

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

Verslaglegging¹ door Margje Camps en Mariet Stiers

De zevende expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog met als doel het signaleren van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn, naast het onderzoeken van de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht van elkaar kunnen leren, een en ander voor en ook tussen Nederland en België.

Datum: 26 september 2025

Tijdstip: 13:00-18:00

Plaats: Grote zittingszaal van de Hoge Raad der Nederlanden, Korte Voorhout 8 te 's-Gravenhage.

Auteur-sprekers: Olha Cherednychenko (Nederland, privaatrecht), Erik Pijnacker Hordijk (Nederland, publiekrecht), Pieter Gillaerts (België, privaatrecht) en Janek Nowak (België, publiekrecht)

Moderatoren: Rob Widdershoven (voor Nederland) en Steven Verbeyst (voor België)

Verslaggevers: Margje Camps en Mariet Stiers

Verwelkoming en inleiding

Gerbrant Snijders, voorzitter meeting

De voorzitter van vandaag opent de meeting met een welkomstwoord aan alle genodigden.

Hij spreekt allereerst een dankwoord uit aan mw. mr. dr. Lidy Wiggers-Rust. Vanwege ziekte moeten wij haar helaas als onze buitengewoon kundige voorzitter missen, na het vele werk van inhoudelijke en organisatorische aard dat zij voor de expertmeeting van vandaag heeft verricht.

1 De meeting is gehouden onder de Chatham House Rule. Wanneer een vergadering, geheel of deels, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld (de dagvoorzitter van het Platform, auteurs-sprekers en moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd).

Dineke de Groot, president van de Hoge Raad der Nederlanden

Dan geeft Snijders het woord aan Dineke de Groot, president van de Hoge Raad der Nederlanden. Zij benadrukt dat de expertmeeting van het Platform een belangrijk initiatief is voor het bevorderen van de rechtseenheid, zoals de Hoge Raad ook sinds 1838 doet. Ze spreekt uit dat het vanuit de volle breedte naar het rechtssysteem kijken alleen maar bemoedigd moet worden, zodat de rechtsgebieden niet te ver uit elkaar lopen. Dineke kan wegens andere verplichtingen helaas niet aan de expertmeeting deelnemen en betreurt dit. Zij wenst het Platform een productieve en fijne middag toe en benadrukt dat de Hoge Raad haar zalen graag aan het Platform ten gebruike stelt.

Gerbrant Snijders

De dagvoorzitter dankt de president voor haar inspirerende woorden en neemt het woord weer over. Hij trapt de expertmeeting af door een voorbeeld aan te halen waarin de kwesties die spelen bij een duale handhaving naar voren komen. Hij vertelt dat duale handhaving hem doet denken aan de *burenruzie* uit het *Zegwaard/Knijnenburg*-arrest uit 1982.² Deze zaak ging over een bedrijf dat last had van tuinafval op zijn terrein afkomstig van de burens.

Deze zaak laat zien dat er twee circuits te bewandelen zijn: privaatrechtelijk en publiekrechtelijk. De Hoge Raad maakte duidelijk dat een particulier die zijn buur wil corrigeren kan kiezen; wenselijk gedrag kan hij langs beide kanten (privaatrechtelijk en publiekrechtelijk) aanpakken, maar dit kan leiden tot toepassing van verschillende normen. Weliswaar lijken deze normen op elkaar, maar zij lopen toch uit elkaar vanwege de verschillende eisen van elk van beide rechtssystemen en de daarbij betrokken partijen. Het maakt de Uniewetgever doorgaans niet uit welke weg wordt bewandeld, zolang het maar goed gebeurt en de weg efficiënt is.

Gerbrant vermeldt de hoofdlijn die bij de voorbereiding van de dialoog uit de (concept)papers op basis van de vraagpunten voor de dialoog is getrokken:

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

Hij introduceert Steven Verbeyst en Rob Widdershoven die als moderators zullen functioneren tijdens deze expertmeeting. Widdershoven introduceert de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke auteurs-sprekers vanuit Nederland en Verbeyst introduceert de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke auteurs-sprekers vanuit België.

² HR 17 september 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4439, m.nt. J.R. Stellinga (*Zegwaard/Knijnenburg*).

Dialogoog

Rob Widdershoven, moderator Nederland

Widdershoven introduceert het eerste (tweeledige) thema dat op een slide achter de sprekers te zien is:

I a) **Wat zijn de kernfuncties van publiek- respectievelijk privaatrechtelijke handhaving en hoe zijn beide traditioneel van elkaar te onderscheiden wat betreft handhavingsbelang, -tijdstip en -instrumentarium?**

b) **Welke ontwikkeling zien we in die tweedeling mede onder invloed van EU-recht/toezicht?**

Hij benadrukt hierbij dat de privaatrechtelijke handhaving zich afspeelt tussen burgers onderling, terwijl de publiekrechtelijke handhaving in handen is van een toenemend aantal toezichthouders/regulatoren.

De vragen die zullen worden gesteld naar aanleiding van dit thema zijn onder meer: wat zijn nu de kernfuncties van beide rechtsgebieden? Hoe zit het met het onderscheid tussen beide? Is er wel onderscheid tussen beide gebieden, of is het toch minder scherp? Compensatie versus punitieve sancties, maar is dat onderscheid wel zo duidelijk?

Als eerste reageert Olha Cherednychenko en deelt haar inzichten als reactie op de eerste twee vragen.

Olha Cherednychenko, auteur-spreker privaatrecht, Nederland

Waar hebben we het nu precies over als we het hebben over duale handhaving? Zijn er nog verschillen tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving? Traditioneel is bestuursrechtelijke handhaving gericht op afschrikking en staat het algemeen belang daarin centraal. Toezichthouders maken bijvoorbeeld gebruik van boetes om ongewenst gedrag te bestraffen en ervoor te zorgen dat het gedrag niet terugkomt. Bestuursrechtelijke handhaving ziet toe op afschrikking en preventie. Deze gaan samen. Daartegenover staat privaatrechtelijke handhaving die traditioneel vooral gericht is op compensatie. Anders dan de publiekrechtelijke normstelling die overwegend *ex ante* van karakter is, geschiedt de privaatrechtelijke normstelling vaak *ex post*, nadat de schade al geleden is. Dat onderscheid is echter niet zo scherp. Met gebods- en verbodsacties kan privaatrechtelijke normstelling ook *ex ante* plaatsvinden met het oog op preventie en collectieve privaatrechtelijke acties kunnen ook ingesteld zijn in het algemeen belang (zie bijvoorbeeld de *Shell*-zaak³). Privaatrechtelijke handhaving en bestuursrechtelijke handhaving houden dus zich allebei steeds meer bezig met preventie en privaatrechtelijke handhaving krijgt soms ook een meer punitief karakter. Het Europese recht speelt daar een grote rol in want het erkent geen onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Dat

3 ECLI:NL:GHDHA:2024:2099.

heeft tot gevolg dat zowel publiekrechtelijke sancties als privaatrechtelijke remedies doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moeten zijn. Dat leidt soms zelfs tot een enigermate punitieve privaatrechtelijke handhaving (zie bijvoorbeeld de *Gratis Mobieltjes II*-zaak⁴). Dat is een korte schets van een vrij ingewikkelde situatie die we zien.

Erik Pijnacker Hordijk, auteur-spreker publiekrecht, Nederland

Publiekrechtelijke handhaving dient het algemeen belang en privaatrechtelijke handhaving dient het particuliere belang. De bloeiende kartelschadepraktijk van tegenwoordig heeft niet te maken met algemeen belang, maar met commercieel/individueel belang. Op een ander punt onderscheiden de twee zich qua klassieke functie, bij publiekrechtelijke handhaving is dat bestraffing en preventie door middel van afschrikking. Privaatrechtelijke handhaving legt de nadruk op compensatie. Preventie is echter ook bij privaatrechtelijke handhaving van belang. Zo kan men in kort geding procederen ter voorkoming van onrechtmatig gedrag. Waar toegang tot de toezichthouder bestaat, kan dit ertoe leiden dat men minder snel geneigd is om zich tot de burgerlijke rechter te wenden ter verkrijging van een voorlopige voorziening. Prof. Danny Busch beschrijft dit in een recent artikel over het financiële recht.⁵ De Europese wetgever heeft de nodige regelgeving vastgesteld om de effectieve handhaving van EU-recht op uiteenlopende deelonderwerpen te bevorderen en het Hof van Justitie van de Europese Unie doet met een extensieve uitleg van het effectiviteitsbeginsel het nodige om die effectieve handhaving verder te versterken. Dat kan leiden tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Zo ziet rechtspraak van de Unierechter over de uitleg van het effectiviteitsbeginsel in de context van consumentenbeschermingsrichtlijnen specifiek op B2C-relaties en is deze alleen binnen de context van die richtlijnen toepasselijk. Die rechtspraak kun je niet extrapoleren naar ieder beleidsterrein en iedere toezichthouder. De strekking van het effectiviteitsbeginsel is dat het bij afwezigheid van nadere Europese wetgeving niet onmogelijk mag worden gemaakt om je recht te halen. En het equivalentiebeginsel brengt mee dat het krijgen van compensatie of het inzetten van rechtsmiddelen tegen een schending van Europees recht niet moeilijker moet zijn dan een remedie tegen een overtreding van het nationaal recht (equivalentiebeginsel). De auteur-spreker is evenwel huiverig voor te vergaande oprekking van het effectiviteitsbeginsel.

Steven Verbeyst, moderator België

De evolutie geschetst door de Nederlandse auteurs-sprekers kent men in België wellicht ook, maar zijn er nuanceverschillen of voorbeelden die duiden waar de nuances liggen? De moderator stelt voor om te beginnen bij het publiekrecht.

