

# Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?

I. Giesen\*

## 1. Introductie

In dit afsluitende hoofdstuk wordt in kort bestek de balans opgemaakt. De kerngedachte bij het ontwikkelen van dit boek was dat het belang van handhaving niet te onderschatten is, niet alleen vanuit economische optiek<sup>1</sup> maar ook omdat zonder effectieve handhavingsmiddelen (toezicht, procedures, sancties, etc.) het materiele privaatrecht in wezen betekenisloos blijft. Een recht dat niet gehandhaafd kan worden, is feitelijk slechts een lege huls.<sup>2</sup> Het daaruit voortvloeiende algemene vertrekpunt voor de diverse hoofdstukken, zoals geschetst door *Engelhard* in haar inleiding, luidde:

'in hoeverre kunnen rechtsregels van en door (het betreffende deelterrein van het) privaatrecht worden gehandhaafd: hoe vindt de privaatrechtelijke handhaving plaats, is er verbetering nodig en hoe effectief is deze handhaving, eventueel vergeleken met het publiekrechtelijke arsenaal van sancties en andere handhavingmechanismen?''<sup>3</sup>

Gegeven dat vertrekpunt rijst vervolgens de vraag: waar staan we nu, veertien bijdragen verder? Wat hebben de diverse hoofdstukken toegevoegd aan de stand van zaken zoals we die kenden? Welke algemene lijnen zijn er te schetsen, of in grove streken of heel voorzichtig via een flinterdun potloodstreepje? Daarbij zal de vraag naar de stand van zaken van het debat voordat de voorgaande bijdragen daaraan toegevoegd werden, niet omzeild kunnen worden, ook omdat dat vertrekpunt het eindoordeel natuurlijk mede bepaalt.

Deze afsluiting laat zich dan ook eenvoudig in drieën delen. Na een beschouwing over het huidige debat als het gaat om de handhaving in, via, door en met het privaatrecht in paragraaf 2, volgt een analyse van wat er in het voorgaande aan die status quo is toegevoegd en een duiding van wat nog ontbroken heeft, zoals

\* Ivo Giesen is hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder aansprakelijkheidsrecht en burgerlijk procesrecht, aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof's-Hertogenbosch. Dank aan mijn mederedacteuren en Carla Sieburgh voor hun constructieve opmerkingen bij eerdere versies.

<sup>1</sup> Vgl. *Cabrillo & Fitzpatrick* 2008, p. 1 ('Failure to guarantee and enforce legal rights and norms is economically devastating') en p. 221.

<sup>2</sup> Dat is al vaker opgemerkt, vgl. vooral *Verheij* 2002, p. 464, en de aanzetten daartoe bij *Giesen* 2001 en *Akkermans* 1997. Zie ook nog *Van Boom* 2006, p. 7; *Hartlief* 2008, p. 771.

<sup>3</sup> Zie het inleidende hoofdstuk van *Engelhard*, par. 1, eerder in dit boek.

een psychologisch georiënteerde kijk op de zaak (par. 3). In paragraaf 4 volgt dan een voorlopig eindoordeel, beter eigenlijk: een nieuwe tussenstand. Waar staan we nu met die handhaving? Wat staat nog in de kinderschoenen? Wat is helder en duidelijk?

## 2. De status quo van het debat over privaatrechtelijke handhaving

### 2.1 Nogmaals: waar spreken we over?

Het is verstandig eerst (nogmaals) vast te leggen waarover we precies spreken en willen spreken. De ruime werkdefinitie die de redacteuren van dit boek aan de auteurs meegegeven hebben, gedurende een voorbereidend seminar, is dat handhaving ziet op het bevorderen van het geldend maken van privaatrechtelijke rechten en van de naleving van privaatrechtelijke verplichtingen. In de inleiding van *Engelhard* spreekt zij, genuanceerder, over:

‘het ondernemen van juridische actie, het nemen van maatregelen, het houden van toezicht en/of het opleggen van sancties ter bevordering van de naleving van rechtsplichten en/of het geldend maken van aanspraken of rechten.’<sup>4</sup>

Van belang hierbij is vervolgens dat *handhaving van het privaatrecht* (te weten handhaving van regels of belangen van privaatrechtelijke aard; dat kan langs diverse wegen en rechtsgebieden geschieden) iets anders is dan *privaatrechtelijke handhaving* (want dat is handhaving van allerlei soorten regels en belangen, ongeacht hun herkomst, door regels van privaatrecht).<sup>5</sup> En dus is het zaak steeds goed in het oog te houden waarover het in een specifiek geval gaat. Betreft het ‘zelfhandhaving’ zoals dat in het eerste geval ook wel heet,<sup>6</sup> of toch privaatrechtelijke handhaving? Het normaaltype is dan dat we ons als beoefenaren van het privaatrecht richten op een combinatie van beide voornoemde varianten, namelijk de *privaatrechtelijke handhaving van het privaatrecht*. Dat wil dan zeggen dat de handhaving van regels van privaatrecht door andere regels van privaatrecht voorop staat en bestudeerd wordt.<sup>7</sup>

### 2.2 Systeemfalen: Van Boom en Kortmann

#### 2.2.1 Inleiding

Het privaatrechtelijke systeem is als systeem onvoldoende ingericht als – of gericht op – de handhaving van de rechten die verleend worden door datzelfde systeem. De Rotterdamse oratie van *Van Boom* heeft dat mijns inziens overtuigend laten

4 Zie het inleidende hoofdstuk van Engelhard, par. 2.1. Vgl. in dit verband overigens ook nog de bijdrage van Jurgens c.s. aan dit boek.

5 Vgl. ook het inleidende hoofdstuk van Engelhard, par. 2.1 en 2.2.

6 Over die term ook Freriks 2008, p. 180.

7 De handhaving van publieke normstellingen of belangen door (semi-)private figuren, verdwijnt dan uit beeld, zie daarover uitvoerig Freriks 2008.

zien.<sup>8</sup> Het privaatrecht kijkt vooral terug en dus te weinig vooruit, het privaatrecht tracht vooral tot herstel van de oude toestand te komen, verder dan dat (bijvoorbeeld door ook met straffende elementen te werken) gaat het niet, en het privaatrecht reageert steeds in concreto, te weten met een specifieke zaak van een specifiek iemand in het achterhoofd, dus zonder belangen van anderen mee te wegen.<sup>9</sup> De suggestie is vervolgens gedaan om die problemen bij de kern aan te pakken.

### 2.2.2 De bijl van Kortmann

Ten eerste kan dan de oratie van *Kortmann*<sup>10</sup> genoemd worden, want die pakt het probleem echt rigoureuus, bij de wortel aan. Zijn in de kern eenvoudige stelling is: laten we ophouden te claimen dat het privaatrecht handhavend zou moeten zijn; 'private enforcement' is geen doel van het aansprakelijkheidsrecht dat immers slechts gericht is, en moet zijn, op compensatie.<sup>11</sup> Het privaatrecht (althans: het (Europese) aansprakelijkheidsrecht) dient er niet toe de 'private enforcement' te versterken of om tekorten op het terrein van het mededingingsrecht of het strafrecht te corrigeren, en dat moeten we dus ook helemaal niet verlangen van het privaatrecht. Laat het strafrecht of desnoods het bestuursrecht de boel maar opruimen,<sup>12</sup> het aansprakelijkheidsrecht levert alleen, indien aan de voorwaarden ervoor voldaan is, compensatie.

Gaan we daarin mee en verlangen we dit niet (langer) van het privaatrecht, dan is inderdaad het grote handhavingstekort van het privaatrecht verdwenen. Dat is echter wat mij betreft wel een wat al te gemakkelijke aanpak. Immers, waar niets wordt geëist, kan ook nooit gefaald worden.

Deze insteek miskent bovendien dat het privaatrecht, ook onbedoeld en onbewust in elk geval in beperkte mate een handhavend effect heeft, of ten minste kan hebben.<sup>13</sup> Immers, ook de door Kortmann verkozen compensatiefunctie brengt automatisch en onmiskenbaar een handhavend element mee. In het specifieke geval waarin wél compensatie volgt, wordt namelijk meteen ook handhavend opgetreden; na de miskenning van een in acht te nemen privaatrechtelijke, materiële regel door de aangesprokene, wordt die niet-naleving gesanctioneerd door compensatie

<sup>8</sup> Zie Van Boom 2006, alsmede Van Boom 2007. De Utrechtse oratie van Keirse (deels opgenomen als bijdrage aan dit boek) bevestigt en versterkt dat beeld.

<sup>9</sup> Zie Van Boom 2006, p. 12-14.

<sup>10</sup> Kortmann 2009.

