

# 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.<sup>1</sup> 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 achtereenvolgens De Brauw Blackstone Westbroek en Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

Allereerst is er de door het Hof in arresten als *Simmenthal*<sup>2</sup> en *Factortame*<sup>3</sup> 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 *Francovich* het ‘beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden aangerekend’<sup>4</sup> afgeleid. Waar in zaken als *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur*<sup>5</sup> de nadruk ligt op de aansprakelijkheid van lidstaten voor de schendingen van het Unierecht, benadrukt het Hof in arresten als *Couragel Crehan*<sup>6</sup> en *Manfredi*<sup>7</sup> 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*<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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 (*Francovich* 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 ontleen. Die procedureregels<sup>10</sup> 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*,<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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 ontleen.' 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.<sup>13</sup> 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 (archaische) regels te bevatten die het, bijvoorbeeld, onmogelijk maken om voorlopige voorzieningen te verkrijgen tegen een Act of Parliament (*Factortame*)<sup>14</sup> of die het partijen bij een onwettige overeenkomst ten principale beletten om schadevergoeding te eisen van de contractuele wederpartij (*Courage/Crehan*).<sup>15</sup> 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,<sup>16</sup> 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*’.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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 1978<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

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,<sup>21</sup> 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,<sup>22</sup> geen geval bekend waarin het Hof heeft geoordeeld dat de toepassing van een regel van Nederlands recht onvereenigbaar is met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel.<sup>23,24</sup>

- 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 ingeval 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*.<sup>25</sup> In dit arrest over de uitleg van Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten<sup>26</sup> 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 ontlenuen. 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 toepasselijk

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 handhavingsbeleid als toezichthouder voert.<sup>27</sup> In 1998 was Nederland een van de laatste lidstaten die een nationale toezichthouder voor mededingingszaken in het leven riep.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> Kort voor haar aantreden, in de zomer van 2004,<sup>30</sup> 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 handhavingspraktijk.<sup>31</sup> Daarbij betrof het doorgaans vorderingen in kort geding en beroepen op nietigheid. Schadevergoedingsprocedures waren nog weinig gangbaar.<sup>32</sup> 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 consumentenrechten<sup>33</sup> en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.<sup>34</sup> 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 voordoet<sup>35</sup> en of een informatieplicht is geschonden.<sup>36</sup> 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).<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> Een interessante ontwikkeling is echter dat in verschillende procedures bij de burgerlijke rechter deelnemers aan online kansspelen de nietigheid vorderen van kansspelovereenkomsten 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 kansspelovereenkomst 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.<sup>41</sup>

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 EU<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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 sportwedenschappen en het lotospel 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, *PbEU* 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.<sup>44</sup> De meeste van deze toezichthouders oefenen naast toezicht op de naleving van EU-regelgeving ook louter nationaalrechtelijke toezichthoudende taken uit. Als voorbeeld

<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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 handelen<sup>47</sup> respectievelijk een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) en kunnen dat karakter ook niet hebben.<sup>48</sup> 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 afschrikwekkend' 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.<sup>49</sup> 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. nietigverklaarde transactie plaatsvindt op voorwaarden die voldoende onaantrekkelijk 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.<sup>50</sup> 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 toezichthouders sluit private handhaving van dezelfde regelgeving niet uit. Bij private handhaving van regelgeving gaat het om handhaving op initiatief van een justitiabele 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,<sup>51</sup> maar er zijn uitzonderingen.<sup>52</sup> Vanuit Unierechtelijk 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 hoofdtrailnet 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<sup>53</sup>, Richtlijn 2004/48/EG inzake de handhaving van IE-rechten<sup>54</sup> en de rechtsbeschermingsrichtlijnen voor Europese aanbestedingen.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> 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*<sup>57</sup>) althans dat de justitiabele een beroep toekomt op de zogenoemde correctie-Langemeijer.<sup>58</sup> 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.

zichhouders 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.<sup>59</sup> 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 opkomen<sup>60</sup>).

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 EU<sup>61</sup> (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 toekomstige 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 kartelschadep praktijk 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 jurisprudentie<sup>62</sup> 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*<sup>63</sup> of immateriële schade<sup>64</sup>) 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) onderkennen 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.<sup>65</sup> 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.<sup>66,67</sup> 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.<sup>68</sup> Een ander in het oog springend voorbeeld zijn de woekerpoliszaken.<sup>69</sup> 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,<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup> 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 prelabelle 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 [degeschillencommissieuitver.nl/over-ons/commissies/](https://degeschillencommissieuitver.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.<sup>73</sup> 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 handhavingverzoek 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.<sup>74</sup>

ACM heeft een beleidsregel vastgesteld waarin zij haar beleid inzake prioritering van handhavingsonderzoeken uiteenzet. De huidige versie dateert uit 2023.<sup>75</sup> 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 gedaan<sup>76</sup> 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 *Stct.* 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.<sup>77</sup>

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.<sup>78</sup> 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*<sup>79</sup> en *Masterfoods*<sup>80</sup> (en zoals nadien voor het mededingingsrecht gecodificeerd in artikel 16 van Verordening 1/2003)<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> 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 hoofdrailnet 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.<sup>83</sup>

*‘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 werkteerrein 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.

voorzittende 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.<sup>84</sup> 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.<sup>85</sup> 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 reguleringkwesities 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.<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup> 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 Kartelschaderichtlijn<sup>89</sup> 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 (*executieveilighandelaren*). 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.<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup> 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)<sup>92</sup> en door de burgerlijke rechter. Deze schadeclaims vloeiden voort uit de vernietiging door het CBB van een tegen de handelaren gericht boetebesluit.<sup>93</sup> 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.<sup>94</sup> 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.<sup>95</sup> 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.<sup>96</sup> Daarmee is de mogelijkheid van divergerende uitspraken<sup>97</sup> 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.