4 ECLI:NL:HR:2016:236.

5 D. Busch, 'De complexe verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de financiële sector – doorwerking in drievoud', *NTBR* 2023/23.

Janek Nowak, auteur-spreker publiekrecht, België

Het EU-recht is interessant om te bekijken, omdat men hier de interne markt wil realiseren. Aan het individuele consumentenbelang gaat men ook een publiek belang koppelen, zodat men uiteindelijk niet goed meer weet welk belang men nu juist aan het verdedigen is. De consument wordt beschermd door het algemeen belang (de markt) te beschermen, ook al is dat publiekrechtelijk. In rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie zie je dit in zaken over gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten opzichte van verloning en waar het Hof duidelijk zegt dat schadevergoeding een afschrikwekkende sanctie is. Die taal verbindt het privaatrechtelijke geschil met een publiekrechtelijke context. De auteur-spreker ziet het algemener, maar dit gaat voor mij niet zo ver dat het geheel aan privaatrecht aan het 'publiceren' is. In België zien we van die 'publicering' wel een enkel voorbeeld: de Brusselse energieregulator houdt zich met name in de energiesector bezig met de individuele remedie schadevergoeding ten opzichte van private partijen. Anderzijds treden toezichthouders terughoudend op terwijl ze preventief zouden moeten handhaven. Moet de Europese Commissie meer voorlopige maatregelen kunnen treffen? Die discussie speelt momenteel. In België zijn we van mening van wel.

Pieter Gillaerts, auteur-spreker privaatrecht, België

Hij wijst op de tendens dat het scherpe onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving vervaagt. Preventie en handhaving worden in België naar het aansprakelijkheidsrecht geduwd. Met de (vrij) recente hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) zien we dat steeds meer een preventieve functie aan het privaatrecht wordt toegekend. Hoewel dat jurisprudentieel al wel kon, is dit nu ook gecodificeerd.

Gillaerts denkt dat we zitten met een traditioneel onderscheid dat een complementariteit met zich meebrengt en waar ook remedies tegenover gezet zijn. Als we die evoluties zien: meer publiek belang via privaatrecht en omgekeerd. De publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke handhaving blijft wel nog steeds gestoeld op de bijhorende handhavingsapparaten. Ze vormen steeds meer communicerende vaten. Publiekrechtelijke handhaving zal in de toekomst wellicht meer op de voorgrond treden en het privaatrecht meer naar de achtergrond.

Daarnaast zien we in België heel geleidelijk aan ook meer collectieve vorderingen. Daarmee worden supra-individuele belangen behartigd. Zij dragen finaal bij aan de handhaving van de interne markt en dus aan bredere, collectieve doelen. Die instrumentalisering van het privaatrecht, waaronder het aansprakelijkheidsrecht, is iets waar we rekening moeten mee houden.

Wel moeten we voorzichtig zijn: we kunnen zien dat er vanuit het EU-niveau wordt ingezet op afschrikking, maar de vraag of dat ook effectief gebeurt, of dat dit effectief zo werkt, is voor hem geen juridische vraag. Dat is ook niet via rechtspraak op te lossen. Soms is er een verborgen punitief element binnen privaatrecht.

rechtelijke instrumenten. Hij is akkoord met de ruime tendens, maar er zijn toch wat nuances, waarover hij graag de dialoog wil voeren.

Rob Widdershoven

We zijn het op genuanceerde wijze met elkaar oneens, maar er is een ontwikkeling naar elkaar toe. Hoe kijkt de zaal hier tegenaan?

Dialoog

Vanuit de kring van experts bijt een Nederlandse deelnemer de spits af: doordenkend op de kernfuncties van publiek- en privaatrechtelijke handhaving ziet zij verschil tussen de preadviezen, kunnen ze zo theatraal tegenover elkaar gezet worden? Als haar stokpaardje noemt zij artikel 47 Handvest/effectiviteit van de handhaving. Als je artikel 47 Handvest als rationale neemt, gaat het dan niet om twee kanten van dezelfde medaille? Misschien een prikkel of afschrikking, misschien niet helemaal punitief, maar een prikkel om gedrag te vermijden. Ligt er niet meer nuance in?

Olha Cherednychenko

Olha dankt de spreekster voor haar vraag. Compensatie en afschrikking zijn zeker met elkaar verbonden. Het is niet óf óf. Dat bedoelt zij ook niet. Compensatie is altijd de primaire functie van privaatrechtelijke remedies geweest. Daarvan kan echter ook een preventieve werking uitgaan. Maar afschrikking is niet de primaire functie van privaatrechtelijke remedies. Interessant is wel of die afschrikking, die door het Europees recht vaak wel van het nationale recht wordt gevraagd, betekent dat privaatrechtelijke remedies punitief moeten zijn en dus tot overcompensatie moeten leiden. Hierover bestaat nog onduidelijkheid.

De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over deze kwestie is niet helemaal eenduidig. Het Hof wijst bijvoorbeeld de afschrikwekkende functie van privaatrechtelijke remedies voor het schenden van de AVG af, terwijl voor een schending van het consumentenrecht het Hof juist de nadruk legt op afschrikking. Hoe zit het dan met de rechtseenheid in het algemeen? Houdt afschrikking altijd punitieve werking? De vraag is dus niet zozeer of privaatrechtelijke remedies zoals schadevergoeding ook een afschrikwekkend effect kunnen hebben, maar in hoeverre het Europees recht vereist dat privaatrechtelijke remedies punitief moeten zijn, en of dat wenselijk is. (Zie bijv. de *Gratis Mobieltjes II*-zaak.⁶)

Erik Pijnacker Hordijk

Waar komt het woord afschrikwekkend vandaan? Toen de auteur-spreker studeerde, kwam het alleen voor in de jurisprudentie van het Hof. Binnen het civiele recht was het geen gekende doelstelling en voegt de notie naar zijn mening ook niets toe. Bij de civielrechtelijke handhaving in de context van kartelschadeclaims,

6 ECLI:NL:HR:2016:236.

heeft het Hof zelf uitdrukkelijk overwogen dat er recht op compensatie moet zijn om de afschrikkende werking van het kartelverbod te versterken. Al die rechtspraak heeft echter niets veranderd aan wat er in Nederland al geldend recht was. Binnen het Nederlandse recht komt aan eenieder die schade lijdt recht op schadevergoeding toe, mits de vordering goed onderbouwd is.

Neelie Kroes heeft *double damages* voorgesteld in plannen voor de Richtlijn kartelschade. Dat idee komt vanuit de VS, waar je in kartelschadezaken zelfs *triple damages* kunt vorderen. Zowel de Europese wetgever als het Hof hebben dit idee afgewezen. Volgens het Hof verlangt het Unierecht niet dat een gelaedeerde meer compensatie kan claimen dan de daadwerkelijk geleden schade. Binnen het consumentenrecht zie je dat er toch iets van een punitief element kan zitten in compensatie, wat kan leiden tot overcompensatie. Je ziet dat bij de reeds besproken zaken over de mobieltjes: de consument kan ontbinding van de koopovereenkomst vorderen waarbij hij tegen inlevering van de inmiddels gebruikte mobiele telefoon de nieuwwaarde kan terugkrijgen, zodat de waardevermindering van een mobiel tijdens het gebruik ervan niet vergoed hoeft te worden. Maar dergelijke rechtspraak moet je niet veralgemeniseren.

Pieter Gillaerts

Rechtsbescherming moet volgens hem volledig zijn: preventief en curatief. Voor wat betreft de preventieve functie die in het aansprakelijkheidsrecht ligt, is er een evolutie en verschilt de invulling. Vroeger was het zo dat de preventieve werking geacht werd uit te gaan van de schadevergoeding die je zou moeten betalen indien je schade zou veroorzaken. Het probleem daarbij is dat er daarvoor natuurlijk wel eerst aantoonbaar schade moet zijn geleden. Oplossing: het wetboek staat nu ook een preventieve actie toe (in het 'nieuwe' artikel 6.40 van het Burgerlijk Wetboek). Dit laat toe om op te treden wanneer er schade *dreigt* te ontstaan (namelijk een aantasting voor de partij van een van zijn zaken of van zijn fysieke integriteit), met nog een aantal specifieke voorwaarden. Als je dit gaat inzetten als instrument *an sich*, dan verzelfstandigt deze sanctie zich.

Voorts zijn *punitive damages* vaak expliciet verboden, dus algemeen eisen dat het afschrikwekkende effect veralgemeend wordt naar een punitief karakter, zou een interne tegenstrijdigheid met zich meebrengen.

Tot slot is reflectie nodig over wie er aan zet is. De benadeelde zal om een aantal redenen wellicht niet zelf ageren. Dan moeten we andere organisaties ook toelaten om op te treden om de achilleshiel te verhelpen in de privaatrechtelijke handhaving.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer ziet zelf artikel 47 van het Handvest als een procedurele bepaling, de rechter moet rechtsbescherming kunnen verlenen. Dit staat los van de sanctie als materieelrechtelijke zaak.

Een andere Nederlandse deelnemer merkt op graag in te gaan op de vraag of privaatrechtelijke sancties afschrikwekkend zijn. Onder invloed van EU-regelgeving is er juist een scheiding in die zin dat bij privaatrechtelijke sancties de nadruk op compensatie ligt en publiekrechtelijke sancties punitief en afschrikwekkend zijn. Dat de twee functies zijn vermengd heeft te maken met het feit dat het Hof in de private consumentenrechtspraak publieke normen als afschrikwekkendheid hanteerde, omdat er op dat terrein nog geen toezichthouder was. Nu wordt wel voorzien in een publiekrechtelijke toezichthouder en kan het onderscheid tussen beide functies beter worden gemaakt. Dit zie je ook binnen het arbeidsrecht. Ook daar bestaat onderscheid tussen schadevergoeding en publieke sancties. Het zou best wel eens kunnen dat dit onderscheid in het EU-recht verder ontwikkeld wordt.