<sup>11</sup> Kortmann 2009, p. 23. Zijn stelling dat de instrumentele visie op het aansprakelijkheidsrecht (d.w.z.: focus op preventie) nog steeds een minderheidsmening is (p. 15) zou ik niet durven onderschrijven, en zijn (verouderde) verwijzingen onderbouwen dat standpunt ook niet (meer). Is de meerderheid niet inmiddels zo ver dat zowel compensatie als preventie de belangrijkste functies van het aansprakelijkheidsrecht vormen? Zie verder Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 9-14, alsmede, voor de Duitse discussie Wagner 2006, m.n. p. 358-360 (die zelf zeker niet in Kortmanns kamp past, vgl. p. 431).

<sup>12</sup> Anders Wagner 2006, p. 360, die verzucht over gedragssturing door het recht: het strafrecht mag het niet, het bestuursrecht kan het niet en het privaatrecht wil niet.

<sup>13</sup> De in potentie altijd aanwezige handhavende functie van het privaatrecht, toont zich ook daar waar het verlies van bepaalde (geringe) aanspraken juist niet tegengegaan wordt door de rechter, zodat daar dus specifiek niet voor (de ondersteuning van) de handhaving van een recht gekozen wordt. Immers, die handhaving ondersteunen was wel mogelijk geweest als de keuze anders was uitgevallen. Zie Drion 2009, p. 1319, over HR 5 december 2008, RvdW 2009, 2. Pollen/Linssen Yachts.

toe te kennen aan een ander. Dat geldt eens te meer indien we ons moeite zouden moeten getroosten om slachtoffers te voorzien van, in de woorden van Kortmann, 'real, effective tools to obtain compensation'.<sup>14</sup> Helaas dus, zo vrees ik, is een keuze voor één bepaalde functie van het privaatrecht (hier: compensatie) niet zo simpel, omdat dat privaatrecht, ook als we dat niet zouden willen, automatisch, omdat we dat privaatrecht nu eenmaal invoeren en bijvoorbeeld nakoming verlangen, een zekere handhavende werking heeft.<sup>15</sup> Handhaving en compensatie zijn dus geen tegenstelling; compenserende schadevergoeding dient de rechtshandhavingfunctie.<sup>16</sup>

Los daarvan staat dan nog dat we ook simpelweg niet kunnen 'overleven' zonder enige privaatrechtelijke handhaving want het strafrecht heeft niet de capaciteit en is teveel *ultimum remedium* om in wezen privaatrechtelijke problemen op te lossen. Dan maar de publieke 'enforcement' verder verbeteren, zoals Kortmann<sup>17</sup> betoogt, is weinig reëel, wat mij betreft.<sup>18</sup> Het bestuursrecht zou de juridische leegte, het 'gat', dat het strafrecht achter laat eventueel kunnen opvullen,<sup>19</sup> maar dat betekent dan wel dat we een zeer grote overheid (in de vorm van nog meer en/of nog grotere toezichthouders op nog meer terreinen) toe moeten staan. Ik vrees dat 'de overheid' daarmee zo groot zou (moeten) worden dat bij wijze van spreken iedere burger meteen ook toezichthouder zou moeten zijn voor een andere burger. De bijl aan de wortel van de privaatrechtelijke handhaving zetten, zoals Kortmann getracht heeft, is dus mijns inziens weinig vruchtbaar.<sup>20</sup>

Ik weet me daarin gesterkt door Hartlief. Deze had net voor het uitspreken van Kortmann's rede al laten doorschemeren dat wat hem betreft 'punitive damages' op bepaalde terreinen (aansprakelijkheid van de boulevardpers), en dus gericht, inzetbaar zouden moeten zijn.<sup>21</sup> Dat past uiteraard naadloos in de door Kortmann zo verfoeide instrumentele visie op het privaatrecht, waarbij het sanctiearsenaal niet alleen in dienst staat van de concrete eiser, maar via deze ook van het systeem als geheel.<sup>22</sup> Hartlief erkent volmondig dat dit niet onproblematisch is (gedragsbeïnvloeding is vooralsnog een afgeleid effect; zijn betrokkenen wel in staat om het tekort te vullen?; zijn activistische burgers en rechters te legitimeren?), en dat we ons moeten realiseren dat we zodoende een maatschappij creëren waarin het

<sup>14</sup> Kortmann 2009, p. 23.

<sup>15</sup> Men zou dit, met Hartlief 2008, p. 771, 'niet meer dan een bijrol' kunnen noemen, omdat strafrecht, bestuursrecht, tuchtrecht en andere prikkels (reputatie, etc.) wellicht meer effect hebben (zie nader o.a. Visscher & Weterings 2007, m.n. p. 237 e.v., die een combinatie van diverse opties vooropstellen), maar m.i. gaat de rol van het privaatrecht verder dan dat. Dat komt door de beperkte inzetbaarheid van bijv. die andere mechanismen (strafrecht is 'ultimum remedium').

<sup>16</sup> Zo ook Wagner 2006, p. 469 over de verhouding tussen compensatie en preventie.

<sup>17</sup> Kortmann 2009, p. 19-20.

<sup>18</sup> Zie ook Hartlief 2009, p. 1553.

<sup>19</sup> De verantwoordelijkheid van de overheid en dus overheidshandhaving helemaal uitsluiten, is overigens niet mogelijk, vgl. Freriks 2008, p. 183 en 223.

<sup>20</sup> Daar komt nog bij dat hij wel de argumenten tegen versterking van de private handhaving postuleert, maar de argumenten voor (bijv. zonder effectieve remedie blijft een verleend recht een lege huls; private handhaving heeft ook een batenkant, naast de kosten van het aansprakelijkheidsrecht) onbesproken laat.

<sup>21</sup> Hartlief 2008, m.n. p. 776.

<sup>22</sup> Hartlief 2008, p. 770.

aansprakelijkheidsrecht aan belang wint, met alle gevaren (claimcultuur; juridisering) van dien, inclusief overactieve burgers en rechters. Wat uiteindelijk overheerst, is echter een positief gevoel, aldus Hartlief, die zo bij voorbaat een antwoord formuleerde op Kortmann's latere aanval.<sup>23</sup>

### 2.2.3 Van Boom en het handhavingsdeficit

Keren we dan terug naar *Van Boom* en diens drieledige oorzaak voor het handhavingdeficit van en in het privaatrecht (het gaat om oordelen achteraf (*post facto*) leidend tot te weinig of te veel preventiemaatregelen; het is gericht op compensatie (herstel) maar geregeld is het bewijs van schade en causaliteit niet te leveren; het systeem werkt zo dat triviale schade niet verhaalbaar is<sup>24</sup>), dan blijkt dat hij als oplossingsrichting in zijn algemeenheid voorstaat om publieke en private handhaving te combineren en om de privaatrechtelijke handhaving te versterken, ook om het privaatrecht als een wenkend alternatief voor puur publiekrechtelijke regulering te bewaren.<sup>25</sup> Dit zijn redelijk stevige termen om het probleem te duiden, en het is wat mij betreft nog maar de vraag of het privaatrecht, zoals gesuggereerd, nu al in 'levensgevaar' zou zijn. Net zoals de compensatiefunctie van het privaatrecht de handhavingsfunctie niet uitsluit, zal handhaving langs andere weg de behoefte aan compensatie in geldelijke termen tussen privaatrechtelijke rechtssubjecten (en dus de behoefte aan privaatrecht) niet volledig uitsluiten. Het privaatrecht heeft dus nog steeds een waardevolle plek.

Wat daarvan verder zij, Van Boom geeft verder heel concreet aan dat in plaats van compenserende schadevergoeding meer verwacht mag worden van bijvoorbeeld declaratoire rechterlijke uitspraken in de vorm van geboden en verboden, inclusief dwangsommen, van een gematigde variant van Europese 'punitive damages', van winstafdracht, van het ondersteunen van zelfregulering en dan vooral de financiële kant van collectieve acties, alsmede het openstellen van collectieve schadevergoedingsmogelijkheden daarbij, en van het generaliseren (verder reikende bindende kracht toekennen) van de werking van ordemaatregelen, ook buiten het specifieke geval van een specifieke eiser. Meer algemeen wil hij het 'post-facto' kenmerk van het privaatrecht omkeren naar een 'ex ante' instrument door bijvoorbeeld vroegtijdig te laten bepalen of een overeenkomst geldig of nietig is.<sup>26</sup>

Daarmee zijn even zovele meer of minder algemene manieren aangegeven om het systeemfalen van het privaatrecht (in elk geval in potentie) tegen te gaan. De experimenten die Van Boom graag zou zien uitgevoerd om zijn 'oplossingen' te testen,<sup>27</sup> zijn echter nog niet echt van de grond gekomen; dat moet dus nog gebeuren als het

<sup>23</sup> Hartlief 2008, p. 770-771 en p. 777. In Hartlief 2007, p. 915, was hij nog minder positief gestemd.

