt het woord weer over. Hij trapt de expertmeeting af door een voorbeeld aan te halen waarin de kwesties die spelen bij een duale handhaving naar voren komen. Hij vertelt dat duale handhaving hem doet denken aan de *burenruzie* uit het *Zegwaard/Knijnenburg*-arrest uit 1982.² Deze zaak ging over een bedrijf dat last had van tuinafval op zijn terrein afkomstig van de burens.

Deze zaak laat zien dat er twee circuits te bewandelen zijn: privaatrechtelijk en publiekrechtelijk. De Hoge Raad maakte duidelijk dat een particulier die zijn buur wil corrigeren kan kiezen; wenselijk gedrag kan hij langs beide kanten (privaatrechtelijk en publiekrechtelijk) aanpakken, maar dit kan leiden tot toepassing van verschillende normen. Weliswaar lijken deze normen op elkaar, maar zij lopen toch uit elkaar vanwege de verschillende eisen van elk van beide rechtssystemen en de daarbij betrokken partijen. Het maakt de Uniewetgever doorgaans niet uit welke weg wordt bewandeld, zolang het maar goed gebeurt en de weg efficiënt is.

Gerbrant vermeldt de hoofdlijn die bij de voorbereiding van de dialoog uit de (concept)papers op basis van de vraagpunten voor de dialoog is getrokken:

- **In hoeverre zijn de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (on)voldoende geschikt en op elkaar afgestemd om hun kernfuncties (afschrikking respectievelijk compensatie) optimaal te kunnen vervullen, en hoe kan het beter?**

Hij introduceert Steven Verbeyst en Rob Widdershoven die als moderatoren zullen functioneren tijdens deze expertmeeting. Widdershoven introduceert de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke auteurs-sprekers vanuit Nederland en Verbeyst introduceert de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke auteurs-sprekers vanuit België.

2 HR 17 september 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4439, m.nt. J.R. Stellinga (*Zegwaard/Knijnenburg*).

Dialogoog

Rob Widdershoven, moderator Nederland

Widdershoven introduceert het eerste (tweeledige) thema dat op een slide achter de sprekers te zien is:

- I a) Wat zijn de kernfuncties van publiek- respectievelijk privaatrechtelijke handhaving en hoe zijn beide traditioneel van elkaar te onderscheiden wat betreft handhavingsbelang, -tijdstip en -instrumentarium?
- b) Welke ontwikkeling zien we in die tweedeling mede onder invloed van EU-recht/toezicht?

Hij benadrukt hierbij dat de privaatrechtelijke handhaving zich afspeelt tussen burgers onderling, terwijl de publiekrechtelijke handhaving in handen is van een toenemend aantal toezichthouders/regulatoren.

De vragen die zullen worden gesteld naar aanleiding van dit thema zijn onder meer: wat zijn nu de kernfuncties van beide rechtsgebieden? Hoe zit het met het onderscheid tussen beide? Is er wel onderscheid tussen beide gebieden, of is het toch minder scherp? Compensatie versus punitieve sancties, maar is dat onderscheid wel zo duidelijk?

Als eerste reageert Olha Cherednychenko en deelt haar inzichten als reactie op de eerste twee vragen.

Olha Cherednychenko, auteur-spreker privaatrecht, Nederland

Waar hebben we het nu precies over als we het hebben over duale handhaving? Zijn er nog verschillen tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving? Traditioneel is bestuursrechtelijke handhaving gericht op afschrikking en staat het algemeen belang daarin centraal. Toezichthouders maken bijvoorbeeld gebruik van boetes om ongewenst gedrag te bestraffen en ervoor te zorgen dat het gedrag niet terugkomt. Bestuursrechtelijke handhaving ziet toe op afschrikking en preventie. Deze gaan samen. Daartegenover staat privaatrechtelijke handhaving die traditioneel vooral gericht is op compensatie. Anders dan de publiekrechtelijke normstelling die overwegend *ex ante* van karakter is, geschiedt de privaatrechtelijke normstelling vaak *ex post*, nadat de schade al geleden is. Dat onderscheid is echter niet zo scherp. Met gebods- en verbodsacties kan privaatrechtelijke normstelling ook *ex ante* plaatsvinden met het oog op preventie en collectieve privaatrechtelijke acties kunnen ook ingesteld zijn in het algemeen belang (zie bijvoorbeeld de *Shell*-zaak³). Privaatrechtelijke handhaving en bestuursrechtelijke handhaving houden dus zich allebei steeds meer bezig met preventie en privaatrechtelijke handhaving krijgt soms ook een meer punitief karakter. Het Europese recht speelt daar een grote rol in want het erkent geen onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Dat

3 ECLI:NL:GHDHA:2024:2099.

heeft tot gevolg dat zowel publiekrechtelijke sancties als privaatrechtelijke remedies doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moeten zijn. Dat leidt soms zelfs tot een enigermate punitieve privaatrechtelijke handhaving (zie bijvoorbeeld de *Gratis Mobieltjes II*-zaak⁴). Dat is een korte schets van een vrij ingewikkelde situatie die we zien.

Erik Pijnacker Hordijk, auteur-spreker publiekrecht, Nederland

Publiekrechtelijke handhaving dient het algemeen belang en privaatrechtelijke handhaving dient het particuliere belang. De bloeiende kartelschadepraktijk van tegenwoordig heeft niet te maken met algemeen belang, maar met commercieel/individueel belang. Op een ander punt onderscheiden de twee zich qua klassieke functie, bij publiekrechtelijke handhaving is dat bestraffing en preventie door middel van afschrikking. Privaatrechtelijke handhaving legt de nadruk op compensatie. Preventie is echter ook bij privaatrechtelijke handhaving van belang. Zo kan men in kort geding procederen ter voorkoming van onrechtmatig gedrag. Waar toegang tot de toezichthouder bestaat, kan dit ertoe leiden dat men minder snel geneigd is om zich tot de burgerlijke rechter te wenden ter verkrijging van een voorlopige voorziening. Prof. Danny Busch beschrijft dit in een recent artikel over het financiële recht.⁵ De Europese wetgever heeft de nodige regelgeving vastgesteld om de effectieve handhaving van EU-recht op uiteenlopende deelonderwerpen te bevorderen en het Hof van Justitie van de Europese Unie doet met een extensieve uitleg van het effectiviteitsbeginsel het nodige om die effectieve handhaving verder te versterken. Dat kan leiden tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Zo ziet rechtspraak van de Unierechter over de uitleg van het effectiviteitsbeginsel in de context van consumentenbeschermingsrichtlijnen specifiek op B2C-relaties en is deze alleen binnen de context van die richtlijnen toepasselijk. Die rechtspraak kun je niet extrapoleren naar ieder beleidsterrein en iedere toezichthouder. De strekking van het effectiviteitsbeginsel is dat het bij afwezigheid van nadere Europese wetgeving niet onmogelijk mag worden gemaakt om je recht te halen. En het equivalentiebeginsel brengt mee dat het krijgen van compensatie of het inzetten van rechtsmiddelen tegen een schending van Europees recht niet moeilijker moet zijn dan een remedie tegen een overtreding van het nationaal recht (equivalentiebeginsel). De auteur-spreker is evenwel huiverig voor te vergaande oprekking van het effectiviteitsbeginsel.

Steven Verbeyst, moderator België

De evolutie geschetst door de Nederlandse auteurs-sprekers kent men in België wellicht ook, maar zijn er nuanceverschillen of voorbeelden die duiden waar de nuances liggen? De moderator stelt voor om te beginnen bij het publiekrecht.

4 ECLI:NL:HR:2016:236.

5 D. Busch, 'De complexe verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de financiële sector – doorwerking in driefvoud', *NTBR* 2023/23.

Janek Nowak, auteur-spreker publiekrecht, België

Het EU-recht is interessant om te bekijken, omdat men hier de interne markt wil realiseren. Aan het individuele consumentenbelang gaat men ook een publiek belang koppelen, zodat men uiteindelijk niet goed meer weet welk belang men nu juist aan het verdedigen is. De consument wordt beschermd door het algemeen belang (de markt) te beschermen, ook al is dat publiekrechtelijk. In rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie zie je dit in zaken over gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten opzichte van verloning en waar het Hof duidelijk zegt dat schadevergoeding een afschrikwekkende sanctie is. Die taal verbindt het privaatrechtelijke geschil met een publiekrechtelijke context. De auteur-spreker ziet het algemener, maar dit gaat voor mij niet zo ver dat het geheel aan privaatrecht aan het ‘publiceren’ is. In België zien we van die ‘publicering’ wel een enkel voorbeeld: de Brusselse energieregulator houdt zich met name in de energiesector bezig met de individuele remedie schadevergoeding ten opzichte van private partijen. Anderzijds treden toezichthouders terughoudend op terwijl ze preventief zouden moeten handhaven. Moet de Europese Commissie meer voorlopige maatregelen kunnen treffen? Die discussie speelt momenteel. In België zijn we van mening van wel.

Pieter Gillaerts, auteur-spreker privaatrecht, België

Hij wijst op de tendens dat het scherpe onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving vervaagt. Preventie en handhaving worden in België naar het aansprakelijkheidsrecht geduwd. Met de (vrij) recente hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) zien we dat steeds meer een preventieve functie aan het privaatrecht wordt toegekend. Hoewel dat jurisprudentieel al wel kon, is dit nu ook gecodificeerd.

Gillaerts denkt dat we zitten met een traditioneel onderscheid dat een complementariteit met zich meebrengt en waar ook remedies tegenover gezet zijn. Als we die evoluties zien: meer publiek belang via privaatrecht en omgekeerd. De publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke handhaving blijft wel nog steeds gestoeld op de bijhorende handhavingsapparaten. Ze vormen steeds meer communicerende vaten. Publiekrechtelijke handhaving zal in de toekomst wellicht meer op de voorgrond treden en het privaatrecht meer naar de achtergrond.

Daarnaast zien we in België heel geleidelijk aan ook meer collectieve vorderingen. Daarmee worden supra-individuele belangen behartigd. Zij dragen finaal bij aan de handhaving van de interne markt en dus aan bredere, collectieve doelen. Die instrumentalisering van het privaatrecht, waaronder het aansprakelijkheidsrecht, is iets waar we rekening moeten mee houden.