Een andere Nederlandse deelnemer merkt op dat het onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk bij de AVG heel duidelijk is te zien in de artikelen: schadevergoeding versus corrigerende maatregelen (herstel/punitief). Binnen die maatregelen bestaat onderscheid tussen herstelmaatregelen (bv. je moet nu je verwerking stoppen) en punitieve sanctie (bv. boete). Compensatie is voor degene die schade heeft geleden, dat ligt dan bij de rechter en is geen taak voor de toezichthouder in België.

Anderzijds ziet hij dat het AVG-toezicht weliswaar sterk publiekrechtelijk is, maar ook privaatrechtelijke elementen bevat. Zo kan voor de rechtmatigheidsvraag bijvoorbeeld een contract bepalend zijn. Om te beoordelen of de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is, moet er dan over de geldigheid van een contract worden geoordeeld.

Soms zijn er klachten tegen private bedrijven (zoals telecombedrijven). Burgers willen dan bijvoorbeeld inzage hebben in iets, of bepaalde gegevens laten verwijderen. Het oordeel van de gegevensbeschermingsautoriteit zal dan niet veel verschillen van het oordeel van een burgerlijke rechter. Er is een burger die klaagt en er is aan de andere kant een bedrijf dat bepaalde dingen zal moeten doen. Dit ondanks dat de Belgische Grondwet aan de gegevensbeschermingsautoriteit niet het recht toekent om als een burgerlijke rechtbank te oordelen.

Hij wijst er nog op dat de gegevensbeschermingsautoriteit enerzijds klachten behandelt, maar anderzijds ook handhavend optreedt naar aanleiding van eigen onderzoek naar een probleem in de samenleving of een bedrijf.

Een volgende Nederlandse deelnemer valt op dat er in de vraagstelling op de sheets staat dat de kernfunctie van het publiekrecht afschrikking is. Hij vraagt zich af of dit niet iets te beperkt is. In Nederland zie je dat de autoriteit in het algemeen belang optreedt ter afschrikking, maar toch zijn er ook naar hun aard privaatrechtelijke geschillen die worden uitgevochten bij de toezichthouder. Bijvoorbeeld vragen om handhaving jegens creditcardmaatschappijen (want er worden bepaalde kosten in rekening gebracht) of bijvoorbeeld in het omgevingsrecht waar burens kunnen optreden die naar de gemeente kunnen gaan en zeggen dat er iets in strijd is met de regelgeving. Als je in aanmerking neemt dat de publiekrecht-

telijke handhaving ook een functie kan hebben tussen private partijen, hoe kijken auteurs-sprekers daar dan tegenaan?

Olha Cherednychenko

Bij handhaving langs de publiekrechtelijke weg staat traditioneel vooral afschrikking centraal. Dat betekent echter niet dat de publiekrechtelijke handhaving alleen op afschrikking gericht is. Als je naar de genoemde voorbeelden kijkt, is het verschil met de privaatrechtelijke handhaving misschien inderdaad niet zo groot. In de gereguleerde sectoren wordt de bestuursrechtelijke handhaving wel voornamelijk geassocieerd met afschrikking. De Autoriteit Consument & Markt (ACM) bijvoorbeeld mag alleen handhaven in het algemeen belang en afschrikking is daarbij cruciaal.

Dialogo

Volgens een Nederlandse deelnemer gaat het in de Wet handhaving consumentenbescherming (WHC) om de publiekrechtelijke handhaving van delen uit het BW. Daar gaat het dus om publiekrechtelijke handhaving van het privaatrecht. De toezichthouder streeft hierbij wel het algemeen belang na.

Bovendien wil hij tegenspreken dat het bestuursrecht primair op bestraffing is gericht. Oorspronkelijk ging het bij het bestuursrecht primair over vergunningverlening en dergelijke, de bevoegdheid om boetes op te leggen is er later gewoon bij gekomen.

Daarnaast is er het onderscheid tussen mededingingsrecht en financieel toezicht. Het mededingingsrecht is geen strafrecht (de hoge boetes daar worden niet strafrechtelijk gehandhaafd), maar deze handhaving is faciliterend voor benadeelden. Daar bestaat dus een grote samenhang tussen mededingingsrechtelijke boetes en het faciliteren van het privaatrechtelijke doel.

In het financieel toezicht worden die functies uitdrukkelijk uit elkaar getrokken en staan deze los van elkaar. Dit werkt niet automatisch door in privaatrechtelijke verbintenissen. De WHC maakt daarbij de vertaalslag door privaatrechtelijke normen uit het BW te gaan handhaven, maar voor de ACM moet voor handhaving sprake zijn van een aantasting van collectieve belangen. Het gaat hier dus om algemene belangen en niet om louter het particuliere belang. Dat is het natuurlijk: privaatrecht en private belangen versus publiekrecht en algemene belangen.

Erik Pijnacker Hordijk

We kennen specifieke preventie (gericht op een bepaalde overtreding ten opzichte van een bepaald slachtoffer) en generieke preventie (algemener). Als de ACM handelt op basis een klacht, is dat van belang voor de indiener van de klacht. Daar is niks op tegen. Deze handhaving blijft natuurlijk (mede) in het algemeen belang. Ook waar dit niet specifiek is voorzien: wat is nou vanuit algemeen belang nuttig en nodig?

Een eerste klacht bij de ACM ging over een paard dat niet meer behandeld kon worden door een bepaalde dierenarts, omdat deze was vertrokken bij zijn werkgever en niet direct bij een andere praktijk zijn werkzaamheden kon voortzetten vanwege een concurrentiebeding. Het publieke belang was hier ver te zoeken. Dat soort zaken zie we heden ten dage gelukkig niet meer.

Dialogoog

Een Belgische deelnemer haalt aan dat er een (schijnbare) overeenstemming lijkt te zijn over de kernfuncties van private en publieke handhaving. Toch heeft hij een eerder semantische vraag: gaat het niet over een *contradictio in terminis* wanneer we spreken over ‘private’ handhaving?

Bijvoorbeeld: we hebben in België in het privaatrecht op preventieve maatregelen een absoluut verbod: bijvoorbeeld als een krant een publicatie wil doen en je wil dat tegenhouden, dat is niet toegestaan door een private persoon en mag ook niet door een rechter, aangezien dat zou neerkomen op censuur. Dat is privaat, maar misschien ook publiek, want de rechter maakt deel uit van de overheid en heeft het instrumentarium van de overheid.

Wij nemen hier aan privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving te verbinden, maar is ‘handhaven’ niet automatisch een publiekrechtelijke kwestie? Ongeacht waar we het over hebben, want een deel van de overheid treedt op. Is daarom die verwatering die we aan het omschrijven zijn niet logisch? Een rechter heeft toch publiekrechtelijke middelen ter beschikking?

Steven Verbeyst

Daarmee komen we toe aan het tweede thema onder a):

II a) Hoe functioneren beide handhavingsmechanismen? Zijn zij op zichzelf naar hun aard voldoende geschikt of zijn er tekorten?

- Privaatrechtelijke handhaving
- Publiekrechtelijke handhaving

Janek Nowak

Eerste algemene punt: iedere functie van handhaving heeft een aantal plus- en minpunten. De vraag is of we de tekorten aan de ene kant willen invullen met positieve punten van de andere kant. Dat kan nuttig werken, maar is misschien toch niet altijd aangewezen. Een handhaver moet prioriteiten stellen en gaten laten. De vraag is dan of de privaatrechtelijke handhaving daar moet induiken.

Bijvoorbeeld bij consumentenrecht: de publieke handhaver zal niet altijd regels met betrekking tot onrechtmatige bedingen in de praktijk kunnen handhaven. Moet men dan overgaan tot handhaving door de rechter in het kader van burgerlijke procedures? Het Hof zegt ja, maar de auteur-spreker denkt dat mensen in de zaal daar een andere mening over kunnen hebben of deze zullen nuanceren.

Publiekrechtelijke handhaving kiest, en kan dus prioriteiten stellen. Over het prioriteit stellen van klachten is er een interessante zaak bij de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA). Bij de eerste biljartzaak stelde de BMA bijvoorbeeld dat de exclusieve sponsoringovereenkomst in strijd was met bepaalde regels, maar dat daar al rechtspraak over was, waardoor zij dat niet zouden opnemen en zei dus eigenlijk; ga maar naar de burgerlijke rechter.⁷ Omwille van prioriteit was er dus weigering van de zaak. Die zaak is uiteindelijk toch bij de BMA gekomen. Via het systeem van de *amicus curiae* heeft de voorzitter van de BMA zich alsnog moeten uitspreken over die zaak. De rechter heeft zich vervolgens volledig bij deze *amicus curiae* aangesloten. De complementariteit mag dus zeker ook worden genuanceerd.

Steven Verbeyst

Hij linkt deze discussie ook aan het aanbestedingsrecht. Zowel in België als in Nederland is er op dit vlak geen toezichthouder: privaatrechtelijke handhaving is voldoende. In Hongarije bestaat er wel een regulator (de publiekrechtelijke regulator heeft daar afspraken over bepaalde sectoren tegen corruptie). In België en Nederland is dat dus niet het geval, omdat private handhaving voldoende wordt geacht. Mocht deze alsnog onvoldoende blijken, dan zou publiekrechtelijke handhaving kunnen worden overwogen.