<sup>24</sup> Van Boom 2006, p. 26. Hartlief 2008, p. 772, noemt dit 'handhaven met handicaps'. Keirse onderstreept in dit boek de juistheid van de analyse van Van Boom.

<sup>25</sup> Van Boom 2006, p. 30-31.

<sup>26</sup> Over dit alles Van Boom 2006, p. 33-45.

<sup>27</sup> Hoe het nut van deze ideeën gemeten kan worden, heeft hij later toegelicht, zie Van Boom 2008, p. 766.

aan hem ligt.<sup>28</sup> Wat mij betreft, wordt daar ook spoedig mee van start gegaan, want zonder dit soort veranderingen (of ten minste de experimenten om enkele mogelijkheden te toetsen<sup>29</sup>) wordt het privaatrecht nooit wat het in potentie zou kunnen zijn: een verbeterde versie van zichzelf, *Privaatrecht 2.0* dus.<sup>30</sup>

### 2.3 Specifieke vormen van feilen en het bijstellen daarvan

Naast de voornoemde meer algemene pleidooien tegen of voor de handhavende functie van het privaatrecht zijn er uiteraard, en vooral, ook meer gedetailleerde oplossingen voorgesteld voor meer specifieke problemen gerelateerd aan de handhaving in en door en via het privaatrecht. Het is niet zinvol te proberen die allemaal hier voorbij te laten komen; een enkel recent voorbeeld kan volstaan om te laten zien dat het thema als zodanig sterk leeft.

Zo heeft *Hartlief* geanalyseerd, aansluitend bij zijn eerder genoemde betoog, in hoeverre de regeling van de vergoeding van smartengeld een bijdrage zou kunnen leveren aan het handhavingspotentieel van het privaatrecht. Aansluitend bij de rechtshandhavende functie die eerder al aan smartengeldvergoedingen werd toebedacht door Verheij,<sup>31</sup> constateert *Hartlief* vooral dat er binnen het aansprakelijkheidsrecht een handhavingstekort bestaat en dat dat tekort (deels) op te lossen is via (verbeterde, verruimde) smartengeldvergoedingen. Hij voegt als (nieuwe) remedies toe aan het bestaande arsenaal de mogelijkheid van 'punitive damages',<sup>32</sup> en tevens de gedachte om smartengeld al toe te kennen indien bepaalde persoonlijkheidsrechten als zodanig zijn geschonden, onafhankelijk van de vraag of die schending wellicht (ook) tot voor vergoeding in aanmerking komende materiële schade (inkomensverlies e.d.) heeft geleid.<sup>33</sup> Deze sancties zijn niet (louter) op compensatie gericht en komen dus in zoverre tegemoet aan dat bezwaar van Van Boom. Of echter de smartengeldvergoeding die mogelijk is bij de enkele schending van een persoonlijkheidsrecht, voldoende groot is om interessant te zijn voor een claim, valt nog te bezien.

<sup>28</sup> Anders echter Kortmann 2009. Zie wel al de diverse bijdragen in het WPNR-themanummer (WPNR 6772 (2008) onder gastredactie van Van Boom). Tijdens de jaarlijkse *Ius Commune* conferentie eind november 2009 is bijvoorbeeld een workshop gewijd aan het door Van Boom gepropageerde thema van 'injunctive relief', en dan specifiek voor het aansprakelijkheidsrecht.

<sup>29</sup> Het thema van de mogelijke invoering van 'punitive damages' werd wel al onder de loep van het EVRM gelegd, waarna geconstateerd werd dat we dan met een 'criminal charge' te maken hebben, met alle gevolgen (in de zin van Europese waarborgen) van dien. Zie hierover de inleiding van Engelhard in dit boek en Adriaanse e.a. 2008. Voor een analyse van de Amerikaanse situatie, vanuit de mogelijke functies gedacht, zie bijv. Geistfeld 2007. Voor wat betreft de mogelijkheid van collectief verhaal door consumenten, ligt er inmiddels een Europees Groenboek, waarover o.a. Kamerstukken II 2008/09, 22 112, nr. 849.

<sup>30</sup> Van Boom 2008, p. 769, waarschuwt dan nogmaals dat het privaatrecht niet mag verworden tot een restrecht voor vergeten belangen.

<sup>31</sup> Verheij 2002.

<sup>32</sup> Naast *Hartlief* zijn er soortgelijke pleidooien van Weyts 2006; Oosterhuis 2007; Boot 2008; Boukema 2008. Minder positief is Van 't Laar 2007, p. 110. Vgl. ook Geistfeld 2007 en de bijdrage van Hondius aan dit boek.

<sup>33</sup> *Hartlief* 2008a, p. 245 e.v., resp. p. 240, 242 en 245. Vgl. over dat tweede aspect ook Lindenbergh 2005, en *Hartlief* 2008, p. 773.

Waar het om remedies gaat, wordt toch al enige tijd getracht om buiten de gebaan-de paden te denken.<sup>34</sup> *Akkermans c.s.* constateren in dat verband dat de remedie van de 'excuses' meer grond en basis kan vinden in het privaatrecht dan wellicht gedacht, dat ze vaker dan wellicht gedacht zinvol kunnen zijn en dat het persoonlijke karakter van excuses niet in de weg staat aan het afdwingen ervan.<sup>35</sup> Dat concept vindt ook elders aanhang in die zin dat er bijvoorbeeld ook in de Verenigde Staten (VS) al is gepleit voor zogenaamde 'court-ordered apologies' in bepaalde gevallen (zoals 'civil rights cases' tegen de overheid), waarbij die 'apology' dan ook als een nieuwe en effectieve remedie naar voren is gebracht.<sup>36</sup>

Geen excuses, maar veeleer harde actie is aan de orde in de door *Haazen* onder de aandacht gebrachte 'False Claims Act'-procedures in de VS. Kern van de zaak is dat een ieder die frauduleuze praktijken onthult en de daaraan verbonden schade van de overheid in diens naam verhaalt, daarvoor beloond wordt (door een deel van de schadevergoeding op te mogen strijken, tot 30%). Handhaving door private burgers en bedrijfjes (*private bounty hunters*) neemt het hier over van publiekrechtelijk interventie, en met financieel succes.<sup>37</sup>

Voor het zo belangrijke terrein van de collectieve, privaatrechtelijke handhavings-mogelijkheden heeft *Croiset van Uchelen* laatstelijk de stand van zaken opgemaakt, waarbij uiteraard vooral de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) aan bod kwam.<sup>38</sup> Ten eerste constateert hij, bijna terloops, dat die WCAM per definitie een *ex post* remedie is, zodat die wat dat aangaat de 'systeemvereisten' voor handhaving van Van Boom niet haalt. Omdat de WCAM de collectieve actiemogelijkheden uitbreidt (beter: op de kaart heeft gezet), is er wat dat aangaat weinig te klagen.<sup>39</sup> Extra prikkels om, bovenop herstel in de oude toestand, de handhaving te stimuleren biedt die WCAM op het eerste gezicht echter niet. Dat bezwaar blijkt echter te ondervangen omdat een schikking (vaak voor een lager bedrag dan de werkelijke schade) ook kan behelzen dat er geldelijke middelen voor toekomstige collectieve acties beschikbaar komen voor bepaalde organisaties.<sup>40</sup> Dat is een concept dat de (collectieve) privaatrechtelijke handhaving zeker een 'boost' kan geven.

### 3. Wat is er in het voorafgaande aan de status quo toegevoegd?

#### 3.1 Introductie

Als we vervolgens bezien, zoals beloofd, wat er in de voorgaande hoofdstukken toegevoegd is aan de stand van zaken zoals die er was, dan zijn er zes bijdragen te noemen die het onderwerp 'handhaving in het privaatrecht' als het ware op systeemniveau besproken en becommentarieerd hebben. Die bijdragen proberen het eerder genoemde 'systeemfalen' te analyseren en/of onderdrukken (zie par. 3.2).

34 Vgl. De Perron 2003 (betere communicatie; verklaring voor recht).

35 Zie Akkermans e.a. 2008, p. 778 e.v.

36 Zie White 2006. Akkermans e.a. 2008 laten veel meer Amerikaans onderzoek de revue passeren.

37 Haazen 2006.

38 Zie Croiset van Uchelen 2008.

39 Croiset van Uchelen 2008, p. 801.

40 Croiset van Uchelen 2008, p. 801-802.

Daarnaast laten de overige acht bijdragen, elk op eigen wijze, zien hoe op specifieke deelterreinen of ten aanzien van speciale deelproblemen oplossingen gevonden kunnen worden (par. 3.3).