Wel moeten we voorzichtig zijn: we kunnen zien dat er vanuit het EU-niveau wordt ingezet op afschrikking, maar de vraag of dat ook effectief gebeurt, of dat dit effectief zo werkt, is voor hem geen juridische vraag. Dat is ook niet via rechtspraak op te lossen. Soms is er een verborgen punitief element binnen privaatrecht.

rechtelijke instrumenten. Hij is akkoord met de ruime tendens, maar er zijn toch wat nuances, waarover hij graag de dialoog wil voeren.

Rob Widdershoven

We zijn het op genuanceerde wijze met elkaar oneens, maar er is een ontwikkeling naar elkaar toe. Hoe kijkt de zaal hier tegenaan?

Dialoog

Vanuit de kring van experts bijt een Nederlandse deelnemer de spits af: denkend op de kernfuncties van publiek- en privaatrechtelijke handhaving ziet zij verschil tussen de preadviezen, kunnen ze zo theatraal tegenover elkaar gezet worden? Als haar stokpaardje noemt zij artikel 47 Handvest/effectiviteit van de handhaving. Als je artikel 47 Handvest als rationale neemt, gaat het dan niet om twee kanten van dezelfde medaille? Misschien een prikkel of afschrikking, misschien niet helemaal punitief, maar een prikkel om gedrag te vermijden. Ligt er niet meer nuance in?

Olha Cherednychenko

Olha dankt de sprekerster voor haar vraag. Compensatie en afschrikking zijn zeker met elkaar verbonden. Het is niet óf óf. Dat bedoelt zij ook niet. Compensatie is altijd de primaire functie van privaatrechtelijke remedies geweest. Daarvan kan echter ook een preventieve werking uitgaan. Maar afschrikking is niet de primaire functie van privaatrechtelijke remedies. Interessant is wel of die afschrikking, die door het Europees recht vaak wel van het nationale recht wordt gevraagd, betekent dat privaatrechtelijke remedies punitief moeten zijn en dus tot overcompensatie moeten leiden. Hierover bestaat nog onduidelijkheid.

De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over deze kwestie is niet helemaal eenduidig. Het Hof wijst bijvoorbeeld de afschrikwekkende functie van privaatrechtelijke remedies voor het schenden van de AVG af, terwijl voor een schending van het consumentenrecht het Hof juist de nadruk legt op afschrikking. Hoe zit het dan met de rechtseenheid in het algemeen? Houdt afschrikking altijd punitieve werking? De vraag is dus niet zozeer of privaatrechtelijke remedies zoals schadevergoeding ook een afschrikwekkend effect kunnen hebben, maar in hoeverre het Europees recht vereist dat privaatrechtelijke remedies punitief moeten zijn, en of dat wenselijk is. (Zie bijv. de *Gratis Mobieltjes II*-zaak.⁶)

Erik Pijnacker Hordijk

Waar komt het woord afschrikwekkend vandaan? Toen de auteur-spreker studeerde, kwam het alleen voor in de jurisprudentie van het Hof. Binnen het civiele recht was het geen gekende doelstelling en voegt de notie naar zijn mening ook niets toe. Bij de civielrechtelijke handhaving in de context van kartelschadeclaims,

6 ECLI:NL:HR:2016:236.

heeft het Hof zelf uitdrukkelijk overwogen dat er recht op compensatie moet zijn om de afschrikkende werking van het kartelverbod te versterken. Al die rechtspraak heeft echter niets veranderd aan wat er in Nederland al geldend recht was. Binnen het Nederlandse recht komt aan eenieder die schade lijdt recht op schadevergoeding toe, mits de vordering goed onderbouwd is.

Neelie Kroes heeft *double damages* voorgesteld in plannen voor de Richtlijn kartelschade. Dat idee komt vanuit de VS, waar je in kartelschadezaken zelfs *triple damages* kunt vorderen. Zowel de Europese wetgever als het Hof hebben dit idee afgewezen. Volgens het Hof verlangt het Unierecht niet dat een gelaedeerde meer compensatie kan claimen dan de daadwerkelijk geleden schade. Binnen het consumentenrecht zie je dat er toch iets van een punitief element kan zitten in compensatie, wat kan leiden tot overcompensatie. Je ziet dat bij de reeds besproken zaken over de mobieltjes: de consument kan ontbinding van de koopovereenkomst vorderen waarbij hij tegen inlevering van de inmiddels gebruikte mobiele telefoon de nieuwwaarde kan terugkrijgen, zodat de waardevermindering van een mobiel tijdens het gebruik ervan niet vergoed hoeft te worden. Maar dergelijke rechtspraak moet je niet veralgemeniseren.

Pieter Gillaerts

Rechtsbescherming moet volgens hem volledig zijn: preventief en curatief. Voor wat betreft de preventieve functie die in het aansprakelijkheidsrecht ligt, is er een evolutie en verschilt de invulling. Vroeger was het zo dat de preventieve werking geacht werd uit te gaan van de schadevergoeding die je zou moeten betalen indien je schade zou veroorzaken. Het probleem daarbij is dat er daarvoor natuurlijk wel eerst aantoonbaar schade moet zijn geleden. Oplossing: het wetboek staat nu ook een preventieve actie toe (in het ‘nieuwe’ artikel 6.40 van het Burgerlijk Wetboek). Dit laat toe om op te treden wanneer er schade *dreigt* te ontstaan (namelijk een aantasting voor de partij van een van zijn zaken of van zijn fysieke integriteit), met nog een aantal specifieke voorwaarden. Als je dit gaat inzetten als instrument *an sich*, dan verzelfstandigt deze sanctie zich.

Voorts zijn *punitive damages* vaak expliciet verboden, dus algemeen eisen dat het afschrikwekkende effect veralgemeend wordt naar een punitief karakter, zou een interne tegenstrijdigheid met zich meebrengen.

Tot slot is reflectie nodig over wie er aan zet is. De benadeelde zal om een aantal redenen wellicht niet zelf ageren. Dan moeten we andere organisaties ook toelaten om op te treden om de achilleshiel te verhelpen in de privaatrechtelijke handhaving.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer ziet zelf artikel 47 van het Handvest als een procedurele bepaling, de rechter moet rechtsbescherming kunnen verlenen. Dit staat los van de sanctie als materieelrechtelijke zaak.

Een andere Nederlandse deelnemer merkt op graag in te gaan op de vraag of privaatrechtelijke sancties afschrikwekkend zijn. Onder invloed van EU-regelgeving is er juist een scheiding in die zin dat bij privaatrechtelijke sancties de nadruk op compensatie ligt en publiekrechtelijke sancties punitief en afschrikwekkend zijn. Dat de twee functies zijn vermengd heeft te maken met het feit dat het Hof in de private consumentenrechtspraak publieke normen als afschrikwekkendheid hanteerde, omdat er op dat terrein nog geen toezichthouder was. Nu wordt wel voorzien in een publiekrechtelijke toezichthouder en kan het onderscheid tussen beide functies beter worden gemaakt. Dit zie je ook binnen het arbeidsrecht. Ook daar bestaat onderscheid tussen schadevergoeding en publieke sancties. Het zou best wel eens kunnen dat dit onderscheid in het EU-recht verder ontwikkeld wordt.

Een andere Nederlandse deelnemer merkt op dat het onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk bij de AVG heel duidelijk is te zien in de artikelen: schadevergoeding versus corrigerende maatregelen (herstel/punitief). Binnen die maatregelen bestaat onderscheid tussen herstelmaatregelen (bv. je moet nu je verwerking stoppen) en punitieve sanctie (bv. boete). Compensatie is voor degene die schade heeft geleden, dat ligt dan bij de rechter en is geen taak voor de toezichthouder in België.

Anderzijds ziet hij dat het AVG-toezicht weliswaar sterk publiekrechtelijk is, maar ook privaatrechtelijke elementen bevat. Zo kan voor de rechtmatigheidsvraag bijvoorbeeld een contract bepalend zijn. Om te beoordelen of de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is, moet er dan over de geldigheid van een contract worden geoordeeld.

Soms zijn er klachten tegen private bedrijven (zoals telecombedrijven). Burgers willen dan bijvoorbeeld inzage hebben in iets, of bepaalde gegevens laten verwijderen. Het oordeel van de gegevensbeschermingsautoriteit zal dan niet veel verschillen van het oordeel van een burgerlijke rechter. Er is een burger die klaagt en er is aan de andere kant een bedrijf dat bepaalde dingen zal moeten doen. Dit ondanks dat de Belgische Grondwet aan de gegevensbeschermingsautoriteit niet het recht toekent om als een burgerlijke rechtbank te oordelen.

Hij wijst er nog op dat de gegevensbeschermingsautoriteit enerzijds klachten behandelt, maar anderzijds ook handhavend optreedt naar aanleiding van eigen onderzoek naar een probleem in de samenleving of een bedrijf.

Een volgende Nederlandse deelnemer valt op dat er in de vraagstelling op de sheets staat dat de kernfunctie van het publiekrecht afschrikking is. Hij vraagt zich af of dit niet iets te beperkt is. In Nederland zie je dat de autoriteit in het algemeen belang optreedt ter afschrikking, maar toch zijn er ook naar hun aard privaatrechtelijke geschillen die worden uitgevochten bij de toezichthouder. Bijvoorbeeld vragen om handhaving jegens creditcardmaatschappijen (want er worden bepaalde kosten in rekening gebracht) of bijvoorbeeld in het omgevingsrecht waar burens kunnen optreden die naar de gemeente kunnen gaan en zeggen dat er iets in strijd is met de regelgeving. Als je in aanmerking neemt dat de publiekrechtelijke

telijke handhaving ook een functie kan hebben tussen private partijen, hoe kijken auteurs-sprekers daar dan tegenaan?