Pieter Gillaerts

Privaatrecht gaat uit van een bepaald subjectief recht toegekend door de wetgever. Als we dat handhaven moet het via de burgerlijke rechter. In die zin kom je ergens wel in een publiekrechtelijke context terecht omdat je bij de rechter komt, dus hij had in zekere zin wel gelijk, al mogen we dit niet veralgemenen.

Wat in beide gevallen naar voren komt: individualistische logica is de achilleshiel van het privaatrecht. Een individu voelt zich geschaad en kan vervolgens ageren. Het is en blijft dus wel het individu (of het collectief verband van individuen) dat moet optreden.

De gerechtelijke procedure duurt nogal lang, zeker in België, vandaar is er ook vaak ADR of aandacht voor arbitrage. Als je een gerechtelijke procedure pas na geruime tijd zou afronden – met het risico van de kosten die deze voor jou met zich kan brengen – dan is de vraag of de procedure wel voldoende soelaas biedt (rationele apathie).

De vraag is dan in welke mate dit speelt in publiekrechtelijke handhaving. Daar worden private belangen wel meegenomen, wetende dat die individuen wellicht problemen zullen ondervinden in het bekomen van hun schadevergoeding. Het is niet zo dat het algemeen belang altijd verschillend is van individuele belangen

7 HvB Brussel 24 januari 2024, 2021/AR/1802, punt 7, bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/2021AR1802%20KBBB.pdf.

in die zin dat je deze niet zou mogen meenemen. Het algemeen belang verhindert dat niet.

Tot slot, een koppeling naar de handhavingsleemte in het privaatrecht: hoe lossen we deze op? Via het publiekrecht? Het gaat om vragen zoals hoe ga ik de inbreuk bewijzen, waar vind ik informatie en stukken, en hoe begin ik aan de schadebegroting. Voor sommigen onder u misschien evident, maar niet voor de doorsnee burger. Publiekrechtelijke handhaving kan een grote rol spelen bij het oplossen van bedoelde problemen door het voortouw te nemen in het onderzoek en toegang tot dossiers en op die wijze de privaatrechtelijke handhaving te faciliteren.

U zal misschien denken dat het privaatrecht die mogelijkheden toch ook biedt, wat inderdaad steeds meer zo is. Bijvoorbeeld in het nieuwe bewijsrecht van België is nadrukkelijk ingezet op aandacht voor bewijsnood. We weten dat het qua bewijslast aan de benadeelde is, *bonne chance*, maar wanneer die in bewijsnood verkeert, slaagt die er niet in. Dan is de ultieme remedie dat de rechter de bewijslast kan omdraaien, maar dat is in de laatste orde met heel veel drempels (art. 8.4 lid 5 Nieuw BW). Dus als *ultimum remedium* mag de rechter de bewijslast omkeren – maar met strikte voorwaarden dus nog steeds een lat waar men over moet.

De vraag is daarnaast ook: hoe hoog leggen we de lat als burgerlijke rechter? Daar zien we dat de redelijke zekerheid als bewijsstandaard in sommige gevallen een waarschijnlijkheid zal worden (art. 8.6 Nieuw BW). Met de hulp van publiekrechtelijke handhaving valt over die lat wel heen te springen.

Beide handhavingsapparaten kunnen dus in aanvulling op elkaar werken.

Rob Widdershoven

Prioritering door de toezichthouder kan lastig zijn, zijn er nog andere problemen/tekorten?

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer denkt dat een mogelijk probleem schuilt in zaken omtrent persoonsgegevens. De Autoriteit Persoonsgegevens kent weinig zaken tegen grote verwerkers, omdat daarvoor een groot team met mensen nodig is. Voor mededingingsrecht in de EU geldt hetzelfde, zaken duren jaren. Dat leidt ertoe dat publiekrechtelijke toezichthouders slechts een paar zaken kunnen doorzetten. De toezichthouder kan veel, maar dat is puur theorie.

Erik Pijnacker Hordijk

Kartelprocedures duren lang, maar de Commissie is wel uitgerust om dat soort zaken met de nodige effectiviteit tot een goed einde te brengen. De financiële belangen over en weer zijn groot.

Hij is het ermee eens dat bij publiekrechtelijke handhaving de toepassing van het opportuniteitsbeginsel de zwakke stee is, maar wijst op de complementariteit van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving.

Bijvoorbeeld geschillen over verticale beperkingen kan je heel goed inleiden bij de civiele rechter omdat deze tot uitdrukking komen in contracten. De eisende partij heeft over het algemeen toegang tot bewijs om in elk geval ten minste *prima facie* aannemelijk te maken dat bedoelde bedingen mededingingsbeperkend zijn. Maar als het gaat om horizontale kartels, dan is het bewijsmateriaal moeilijk te vergaren voor de eiser, dan ben je vaak in de praktijk aangewezen op de mededingingsautoriteit (ACM). In hoeverre is het optreden van de ACM daarvoor noodzakelijk? In hoeverre zou de civiele rechter hier een doeltreffende rechtsingang kunnen bieden? Dat zou naar zijn mening een criterium moeten zijn voor de ACM om een zaak al dan niet in behandeling te nemen, maar dat is het nu niet. Bij toepassing van dat criterium zou de ACM wellicht meer zaken in behandeling moeten nemen.

Lacune is dat als de ACM een klacht afwijst, en de klager in bezwaar en vervolgens beroep gaat, daar veel tijd overheen gaat. Oordeelt de rechtbank uiteindelijk dat de ACM er nog eens goed naar moet kijken dan is het kalf intussen niet alleen verdronken, maar ook vergaan. Rechtsbescherming kan alleen effectief zijn als zij ook voldoende snel is.

Dialogoog

Een Belgische deelnemer merkt op dat waar het hiervoor over mededingingsrecht (macro-economie) ging, houdt hij zich vooral bezig met oneerlijke bedingen. Hij wil toevoegen dat er een dubbel doel is: oneerlijke bedingen zijn schadelijk voor de consument, maar ook voor de economie. Daarom moeten volgens de EU al die sancties doeltreffend, afschrikkend etc. zijn. Als er geen optreden zou zijn van de Federale Overheidsdienst (FOD) Economie, dan zou de richtlijn geen effect hebben. Heel het discours is niet beperkt tot consumentenrecht, je hebt verschillende andere Europese instrumenten. Daar was bv. discussie of er een handhavingsinstantie moet zijn die doeltreffend, afschrikkend en evenredig optreedt? Hij meent dat er voor dergelijke belangen toch wel publiekrechtelijke instanties nodig zijn die optreden.

Een Nederlandse deelnemer is opgevallent dat hoe de verschillen ook zijn, de handhavingsstelsels groeien naargelang van nationale tradities. Op het punt bijvoorbeeld waarop voor de publiekrechtelijke handhaving de nadruk wordt gelegd, zijn er grote verschillen. Het effect wordt gemeten hoe zo'n constructie uitpakt. Zij denkt dat de ambtshalve *ex post* toepassing wel goed uitpakt. De balans: wie maakt deze op en wie controleert deze?

Olha Cherednychenko

Waar we rekening mee moeten houden is dat de onafhankelijkheid van de toezichthouders steeds meer onder druk komt te staan. Politieke druk op de *Federal Reserve* in de VS is daar een treffend voorbeeld van. Die trend is zorgwekkend. In het huidige geopolitieke klimaat is het ook de vraag in hoeverre de Europese Com-

missie bereid is om de Digital Services Act (DSA) en andere EU-wetgeving voor de digitale economie te gaan handhaven tegen bedrijven in de VS. Dat onderstreept het belang van privaatrechtelijke handhaving. Maar die kent natuurlijk wel obstakels, zoals toegang tot het bewijsmateriaal.

Zonder vaststelling van de overtreding door de toezichthouder en zonder toegang tot het bewijsmateriaal dat de toezichthouder in zijn onderzoek heeft verkregen, is het in vele gevallen lastig voor gedupeerden om een overtreding te bewijzen. Denk bijvoorbeeld aan schendingen van de Artificial Intelligence Act (AI Act). Daarnaast hebben toezichthouders op grond van het bestuursrecht vaak strenge geheimhoudingsplichten. In het financiële recht bijvoorbeeld rusten die op de AFM en DNB uit hoofde van de Markets in Financial Instruments Directive II (MIFID II). Daardoor is het bijna onmogelijk voor gedupeerden om het bewijsmateriaal uit het onderzoek van deze toezichthouders te verkrijgen.

Een andere belemmering voor privaatrechtelijke handhaving wordt gevormd door de civiele verjaringstermijnen die niet afgestemd zijn op bestuursrechtelijke procedures met betrekking tot dezelfde overtreding.

Rob Widdershoven

We gaan het na de pauze nog hebben over problemen in de *trias politica* als gevolg van duale handhaving. Nu is het eerst pauze tot half vier.

Pauze

Steven Verbeyst

Steven Verbeyst heet iedereen welkom terug in de zaal en benoemt dat we hebben gesproken over de tekorten van de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving en nu toekomen aan het tweede deel van thema II:

II b) Is de onderlinge afstemming tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving toereikend?

Hiervoor gaan we even kort naar de auteurs-sprekers om vervolgens naar de experts in de zaal te gaan, want zij zijn er immers dag in dag uit mee bezig.

Pieter Gillaerts

Pieter geeft graag een aanzet tot verdere discussie. Vooreerst is er volgens hem nood aan coherentie. Wat doen we met toegang tot bewijsmateriaal? We kunnen kijken naar het dossier dat bij de autoriteit ligt, maar die toegang is beperkt omwille van de eigen logica van de handhaving via die toezichthouder. Zo zijn er ook de clementieverzoeken: soms wat verliezen om wat meer te winnen. De privaatrechtelijke handhaving moet dus rekening houden met de publiekrechtelijke handhaving die niet volledig ten dienste van die privaatrechtelijke handhaving kan staan. Anders ga je door het een te versterken, het andere te veel verzwakken.