Uiteraard kunnen in dit boek niet alle aspecten aan bod komen, zodat er ook los van wat in het voorgaande de revue gepasseerd is, nog het nodige te leren valt. Zo blijkt nergens expliciet aandacht besteedt te zijn aan (enkele van de vele mogelijke) psychologische kanten van naleving van regels en handhaving. Paragraaf 3.4 beoogt die leemte enigszins te vullen. Ook overigens waren er aspecten die wellicht meer in de belangstelling hadden kunnen staan, zoals de juridische plicht, internationaal gezien, dat er een *effective remedy* moet zijn. In aanvulling op wat in de inleiding van *Engelhard* daarover gezegd is,<sup>41</sup> volgt daarover ook nog een enkele opmerking in paragraaf 3.5.<sup>42</sup>

### 3.2 Tegen het 'systeemfalen'

Ten eerste laat *Engelhard* in haar inleidende bijdrage zien waar de belangrijkste kritiekpunten op het huidige 'systeem' van handhaving in, via en door het privaatrecht te lokaliseren zijn, waar dus dat 'systeemfalen' het meest markant tot uitdrukking komt. Ze wijst bijvoorbeeld op de vaagheid van gedragsregels, op de ineffectiviteit van sancties, en op het trage en dure procesrecht dat vervolgens het materiele recht frustreert. Vervolgens bespreekt ze enkele moderne nationale en Europese trends die aan een verbeterde handhaving kunnen bijdragen (zoals regulering en zelfregulering, toezicht, constitutionalisering en publiekrechtelijke beginselen), waaronder ook nog het door haar op een, wat mij betreft, zeer bruikbare wijze ingevulde 'voorzorgbeginsel'.

Ten tweede heeft *Hondius* een breed opgezette beschouwing gewijd aan het arsenaal en de doelen van privaatrechtelijke sancties (hij is geen voorstander van de term 'remedies') en enkele daaraan verbonden kwesties (privaat, straf of bestuur? Overheids- of zelfregulering?). Vooral de 'particuliere straf' (*Hondius* betoont zich een voorstander) en de keuzevrijheid ten aanzien van de mogelijke sancties (of het gebrek daaraan), worden besproken. Opvallend daarbij is bijvoorbeeld dat *Hondius* nakoming voorop stelt en dat hij wel kan leven met de nieuwe Europese regel (maximumharmonisatie) die de leverancier de keuze geeft tussen herstel of vervanging van een non-conforme zaak, en wel omdat dit volgens hem de bestaande praktijk is. *Hondius* pleit verder voor een mix van privaatrechtelijke, bestuurs-, en strafrechtelijke handhavingsmethoden.

Daarna laat *Visscher* in zijn rechtseconomische beschouwing zien dat de rechtseconomische benadering van het privaatrecht, ook als het om handhaving gaat, nieuwe vergezichten openen kan. Zijn analyse behandelt eerst de 'grote vragen' die ons thema oproept (in hoeverre kunnen we via het privaatrecht handhaven? Hoe gebeurt dat? Hoe effectief is het? Kan het beter?). Hij beoordeelt verder, vanuit zijn vakgebied, een aantal deelterreinen van het privaatrecht en enkele van de overige bijdragen aan dit boek (in concept aan hem ter beschikking gesteld). Hij laat zien

<sup>41</sup> Zie par. 5.3.3 en 5.3.5 van de bijdrage van *Engelhard* aan dit boek.

<sup>42</sup> Over collectieve handhaving volgt bovendien nog een enkel woord in par. 3.4.3 hierna.



dat er dan op meerdere plaatsen nog verbetering mogelijk is. Om bijvoorbeeld het probleem van de her en der gesignaleerde 'rationele apathie' (niemand begint een procedure omdat de kosten ervan niet opwegen tegen de individuele baten) op te lossen, pleit hij met nadruk voor collectieve schadevergoedingsacties en vooral ook voor de erkenning van 'punitive damages'.<sup>43</sup>

In zijn bijdrage gaat Visscher tevens in op de 'schadevoorkomingsplicht' zoals in dit boek geïntroduceerd door *Keirse*, die zijns inziens tot een stijging van de handhavingskosten leidt zonder dat daartegenover verbeterde gedragsprikkelers staan. Wat *Keirse* in dit kader bepleit, is kort gezegd het volgende. Omdat het privaatrecht teveel gericht is op de schuldeiser als het kwaad al geschied is, is dat privaatrecht te weinig doelmatig als het om de handhaving gaat (vgl. de analyse van Van Boom). We moeten van *Keirse* daarom meer en eerder naar de (plichten van de) schuldenaar kijken om schade (beter) te voorkomen. Dat kan ook, omdat in ons systeem al een door haar zo genoemde 'schadevoorkomingsplicht' schuilgaat die rechtens afdwingbaar is; deze plicht, die zich laat vertalen in concrete gedragsnormen, is zowel in het contractenrecht als het onrechtmatige daadsrecht terug te vinden.

Evenzeer opvallend is de bijdrage van *Milo*, die het thema van dit boek tot aan de uiterste grens doorvoert door de vraag te stellen of er niet meer ruimte zou moeten zijn voor eigenrichting, want dat is privaatrechtelijke handhaving in optima forma. Het enkele feit dat hij laat zien dat handhaving door private partijen tegenwoordig een natuurlijke, althans klassieke barrière kent in het onbetwiste verbod van eigenrichting, is op zichzelf al waardevol. Maar door de vraag te stellen of die klassieke grens wel gehandhaafd moet blijven, mede in het licht van de historie en de rechtsvergelijking, zet hij het 'bekende' op zijn kop en dwingt hij de lezer voorbij diens eigen natuurlijke grenzen ('out of the box' denken heet dat tegenwoordig).

Aan het slot van dit meer algemene deel van het onderhavige boek, bieden *Jurgens, Duijkersloot en Widdershoven* een overzicht van de verhouding tussen het bestuursrecht en het privaatrecht als het om handhaving gaat. Dat een bijdrage waarin het bestuursrecht centraal staat in een boek als dit thuis hoort, is evident.<sup>44</sup> *Jurgens c.s.* bespreken vooral enkele raakvlakken tussen het bestuursrecht (en de positie van de overheid) en het privaatrecht. Dat een burger privaatrechtelijk kan ageren, wil bijvoorbeeld niet zeggen dat het bestuur dan van handhaving kan en mag afzien (want voor die beslissing is het algemeen belang leidend), maar als een overtreding primair een individueel belang treft, ligt privaatrechtelijke handhaving in de rede. Verder kan het bestuur niet zomaar (sterker: veelal niet) ervoor kiezen om zelf het privaatrecht in te zetten (want dat doorkruist veelal een publiekrechtelijke regeling), tenzij men een op herstel gerichte sanctie wil benutten of men zo 'vooruitloopt' op een publiekrechtelijke bevoegdheid via een bevoegdhedenovereenkomst (zonder boeteclausule). Ook komt de formele rechtskracht aan de orde, en de lastig af te bakenen mogelijke doorwerking daarvan op een procedure tussen twee private partijen, evenals de vraag of het gedogen van een overtreding door het bestuur de aansprakelijkheid van de overtreder ten opzichte van een medeburger kan beïnvloeden (in beginsel uiteraard niet).

43 Zie ook par. 2.2.3 en 2.3 hiervoor.

44 Zie daartoe ook de inleiding van Engelhard.

### 3.3 Oplossingsrichtingen op deelterreinen

In haar bijdrage over de handhaving van het consumentenrecht bespreekt *Schaub* de vraag of het huidige juridische instrumentarium tot een effectief systeem van handhaving van de consumentenrechten leidt.<sup>45</sup> Concluderend dat het dat wat betreft nog niet alles goud is wat er blinkt en dat er ruimte voor verbetering is, bijvoorbeeld ten aanzien van de afbakening van de bevoegdheden van de Consumentenautoriteit, signaleert *Schaub* diverse mogelijke concrete verbeterpunten. Ik noem hier slechts de omkering van de bewijslast bij een actie op grond van dwaling, analoog aan art. 6:193j BW, de introductie van een bijzonder vernietigings- of ontbindingsrecht bij oneerlijke handelspraktijken, en een bredere privaatrechtelijke handhavingsbevoegdheid voor de Consumentenautoriteit. Ook noemt zij zes algemenere aanknopingspunten voor verbetering, waaronder verbeterde voorlichting, het voorzien in specifieke en makkelijke sancties en het versterken van de samenhang tussen diverse handhavingsmechanismen.