Olha Cherednychenko

Bij handhaving langs de publiekrechtelijke weg staat traditioneel vooral afschrikking centraal. Dat betekent echter niet dat de publiekrechtelijke handhaving alleen op afschrikking gericht is. Als je naar de genoemde voorbeelden kijkt, is het verschil met de privaatrechtelijke handhaving misschien inderdaad niet zo groot. In de gereguleerde sectoren wordt de bestuursrechtelijke handhaving wel voornamelijk geassocieerd met afschrikking. De Autoriteit Consument & Markt (ACM) bijvoorbeeld mag alleen handhaven in het algemeen belang en afschrikking is daarbij cruciaal.

Dialogoog

Volgens een Nederlandse deelnemer gaat het in de Wet handhaving consumentenbescherming (WHC) om de publiekrechtelijke handhaving van delen uit het BW. Daar gaat het dus om publiekrechtelijke handhaving van het privaatrecht. De toezichthouder streeft hierbij wel het algemeen belang na.

Bovendien wil hij tegenspreken dat het bestuursrecht primair op bestraffing is gericht. Oorspronkelijk ging het bij het bestuursrecht primair over vergunningverlening en dergelijke, de bevoegdheid om boetes op te leggen is er later gewoon bij gekomen.

Daarnaast is er het onderscheid tussen mededingingsrecht en financieel toezicht. Het mededingingsrecht is geen strafrecht (de hoge boetes daar worden niet strafrechtelijk gehandhaafd), maar deze handhaving is faciliterend voor benadeelden. Daar bestaat dus een grote samenhang tussen mededingingsrechtelijke boetes en het faciliteren van het privaatrechtelijke doel.

In het financieel toezicht worden die functies uitdrukkelijk uit elkaar getrokken en staan deze los van elkaar. Dit werkt niet automatisch door in privaatrechtelijke verbintenissen. De WHC maakt daarbij de vertaalslag door privaatrechtelijke normen uit het BW te gaan handhaven, maar voor de ACM moet voor handhaving sprake zijn van een aantasting van collectieve belangen. Het gaat hier dus om algemene belangen en niet om louter het particuliere belang. Dat is het natuurlijk: privaatrecht en private belangen versus publiekrecht en algemene belangen.

Erik Pijnacker Hordijk

We kennen specifieke preventie (gericht op een bepaalde overtreding ten opzichte van een bepaald slachtoffer) en generieke preventie (algemener). Als de ACM handelt op basis een klacht, is dat van belang voor de indiener van de klacht. Daar is niks op tegen. Deze handhaving blijft natuurlijk (mede) in het algemeen belang. Ook waar dit niet specifiek is voorzien: wat is nou vanuit algemeen belang nuttig en nodig?

Een eerste klacht bij de ACM ging over een paard dat niet meer behandeld kon worden door een bepaalde dierenarts, omdat deze was vertrokken bij zijn werkgever en niet direct bij een andere praktijk zijn werkzaamheden kon voortzetten vanwege een concurrentiebeding. Het publieke belang was hier ver te zoeken. Dat soort zaken zie we heden ten dage gelukkig niet meer.

Dialogoog

Een Belgische deelnemer haalt aan dat er een (schijnbare) overeenstemming lijkt te zijn over de kernfuncties van private en publieke handhaving. Toch heeft hij een eerder semantische vraag: gaat het niet over een *contradictio in terminis* wanneer we spreken over ‘private’ handhaving?

Bijvoorbeeld: we hebben in België in het privaatrecht op preventieve maatregelen een absoluut verbod: bijvoorbeeld als een krant een publicatie wil doen en je wil dat tegenhouden, dat is niet toegestaan door een private persoon en mag ook niet door een rechter, aangezien dat zou neerkomen op censuur. Dat is privaat, maar misschien ook publiek, want de rechter maakt deel uit van de overheid en heeft het instrumentarium van de overheid.

Wij nemen hier aan privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving te verbinden, maar is ‘handhaven’ niet automatisch een publiekrechtelijke kwestie? Ongeacht waar we het over hebben, want een deel van de overheid treedt op. Is daarom die verwatering die we aan het omschrijven zijn niet logisch? Een rechter heeft toch publiekrechtelijke middelen ter beschikking?

Steven Verbeyst

Daarmee komen we toe aan het tweede thema onder a):

II a) Hoe functioneren beide handhavingsmechanismen? Zijn zij op zichzelf naar hun aard voldoende geschikt of zijn er tekorten?

- Privaatrechtelijke handhaving
- Publiekrechtelijke handhaving

Janek Nowak

Eerste algemene punt: iedere functie van handhaving heeft een aantal plus- en minpunten. De vraag is of we de tekorten aan de ene kant willen invullen met positieve punten van de andere kant. Dat kan nuttig werken, maar is misschien toch niet altijd aangewezen. Een handhaver moet prioriteiten stellen en gaten laten. De vraag is dan of de privaatrechtelijke handhaving daar moet induiken.

Bijvoorbeeld bij consumentenrecht: de publieke handhaver zal niet altijd regels met betrekking tot onrechtmatige bedingen in de praktijk kunnen handhaven. Moet men dan overgaan tot handhaving door de rechter in het kader van burgerlijke procedures? Het Hof zegt ja, maar de auteur-spreker denkt dat mensen in de zaal daar een andere mening over kunnen hebben of deze zullen nuanceren.

Publiekrechtelijke handhaving kiest, en kan dus prioriteiten stellen. Over het prioriteit stellen van klachten is er een interessante zaak bij de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA). Bij de eerste biljartzaak stelde de BMA bijvoorbeeld dat de exclusieve sponsoringovereenkomst in strijd was met bepaalde regels, maar dat daar al rechtspraak over was, waardoor zij dat niet zouden opnemen en zei dus eigenlijk; ga maar naar de burgerlijke rechter.⁷ Omwille van prioriteit was er dus weigering van de zaak. Die zaak is uiteindelijk toch bij de BMA gekomen. Via het systeem van de *amicus curiae* heeft de voorzitter van de BMA zich alsnog moeten uitspreken over die zaak. De rechter heeft zich vervolgens volledig bij deze *amicus curiae* aangesloten. De complementariteit mag dus zeker ook worden genuanceerd.

Steven Verbeyst

Hij linkt deze discussie ook aan het aanbestedingsrecht. Zowel in België als in Nederland is er op dit vlak geen toezichthouder: privaatrechtelijke handhaving is voldoende. In Hongarije bestaat er wel een regulator (de publiekrechtelijke regulator heeft daar afspraken over bepaalde sectoren tegen corruptie). In België en Nederland is dat dus niet het geval, omdat private handhaving voldoende wordt geacht. Mocht deze alsnog onvoldoende blijken, dan zou publiekrechtelijke handhaving kunnen worden overwogen.

Pieter Gillaerts

Privaatrecht gaat uit van een bepaald subjectief recht toegekend door de wetgever. Als we dat handhaven moet het via de burgerlijke rechter. In die zin kom je ergens wel in een publiekrechtelijke context terecht omdat je bij de rechter komt, dus hij had in zekere zin wel gelijk, al mogen we dit niet veralgemenen.

Wat in beide gevallen naar voren komt: individualistische logica is de achilleshiel van het privaatrecht. Een individu voelt zich geschaad en kan vervolgens ageren. Het is en blijft dus wel het individu (of het collectief verband van individuen) dat moet optreden.

De gerechtelijke procedure duurt nogal lang, zeker in België, vandaar is er ook vaak ADR of aandacht voor arbitrage. Als je een gerechtelijke procedure pas na geruime tijd zou afronden — met het risico van de kosten die deze voor jou met zich kan brengen — dan is de vraag of de procedure wel voldoende soelaas biedt (rationele apathie).

De vraag is dan in welke mate dit speelt in publiekrechtelijke handhaving. Daar worden private belangen wel meegenomen, wetende dat die individuen wellicht problemen zullen ondervinden in het bekomen van hun schadevergoeding. Het is niet zo dat het algemeen belang altijd verschillend is van individuele belangen

7 HvB Brussel 24 januari 2024, 2021/AR/1802, punt 7, bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/2021AR1802%20KBBB.pdf.

in die zin dat je deze niet zou mogen meenemen. Het algemeen belang verhindert dat niet.

Tot slot, een koppeling naar de handhavingsleemte in het privaatrecht: hoe lossen we deze op? Via het publiekrecht? Het gaat om vragen zoals hoe ga ik de inbreuk bewijzen, waar vind ik informatie en stukken, en hoe begin ik aan de schadebegroting. Voor sommigen onder u misschien evident, maar niet voor de doorsnee burger. Publiekrechtelijke handhaving kan een grote rol spelen bij het oplossen van bedoelde problemen door het voortouw te nemen in het onderzoek en toegang tot dossiers en op die wijze de privaatrechtelijke handhaving te faciliteren.

U zal misschien denken dat het privaatrecht die mogelijkheden toch ook biedt, wat inderdaad steeds meer zo is. Bijvoorbeeld in het nieuwe bewijsrecht van België is nadrukkelijk ingezet op aandacht voor bewijsnood. We weten dat het qua bewijslast aan de benadeelde is, *bonne chance*, maar wanneer die in bewijsnood verkeert, slaagt die er niet in. Dan is de ultieme remedie dat de rechter de bewijslast kan omdraaien, maar dat is in de laatste orde met heel veel drempels (art. 8.4 lid 5 Nieuw BW). Dus als *ultimum remedium* mag de rechter de bewijslast omkeren – maar met strikte voorwaarden dus nog steeds een lat waar men over moet.

De vraag is daarnaast ook: hoe hoog leggen we de lat als burgerlijke rechter? Daar zien we dat de redelijke zekerheid als bewijsstandaard in sommige gevallen een waarschijnlijkheid zal worden (art. 8.6 Nieuw BW). Met de hulp van publiekrechtelijke handhaving valt over die lat wel heen te springen.

Beide handhavingsapparaten kunnen dus in aanvulling op elkaar werken.

Rob Widdershoven

Prioritering door de toezichthouder kan lastig zijn, zijn er nog andere problemen/tekorten?