Ten tweede: in de zaken waar een mededingingsautoriteit een bindende beslissing neemt, wat doet de rechter daar dan mee? De Belgische rechter doet daar soms een beetje te veel mee, soms te weinig. Zo wordt de beslissing van de autoriteit soms wat beperkt gelezen: als de beslissing niets zegt over een bepaald punt of aspect, dan ziet de rechter daarin bewegings- of beoordelingsruimte. Omgekeerd, zal de rechter uit de beslissing soms toch nog een antwoord of een vermoeden afleiden over een punt dat niet echt behandeld is door de mededingingsautoriteit.

Janek Nowak

Afstemming is volgens hem een interessant gegeven. Via ‘het *Consumer Protection Cooperation Network* heb je naast publieke handhaving soms ook private handhaving. In navolging van een recent onderzoek inzake het AdBlue-schandaal, is een schikking onderhandeld door de betreffende autoriteiten en een schikkingsvoorstel opgesteld. Vervolgens kon hierop worden ingetekend door de consumenten. In zo’n geval gaan beide handhavingssystemen hand in hand.

Daarnaast geeft hij aan dat er soms ook een gebrek aan afstemming is, bijvoorbeeld in het kader van onrechtmatige gegevensbescherming bij arbitrage. Hij denkt aan een geval waarin gegevens onrechtmatig waren verkregen volgens de Gegevensbeschermingsautoriteit. De betreffende partij kon die gegevens als gevolg daarvan niet meer gebruiken, ook niet in een arbitrageprocedure, omdat deze onrechtmatig waren verkregen. Er is ook al ongepubliceerde rechtspraak die hetzelfde doet ten aanzien van het gebruik van bewijs in gerechtelijke procedures. Daarbij wordt het gegevensbeschermingsrecht gebruikt om de (on)rechtmatigheid van verkregen bewijs te toetsen. In burgerlijke zaken geldt voor de evaluatie van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs echter een ander referentiekader, namelijk de Antigoonrechtspraak inzake onrechtmatig verkregen bewijs.⁸ Daarbij mag het bewijs gebruikt worden tenzij dit het EVRM zou schenden.

Voorgaande is dus een voorbeeld van hoe eenzelfde problematiek op een andere manier wordt benaderd, en met mogelijk andere uitkomsten.

Olha Cherednychenko

Volgens haar is er momenteel geen voldoende afstemming tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures.

Ten eerste zijn civiele en bestuursrechtelijke procedures onvoldoende op elkaar afgestemd zodat privaatrechtelijke handhaving kan worden gefaciliteerd. Zo kan bijvoorbeeld de toegang tot het bewijsmateriaal dat de toezichthouders in hun

⁸ De zogenaamde ‘antigoonleer’ ontleent haar naam aan het arrest van het Belgisch Hof van Cassatie van 14 oktober 2003, waarin het oordeelde dat onrechtmatig verkregen bewijs onder bepaalde voorwaarden kon worden gebruikt. Deze zaak had betrekking op het strafrecht. Zie: Cass. (BE), 14 oktober 2003, P.03.0762.N, ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20031014.18. In een arrest van 14 juni 2021 deed het Belgisch Hof van Cassatie uitspraak over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken. Dit arrest wordt daarom gezien als de intrede van de antigoonleer in burgerlijke zaken. Zie: Cass. (BE) 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.2.

onderzoeken hebben verkregen, voor gedupeerden kunnen worden vergemakkelijkt.

Ten tweede vindt er nog geen afstemming plaats tussen civiele rechters enerzijds en toezichthouders en bestuursrechters anderzijds bij de samenloop van bestuursrechtelijke sancties en privaatrechtelijke remedies in geval van eenzelfde overtreding.

We hadden het al over de opkomst van punitieve privaatrechtelijke remedies. Maar hoe zit het dan met afstemming tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving indien zowel een bestuurlijke boete als een bestraffende privaatrechtelijke remedie wordt opgelegd aan de overtreder? Kan dat? Is dat niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel?

Zo'n cumulatie van punitieve rechtsmiddelen kan natuurlijk afschrikwekkend werken, maar zo'n effect kan ook overmatig afschrikken en dus potentiële negatieve gevolgen hebben voor innovatie en concurrentie. Dit zou het gevolg kunnen zijn als we zowel langs de bestuursrechtelijke als de privaatrechtelijke weg zouden gaan handhaven en de overtreder daardoor onevenredig zwaar wordt getroffen.

Hoe kunnen we dat voorkomen? Aansluitend op wat betrokkene eerder vandaag zei: het Hof kan hier een belangrijke rol spelen. Het Hof heeft namelijk de afschrikwekkende functie van privaatrechtelijke remedies aangenomen toen er nog geen afschrikwekkende bestuursrechtelijke sancties bestonden. Maar wat we nu bijvoorbeeld op het gebied van het consumentenrecht zien is dat het Hof de nadruk legt op afschrikking via privaatrechtelijke remedies, maar dat het tegelijkertijd terughoudend is om enige coördinatie tussen zo'n remedies en bestuursrechtelijke sancties te bewerkstelligen. Het Hof handhaaft daarmee de huidige scheiding tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures. Het is de vraag of dat wenselijk is.

Erik Pijnacker Hordijk

Schadevergoeding is volgens hem puur compensatoir, niet punitief. Hij stelt dat we punitieve schadevergoeding eigenlijk niet moeten willen. Dit betekent immers overcompensatie van de claimant, wat leidt tot strategisch gedrag: consumenten die niet-gerechtigde claims gaan indienen.

Dit zal uiteindelijk alleen maar leiden tot kostenverhoging voor de burger die géén gebruik maakt van deze strategische sancties omdat de kosten van punitieve schadeclaims dooverwerken in de kosten en uiteindelijk ook zullen doorwerken in de verkoopprijzen van de leveranciers.

Als de leverancier fouten heeft begaan die bestraft moeten worden, dan moet de publiekrechtelijke weg worden bewandeld.

Rob Widdershoven

Dus er zijn (nagenoeg) geen punitieve private sancties en derhalve hoeven private sancties niet op publieke sancties te worden afgestemd?

Dialogoog

Volgens een Nederlandse deelnemer is de burgerlijke rechter in Nederland gebonden aan uitspraken van de bestuursrechter over de geldigheid van besluiten. Die afstemming zit daarmee wel goed.

Afstemming suggereert alsof je samen iets gelijktijdig doet. Zo gaat het in de praktijk bijna nooit. In de praktijk wordt bijvoorbeeld eerst de boete opgelegd door de toezichthouder en dan pas volgt er een schadevergoedingsclaim. In het normale geval kan de toezichthouder dus nog geen rekening houden met de schadevergoeding. Hij kan wel, als er alsnog schadevergoeding wordt betaald door een inbreukmaker, dat zien als een verzachtende omstandigheid en dus de boete verlagen. Maar vervolgens kan de burgerlijke rechter ook geen rekening houden met de misschien al hoge boete.

Een andere Nederlandse deelnemer merkt op dat door hoogste rechters wordt voorkomen dat wettelijke normen op verschillende manieren worden uitgelegd. Hij kent eerlijk gezegd, behalve de SGP-zaak, geen voorbeelden van een verschillende uitleg door de rechters.

Misschien wordt op op een ander soort afstemming gedoeld? Tussen autoriteiten wellicht? De vraagstelling veronderstelt bijna dat er geen afstemming tussen rechters zou zijn. Anderzijds wordt het nu gepresenteerd alsof er zelfs te veel wordt samengewerkt. Maar het gaat over de afstemming tussen publieke sancties en private sancties.

Misschien wordt het probleem iets te veel top-down beredeneerd. De rechtzoekende heeft toch vaak een keuzemogelijkheid? Hij/zij kan kiezen om naar de civiele rechter te stappen dan wel naar de toezichthouder. Dat lijkt hem een groot goed, maar of er sprake is van onderlinge afstemming, weet hij niet.

Volgens een andere Nederlandse deelnemer is coördinatie misschien een betere term. Dan gaat het voornamelijk over wie wat doet en de prioritering die plaatsvindt bij de toezichthouder. Het toezicht is met heel veel waarborgen omkleed. Er gaat een heel formeel proces aan vooraf. Dit is heel anders dan bijvoorbeeld bij een collectieve actie. Die wordt misschien wel jegens hetzelfde bedrijf voorbereid, waarbij dan privaatrechtelijke remedies worden ingeroepen.

Wat het punitieve karakter van privaatrechtelijke remedies betreft kunnen nietigheden nog harder uitpakken dan schadevergoeding. In geval van nietigheid komen we in het grijze gebied. Als die nietigheid dan ook nog eens heel makkelijk te bekomen is, dan heb je wel wat overlap. Dan heb je wel de vraag van wie wat aanpakt en hoe gaan we dat dan afstemmen. Bij publiekrechtelijke handhaving

zijn er heel wat regels die in acht moeten worden genomen, zoals boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden. Dit werkt dus heel anders dan bij privaatrechtelijke handhaving en kent wel het afstemmingsprobleem.

Een Belgische deelnemer wil nog even tussenkomen met betrekking tot de verhouding ten aanzien van het strafrecht. Hier mogen we zeker de Engel-rechtspraak⁹ niet uit het oog verliezen. Is de overtreding nationaalrechtelijk gekwalificeerd als publiek- dan wel privaatrechtelijk? Wat is de aard van de overtreding? Wat is de aard van de sanctie?

Als de civiele sanctie gelet op die criteria een criminal charge is, dan kan *ne bis in idem* spelen.