*Mahé* bespreekt vervolgens de vraag in hoeverre bonafide opererende ondernemingen tegen oneerlijke handelspraktijken van hun malafide opererende concurrenten zouden kunnen ageren. Die mogelijkheid zou het handhavingstekort waar het om dergelijke praktijken gaat (de consument is veelal rationeel gedesinteresseerd<sup>46</sup>) stevig kunnen inperken. Die concurrenten hebben immers veel te winnen bij de aanpak van de slechte presterende broeders in de markt. Wellicht echter zelfs zoveel (op deze manier een concurrent van de markt duwen, is voordelig) dat deze aanpak met argusogen bezien moet worden. *Mahé's* conclusie luidt dat het geldend maken van dit soort aanspraken niet vereenvoudigd is onder de nieuwe Wet oneerlijke handelspraktijken omdat minder evident is dat het nog steeds toegestaan is, maar dat een dergelijke manier van werken inderdaad nog steeds mogelijk is voor concurrerende ondernemingen. Ze constateert tevens dat dit soort acties in principe wenselijk is vanuit handhavingsperspectief. Het nadere stimuleren van deze wijze van handhaving zou de privaatrechtelijke handhaving zeker een duw in de rug geven, dat is helder. Wel moet wat mij betreft de parallel met (de gevaren van) 'private bounty hunters' in het oog worden gehouden (zie par. 2.3).

Vanuit het consumentenrecht is de overstap naar het mededingingsrecht niet erg groot, zeker niet omdat op dat vlak de private partijen (zoals consumenten) een steeds grotere rol wordt toebedeeld bij de handhaving. *Freudenthal* beschrijft (o.a.) deze ontwikkeling in haar schets van de privaatrechtelijke handhaving op het terrein van het Europese mededingingsrecht.<sup>47</sup> Zij concludeert dat de voorstellen vanuit Europa, door een nationale Nederlandse bril bezien, niet al te spectaculair zijn omdat de meeste van die instrumenten bij ons al bekend zijn. Of de voorstellen de effectiviteit van de handhaving drastisch zullen verbeteren, betwijfelt *Freudenthal* overigens; zij meent dat eerst echt boven tafel moet komen waarom de pri-

<sup>45</sup> Zie over die belangrijke thematiek recentelijk ook Krans & Van Wechem 2008; Van Boom 2008a; Melcherts & Vos 2008; Van Campen 2007; Hondius 2009, p. 254-255.

<sup>46</sup> Zie ook de bijdrage van Visscher in dit boek.

<sup>47</sup> Zie ook Van der Wiel 2009; Oosterhuis 2007; Boot 2008; Van den Bossche 2007; Sieburgh 2007, p. 530-532; Wagner 2006, p. 405 e.v.; Adriaanse 2007; Appeldoorn 2007 meent echter dat vooral de NMa geschikt zou zijn om de vergoeding van schade in banen te leiden.

vaatrechtelijke mogelijkheden zo weinig benut worden om het mededingingsrecht te handhaven. Wellicht speelt de (vaak verborgen) buitengerechtelijke afdoening van geschillen een zodanig grote rol dat daarin een verklaring schuilt?

Met de financiële sector als voorbeeld, is ook de bijdrage van *De Kezel* meer op het economische reilen en zeilen gericht dan op de consument. Vanuit de gedachte dat handhaving onmiskenbaar innig verbonden is met (voorafgaand) toezicht op de naleving van regels (vgl. ook de bijdrage van Jurgens c.s.), beschrijft zij (de ontwikkeling naar) 'horizontaal toezicht'. Het gaat hier om de gedachte dat in samenwerking met de toezichthouder, bijvoorbeeld in een convenant, ten behoeve van de handhaving een eigen zorgplicht voor de naleving van gedragsregels, etc., op de ondertoezichtgestelden wordt gelegd zodat de toezichthouder zelf de aandacht op andere zaken kan richten. Een voordeel hiervan is dat er veel meer *ex ante* gehandhaafd wordt – à la Van Boom – doordat vroegtijdig concreet bekeken is welk gedrag nodig is en er daarover afspraken zijn gemaakt. Die afspraken, zo laat *De Kezel* zien, kunnen overigens doorwerken in een beoordeling van de eventuele aansprakelijkheid van een toezichthouder, ook tegenover derden.

Op het snijvlak van procesrecht en materieel recht heeft *Kruisinga* vervolgens de mogelijkheden tot het in stand houden of behouden van iemands vermogen onderzocht, meer specifiek door het conservatoir beslag en de bankgarantie als vervangende zekerheid daarvoor (en dus leidend tot opheffing van dat beslag) te analyseren. Speciaal vraagt zij bijvoorbeeld aandacht voor de vraag of een te ruim gekozen bedrag waarvoor een bankgarantie is afgegeven, later alsnog verlaagd kan worden (dat is niet eenvoudig), of een afwijzend vonnis in eerste aanleg tot verval van de garantie kan leiden (nee), en of betaling onder de garantie al te verkrijgen is als er een uitvoerbaar bij voorraad vonnis ligt (ja). De instandhouding van het vermogen van de crediteur – de handhaving van diens rechten – wint het hier steeds van het belang (lees: de liquiditeitspositie) van de debiteur. Het conservatoir beslag is een krachtig instrument dat zijn sterke handhavende werking 'meeneemt' naar de eventueel ervoor in plaats komende bankgarantie, zo blijkt.

De vraag hoe onze rechtspleging beter kan worden ingericht om de burger meer gelegenheid te geven zijn rechten zelf te handhaven, komt aan de orde in de bijdrage van *Jongbloed*.<sup>48</sup> Hij doet dat door te focussen op de verhoging van de competentiegrens voor de kantonrechter en de nieuwe gerechtelijke kaart, vanuit de gedachte dat geschoolde bijstand vaak nodig is. Jongbloed meent, niet ten onrechte, dat de burger wellicht nog te weinig assertief is, en nog teveel juridisch analfabeet, om het zelf allemaal te kunnen rooien in procesrechtland. Verdere uitbouw van mediation (samen het geschil oplossen), makkelijker incasso van geringe en/of onbetwiste vorderingen, ook in puur nationale verhoudingen, meer digitaal communiceren en het behouden van 'rechtspraak in de buurt' zijn de concrete oplossingen die Jongbloed aanvoert en verdedigt om de handhavende kracht van het procesrecht (dat uiteraard geheel en al, tot op het bot, handhavend is; daarin ligt de bestaansreden ervoor) aan te scherpen.

<sup>48</sup> Zie over deelaspecten van die materie ook bijv. Ramdjiawan & Scheermeijer 2007; Hondius 2009, alsmede de 17 (rechtseconomische) suggesties van Cabrillo/Fitzpatrick 2008, p. 223 e.v.

Over mediation gaat ook de bijdrage van *Schonewille en Gathier*.<sup>49</sup> Specifiek richten zij zich op de mogelijkheden om een mediationafspraken tussen partijen te kunnen handhaven. Als partijen voorafgaand aan een geschil schriftelijk overeengekomen zijn om eventuele geschillen via mediation op te lossen, kunnen ze daar dan nog op terug komen? 'Afspraak is afspraak' zeggen we dan meestal, maar wellicht niet als de toegang tot de rechter en de (mediation)principes van vrijwilligheid en vrijblijvendheid aan de orde zijn. De auteurs nemen vervolgens – gewaagd, wat mij betreft – stelling tegen een vrij recent arrest van de Hoge Raad<sup>50</sup> hierover waarin de toegang tot de rechter als overwinnaar uit de strijd kwam; ze gaan tevens tegen de stroom van nog latere rechtspraak in.<sup>51</sup> Uit hun rechtsvergelijkende rondgang blijkt dat partijen elders veelal ten minste een mediator moeten aanwijzen en bij de eerste sessie moeten verschijnen, voordat men zich terug mag trekken. Via een kaderwet mediation zou de Nederlandse wetgever dit thema nader moeten regelen. Verwant aan dergelijke aspecten van rechtspleging, is de positie en functie van de notaris in onze rechtsorde. *Van Oostrom* bespreekt de handhavende functie van het notariaat in de brede zin van het woord, onder ander gebaseerd op diens domeinmonopolie en ministerieplicht. Zij doet dat mede in het licht van de spagaat waarin het notariaat verkeert nu die notaris inmiddels een dubbele pet moet dragen als openbaar ambtenaar en ondernemer. Knelpunten zijn daarnaast onder andere dat de opleiding van notarissen op dit vlak te wensen over laat, terwijl de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht in de weg staan aan de handhavende taak. Of de wetgever zich altijd voldoende rekenschap geeft van de benauwde positie waarin de notaris terecht komt, vraagt Van Oostrom zich retorisch af.