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer denkt dat een mogelijk probleem schuilt in zaken omtrent persoonsgegevens. De Autoriteit Persoonsgegevens kent weinig zaken tegen grote verwerkers, omdat daarvoor een groot team met mensen nodig is. Voor mededingingsrecht in de EU geldt hetzelfde, zaken duren jaren. Dat leidt ertoe dat publiekrechtelijke toezichthouders slechts een paar zaken kunnen doorzetten. De toezichthouder kan veel, maar dat is puur theorie.

Erik Pijnacker Hordijk

Kartelprocedures duren lang, maar de Commissie is wel uitgerust om dat soort zaken met de nodige effectiviteit tot een goed einde te brengen. De financiële belangen over en weer zijn groot.

Hij is het ermee eens dat bij publiekrechtelijke handhaving de toepassing van het opportuniteitsbeginsel de zwakke stee is, maar wijst op de complementariteit van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving.

Bijvoorbeeld geschillen over verticale beperkingen kan je heel goed inleiden bij de civiele rechter omdat deze tot uitdrukking komen in contracten. De eisende partij heeft over het algemeen toegang tot bewijs om in elk geval ten minste *prima facie* aannemelijk te maken dat bedoelde bedingen mededingingsbeperkend zijn. Maar als het gaat om horizontale kartels, dan is het bewijsmateriaal moeilijk te vergaren voor de eiser, dan ben je vaak in de praktijk aangewezen op de mededingingsautoriteit (ACM). In hoeverre is het optreden van de ACM daarvoor noodzakelijk? In hoeverre zou de civiele rechter hier een doeltreffende rechtsingang kunnen bieden? Dat zou naar zijn mening een criterium moeten zijn voor de ACM om een zaak al dan niet in behandeling te nemen, maar dat is het nu niet. Bij toepassing van dat criterium zou de ACM wellicht meer zaken in behandeling moeten nemen.

Lacune is dat als de ACM een klacht afwijst, en de klager in bezwaar en vervolgens beroep gaat, daar veel tijd overheen gaat. Oordeelt de rechtbank uiteindelijk dat de ACM er nog eens goed naar moet kijken dan is het kalf intussen niet alleen verdronken, maar ook vergaan. Rechtsbescherming kan alleen effectief zijn als zij ook voldoende snel is.

Dialogoog

Een Belgische deelnemer merkt op dat waar het hiervoor over mededingingsrecht (macro-economie) ging, houdt hij zich vooral bezig met oneerlijke bedingen. Hij wil toevoegen dat er een dubbel doel is: oneerlijke bedingen zijn schadelijk voor de consument, maar ook voor de economie. Daarom moeten volgens de EU al die sancties doeltreffend, afschrikkend etc. zijn. Als er geen optreden zou zijn van de Federale Overheidsdienst (FOD) Economie, dan zou de richtlijn geen effect hebben. Heel het discours is niet beperkt tot consumentenrecht, je hebt verschillende andere Europese instrumenten. Daar was bv. discussie of er een handhavingsinstantie moet zijn die doeltreffend, afschrikkend en evenredig optreedt? Hij meent dat er voor dergelijke belangen toch wel publiekrechtelijke instanties nodig zijn die optreden.

Een Nederlandse deelnemer is opvallend dat hoe de verschillen ook zijn, de handhavingssystemen groeien naargelang van nationale tradities. Op het punt bijvoorbeeld waarop voor de publiekrechtelijke handhaving de nadruk wordt gelegd, zijn er grote verschillen. Het effect wordt gemeten hoe zo'n construct uitpakt. Zij denkt dat de ambtshalve *ex post* toepassing wel goed uitpakt. De balans: wie maakt deze op en wie controleert deze?

Olha Cherednychenko

Waar we rekening mee moeten houden is dat de onafhankelijkheid van de toezichthouders steeds meer onder druk komt te staan. Politieke druk op de *Federal Reserve* in de VS is daar een treffend voorbeeld van. Die trend is zorgwekkend. In het huidige geopolitieke klimaat is het ook de vraag in hoeverre de Europese Com-

missie bereid is om de Digital Services Act (DSA) en andere EU-wetgeving voor de digitale economie te gaan handhaven tegen bedrijven in de VS. Dat onderstreept het belang van privaatrechtelijke handhaving. Maar die kent natuurlijk wel obstakels, zoals toegang tot het bewijsmateriaal.

Zonder vaststelling van de overtreding door de toezichthouder en zonder toegang tot het bewijsmateriaal dat de toezichthouder in zijn onderzoek heeft verkregen, is het in vele gevallen lastig voor gedupeerden om een overtreding te bewijzen. Denk bijvoorbeeld aan schendingen van de Artificial Intelligence Act (AI Act). Daarnaast hebben toezichthouders op grond van het bestuursrecht vaak strenge geheimhoudingsplichten. In het financiële recht bijvoorbeeld rusten die op de AFM en DNB uit hoofde van de Markets in Financial Instruments Directive II (MIFID II). Daardoor is het bijna onmogelijk voor gedupeerden om het bewijsmateriaal uit het onderzoek van deze toezichthouders te verkrijgen.

Een andere belemmering voor privaatrechtelijke handhaving wordt gevormd door de civiele verjaringstermijnen die niet afgestemd zijn op bestuursrechtelijke procedures met betrekking tot dezelfde overtreding.

Rob Widdershoven

We gaan het na de pauze nog hebben over problemen in de *trias politica* als gevolg van duale handhaving. Nu is het eerst pauze tot half vier.

Pauze

Steven Verbeyst

Steven Verbeyst heet iedereen welkom terug in de zaal en benoemt dat we hebben gesproken over de tekorten van de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving en nu toekomen aan het tweede deel van thema II:

II b) Is de onderlinge afstemming tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving toereikend?

Hiervoor gaan we even kort naar de auteurs-sprekers om vervolgens naar de experts in de zaal te gaan, want zij zijn er immers dag in dag uit mee bezig.

Pieter Gillaerts

Pieter geeft graag een aanzet tot verdere discussie. Vooreerst is er volgens hem nood aan coherentie. Wat doen we met toegang tot bewijsmateriaal? We kunnen kijken naar het dossier dat bij de autoriteit ligt, maar die toegang is beperkt omwille van de eigen logica van de handhaving via die toezichthouder. Zo zijn er ook de clementieverzoeken: soms wat verliezen om wat meer te winnen. De privaatrechtelijke handhaving moet dus rekening houden met de publiekrechtelijke handhaving die niet volledig ten dienste van die privaatrechtelijke handhaving kan staan. Anders ga je door het een te versterken, het andere te veel verzwakken.

Ten tweede: in de zaken waar een mededingingsautoriteit een bindende beslissing neemt, wat doet de rechter daar dan mee? De Belgische rechter doet daar soms een beetje te veel mee, soms te weinig. Zo wordt de beslissing van de autoriteit soms wat beperkt gelezen: als de beslissing niets zegt over een bepaald punt of aspect, dan ziet de rechter daarin bewegings- of beoordelingsruimte. Omgekeerd, zal de rechter uit de beslissing soms toch nog een antwoord of een vermoeden afleiden over een punt dat niet echt behandeld is door de mededingingsautoriteit.

Janek Nowak

Afstemming is volgens hem een interessant gegeven. Via ‘het *Consumer Protection Cooperation Network*’ heb je naast publieke handhaving soms ook private handhaving. In navolging van een recent onderzoek inzake het AdBlue-schandaal, is een schikking onderhandeld door de betreffende autoriteiten en een schikkingsvoorstel opgesteld. Vervolgens kon hierop worden ingetekend door de consumenten. In zo’n geval gaan beide handhavingssystemen hand in hand.

Daarnaast geeft hij aan dat er soms ook een gebrek aan afstemming is, bijvoorbeeld in het kader van onrechtmatige gegevensbescherming bij arbitrage. Hij denkt aan een geval waarin gegevens onrechtmatig waren verkregen volgens de Gegevensbeschermingsautoriteit. De betreffende partij kon die gegevens als gevolg daarvan niet meer gebruiken, ook niet in een arbitrageprocedure, omdat deze onrechtmatig waren verkregen. Er is ook al ongepubliceerde rechtspraak die hetzelfde doet ten aanzien van het gebruik van bewijs in gerechtelijke procedures. Daarbij wordt het gegevensbeschermingsrecht gebruikt om de (on)rechtmatigheid van verkregen bewijs te toetsen. In burgerlijke zaken geldt voor de evaluatie van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs echter een ander referentiekader, namelijk de Antigoonrechtspraak inzake onrechtmatig verkregen bewijs.⁸ Daarbij mag het bewijs gebruikt worden tenzij dit het EVRM zou schenden.

Voorgaande is dus een voorbeeld van hoe eenzelfde problematiek op een andere manier wordt benaderd, en met mogelijk andere uitkomsten.

Olha Cherednychenko

Volgens haar is er momenteel geen voldoende afstemming tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures.

Ten eerste zijn civiele en bestuursrechtelijke procedures onvoldoende op elkaar afgestemd zodat privaatrechtelijke handhaving kan worden gefaciliteerd. Zo kan bijvoorbeeld de toegang tot het bewijsmateriaal dat de toezichthouders in hun

8 De zogenaamde ‘antigoonleer’ ontleent haar naam aan het arrest van het Belgisch Hof van Cassatie van 14 oktober 2003, waarin het oordeelde dat onrechtmatig verkregen bewijs onder bepaalde voorwaarden kon worden gebruikt. Deze zaak had betrekking op het strafrecht. Zie: Cass. (BE), 14 oktober 2003, P.03.0762.N, ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20031014.18. In een arrest van 14 juni 2021 deed het Belgisch Hof van Cassatie uitspraak over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken. Dit arrest wordt daarom gezien als de intrede van de antigoonleer in burgerlijke zaken. Zie: Cass. (BE) 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.2.

onderzoeken hebben verkregen, voor gedupeerden kunnen worden vergemakkelijkt.

Ten tweede vindt er nog geen afstemming plaats tussen civiele rechters enerzijds en toezichthouders en bestuursrechters anderzijds bij de samenloop van bestuursrechtelijke sancties en privaatrechtelijke remedies in geval van eenzelfde overtredding.