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat de burger in de praktijk veel obstakels ondervindt, zowel ex post als ex ante. Aan de ene kant heb je in het privaatrecht heel wat remedies bij de burgerlijke rechter, maar aan de andere kant heb je bij de toezichthouder weer andere remedies. De burger heeft alleen niet zoveel keuzevrijheid, het ligt dus wat genuanceerder.

Een andere Nederlandse deelnemer betwijfelt of privaatrechtelijke sancties een *criminal charge* kunnen zijn. Een civiel geschil is per definitie niet criminal.

Spreeker wijst verder op het onderscheid tussen mededingingsrecht en financieel toezicht. Bij dit laatste is het niet zo dat vergelijkbare private en publieke zorgplichten identiek worden ingevuld. Sterker nog: als een financiële instelling inbreuk maakt op de publieke zorgplicht is het niet zo dat dit per definitie leidt tot nietigheid van de overeenkomst. In het mededingingsrecht is dat anders. Daar heb je een inbreuk, een concurrent als belanghebbende bij de klacht en handhaving door de ACM. Sterker nog: als een particulier vraagt om handhaving bij de rechtbank dan is de vordering niet-ontvankelijk. Want je bent, zo merkt hij op, geen belanghebbende.

Dat is het verschil tussen beide rechtstakken.

Rob Widdershoven

Soms wordt in het bestuursrecht wel rekening gehouden met het feit dat er ook een private sanctie komt. Zie artikel 13b Opiumwet. Na de sluiting van een woning door de burgemeester wegens drugshandel volgt vaak ook nog de opzegging van de huur van de dader door de verhuurder/corporatie. Bij de evenredigheidstoetsing van de sluiting speelt die civiele sanctie een rol.

⁹ De 'Engel-criteria' verwijzen naar de criteria die het EHRM gebruikt om te bepalen of iets (vereenvoudigd gesteld) een straf uitmaakt in de zin van het EVRM. Deze criteria deden hun intrede in de rechtspraak van het EHRM in een gelijknamig arrest (EHRM (Grote Kamer) 8 juni 1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, *Engel e.a./Nederland*). Deze criteria spelen niet alleen een rol om te beoordelen of iets een (straf)vervolgung uitmaakt in de zin van artikel 6 EVRM, maar ook voor de beoordeling van het begrip 'straf' in de zin van artikel 7 van het EVRM en het begrip 'strafrechtelijke procedure' in de zin van artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM (m.a.w. het *ne bis in idem*-beginsel).

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer wil iets opmerken over de rol van het EU-recht. Overdreven gesteld, had ze na lezing van de papers van Olha en Erik het idee dat beiden van verschillende planeten komen. Als ze zou moeten kiezen, zou ze bij Erik intrekken omdat hij in zijn benadering van het EU-recht meer een rode lijn trekt. Olha vindt dat er meer secundaire EU-wetgeving zou moeten komen om te helpen met coördinatie. Dat vindt zij geen goed plan, omdat de lidstaten dat zelf kunnen regelen. Dat is beter omdat de situatie per lidstaat heel erg kan verschillen. Als je dat uniform wil regelen, dan is het einde zoek.

Olha Cherednychenko

Met betrekking tot de opmerking van de laatste spreker verduidelijkt ze dat ze niet pleit voor een verregaande harmonisatie van de coördinatie tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving door de EU. De verschillen tussen de lidstaten zijn daar inderdaad te groot voor.

Tegelijkertijd kan het EU-recht wel een rol spelen bij het bevorderen van de coördinatie tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures op nationaal niveau. Zo voorzien de Kartelschaderichtlijn en de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) bijvoorbeeld al in de coördinatie tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures. Dit geldt eveneens voor de Omnibus-richtlijn, die lidstaten eigenlijk aanspoort om zelf tot coördinatie te komen tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhavingsmechanismen.

Op sommige terreinen wordt de coördinatie tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures dus al bevorderd door de EU-wetgever. Het Hof kan hierin ook een belangrijke rol spelen. Het Hof is dan natuurlijk wel afhankelijk van de bereidheid van nationale rechters om hem prejudiciële vragen over de samenloop tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving voor te leggen.

Waarom is de Europese harmonisatie op dat terrein nodig? Omdat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in sommige landen nog altijd heel scherp is. In Nederland heb je (het streven naar) convergentie tussen publiek- en privaatrecht, maar in Duitsland bijvoorbeeld bestaat er nog een heel strikt onderscheid tussen beide. Dat leidt er bijvoorbeeld toe dat de bestuursrechtelijke normen die privaatrechtelijke verhoudingen tussen financiële ondernemingen en hun cliënten beheersen, geen doorwerking vinden in het privaatrecht. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht staat ook in de weg aan een betere afstemming tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures. Het EU-recht zou dit kunnen doorbreken. Maar ook in Nederland en België kun je nog meer nadenken over de vraag hoe je toch tot een betere coördinatie tussen beide procedures zou kunnen komen.

Rob Widdershoven

Dan komen we nu toe aan het derde thema:

- III Is – waar nodig – verbetering van één en/of ander denkbaar en zo ja, hoe?**
- **mogelijke verbeteringen voor geschiktheid privaatrechtelijke respectievelijk publiekrechtelijke handhaving**
 - **mogelijke verbeteringen voor onderlinge afstemming**

Pieter Gillaerts

Het antwoord op deze vragen is volgens de spreker afhankelijk van wat we als probleem zien. Voor hem is waar we over moeten nadenken – op welk niveau we dat ook bekijken – dat we keuzes consequent moeten maken. Bijvoorbeeld: moet ik de mogelijkheid geven aan individuele gelaedeerden om met hun acties te wachten tot het publiekrechtelijke onderzoek beëindigd is? Met andere woorden, moet ik kunnen wachten als consument tot de toezichthouder uitspraak heeft gedaan? Dat lijkt een theoretische vraag, maar dat is het niet want de verjaring van hun vorderingen hangt hen boven het hoofd. Het Grondwettelijk Hof zegt inzake de handhaving van het mededingingsrecht dat dat te ver zou gaan.¹⁰ Ondertussen is dit in de Kartelschaderichtlijn aangepast. Voor hem is de discussie echter ruimer: waarom moet dat anders zijn in de andere sectoren dan het mededingingsrecht? Hij is geen expert in al deze domeinen, maar hij vindt dat we de vraag moeten stellen. We krijgen verkokering (met een Vlaams woord: ‘koterij’), zonder dat we dan het geheel nog kunnen zien. Wanneer we een aanpassing of oplossing krijgen in één domein, moeten we die dan kunnen doortrekken naar andere domeinen?

Volgens de rechtspraak inzake consumentenbescherming moet ik de mogelijkheid hebben om onrechtmatige bedingen aan te vechten. Stel dat ik als consument deels (on)gelijk krijg, wat dan met gerechtskosten? De burgerlijke rechter kan die dan gaan verdelen (art. 1017 lid 4 Ger.W.). Toch zegt recente rechtspraak dat er moet worden nagegaan of de consument door een proceskostenveroordeling niet te veel zou worden verhinderd om effectief zijn rechten te gaan handhaven.¹¹ De vraag daarbij is hoe ruim we die uitspraak mogen doortrekken. Moet dit doorsijpelen naar andere delen van het rechtssysteem?

Voor hem ligt de verbetering in nadenken over op welke vlakken we die verkokering accepteren en op welke vlakken niet. Dat zijn zaken die in een efficiënt en uiteindelijk één handhavingsapparaat nodig zijn.

10 GwH (BE) 10 maart 2016, nr. 38/2016, overw. B.14: ‘Uit hetgeen is vermeld in B.9 tot B.13 vloeit voort dat artikel 2262bis, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, door de benadeelde van een mededingingsinbreuk te verplichten om binnen de verjaringstermijn waarin die bepaling voorziet een rechtsvordering bij de burgerlijke rechter in te stellen voor de vergoeding van schade uit een mededingingsinbreuk, terwijl de administratiefrechtelijke handhavingsprocedure nog niet definitief is beëindigd, op onevenredige wijze inbreuk maakt op de rechten van de benadeelde.’

11 Hof van Cassatie 2 mei 2025, C.24.0131.N.

Janek Nowak

Verbetering hoeft niet noodzakelijk met regels gepaard te gaan. Het kan ook met een mentaliteitswijziging bij de toezichthouder, die rekening houdt met het feit dat er na een beslissing schadevergoedingsacties kunnen volgen en dat zijn beslissing kan gaan doorwerken in de burgerlijke procedure en relevant is vanuit privaatrechtelijk oogpunt.

Een voorbeeld gaat over de vertrouwelijkheid van documenten in mededingingszaken. De Europese Commissie heeft niet per se haast bij de beoordeling van de vertrouwelijkheid van haar beslissingen. Zo kan men al vijf jaar in een procedure voor de burgerlijke rechtbank zitten als de Europese Commissie tussenkomt om te zeggen dat ze nog steeds bezig is met de vertrouwelijkheid van haar beslissing te beoordelen. Binnen dit kader zou er dus meer rekening moeten worden gehouden met het feit dat publieke handhaving gecomplementeerd wordt met private handhaving en daar zou ook naar gehandeld moeten worden.

Olha Cherednychenko

Om ervoor te zorgen dat publiek- en privaatrechtelijke handhaving elkaar aanvullen moet de huidige scheiding tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures plaats maken voor de complementariteit tussen beide. Hoe komen we tot die complementariteit? We zien dat op het gebied van het mededingingsrecht al veel nagedacht is over de coördinatie tussen publiek- en privaatrechtelijke handhaving, meer in het bijzonder voor wat betreft de toegang tot bewijsmateriaal. De vraag is in hoeverre de Kartelschaderichtlijn als model kan dienen voor andere gebieden. Zie bijvoorbeeld artikel 9 van de Kartelschaderichtlijn. Volgens dit artikel is de nationale rechter gebonden aan de definitieve beslissing van de nationale toezichthouder waarin de overtreding van het mededingingsrecht is vastgesteld. Dat is een verregaande oplossing die we niet op andere gebieden zien. Specifieke regels om de bewijslast van de gedupeerde te vergemakkelijken zien we niet terug bijvoorbeeld in het consumentenrecht en het financiële recht waar coördinatie tussen bestuursrechtelijke en civiele procedures nog in de kinderschoenen staat.