### 3.4 Lessen van elders: een toefje psychologie<sup>52</sup>

#### 3.4.1 Introductie

In de voorgaande bijdragen kon, als gezegd, niet alles aan bod komen.<sup>53</sup> Dat daarbij de juridische arena vrijwel niet veel verlaten zou worden, behalve door rechts-econoom *Visscher*, viel te verwachten en is begrijpelijk, want wij civilisten moeten op dit vlak eerst ons eigen terrein nog goed door- en overdenken en onder de knie krijgen. Dat gezegd zijnde, zou het echter toch te betreuren zijn als niet nu al tevens – hoe voorzichtig ook – getracht zou worden om af en toe een blik over de schutting tussen het privaatrecht en de psychologie te werpen.<sup>54</sup> Het verband tussen beide terreinen is namelijk redelijk evident als handhaving de invalshoek is. Handhaving heeft immers alles te maken met de mate waarin regels en voorschriften nageleefd worden, en precies dat is ook een psychologisch thema.

49 Zie over dit thema ook Bil 2007.

50 HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75.

51 O.a. de op grond van art. 81 RO verworpen zaak HR 8 mei 2009, LJN BH7132.

52 Deze paragraaf bouwt voort op Giesen 2007, p. 125 e.v., en verschijnt in gewijzigde vorm in het WPNR (2009).

53 Veel rechtsvergelijkend materiaal (vooral over consumentenrecht) is nog te vinden in Van Boom/Loos 2007, en in Cafaggi & Micklitz 2009.

54 Over het nut daarvan, en de methode daartoe, zie nader Van Boom, Giesen & Verheij 2008.

### 3.4.2 Vrijwillige nakoming: 'libertarian paternalism' en 'boundedly rational decision strategy'

Bij het naleven en handhaven van regels is *vrijwillige nakoming* belangrijk – en gelukkig veel voorkomend<sup>55</sup> – omdat in de gevallen waarin er geen 'compliance' (modern Nederlands voor vrijwillige nakoming<sup>56</sup>) is, alleen kan worden teruggeval- len op (afgedwongen) handhaving door een individu, een collectief of een speciaal daartoe ingerichte organisatie. Dat kan zo zijn nadelen hebben. Het grote voordeel van vrijwillige nakoming is echter dat handhaving en sanctionering nu juist niet (meer) nodig zijn.<sup>57</sup> Vrijwillige nakoming wordt vooral verkregen als de regels brede steun genieten, bekend zijn<sup>58</sup> en 'van de werkvloer' zelf stammen (niet 'top down' opgelegd zijn); Naleving is beter geregeld indien de regels aansluiten bij de werkelijkheid van de door die regels aangesprokene.<sup>59</sup> Dat verklaart dan ook het succes (de effectiviteit) van bijvoorbeeld zelfregulering want daarbij is eerder aan die voorwaarden voldaan.<sup>60</sup>

Wat ook belangrijk is, is dat degenen die de regels moeten navolgen het proces dat tot de regels geleid heeft, eerlijk vonden, en dat er ruimte was voor inspraak, neutraliteit, waardering en respect.<sup>61</sup> Deze ijkpunten van 'procedural justice' maken dat mensen de regels als legitiem en moreel juist beschouwen, en ze dus willen nakomen.<sup>62</sup> Het kan echter ook zomaar gebeuren – sterker nog, dat is geregeld nog het geval – dat de betreffende normen toch niet vrijwillig nagekomen worden.<sup>63</sup>

Een eerste, prealabele manier om het eerder gememoreerde handhavingstekort te verkleinen kan dan, zo volgt uit het voorgaande, gevonden worden in het introdu- ceren van manieren, indien aanwezig, waarmee die 'compliance' verder bevorderd kan worden zonder dat er meteen in termen van belonen of straffen hoeft te wor- den gesproken.<sup>64</sup>

Soms is dat uiteindelijk niet erg ingewikkeld omdat er een eenvoudig, wel juridisch georiënteerd nalevingsmechanisme is ontwikkeld. Bij het overleg inzake algemene

55 Hertwig 2006, p. 392 en 396; Tyler 2008, p. 803.

56 Brenninkmeijer 2005, p. 232. In de psychologie staat 'compliance' voor 'a particular response – acquiescence – to a particular kind of communication – a request. (...) the target recognizes that he or she is being urged to respond in a desired way.' Zie Cialdini & Goldstein 2004, p. 592.

57 Zie Brenninkmeijer 2005, p. 217.

58 Zie Cialdini & Goldstein 2004, p. 597. Sociale normen beïnvloeden diverse soorten gedragingen, vooral waar er onzekerheid heerst over wat een accurate handelwijze is, maar daarvoor is wel nodig dat deze 'in focus', aan de oppervlakte van iemands bewustzijn liggen, zodat ze 'salient', zijn. Vgl. ook nog Van Gestel 2008, p. 78; Goldstein 2006, p. 451 e.v., en deze paragraaf in fine.

59 Vgl. Van Erp 2005, p. 20 en 27. Omdat meestal een intermediaire organisatie de regels maakt en dus niet de uiteindelijke actoren in het veld, zijn zelfs zelfreguleringsnormen vaak te beschou- wen als externe (en daarmee minder snel na te volgen) regels, net zoals dat geldt ten aanzien van overheidsregels, zie Van Heffen-Oude Vrielink & Brandsen 2004, p. 37-38, en vgl. Van Erp 2005, p. 20.

60 Vgl. o.a. Ruess 2003, p. 228; Van Heffen-Oude Vrielink & Brandsen 2004, p. 36-37.

61 Daarover uitvoerig Tyler 2006.

62 Zie Tyler 2008, p. 804 en p. 812 e.v., en over 'procedural justice' ook p. 823 e.v., en o.a. (met vele verwijzingen) Klaming & Giesen 2008.

63 Vgl. Tyler 2008, p. 803-804.

64 De vergelijking met de situatie waarin het bestuur via informele middelen (en dus voorlo- pig 'gedogen') tot feitelijke naleving van de regels tracht te komen (vgl. Jurgens c.s. in dit boek), dringt zich op.

voorwaarden voor bepaalde branches is bijvoorbeeld van belang dat als er een geschillencommissie wordt aangewezen of ingesteld (hetgeen vaak het geval is), er ook een zogenoemde 'nakomingsgarantie' wordt afgesproken. De betrokken branche garandeert daarmee dat de uitspraak van de geschillencommissie daadwerkelijk verwezenlijkt wordt, zodat een bindend advies van die geschillencommissie door de leden van branche nageleefd moet worden en wordt.<sup>65</sup> Tussen 'compliance' en handhaving staat derhalve een tussenvorm die als 'automatische (juridische) handhaving' gekenschetst kan worden.

In gevallen waarin 'compliance' niet langs deze weg 'automatisch' bereikt kan worden, zou er aan gedacht kunnen worden om niet zozeer via nieuwe regels en sancties, maar veeleer via beleidsmatige initiatieven tot een verbetering te komen.<sup>66</sup> Waar getrainde verkopers bepaalde psychologische valkuilen en technieken gebruiken om mensen te laten 'meedoen' (lees: bepaalde producten aan te schaffen of diensten af te nemen, zoals het inhuren van een advocaat bij een schadegeval<sup>67</sup>), daar kan de overheid wellicht vergelijkbare technieken gebruiken om de justitiabele tot nakoming te 'bewegen', om deze de juiste keuze te laten maken.

Gebruik maken van dit concept van 'libertarian paternalism'<sup>68</sup> (in mijn woorden: de vrije keuze van elk individueel mens in de voor het welzijn van die persoon meest wenselijke kant op 'duwen' door gebruik van psychologische wetmatigheden<sup>69</sup>) kan bijvoorbeeld voorkomen dat later alsnog, eventueel straffere sancties voor diezelfde justitiabele nodig zijn. Ook scheelt het behoorlijk, indien succesvol, in de handhavingskosten voor de belastingbetaler. Dat 'misbruik' hier mogelijk is, is evident,<sup>70</sup> maar dat laat onverlet dat deze leer ten minste interessant kan zijn om nader te bestuderen.

Meer in het algemeen is het mijns inziens verstandig om te kijken naar naleving van regelgeving (mede) vanuit een psychologische invalshoek – zodat onze wetgevingsjuristen wellicht versterking zouden moeten krijgen van psychologen?<sup>71</sup> – omdat mensen niet enkel op basis van een puur rechtseconomische kosten-batenanalyse ('rational choice'<sup>72</sup>) de regels naleven of juist negeren. Een zodanige vorm van wat dan ook wel heet 'unbounded rationality' is niet goed denkbaar, want psychologische aspecten spelen bij dergelijke beslissingen altijd mee.<sup>73</sup> Denk bijvoorbeeld aan 'social learning' (en speciaal het imiteren van gedrag van anderen),

65 Zie bijv. Hondius 2009, p. 242.

66 Over manieren om naleving te 'automatiseren', een tweede natuur te laten worden, zie Goldstein 2006, p. 461-462, alwaar het ook erover gaat dat eenmaal aangeleerd gedrag lastig af te leren is.