We hadden het al over de opkomst van punitieve privaatrechtelijke remedies. Maar hoe zit het dan met afstemming tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving indien zowel een bestuurlijke boete als een bestraffende privaatrechtelijke remedie wordt opgelegd aan de overtreder? Kan dat? Is dat niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel?

Zo'n cumulatie van punitieve rechtsmiddelen kan natuurlijk afschrikwekkend werken, maar zo'n effect kan ook overmatig afschrikken en dus potentiële negatieve gevolgen hebben voor innovatie en concurrentie. Dit zou het gevolg kunnen zijn als we zowel langs de bestuursrechtelijke als de privaatrechtelijke weg zouden gaan handhaven en de overtreder daardoor onevenredig zwaar wordt getroffen.

Hoe kunnen we dat voorkomen? Aansluitend op wat betrokkene eerder vandaag zei: het Hof kan hier een belangrijke rol spelen. Het Hof heeft namelijk de afschrikwekkende functie van privaatrechtelijke remedies aangenomen toen er nog geen afschrikwekkende bestuursrechtelijke sancties bestonden. Maar wat we nu bijvoorbeeld op het gebied van het consumentenrecht zien is dat het Hof de nadruk legt op afschrikking via privaatrechtelijke remedies, maar dat het tegelijkertijd terughoudend is om enige coördinatie tussen zo'n remedies en bestuursrechtelijke sancties te bewerkstelligen. Het Hof handhaaft daarmee de huidige scheiding tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures. Het is de vraag of dat wenselijk is.

Erik Pijnacker Hordijk

Schadevergoeding is volgens hem puur compensatoir, niet punitief. Hij stelt dat we punitieve schadevergoeding eigenlijk niet moeten willen. Dit betekent immers overcompensatie van de claimant, wat leidt tot strategisch gedrag: consumenten die niet-gerechtvaardigde claims gaan indienen.

Dit zal uiteindelijk alleen maar leiden tot kostenverhoging voor de burger die géén gebruik maakt van deze strategische sancties omdat de kosten van punitieve schadeclaims doowerken in de kosten en uiteindelijk ook zullen doorwerken in de verkoopprijzen van de leveranciers.

Als de leverancier fouten heeft begaan die bestraft moeten worden, dan moet de publiekrechtelijke weg worden bewandeld.

Rob Widdershoven

Dus er zijn (nagenoeg) geen punitieve private sancties en derhalve hoeven private sancties niet op publieke sancties te worden afgestemd?

Dialogoog

Volgens een Nederlandse deelnemer is de burgerlijke rechter in Nederland gebonden aan uitspraken van de bestuursrechter over de geldigheid van besluiten. Die afstemming zit daarmee wel goed.

Afstemming suggereert alsof je samen iets gelijktijdig doet. Zo gaat het in de praktijk bijna nooit. In de praktijk wordt bijvoorbeeld eerst de boete opgelegd door de toezichthouder en dan pas volgt er een schadevergoedingsclaim. In het normale geval kan de toezichthouder dus nog geen rekening houden met de schadevergoeding. Hij kan wel, als er alsnog schadevergoeding wordt betaald door een inbreukmaker, dat zien als een verzachtende omstandigheid en dus de boete verlagen. Maar vervolgens kan de burgerlijke rechter ook geen rekening houden met de misschien al hoge boete.

Een andere Nederlandse deelnemer merkt op dat door hoogste rechters wordt voorkomen dat wettelijke normen op verschillende manieren worden uitgelegd. Hij kent eerlijk gezegd, behalve de SGP-zaak, geen voorbeelden van een verschillende uitleg door de rechters.

Misschien wordt op op een ander soort afstemming gedoeld? Tussen autoriteiten wellicht? De vraagstelling veronderstelt bijna dat er geen afstemming tussen rechters zou zijn. Anderzijds wordt het nu gepresenteerd alsof er zelfs te veel wordt samengewerkt. Maar het gaat over de afstemming tussen publieke sancties en private sancties.

Misschien wordt het probleem iets te veel top-down beredeneerd. De rechtzoekende heeft toch vaak een keuzemogelijkheid? Hij/zij kan kiezen om naar de civiele rechter te stappen dan wel naar de toezichthouder. Dat lijkt hem een groot goed, maar of er sprake is van onderlinge afstemming, weet hij niet.

Volgens een andere Nederlandse deelnemer is coördinatie misschien een betere term. Dan gaat het voornamelijk over wie wat doet en de prioritering die plaatsvindt bij de toezichthouder. Het toezicht is met heel veel waarborgen omkleed. Er gaat een heel formeel proces aan vooraf. Dit is heel anders dan bijvoorbeeld bij een collectieve actie. Die wordt misschien wel jegens hetzelfde bedrijf voorbereid, waarbij dan privaatrechtelijke remedies worden ingeroepen.

Wat het punitieve karakter van privaatrechtelijke remedies betreft kunnen nietigheden nog harder uitpakken dan schadevergoeding. In geval van nietigheid komen we in het grijze gebied. Als die nietigheid dan ook nog eens heel makkelijk te bekomen is, dan heb je wel wat overlap. Dan heb je wel de vraag van wie wat aanpakt en hoe gaan we dat dan afstemmen. Bij publiekrechtelijke handhaving

zijn er heel wat regels die in acht moeten worden genomen, zoals boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden. Dit werkt dus heel anders dan bij privaatrechtelijke handhaving en kent wel het afstemmingsprobleem.

Een Belgische deelnemer wil nog even tussenkomen met betrekking tot de verhouding ten aanzien van het strafrecht. Hier mogen we zeker de Engel-rechtspraak⁹ niet uit het oog verliezen. Is de overtreding nationaalrechtelijk gekwalificeerd als publiek- dan wel privaatrechtelijk? Wat is de aard van de overtreding? Wat is de aard van de sanctie?

Als de civiele sanctie gelet op die criteria een criminal charge is, dan kan *ne bis in idem* spelen.

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat de burger in de praktijk veel obstakels ondervindt, zowel ex post als ex ante. Aan de ene kant heb je in het privaatrecht heel wat remedies bij de burgerlijke rechter, maar aan de andere kant heb je bij de toezichthouder weer andere remedies. De burger heeft alleen niet zoveel keuzevrijheid, het ligt dus wat genuanceerder.

Een andere Nederlandse deelnemer betwijfelt of privaatrechtelijke sancties een *criminal charge* kunnen zijn. Een civiel geschil is per definitie niet criminal.

Spreeker wijst verder op het onderscheid tussen mededingingsrecht en financieel toezicht. Bij dit laatste is het niet zo dat vergelijkbare private en publieke zorgplichten identiek worden ingevuld. Sterker nog: als een financiële instelling inbreuk maakt op de publieke zorgplicht is het niet zo dat dit per definitie leidt tot nietigheid van de overeenkomst. In het mededingingsrecht is dat anders. Daar heb je een inbreuk, een concurrent als belanghebbende bij de klacht en handhaving door de ACM. Sterker nog: als een particulier vraagt om handhaving bij de rechtbank dan is de vordering niet-ontvankelijk. Want je bent, zo merkt hij op, geen belanghebbende.

Dat is het verschil tussen beide rechtstakken.

Rob Widdershoven

Soms wordt in het bestuursrecht wel rekening gehouden met het feit dat er ook een private sanctie komt. Zie artikel 13b Opiumwet. Na de sluiting van een woning door de burgemeester wegens drugshandel volgt vaak ook nog de opzegging van de huur van de dader door de verhuurder/corporatie. Bij de evenredigheidstoetsing van de sluiting speelt die civiele sanctie een rol.

⁹ De 'Engel-criteria' verwijzen naar de criteria die het EHRM gebruikt om te bepalen of iets (vereenvoudigd gesteld) een straf uitmaakt in de zin van het EVRM. Deze criteria deden hun intrede in de rechtspraak van het EHRM in een gelijknamig arrest (EHRM (Grote Kamer) 8 juni 1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, *Engel e.a./Nederland*). Deze criteria spelen niet alleen een rol om te beoordelen of iets een (straf)vervolgung uitmaakt in de zin van artikel 6 EVRM, maar ook voor de beoordeling van het begrip 'straf' in de zin van artikel 7 van het EVRM en het begrip 'strafrechtelijke procedure' in de zin van artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM (m.a.w. het *ne bis in idem*-beginsel).

Dialoog

Een Nederlandse deelnemer wil iets opmerken over de rol van het EU-recht. Overdreven gesteld, had ze na lezing van de papers van Olha en Erik het idee dat beiden van verschillende planeten komen. Als ze zou moeten kiezen, zou ze bij Erik intrekken omdat hij in zijn benadering van het EU-recht meer een rode lijn trekt. Olha vindt dat er meer secundaire EU-wetgeving zou moeten komen om te helpen met coördinatie. Dat vindt zij geen goed plan, omdat de lidstaten dat zelf kunnen regelen. Dat is beter omdat de situatie per lidstaat heel erg kan verschillen. Als je dat uniform wil regelen, dan is het einde zoek.

Olha Cherednychenko

Met betrekking tot de opmerking van de laatste spreker verduidelijkt ze dat ze niet pleit voor een verregaande harmonisatie van de coördinatie tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving door de EU. De verschillen tussen de lidstaten zijn daar inderdaad te groot voor.

Tegelijkertijd kan het EU-recht wel een rol spelen bij het bevorderen van de coördinatie tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures op nationaal niveau. Zo voorzien de Kartelschaderichtlijn en de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) bijvoorbeeld al in de coördinatie tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures. Dit geldt eveneens voor de Omnibus-richtlijn, die lidstaten eigenlijk aanspoort om zelf tot coördinatie te komen tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmechanismen.

Op sommige terreinen wordt de coördinatie tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures dus al bevorderd door de EU-wetgever. Het Hof kan hierin ook een belangrijke rol spelen. Het Hof is dan natuurlijk wel afhankelijk van de bereidheid van nationale rechters om hem prejudiciële vragen over de samenloop tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving voor te leggen.