De vraag is dus in hoeverre het coördinatiemechanisme op het gebied van het mededingingsrecht als voorbeeld kan dienen voor andere rechtsgebieden, zoals het consumentenrecht en het financiële recht. Dit is een discussievraag, die we misschien kunnen bespreken.

Erik Pijnacker Hordijk

Hij heeft niet echt voorstellen op dit vlak. Hij vindt van de punten die worden voorgesteld dat ze binnen de Nederlandse context geen probleem vormen. Bijvoorbeeld de verjaringstermijn die je boven het hoofd hangt. Dat is in Nederland geen *issue* omdat je in Nederland de verjaring altijd kunt stuiten door een simpele brief, wat heel erg eenvoudig is. De Kartelschaderichtlijn is op dat vlak relevant voor België, maar voor Nederland niet.

Als het gaat over kartelschade dan zien we verder dat definitieve uitspraken van de nationale toezichthouder omtrent de vaststelling van een inbreuk op het mededingingsrecht, bindend zijn voor de burgerlijke rechter bij de beoordeling van schadevorderingen inzake die inbreuk. Zie hierover artikel 9 lid 1 van de Kartelschaderichtlijn.

Bij kartelschadeclaims worden de nationale rechters geconfronteerd met een inbreuk, waarbij ze economen gaan vragen om te berekenen wat de schade is. Daarvoor heb je geen bewijs uit het dossier van de toezichthouder nodig. Maar als je wil aantonen dat het kartel die schade helemaal niet kan hebben aangericht, dan moet jij zelf als gedaagde gaan aantonen dat dat niet zo is. Dus die gedaagde heeft er dan juist zelf belang bij dat hij kan putten uit het onderzoeksdossier van de toezichthouder

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat dit een mooi voorbeeld is van hoe het dan goed uitpakt. Het hangt er natuurlijk van af voor wie. Maar alleszins dat die coördinatie dan geen *issue* is. Bij bijvoorbeeld de Digital Services Act (DSA) en Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) — waar wel *iets* is opgenomen over schadevergoeding, maar niet zoveel — is het heel goed om naar het mededingingsrecht te kijken, maar het is wel een heel ander rechtsgebied en dus niet per se ook analoog toe te passen op andere sectoren.

Pieter Gillaerts

Hij vindt het fijn om van Erik te horen dat er geen problemen zijn in Nederland, maar vreest dat die er in België wel zijn, wat de verkokering illustreert, zodat hij blijft bij zijn vraag of we oplossingen uit de Kartelschaderichtlijn niet in algemene regels moeten overnemen?

Eenzelfde inbreuk-beslissing wordt soms zeer ruim en soms weer enger gelezen, al naargelang de burgerlijke rechter. Zo perfect functionerend lijkt hem dat dan toch ook niet.

Voor hem is de vraag wat we kunnen leren van de specifieke impulsen die vanuit het EU-niveau worden gegeven. Laat ons nadenken of we niet iets moeten bijsturen.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer is van mening dat de Kartelschaderichtlijn goed is uitgewerkt en wat hem betreft evenwichtig, maar niet per se transposeerbaar naar andere sectoren. De Europese Commissie wilde twee strijdbare beleidsdoelstellingen met elkaar verzoenen, maar het faciliteren van schadeclaims mocht niet ten koste gaan van het ‘leniency programme’.

Daarom is die richtlijn niet makkelijk door te trekken naar andere gebieden, bijvoorbeeld AI.

Een Belgische deelnemer wil graag nog even reageren op de vraag die eerder door een Nederlandse deelnemer naar voren werd gebracht met betrekking tot het punt waarom dit op Europees niveau geregeld zou moeten worden. Hij volgt de gedachte van de cruciale procedurele autonomie. Instigatie vormt vandaag wel degelijk het EU-recht. Data, energie, communicatie, enzovoorts. Daarvoor ligt misschien ook wel de verantwoordelijkheid bij de EU om een en ander niet volledig over te laten aan de lidstaten, zodat die eenheid er daar ook wel in zit. Dit is dus een zeer specifieke context.

Een Nederlandse deelnemer herinnert eraan dat specifiek bij de Belgische Gegevensbeschermingsautoriteit is gekozen voor een nauwgezet afstemmingsmechanisme tussen toezichthouders. Hier is er een prachtig systeem waarbij de uitleg van al die toezichthouders ongeveer hetzelfde moet zijn. Als ze het niet eens zijn over de uitleg, dan kunnen ze naar een *board*, die dan kan beslissen. Als ze via de civiele rechter gaan, dan is diezelfde afstemming niet gegarandeerd. Hij denkt dat we iets te makkelijk zeggen dat er eigenlijk geen probleem is. Hij heeft het nog nooit meegemaakt dat een civiele rechter gebonden zou zijn aan een beslissing van een toezichthouder.

Erik Pijnacker Hordijk

Dat is volgens hem een wezenlijk verschil tussen Nederland en België. In Nederland is elk definitief besluit van een administratie bindend voor de civiele rechter.

Gerbrant Snijders

Gerbrant herinnert eraan dat die gebondenheid van de burgerlijke rechter aan beslissingen van toezichthouders eigenlijk enkel voor belanghebbenden (in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)) bij die besluiten geldt. De kartelschaderichtlijn (art. 9 lid 1) is hier mogelijk ruimer, maar die bepaling geldt uiteraard ook voor België.

Als het gaat om de uitleg van het recht dan is er in Nederland tussen rechters consensus dat de uitleg van bestuursrecht aan de bestuursrechter is en wordt gevolgd door de civiele rechter, terwijl het andersom is als het gaat om het privaatrecht. Als het gaat om recht dat onder geen van beide rechtsgebieden of in het overlapdan wel overgangsgebied valt, dan achten beide rechters zich in beginsel vrij een eigen oordeel te vormen.

Erik Pijnacker Hordijk

In Nederland zie je heel duidelijk dat de civiele rechter de restrechter is en dat is een goed concept volgens hem.

Een ander concept is dat je bij de bestuursrechter enkel een voorlopige voorziening kan vragen in samenhang met bezwaar/beroep tegen een voor beroep vatbaar besluit van een bestuursorgaan. Dit betekent dat je dit dus niet kan in de

voorbereidingsfase van bestuurlijke besluitvorming. In dat geval kun je wel al naar de civiele rechter toe (als restrechter).

Hij verwijst ten slotte naar een aantal dergelijke zaken uit de jurisprudentie die hij besproken heeft in zijn conceptpaper.

Olha Cherednychenko

Het is zeker zo dat we de Kartelschaderichtlijn niet één op één kunnen doortrekken naar andere gebieden. De clementieregeling die daar een belangrijke rol speelt, is misschien iets wat specifiek is voor het mededingingsrecht, maar dat neemt niet weg dat de Kartelschaderichtlijn interessant is voor andere gebieden. Daar is immers al veel nagedacht over de problemen die ook op andere terreinen spelen. De problemen rondom de toegang tot bewijsmateriaal doen zich bijvoorbeeld ook voor in het kader van de EU-wetgeving voor de digitale markten, zoals de Digital Services Act (DSA) en de Artificial Intelligence Act (AI Act). Zonder het besluit of onderzoek van de toezichthouder kun je vaak niks als gedupeerde. Je weet vaak niet eens dat er een overtreding plaatvond en dat je gedupeerd bent. Dat is een probleem. Op dat punt kunnen we leren van de Kartelschaderichtlijn. En het gaat hier niet enkel om gevolgacties, maar ook om alleenstaande acties.

Pieter Gillaerts

Hij wil proberen een aantal dingen samen te brengen. Zo horen we van sommige deelnemers dat de beginselen op EU-niveau (zoals het effectiviteitsbeginsel en de algemene principes en regels in bepaalde EU-regelgeving) volstaan en dus passen we die toe op nationaal niveau. Dan is er evenwel de vraag over de doorwerking: is hier variëteit binnen de lidstaten? Denk bijvoorbeeld aan het mededingingsrecht. In principe is daar de definitieve inbreuk-beslissing van de toezichthouder bindend. Als hij kijkt naar de Belgische context, dan klopt dat voor een definitieve beslissing van de Belgische mededingingsautoriteit. Maar als het gaat om een beslissing van een toezichthouder van een andere lidstaat, dan vormt dit volgens het Belgische recht (en het EU-recht: art. 9 lid 2 Kartelschaderichtlijn) maar een begin van bewijs. Zijn we dan niet te veel aan het knabbelen aan het beginsel dat doorwerking zou vinden?

Wanneer moeten we elkaar volgen en wanneer niet? Waar vinden dat we over de landsgrenzen heen van elkaar kunnen leren en waar laten we ruimte voor eigenheid?

Rob Widdershoven

Als de beslissing van de toezichthouder van een land moet worden erkend als bewijs in een ander land, dan moeten ook de waarborgen voor bewijsvergarig gelijkwaardig zijn.

Erik Pijnacker Hordijk

Verordening 1/2003 (codificeert Masterfoods) maakte reeds verschil tussen de beslissing van de eigen toezichthouder en de toezichthouder van een andere lidstaat, die niet meer dan *prima facie* bewijs vormt. Dit is in feite een puur politiek besluit van de Europese wetgever geweest.