67 Dat is waarop veel adverterende advocaten focussen, vgl. Goldstein 2006, p. 454.

68 Zie daarover Sunstein & Thaler 2003, alsmede Thaler & Sunstein 2008. Vgl. ook Faure 2009, p. 48. In deze richting ook, zonder de term te gebruiken, Goldstein 2006, p. 461-462.

69 Vgl. Sunstein & Thaler 2003, p. 1162.

70 Vgl. de recente waarschuwing van Vandenberghe 2009, p. 394 en Faure 2009, p. 62 ('highly debated').

71 Zie de vergelijkbare stelling in Giesen 2005a, p. 92-93, t.a.v. de Hoge Raad.

72 Vgl. Goldstein 2006, p. 461; Tyler 2008, p. 806.

73 Hertwig 2006, p. 392-396. Zie ook uitvoerig (diverse bijdragen in) Sunstein 2000; Goldstein 2006, p. 440, en Faure 2009, i.h.b. p. 9-10.

waardoor mensen in staat zijn de sociale en juridische normen in acht te nemen. Dat is een vorm van een 'boundedly rational decision strategy'.<sup>74</sup>

Deze analyse leidt tot het idee dat het bij naleving van regels niet (enkel) gaat om de causale brug tussen de juridische regel en het beslisgedrag van mensen (omdat X verboden is, doe ik Y) maar (mede) om de invloed van bijvoorbeeld 'social learning' en 'environmental cues and constraints' (de omgevingsfactoren en -belemmeringen). Die elementen maken dat we minder beslissingen 'in ons hoofd' nemen dan we zelf denken en dat ons gedrag vaker door externe invloeden bepaald wordt.<sup>75</sup> Dat gegeven biedt ruimte om op een alternatieve wijze wenselijk gedrag te genereren. Een verkeersdrempel zorgt er over het algemeen voor dat iemand zijn snelheid zal verminderen.<sup>76</sup> Bij al het voorgaande geldt overigens dat we aan het verbeteren van de 'compliance' niet toekomen als de regels niet bekend zijn en begrepen worden.<sup>77</sup> Dat is dus een eerste punt van beleidsmatige zorg.

### 3.4.3 *Individueel of collectief, belonen of straffen*

Pas als 'compliance' in de zin van vrijwillige of automatische nakoming niet meer in het vizier is, dient de overstap naar andere handhavingsmechanismen gezet te worden (geschillencommissie, tuchtrechtspraak, civiele procedure, etc.). In aanvulling op deze vormen van individuele handhaving biedt vervolgens collectieve private handhaving in potentie goede (en wellicht zelfs betere) perspectieven, omdat zodoende de handhavingslast niet op één paar (private) schouders rust. Voorlopig is echter (de ontwikkeling van) het collectieve handhavingsinstrumentarium in Nederland nog onder de maat,<sup>78</sup> hoewel dat instrumentarium wel momenteel sterk in de belangstelling staat.<sup>79</sup> De roep om verandering is hier bovendien luidt, zodat de huidige status quo op dit vlak mijns inziens niet lang meer kan en zal blijven bestaan.

74 Hertwig 2006, p. 397-398. Vgl. verder Goldstein 2006, p. 446-448; Vandenberghe 2009, p. 391.

75 Hertwig 2006, p. 400-401 (een voorbeeld van dezelfde auteur: ons verkeersgedrag wordt bepaald door bochten, drempels, voetgangers, bomen, verkeerslichten, rotondes en veiligheidsriemen die vast moeten zitten voordat de auto kan starten). Vgl. ook, voor bedrijven, de conclusie van Huisman 2005, p. 49; Sunstein & Thaler 2003, p. 1161, en Goldstein 2006, p. 443-444, die aangeeft dat we vaak helemaal niets 'beslissen', maar veeleer routinematig handelen (doen wat je eerder ook deed).

76 Meer hierover ook bij Goldstein 2006, p. 456 e.v., die diverse 'behavioral' en 'cognitive mechanism' beschrijft, zoals 'framing': de boodschap positief brengen (97% kans op overleven als u op wijze X handelt) heeft meer effect dan negatief formuleren (als u X niet doet, dan is er 3% kans op overlijden), vgl. p. 458. Communicatie is in ieder geval van groot belang, vgl. p. 459-460.

77 Zie Goldstein 2006, p. 461, in vervolg op wat in de vorige noot werd beschreven.

78 Zie art. 3:305a lid 3 BW: geen schadevergoeding via een collectieve actie. De WCAM biedt hier niet altijd voldoende soelaas want dan zal er immers eerst een overeenkomst tussen 'daders' en slachtoffers tot stand moeten komen, iets dat niet steeds eenvoudig te realiseren is. Zie nader over deze materie Tzankova 2005 en Tzankova 2007, met nadere verwijzingen en rechtsvergelijkende gegevens, en voor de situatie in Engeland nog Civil Justice Council 2008, alwaar (zie p. 15) een van de 'key assumptions' luidt dat 'private enforcement' de voorkeur heeft en bovendien een algemene collectieve actie wordt aanbevolen (p. 21). Zie over de stand van zaken elders ook nog de bijdragen in Van Boom & Loos 2007. Hierbij rijst nog de principiële vraag of collectieve handhaving langs private weg wel juist is. Is dat niet meer iets voor de overheid? In wezen is dat de kwestie die Kortmann 2009 aanroerde en die ik eerder besprak in par. 2.2.2.

79 In dit boek wordt daarop bijvoorbeeld ingegaan in de bijdragen van Freudenthal, Engelhard, Schaub en Visscher.

Gegeven het onderscheid individueel/collectief kan vervolgens voor beide varianten gedacht worden aan ofwel straffen ofwel belonen als handhavingmethode.<sup>80</sup> Als alternatief begrippenpaar kan ook aan het gebruik van 'soft tactics' (de gedragsbeïnvloedingsstrategieën die deskundigheid benutten) versus 'harsh tactics' (iemand's hiërarchische bevoegdheden en positie gebruiken) gedacht worden.<sup>81</sup> De juridische manier van werken is uiteraard (vooral) gelegen in straffen, ook in het privaatrecht, en dus in 'harsh tactics'.<sup>82</sup> Als er iets niet goed gaat, moet er (terug) betaald worden. De burger krijgt meestal echter géén bonuspunten voor het wél tijdig en voldoende nakomen van contracten of het niet veroorzaken van ongevallen (hoewel: de 'no claim' korting op iemand's autoverzekering is wél een beloning). Psychologisch onderzoek leert echter, kort gezegd, dat bijvoorbeeld op de werkvloer een combinatie van autoriteit en veeleer 'softe' technieken het beste werkt.<sup>83</sup> Wellicht kan die systematiek dan ook op een ander niveau, ten aanzien van de naleving van regels, toegepast of ten minste getest worden? Daarvoor zou pleiten dat een systeem van negatieve sancties kostbaar is omdat daarbij toezicht noodzakelijk is om de pakkans voldoende groot te houden.<sup>84</sup>

### 3.5 Wat we verder nog gemist hebben? Europese eisen wellicht?

#### 3.5.1 Straatsburg

In de voorgaande hoofdstukken is, behalve in de bijdragen van *Engelhard* en van *Freudenthal*, eigenlijk nog weinig gezegd over de gedachte dat het bestaan van een adequate remedie (en dus van een handhavingmechanisme) ook nodig is in verband met 'Europese eisen' die aan de Nederlandse rechtsorde gesteld worden. Daarbij kan in eerste instantie gedacht worden aan de noodzakelijke (nationale) bescherming van de rechten uit het EVRM. Zoals *Engelhard* in haar inleiding al opgemerkt heeft, zien we tegenwoordig in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens terug dat er voor een klager ten minste een 'effective remedy' moet bestaan als het om een (beweerde) schending van een mensenrecht gaat, ook als dat een 'civil right' is. Zulks volgt bijvoorbeeld uit de artt. 1, 13 en 41 EVRM en uit de 'fair trial' gedachte zoals besloten in art. 6 EVRM.<sup>85</sup>

80 Als belonen (positief sanctioneren) nader afgezet wordt tegen daadwerkelijke (negatieve) sancties, straffen, dan volgt daaruit dat de eerste vorm weliswaar de nodige middelen vereist (belonen kost nu eenmaal geld), maar wel minder autoriteit vergt waarmee bevoegdheidsperikelen worden voorkomen. Zie Ahrne/Brunsson 2004, p. 185. Bovendien mag niet vergeten worden dat ook bestraffen niet gratis is, en dat met dit kostenaspect nog niets gezegd is over de baten en dus de totale score, na weging, van beide vormen van handhaving.