Waarom is de Europese harmonisatie op dat terrein nodig? Omdat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in sommige landen nog altijd heel scherp is. In Nederland heb je (het streven naar) convergentie tussen publiek- en privaatrecht, maar in Duitsland bijvoorbeeld bestaat er nog een heel strikt onderscheid tussen beide. Dat leidt er bijvoorbeeld toe dat de bestuursrechtelijke normen die privaatrechtelijke verhoudingen tussen financiële ondernemingen en hun cliënten beheersen, geen doorwerking vinden in het privaatrecht. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht staat ook in de weg aan een betere afstemming tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures. Het EU-recht zou dit kunnen doorbreken. Maar ook in Nederland en België kun je nog meer nadenken over de vraag hoe je toch tot een betere coördinatie tussen beide procedures zou kunnen komen.

Rob Widdershoven

Dan komen we nu toe aan het derde thema:

- III Is – waar nodig – verbetering van één en/of ander denkbaar en zo ja, hoe?**
- **mogelijke verbeteringen voor geschiktheid privaatrechtelijke respectievelijk publiekrechtelijke handhaving**
 - **mogelijke verbeteringen voor onderlinge afstemming**

Pieter Gillaerts

Het antwoord op deze vragen is volgens de spreker afhankelijk van wat we als probleem zien. Voor hem is waar we over moeten nadenken – op welk niveau we dat ook bekijken – dat we keuzes consequent moeten maken. Bijvoorbeeld: moet ik de mogelijkheid geven aan individuele gelaedeerden om met hun acties te wachten tot het publiekrechtelijke onderzoek beëindigd is? Met andere woorden, moet ik kunnen wachten als consument tot de toezichthouder uitspraak heeft gedaan? Dat lijkt een theoretische vraag, maar dat is het niet want de verjaring van hun vorderingen hangt hen boven het hoofd. Het Grondwettelijk Hof zegt inzake de handhaving van het mededingingsrecht dat dat te ver zou gaan.¹⁰ Ondertussen is dit in de Kartelschaderichtlijn aangepast. Voor hem is de discussie echter ruimer: waarom moet dat anders zijn in de andere sectoren dan het mededingingsrecht? Hij is geen expert in al deze domeinen, maar hij vindt dat we de vraag moeten stellen. We krijgen verkokering (met een Vlaams woord: ‘koterij’), zonder dat we dan het geheel nog kunnen zien. Wanneer we een aanpassing of oplossing krijgen in één domein, moeten we die dan kunnen doortrekken naar andere domeinen?

Volgens de rechtspraak inzake consumentenbescherming moet ik de mogelijkheid hebben om onrechtmatige bedingen aan te vechten. Stel dat ik als consument deels (on)gelijk krijg, wat dan met gerechtskosten? De burgerlijke rechter kan die dan gaan verdelen (art. 1017 lid 4 Ger.W.). Toch zegt recente rechtspraak dat er moet worden nagegaan of de consument door een proceskostenveroordeling niet te veel zou worden verhinderd om effectief zijn rechten te gaan handhaven.¹¹ De vraag daarbij is hoe ruim we die uitspraak mogen doortrekken. Moet dit doorsijpelen naar andere delen van het rechtssysteem?

Voor hem ligt de verbetering in nadenken over op welke vlakken we die verkokering accepteren en op welke vlakken niet. Dat zijn zaken die in een efficiënt en uiteindelijk één handhavingsapparaat nodig zijn.

10 GwH (BE) 10 maart 2016, nr. 38/2016, overw. B.14: ‘Uit hetgeen is vermeld in B.9 tot B.13 vloeit voort dat artikel 2262bis, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, door de benadeelde van een mededingingsinbreuk te verplichten om binnen de verjaringstermijn waarin die bepaling voorziet een rechtsvordering bij de burgerlijke rechter in te stellen voor de vergoeding van schade uit een mededingingsinbreuk, terwijl de administratiefrechtelijke handhavingsprocedure nog niet definitief is beëindigd, op onevenredige wijze inbreuk maakt op de rechten van de benadeelde.’

11 Hof van Cassatie 2 mei 2025, C.24.0131.N.

Janek Nowak

Verbetering hoeft niet noodzakelijk met regels gepaard te gaan. Het kan ook met een mentaliteitswijziging bij de toezichthouder, die rekening houdt met het feit dat er na een beslissing schadevergoedingsacties kunnen volgen en dat zijn beslissing kan gaan doorwerken in de burgerlijke procedure en relevant is vanuit privaatrechtelijk oogpunt.

Een voorbeeld gaat over de vertrouwelijkheid van documenten in mededingingszaken. De Europese Commissie heeft niet per se haast bij de beoordeling van de vertrouwelijkheid van haar beslissingen. Zo kan men al vijf jaar in een procedure voor de burgerlijke rechtbank zitten als de Europese Commissie tussenkomt om te zeggen dat ze nog steeds bezig is met de vertrouwelijkheid van haar beslissing te beoordelen. Binnen dit kader zou er dus meer rekening moeten worden gehouden met het feit dat publieke handhaving gecomplementeerd wordt met private handhaving en daar zou ook naar gehandeld moeten worden.

Olha Cherednychenko

Om ervoor te zorgen dat publiek- en privaatrechtelijke handhaving elkaar aanvullen moet de huidige scheiding tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures plaats maken voor de complementariteit tussen beide. Hoe komen we tot die complementariteit? We zien dat op het gebied van het mededingingsrecht al veel nagedacht is over de coördinatie tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving, meer in het bijzonder voor wat betreft de toegang tot bewijsmateriaal. De vraag is in hoeverre de Kartelschaderichtlijn als model kan dienen voor andere gebieden. Zie bijvoorbeeld artikel 9 van de Kartelschaderichtlijn. Volgens dit artikel is de nationale rechter gebonden aan de definitieve beslissing van de nationale toezichthouder waarin de overtreding van het mededingingsrecht is vastgesteld. Dat is een verregaande oplossing die we niet op andere gebieden zien. Specifieke regels om de bewijslast van de gedupeerde te vergemakkelijken zien we niet terug bijvoorbeeld in het consumentenrecht en het financiële recht waar coördinatie tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures nog in de kinderschoenen staat.

De vraag is dus in hoeverre het coördinatiemechanisme op het gebied van het mededingingsrecht als voorbeeld kan dienen voor andere rechtsgebieden, zoals het consumentenrecht en het financiële recht. Dit is een discussievraag, die we misschien kunnen bespreken.

Erik Pijnacker Hordijk

Hij heeft niet echt voorstellen op dit vlak. Hij vindt van de punten die worden voorgesteld dat ze binnen de Nederlandse context geen probleem vormen. Bijvoorbeeld de verjaringstermijn die je boven het hoofd hangt. Dat is in Nederland geen *issue* omdat je in Nederland de verjaring altijd kunt stuiten door een simpele brief, wat heel erg eenvoudig is. De Kartelschaderichtlijn is op dat vlak relevant voor België, maar voor Nederland niet.

Als het gaat over kartelschade dan zien we verder dat definitieve uitspraken van de nationale toezichthouder omtrent de vaststelling van een inbreuk op het mededingingsrecht, bindend zijn voor de burgerlijke rechter bij de beoordeling van schadevorderingen inzake die inbreuk. Zie hierover artikel 9 lid 1 van de Kartelschaderichtlijn.

Bij kartelschadeclaims worden de nationale rechters geconfronteerd met een inbreuk, waarbij ze economen gaan vragen om te berekenen wat de schade is. Daarvoor heb je geen bewijs uit het dossier van de toezichthouder nodig. Maar als je wil aantonen dat het kartel die schade helemaal niet kan hebben aangericht, dan moet jij zelf als gedaagde gaan aantonen dat dat niet zo is. Dus die gedaagde heeft er dan juist zelf belang bij dat hij kan putten uit het onderzoeksdossier van de toezichthouder

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat dit een mooi voorbeeld is van hoe het dan goed uitpakt. Het hangt er natuurlijk van af voor wie. Maar alleszins dat die coördinatie dan geen *issue* is. Bij bijvoorbeeld de Digital Services Act (DSA) en Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) — waar wel *iets* is opgenomen over schadevergoeding, maar niet zoveel — is het heel goed om naar het mededingingsrecht te kijken, maar het is wel een heel ander rechtsgebied en dus niet per se ook analoog toe te passen op andere sectoren.

Pieter Gillaerts

Hij vindt het fijn om van Erik te horen dat er geen problemen zijn in Nederland, maar vreest dat die er in België wel zijn, wat de verkokering illustreert, zodat hij blijft bij zijn vraag of we oplossingen uit de Kartelschaderichtlijn niet in algemene regels moeten overnemen?

Eenzelfde inbreuk-beslissing wordt soms zeer ruim en soms weer enger gelezen, al naargelang de burgerlijke rechter. Zo perfect functionerend lijkt hem dat dan toch ook niet.

Voor hem is de vraag wat we kunnen leren van de specifieke impulsen die vanuit het EU-niveau worden gegeven. Laat ons nadenken of we niet iets moeten bijsturen.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer is van mening dat de Kartelschaderichtlijn goed is uitgewerkt en wat hem betreft evenwichtig, maar niet per se transposeerbaar naar andere sectoren. De Europese Commissie wilde twee strijdbare beleidsdoelstellingen met elkaar verzoenen, maar het faciliteren van schadeclaims mocht niet ten koste gaan van het ‘leniency programme’.

Daarom is die richtlijn niet makkelijk door te trekken naar andere gebieden, bijvoorbeeld AI.

Een Belgische deelnemer wil graag nog even reageren op de vraag die eerder door een Nederlandse deelnemer naar voren werd gebracht met betrekking tot het punt waarom dit op Europees niveau geregeld zou moeten worden. Hij volgt de gedachte van de cruciale procedurele autonomie. Instigatie vormt vandaag wel degelijk het EU-recht. Data, energie, communicatie, enzovoorts. Daarvoor ligt misschien ook wel de verantwoordelijkheid bij de EU om een en ander niet volledig over te laten aan de lidstaten, zodat die eenheid er daar ook wel in zit. Dit is dus een zeer specifieke context.