Een Nederlandse deelnemer wijst in dit verband op de welbekende bol.com zaak, waarbij een beslissing van de mededingingsautoriteit van een andere lidstaat geen begin van bewijs vormde, maar een *prima facie* presumptie, die bovendien ook niet zo maar te weerleggen is.

Een andere Nederlandse deelnemer merkt op dat in België de Gegevensbeschermingsautoriteit heel actief is. Ook heel veel NGO's kunnen klachten aanbrengen en die worden ook afgewikkeld. Er zijn ook prejudiciële vragen. Daar is dus een levendige claim-cultuur (of AVG-cultuur). Ze benadrukt dat ze de coördinatie qua begrippen binnen GBA in België een goede zaak vindt. In Nederland gebeurt dit volgens haar veel minder.

In de twee landen gebeuren er verschillende dingen op dit vlak. In Nederland heeft men de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) gemaakt, maar in België hebben ze een dergelijke regeling niet.

Een andere Nederlandse deelnemer vestigt nog de aandacht op een heel exotisch onderwerp. Hij verwijst naar de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) waar veel over te doen is, voornamelijk in Amerika, maar ook in de EU. De Europese Commissie heeft het perspectief dat we concurrerend moeten worden. Eén van de voorstellen voor de private handhaving was om te gaan kijken op welke punten we niet-naleving hebben en dus om een stukje van het recht te gaan harmoniseren. Daarna volgde evenwel weer een voorstel tot schrapping, waarbij dit dan toch aan het recht van de lidstaten werd gelaten.

Zijn vraag is of dat nu een wenselijke ontwikkeling is; waarbij je in eerste instantie in het EU-recht harmonisatie van privaatrechtelijke handhaving probeert te bereiken, maar – omdat je meer concurrerend moet worden volgens de Europese Commissie – dat dan toch weer schrapt?

Olha Cherednychenko

Zij vindt dit een interessante opmerking. Volgens haar past de schrapping van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid in de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) in een bredere trend waarin steeds vaker wordt afgezien van de harmonisatie van privaatrechtelijke remedies op het EU-niveau. Zo heeft de Europese Commissie bijvoorbeeld haar voorstel voor de AI Liability Directive recentelijk ingetrokken. De beoogde harmonisatie van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van AI-aanbieders gaat dus niet door. Nu zien we hetzelfde gebeuren met de CSDDD. Daar zit de lobby van de industrie die tegen de harmonisatie is, achter. De gedachte lijkt te zijn dat het in geval van harmonisatie voor gedupeerden mak-

kelijker zal worden om bedrijven aansprakelijk te stellen. Het argument van het *level-playing field* weegt daar niet tegenop.

Ze vraagt zich ook af of dit een wenselijke ontwikkeling is. Als de EU-wetgeving alleen de bestuursrechtelijke sancties harmoniseert, wordt de privaatrechtelijke aansprakelijkheid helemaal aan de lidstaten overgelaten. Maar zonder het harmoniseren van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid wordt het bijvoorbeeld heel lastig om AI-aanbieders aansprakelijk te stellen. Ze denkt dat dit wel een zorgelijke ontwikkeling is die we nu op Europees niveau zien.

Rob Widdershoven

We zijn nu aanbeland bij de problemen in verband met de trias politica.

Erik Pijnacker Hordijk

Hij vindt dat het Nederlands rechtstelsel goed functioneert. Vanuit dat perspectief is er belang bij harmonisatie van privaatrechtelijke remedies, met name om een *level-playing field* creëren. Juist omdat het vaak over grensoverschrijdende kartels gaat. Je wordt nu aangeklaagd in landen waar de regelgeving het best is voor de gelaedeerde.

Dat is een ongelukkige ontwikkeling. Harmonisatie is daarom juist ook voor aansprakelijkheid van belang.

Als professor staatsrecht wordt een Belgische deelnemer getriggerd door de vraag naar de *trias politica*. Vanuit functioneel oogpunt hebben toezichthouders heel vaak regelgevende bevoegdheden (regels maken en sancties opleggen). Het is interessant om na te denken over een eventueel bindend karakter van beslissingen van toezichthouders, juist ook vanuit de vraag of dat wel voldoende rechtsbescherming biedt.

Gerbrant Snijders

Hij wees er al op dat bedoeld bindend karakter in Nederland in het algemeen enkel voor belanghebbenden (in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)) bij die besluiten geldt. Hij denkt niet dat daar in het algemeen van een rechtsbeschermingstekort sprake is.

Janek Nowak

Brugel, de Brusselse energieregulator, heeft ook een geschillendienst die deel uitmaakt van de energieregulator en schadevergoedingen kan opleggen. Die procedure neemt eigenlijk (in eerste instantie) de procedure bij de burgerlijke procedure over. De Raad van State zegt dat dit oké is voor zover een beroep bij de burgerlijke rechter wel mogelijk blijft. Toch is dat volgens hem iets waar men ook vragen bij kan stellen. Hij ziet een probleem in het feit dat een bestuurlijke autoriteit met

de rechter bepaalde bevoegdheden gaat ‘delen’. Het is mogelijk wel efficiënter, hoewel ook de Geschillendienst van Brugel momenteel overbevraagd is...

Wanneer de toezichthouder als *amicus curiae* wordt betrokken in een procedure, wordt hij door de burgerlijke rechter naar ervaring gewoon gevolgd (dit is al eerder aan bod gekomen deze namiddag). De rechterlijke macht – die eigenlijk die toezichthouder moet controleren – volgt diezelfde toezichthouder dan dus eigenlijk met weinig kritiek. Hetzelfde gaat op voor de richtsnoeren van autoriteiten die worden gevolgd als ware het een bindende wet.

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat dit in Nederland analoog is te vinden, zie bijvoorbeeld de rechtszaak over ‘buy now pay later’.¹² De kantonrechter verwijst naar een rapport van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en gebruikte het rapport, ofschoon de AFM zich er niet mee bemoeide, dus de Nederlandse rechter voegde zelf het rapport toe aan de zaak.

Afsluiting

Rob Widdershoven

Het is de gewoonte dat onze voorzitter Lidy Wiggers-Rust aan het einde van expertmeetings een eerste samenvattende impressie geeft van hetgeen ten aanzien van de behandelde thema’s op hoofdlijnen is gevonden. Bij haar afwezigheid zal hij dit gaan doen, maar hij vindt dat wel een uitdaging. Hij zal dingen vergeten, maar we hebben gelukkig de verslaglegging.

Het ging vandaag over de duale handhavingsstructuur, met name onder invloed van het EU-recht. Een eerste vraag peilde naar wat de kernfuncties zijn. Bijvoorbeeld het algemeen belang bij publiekrechtelijke handhaving en het persoonlijk belang bij privaatrechtelijke handhaving, maar dit werd genuanceerd. Daarnaast was er het tijdstip: *ex ante* bij publieke handhaving en *ex post* bij private handhaving, maar daar hebben we het niet heel veel over gehad. Wel is uitvoerig gesproken over de vraag of de uitkomsten van de verschillende handhavingssystemen verschillend zijn. Bij publieke handhaving worden sancties toegepast die afschrikwekkend en punitief zijn, maar bij privaatrechtelijke handhaving is volgens sommigen ook sprake van een punitieve tendens. Over dit laatste wordt door anderen anders gedacht. Wellicht kunnen we wel stellen dat het privaatrecht wat afschrikwekkender wordt.

Hoe functioneren beide handhavingssystemen en wat kan er beter? Het bestuursrecht had beperkte problemen met prioritering. In het privaatrecht werd de verjaringstermijn als probleem genoemd. In Nederland vormde dit echter geen enkel probleem, maar in België wel. Het bewijs dan: technisch gaat het vaak om moeilijke zaken. Ook de schadebegroting is ingewikkeld. Voor ‘gewone’ burgers is dat problematisch. Hier valt misschien iets te leren van Nederland, want Nederland heeft een deel van die dingen wel opgelost. Er is een redelijk goed functionerend

12 ECLI:NL:RBMNE:2025:2054.

ADR en bovendien heeft Nederland de WAMCA. Vervolgens hebben we gediscussieerd over de vraag of er meer afstemming of coördinatie zou moeten zijn tussen het private en publieke handhavingsspoor en of die afstemming nationaal of op Europees niveau moet worden geregeld. In dit verband is gewezen op de Engelse criteria die wellicht ook relevant zouden kunnen zijn voor private sanctionering, zodat het ne bis in idem-beginsel grenzen zou stellen aan cumulatie van private en publieke sancties. Maar ook als die private sancties geen criminal charge zijn, is enige afstemming tussen beide sporen denkbaar. Verder is er afstemming tussen beide sporen in de Kartelschaderichtlijn, waarin geregeld is dat definitieve beslissingen van de toezichthouder (deels) bindend kunnen zijn in het civiele spoor (art. 9 lid 1)). De vraag die wel opkwam is of een dergelijke regeling ook niet moet worden ingevoerd op andere terreinen. Diezelfde vraag geldt voor andere zaken die geregeld zijn in de Kartelschaderichtlijn. Daarover waren de meningen verdeeld en niet iedereen was enthousiast over deze gedachte. Toch is het iets om te bekijken. Ten slotte zijn we toch nog bij de *trias politica* terechtgekomen. Op dit punt is er de toezichthouder met zijn vele petten: hebben ze er twee, drie of vier? Sommigen vinden dit best, anderen vinden het potentieel problematisch. Hetzelfde kan worden gezegd over de *amicus curiae*. Ten slotte ging het nog over een geschillenregeling bij een toezichthouder, in Nederland functioneert die niet echt, maar waarom weet hij eigenlijk ook niet. Rob bedankt de sprekers en nodigt iedereen uit voor de borrel.

Applaus voor sprekers