Een Nederlandse deelnemer herinnert eraan dat specifiek bij de Belgische Gegevensbeschermingsautoriteit is gekozen voor een nauwgezet afstemmingsmechanisme tussen toezichthouders. Hier is er een prachtig systeem waarbij de uitleg van al die toezichthouders ongeveer hetzelfde moet zijn. Als ze het niet eens zijn over de uitleg, dan kunnen ze naar een *board*, die dan kan beslissen. Als ze via de civiele rechter gaan, dan is diezelfde afstemming niet gegarandeerd. Hij denkt dat we iets te makkelijk zeggen dat er eigenlijk geen probleem is. Hij heeft het nog nooit meegemaakt dat een civiele rechter gebonden zou zijn aan een beslissing van een toezichthouder.

Erik Pijnacker Hordijk

Dat is volgens hem een wezenlijk verschil tussen Nederland en België. In Nederland is elk definitief besluit van een administratie bindend voor de civiele rechter.

Gerbrant Snijders

Gerbrant herinnert eraan dat die gebondenheid van de burgerlijke rechter aan beslissingen van toezichthouders eigenlijk enkel voor belanghebbenden (in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)) bij die besluiten geldt. De kartelschaderichtlijn (art. 9 lid 1) is hier mogelijk ruimer, maar die bepaling geldt uiteraard ook voor België.

Als het gaat om de uitleg van het recht dan is er in Nederland tussen rechters consensus dat de uitleg van bestuursrecht aan de bestuursrechter is en wordt gevolgd door de civiele rechter, terwijl het andersom is als het gaat om het privaatrecht. Als het gaat om recht dat onder geen van beide rechtsgebieden of in het overlapdan wel overgangsgebied valt, dan achten beide rechters zich in beginsel vrij een eigen oordeel te vormen.

Erik Pijnacker Hordijk

In Nederland zie je heel duidelijk dat de civiele rechter de restrechter is en dat is een goed concept volgens hem.

Een ander concept is dat je bij de bestuursrechter enkel een voorlopige voorziening kan vragen in samenhang met bezwaar/beroep tegen een voor beroep vatbaar besluit van een bestuursorgaan. Dit betekent dat je dit dus niet kan in de

voorbereidingsfase van bestuurlijke besluitvorming. In dat geval kun je wel al naar de civiele rechter toe (als restrechter).

Hij verwijst ten slotte naar een aantal dergelijke zaken uit de jurisprudentie die hij besproken heeft in zijn conceptpaper.

Olha Cherednychenko

Het is zeker zo dat we de Kartelschaderichtlijn niet één op één kunnen doortrekken naar andere gebieden. De clementieregeling die daar een belangrijke rol speelt, is misschien iets wat specifiek is voor het mededingingsrecht, maar dat neemt niet weg dat de Kartelschaderichtlijn interessant is voor andere gebieden. Daar is immers al veel nagedacht over de problemen die ook op andere terreinen spelen. De problemen rondom de toegang tot bewijsmateriaal doen zich bijvoorbeeld ook voor in het kader van de EU-wetgeving voor de digitale markten, zoals de Digital Services Act (DSA) en de Artificial Intelligence Act (AI Act). Zonder het besluit of onderzoek van de toezichthouder kun je vaak niks als gedupeerde. Je weet vaak niet eens dat er een overtreding plaatvond en dat je gedupeerd bent. Dat is een probleem. Op dat punt kunnen we leren van de Kartelschaderichtlijn. En het gaat hier niet enkel om gevolgacties, maar ook om alleenstaande acties.

Pieter Gillaerts

Hij wil proberen een aantal dingen samen te brengen. Zo horen we van sommige deelnemers dat de beginselen op EU-niveau (zoals het effectiviteitsbeginsel en de algemene principes en regels in bepaalde EU-regelgeving) volstaan en dus passen we die toe op nationaal niveau. Dan is er evenwel de vraag over de doorwerking: is hier variëteit binnen de lidstaten? Denk bijvoorbeeld aan het mededingingsrecht. In principe is daar de definitieve inbreuk-beslissing van de toezichthouder bindend. Als hij kijkt naar de Belgische context, dan klopt dat voor een definitieve beslissing van de Belgische mededingingsautoriteit. Maar als het gaat om een beslissing van een toezichthouder van een andere lidstaat, dan vormt dit volgens het Belgische recht (en het EU-recht: art. 9 lid 2 Kartelschaderichtlijn) maar een begin van bewijs. Zijn we dan niet te veel aan het knabbelen aan het beginsel dat doorwerking zou vinden?

Wanneer moeten we elkaar volgen en wanneer niet? Waar vinden dat we over de landsgrenzen heen van elkaar kunnen leren en waar laten we ruimte voor eigenheid?

Rob Widdershoven

Als de beslissing van de toezichthouder van een land moet worden erkend als bewijs in een ander land, dan moeten ook de waarborgen voor bewijsvergaring gelijkwaardig zijn.

Erik Pijnacker Hordijk

Verordening 1/2003 (codificeert Masterfoods) maakte reeds verschil tussen de beslissing van de eigen toezichthouder en de toezichthouder van een andere lidstaat, die niet meer dan *prima facie* bewijs vormt. Dit is in feite een puur politiek besluit van de Europese wetgever geweest.

Een Nederlandse deelnemer wijst in dit verband op de welbekende bol.com zaak, waarbij een beslissing van de mededingingsautoriteit van een andere lidstaat geen begin van bewijs vormde, maar een *prima facie* presumptie, die bovendien ook niet zo maar te weerleggen is.

Een andere Nederlandse deelnemer merkt op dat in België de Gegevensbeschermingsautoriteit heel actief is. Ook heel veel NGO's kunnen klachten aanbrengen en die worden ook afgewikkeld. Er zijn ook prejudiciële vragen. Daar is dus een levendige claim-cultuur (of AVG-cultuur). Ze benadrukt dat ze de coördinatie qua begrippen binnen GBA in België een goede zaak vindt. In Nederland gebeurt dit volgens haar veel minder.

In de twee landen gebeuren er verschillende dingen op dit vlak. In Nederland heeft men de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) gemaakt, maar in België hebben ze een dergelijke regeling niet.

Een andere Nederlandse deelnemer vestigt nog de aandacht op een heel exotisch onderwerp. Hij verwijst naar de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) waar veel over te doen is, voornamelijk in Amerika, maar ook in de EU. De Europese Commissie heeft het perspectief dat we concurrerend moeten worden. Eén van de voorstellen voor de private handhaving was om te gaan kijken op welke punten we niet-naleving hebben en dus om een stukje van het recht te gaan harmoniseren. Daarna volgde evenwel weer een voorstel tot schrapping, waarbij dit dan toch aan het recht van de lidstaten werd gelaten.

Zijn vraag is of dat nu een wenselijke ontwikkeling is; waarbij je in eerste instantie in het EU-recht harmonisatie van privaatrechtelijke handhaving probeert te bereiken, maar — omdat je meer concurrerend moet worden volgens de Europese Commissie — dat dan toch weer schrapt?

Olha Cherednychenko

Zij vindt dit een interessante opmerking. Volgens haar past de schrapping van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid in de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) in een bredere trend waarin steeds vaker wordt afgezien van de harmonisatie van privaatrechtelijke remedies op het EU-niveau. Zo heeft de Europese Commissie bijvoorbeeld haar voorstel voor de AI Liability Directive recentelijk ingetrokken. De beoogde harmonisatie van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van AI-aanbieders gaat dus niet door. Nu zien we hetzelfde gebeuren met de CSDDD. Daar zit de lobby van de industrie die tegen de harmonisatie is, achter. De gedachte lijkt te zijn dat het in geval van harmonisatie voor gedupeerden mak-

kelijker zal worden om bedrijven aansprakelijk te stellen. Het argument van het *level-playing field* weegt daar niet tegenop.

Ze vraagt zich ook af of dit een wenselijke ontwikkeling is. Als de EU-wetgeving alleen de bestuursrechtelijke sancties harmoniseert, wordt de privaatrechtelijke aansprakelijkheid helemaal aan de lidstaten overgelaten. Maar zonder het harmoniseren van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid wordt het bijvoorbeeld heel lastig om AI-aanbieders aansprakelijk te stellen. Ze denkt dat dit wel een zorgelijke ontwikkeling is die we nu op Europees niveau zien.

Rob Widdershoven

We zijn nu aanbeland bij de problemen in verband met de *trias politica*.

Erik Pijnacker Hordijk

Hij vindt dat het Nederlands rechtstelsel goed functioneert. Vanuit dat perspectief is er belang bij harmonisatie van privaatrechtelijke remedies, met name om een *level-playing field* creëren. Juist omdat het vaak over grensoverschrijdende kartels gaat. Je wordt nu aangeklaagd in landen waar de regelgeving het best is voor de gelaedeerde.

Dat is een ongelukkige ontwikkeling. Harmonisatie is daarom juist ook voor aansprakelijkheid van belang.

Als professor staatsrecht wordt een Belgische deelnemer getriggerd door de vraag naar de *trias politica*. Vanuit functioneel oogpunt hebben toezichthouders heel vaak regelgevende bevoegdheden (regels maken en sancties opleggen). Het is interessant om na te denken over een eventueel bindend karakter van beslissingen van toezichthouders, juist ook vanuit de vraag of dat wel voldoende rechtsbescherming biedt.

Gerbrant Snijders

Hij wees er al op dat bedoeld bindend karakter in Nederland in het algemeen enkel voor belanghebbenden (in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)) bij die besluiten geldt. Hij denkt niet dat daar in het algemeen van een rechtsbeschermingstekort sprake is.

Janek Nowak

Brugel, de Brusselse energieregulator, heeft ook een geschillendienst die deel uitmaakt van de energieregulator en schadevergoedingen kan opleggen. Die procedure neemt eigenlijk (in eerste instantie) de procedure bij de burgerlijke procedure over. De Raad van State zegt dat dit oké is voor zover een beroep bij de burgerlijke rechter wel mogelijk blijft. Toch is dat volgens hem iets waar men ook vragen bij kan stellen. Hij ziet een probleem in het feit dat een bestuurlijke autoriteit met

de rechter bepaalde bevoegdheden gaat ‘delen’. Het is mogelijk wel efficiënter, hoewel ook de Geschillendienst van Brugel momenteel overbevraagd is...

Wanneer de toezichthouder als *amicus curiae* wordt betrokken in een procedure, wordt hij door de burgerlijke rechter naar ervaring gewoon gevolgd (dit is al eerder aan bod gekomen deze namiddag). De rechterlijke macht — die eigenlijk die toezichthouder moet controleren — volgt diezelfde toezichthouder dan dus eigenlijk met weinig kritiek. Hetzelfde gaat op voor de richtsnoeren van autoriteiten die worden gevolgd als ware het een bindende wet.

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat dit in Nederland analoog is te vinden, zie bijvoorbeeld de rechtszaak over ‘buy now pay later’.¹² De kantonrechter verwijst naar een rapport van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en gebruikte het rapport, ofschoon de AFM zich er niet mee bemoeide, dus de Nederlandse rechter voegde zelf het rapport toe aan de zaak.

Afsluiting

Rob Widdershoven

Het is de gewoonte dat onze voorzitter Lidy Wiggers-Rust aan het einde van expertmeetings een eerste samenvattende impressie geeft van hetgeen ten aanzien van de behandelde thema’s op hoofdlijnen is gevonden. Bij haar afwezigheid zal hij dit gaan doen, maar hij vindt dat wel een uitdaging. Hij zal dingen vergeten, maar we hebben gelukkig de verslaglegging.

Het ging vandaag over de duale handhavingsstructuur, met name onder invloed van het EU-recht. Een eerste vraag peilde naar wat de kernfuncties zijn. Bijvoorbeeld het algemeen belang bij publiekrechtelijke handhaving en het persoonlijk belang bij privaatrechtelijke handhaving, maar dit werd genuanceerd. Daarnaast was er het tijdstip: *ex ante* bij publieke handhaving en *ex post* bij private handhaving, maar daar hebben we het niet heel veel over gehad. Wel is uitvoerig gesproken over de vraag of de uitkomsten van de verschillende handhavingssystemen verschillend zijn. Bij publieke handhaving worden sancties toegepast die afschrikwekkend en punitief zijn, maar bij privaatrechtelijke handhaving is volgens sommigen ook sprake van een punitieve tendens. Over dit laatste wordt door anderen anders gedacht. Wellicht kunnen we wel stellen dat het privaatrecht wat afschrikwekkender wordt.

Hoe functioneren beide handhavingssystemen en wat kan er beter? Het bestuursrecht had beperkte problemen met prioritering. In het privaatrecht werd de verjaringstermijn als probleem genoemd. In Nederland vormde dit echter geen enkel probleem, maar in België wel. Het bewijs dan: technisch gaat het vaak om moeilijke zaken. Ook de schadebegroting is ingewikkeld. Voor ‘gewone’ burgers is dat problematisch. Hier valt misschien iets te leren van Nederland, want Nederland heeft een deel van die dingen wel opgelost. Er is een redelijk goed functionerend

12 ECLI:NL:RBMNE:2025:2054.

ADR en bovendien heeft Nederland de WAMCA. Vervolgens hebben we gediscussieerd over de vraag of er meer afstemming of coördinatie zou moeten zijn tussen het private en publieke handhavingsspoor en of die afstemming nationaal of op Europees niveau moet worden geregeld. In dit verband is gewezen op de Engel-criteria die wellicht ook relevant zouden kunnen zijn voor private sanctionering, zodat het ne bis in idem-beginsel grenzen zou stellen aan cumulatie van private en publieke sancties. Maar ook als die private sancties geen criminal charge zijn, is enige afstemming tussen beide sporen denkbaar. Verder is er afstemming tussen beide sporen in de Kartelschaderichtlijn, waarin geregeld is dat definitieve beslissingen van de toezichthouder (deels) bindend kunnen zijn in het civiele spoor (art. 9 lid 1)). De vraag die wel opkwam is of een dergelijke regeling ook niet moet worden ingevoerd op andere terreinen. Diezelfde vraag geldt voor andere zaken die geregeld zijn in de Kartelschaderichtlijn. Daarover waren de meningen verdeeld en niet iedereen was enthousiast over deze gedachte. Toch is het iets om te bekijken. Ten slotte zijn we toch nog bij de *trias politica* terechtgekomen. Op dit punt is er de toezichthouder met zijn vele petten: hebben ze er twee, drie of vier? Sommigen vinden dit best, anderen vinden het potentieel problematisch. Hetzelfde kan worden gezegd over de *amicus curiae*. Ten slotte ging het nog over een geschillenregeling bij een toezichthouder, in Nederland functioneert die niet echt, maar waarom weet hij eigenlijk ook niet. Rob bedankt de sprekers en nodigt iedereen uit voor de borrel.

Applaus voor sprekers

Platform publiek- en privaatrecht in dialoog

Deelnemerslijst expertmeeting van 26 september 2025

Nederland

- Mr. drs. C.T. (Charlotte) Aalbers, raadsheer College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb)
- Mr. J.L.W. (Hans) Aerts, senior raadsheer College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb), tevens staatsraad in buitengewone dienst in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
- Mr. D.L. (Daan) Barbiers, medewerker wetenschappelijk bureau Hoge Raad der Nederlanden
- Mr. J.P.M. (Jack) van Beers, advocaat Holla Legal & Tax
- Prof. mr. W.H. (Willem) van Boom, hoogleraar burgerlijk recht RUN
- Mr. dr. L.P. (Luc) Buitelaar, medewerker wetenschappelijk bureau Hoge Raad der Nederlanden
- Prof. dr. D. (Danny) Busch M.Jur. (Oxon.), hoogleraar financieel recht RUN
- Prof. mr. O. (Olha) Cherednychenko, hoogleraar public interests and private relationships RUG
- Mr. dr. J.M.L. (Anna) van Duin, universitair hoofddocent faculteit der rechtsgeleerdheid, afd. privaatrecht, UvA
- Mr. S. (Sebastiaan) Cnossen, advocaat Pels Rijcken
- Mr. B.J. (Berend) Drijber, advocaat-generaal parket Hoge Raad der Nederlanden
- Mr. D.A. (Diederik) van der Kooij, advocaat Houthoff
- Mr. G. (Guido) Koop, advocaat Loyens & Loeff
- Mr. H. (Hetty) ten Oever, medewerker wetenschappelijk bureau Hoge Raad der Nederlanden
- Prof. mr. C.M.D.S. (Charlotte) Pavillon, hoogleraar privaatrecht, i.h.b. consumentenrecht RUG
- Mr. Y. (Youri) Pluis, advocaat De Brauw Blackstone Westbroek
- Mr. E. (Erik) Pijnacker Hordijk, juridisch adviseur, voorheen advocaat bij Pels Rijcken / De Brauw Blackstone Westbroek
- Prof. mr. J.E.M. (Jaap) Polak, voorheen staatsraad Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tevens raadsheer in buitengewone dienst bij de Hoge Raad en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de universiteit Leiden
- Prof. mr. S. (Sacha) Préchal, oud-rechter in het Hof van Justitie EU, hoogleraar UU
- Prof. mr. P. (Pim) Rank, hoogleraar financieel recht universiteit Leiden en of counsel Nauta Dutilh
- Mr. E. (Ellen) Römken, teammanager bij de directie Juridische Zaken ACM
- Prof. mr. M.W. (Martijn) Scheltema, advocaat Pels Rijcken en hoogleraar civiel recht EUR

- Mr. G. (Gerbrant) Snijders, advocaat-generaal bij de Hoge Raad tevens advocaat-generaal voor het bestuursrecht
- Mr. dr. R. (Rogier) Stijnen, senior juridisch adviseur bij de Rechtbank Rotterdam
- Prof. dr. E. (Eric) Tjong Tjin Tai, hoogleraar burgerlijk recht Universiteit Tilburg
- Mr. dr. N. (Nikky) van Triet, hoofd kennisunit (WB) Raad van State
- Mr. V.A. (Veerle) van Waarde, promovenda aan de afdeling publiekrecht (Staats- en bestuursrecht) UvA,
- Prof. mr. R.J.G.M. (Rob) Widdershoven, hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat-generaal voor het bestuursrecht
- Mr. dr. J. (Jaap) Wieland, senior advocaat Stijl Advocaten

België

- Mevr. dr. Claire Buggenhoudt, advocaat Demos Public Law VOF
- Dhr. Paul Cambie, Federal public service Economy
- Dhr. Jan Devriendt, advocaat Aurion Law
- Dhr. dr. Pieter Gillaerts, KU Leuven, advocaat Quinz
- Dhr. Hielke Hijmans, voorzitter van de Geschillenkamer – lid van het Directiecomité Gegevensbeschermingsautoriteit
- Prof. dr. Cedric Jenart, prof. Universiteit Antwerpen
- Dhr. Jan-Baptist Lemaire, aspirant FWO – doctoraal onderzoeker KU Leuven, advocaat Loyens & Loeff
- Mevr. dr. Evelyne Maes, advocaat Aurion
- Dhr. dr. Janek Nowak, docent VUB, advocaat A&O Shearman
- Prof. dr. Frederik Peeraer, docent UGent
- Dhr. Eddy Storms, Eerste voorzitter Dienst voor het Bestuursrechtcollege
- Prof. dr. Steven Verbeyst, docent VUB
- Dhr. Brecht Vroonen, advocaat Aurion Law
- Prof. dr. Kurt Willems, prof. KU Leuven

Verslaglegging:

- Mr. M.A.L.M. (Margje) Camps, promovenda Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht
- M. (Mariet) Stiers, doctoraatsstudent UHasselt (onderzoekseenheid bestuursrecht en bestuurskunde)

Secretariaat:

Mr. drs. R. (Roosmarijn) Altink, assistent-secretaris Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door de financiële steun van de volgende sponsors van het Platform:

A&O SHEARMAN

AURION 

DE BRAUW
BLACKSTONE
WESTBROEK

 CSJ advocaten

holla
legal & tax

Kennedy Van der Laan
De heldere lijn

LOYENS  LOEFF PELS RIJCKEN

Stibbe

 VERBIST & VANLERBERGHE
OMEGA LAW

Het Platform is de sponsors zeer dankbaar voor hun bijdragen.