81 Cialdini & Goldstein 2004, p. 595.

82 Vgl. ook Tyler 2008, p. 805 e.v., die over het 'deterrence' model spreekt als zijnde dominant op juridisch vlak, en Visscher in zijn bijdrage aan dit boek.

83 Vgl. Cialdini & Goldstein 2004, p. 596.

84 Tyler 2008, p. 806. Zie ook Visscher in zijn bijdrage aan dit boek.

85 Zie bijv. Barkhuysen & Diepenhorst 2005, p. 292 en 311; Smits 2008, p. 33-34. In de (privaatrechtelijk georiënteerde) literatuur wordt in dit verband vooral de overheidsaansprakelijkheid voor rampen, alsmede de Öneriyildiz-uitspraak (EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43) aangehaald en besproken. Voor een overzicht van deze en gerelateerde uitspraken, zie ook nog Giesen 2005, p. 71-72.



Die noodzaak, voor de nationale overheden, om een effectieve remedie aan te bieden, is natuurlijk zeer bevorderlijk voor de handhaving op nationaal niveau van de desbetreffende mensenrechten door gedupeerden<sup>86</sup> – en daarmee tevens voor die privaatrechtelijke aanspraken die in ‘mensenrechten-termen’ te gieten zijn – maar die handhaving zal wel veelal uitmonden in de mogelijkheid om één van de bestaande nationale remedies (veelal: schadevergoeding uit onrechtmatige daad) in te kunnen roepen. Het gebruikelijke privaatrechtelijke sanctiearsenaal wordt daarmee niet vergroot of theoretisch alternatief ingevuld. Hier geldt enkel dat het praktische toepassingsbereik van die sanctie verruimd wordt, en dat het gebruik ervan zal kunnen toenemen. De aard van de nationale privaatrechtelijke remedie verandert echter niet, zodat kwalitatief geen nadere ontwikkeling plaatsvindt die voor de privaatrechtelijke handhaving op theoretisch vlak werkelijk spannende resultaten te zien geeft.

Het EVRM biedt dus additionele handvaten voor het vinden van een mogelijke (extra) grondslag om een privaatrechtelijk recht te kunnen verwezenlijken,<sup>87</sup> maar dat vertaalt zich dan in een reguliere civiele aanspraak. Bovendien zal die additionele handhaving vooral ten opzichte van de nationale overheid plaatsvinden, want horizontale werking van het EVRM is niet evident.<sup>88</sup> Ook dat beperkt het bereik van deze insteek.<sup>89</sup> Wellicht dat hierin de redenen lagen waarom de aandacht niet erg op het EVRM gericht was in het voorgaande.

### 3.5.2 Brussel en Luxemburg

Ook op basis van het Europese gemeenschapsrecht geldt dat de adequate verwezenlijking van Europese regels verzekerd moet zijn (vgl. art. 10 EG-verdrag). De nationale rechter die het gemeenschapsrecht moet toepassen, dient de volle werking van dat recht te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten te beschermen. Het ‘nuttig effect’ van het gemeenschapsrecht mag niet worden bekort<sup>90</sup> en de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten mag niet ongunstiger worden bejegend dan nationaal rechten (gelijkwaardigheidsbeginsel). Ook mag de uitoefening van een recht niet praktisch onmogelijk of uiterst

86 Een keerzijde van het bestaan van deze remedies, is dat het EVRM vervolgens ook weer eisen stelt aan de waarborgen die verbonden moeten zijn aan het opleggen daarvan, vgl. (voor ‘punitive damages’) *Adriaanse c.s.* 2008, p. 274 e.v.

87 Het EVRM als bron van aansprakelijkheid dus, vgl. Smits 2003, p. 144, en Barkhuysen/Diepenhorst 2005, p. 311.

88 Zie bijv. Smits 2008, p. 26-27; Freriks 2008, p. 184.

89 Als de overheid de handhaving specifiek overlaat aan de private sector, zullen de EVRM-eisen toch blijven gelden, vgl. Freriks 2008, p. 184.

90 Op basis daarvan kan naleving van een verplichting uit een Verordening worden verzekerd via een civiel proces tussen een marktdeelnemer en een concurrent, dit in aanvulling op maatregelen die publiekrechtelijke instanties die de regeling moeten handhaven, kunnen nemen. Zodoende kan privaatrechtelijke handhaving de publieke handhaving ondersteunen. Zie Asser-Hartkamp 3-1\*, nr. 157, n.a.v. HvJ EG 17 september 2002, C-253/00, *Jurispr.* 2002, I-7289, NJ 2003, 702 nt. Mok. Muñoz, alsmede Wagner 2006, p. 414 e.v.

moeilijk worden gemaakt (doeltreffendheidsbeginsel).<sup>91</sup> Sterker nog, in nationale wetgeving om te zetten schadevergoedingsacties dienen een daadwerkelijk afschrikkende werking te hebben.<sup>92</sup>

De gedachte hierachter is, uiteraard, dat schadevergoedingsvorderingen wezenlijk kunnen bijdragen tot de handhaving van (bijvoorbeeld) de mededinging op de Europese markt (maar dat geldt op zichzelf natuurlijk ook voor andere mogelijke beleidsdoelen).<sup>93</sup> *Wagner* concludeert dan ook dat het aansprakelijkheidsrecht als 'Instrument zur praktischen Durchsetzung des EG-Rechts' dient, omdat daarmee economische prikkels tot inachtneming van het gemeenschapsrecht worden uitgedeeld.<sup>94</sup>

Uit de Europese rechtspraak vloeit ook nog voort – hoewel reguliere vorderingen tot schadevergoeding al wezenlijk bijdragen tot handhaving van de mededinging in Europa – dat het aan elk nationaal stelsel is om, binnen de kaders zoals getrokken door het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel, de omvang van de eventueel toegekende schadevergoeding te bepalen, inclusief de mogelijkheid van een punitief werkende schadevergoeding.<sup>95</sup> Als, kortom, op nationale vorderingen van een bepaalde soort een punitieve sanctie staat, hetgeen overigens zeldzaam is, dan moet dat ook voor communautaire vorderingen van die soort het geval zijn. Dat betekent uiteraard niet dat we, andersom redenerend, nu overal in Europa 'punitive damages' moeten invoeren.

Los van dat eventuele, doch zeldzame punitieve element, geldt overigens ook hier dat de aangedragen 'Europese' remedies achteraf volgen, vooral op compensatie zijn gericht en (nog) niet tot verhaal van meer triviale schade leiden (juist daarom is er nu zoveel discussie over de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Wat dat aangaat, lost ook dit Europese spectrum het handhavingstekort niet direct op.

### 3.5.3 Den Haag?

Deze twee Europese lijnen doortrekkend, zou men kunnen stellen dat ook op puur nationaal<sup>96</sup> niveau zeker gesteld zou moeten worden – als een eis die aan elke rechtsorde gesteld mag worden – dat handhaving niet alleen mogelijk, maar ook

91 Zie over die uitgangspunten bijvoorbeeld HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jurispr.* 2001, I-6297; NJ 2002, 43, *Courage/Crehan*, r.o. 25-29; HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 en C-298/04, *Jurispr.* 2006, I-6619, NJ 2007, 172, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni*, r.o. 54, 60, 62 en 64; *Freriks* 2008, p. 189-190; *Wagner* 2006, p. 404; *Engelhard* in haar inleiding, alsmede *Asser-Hartkamp 3-I\**, nr. 89, en nrs. 90 e.v. voor concrete toepassingen.

92 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, *Jurispr.* 1984, 1891, *Von Colson en Kamann*, nr. 23. Daarover *Wagner* 2006, p. 389-404; *Wagner* 2006a, p. 18; *Asser-Hartkamp 3-I\**, nr. 92. Tegenwoordig wordt in richtlijnen regelmatig de verplichting opgenomen dat sancties doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moeten zijn, zie bijv. art. 3 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (RL 2005/29/EG van 11 mei 2005, *Pb.* 2005, L 149/22).

93 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, *Jurispr.* 2001, I-6297; NJ 2002, 43, *Courage/Crehan*, r.o. 27. Zie verder nog de bijdrage van *Freudenthal* aan dit boek.

94 *Wagner* 2006a, p. 19.

95 Zie HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 en C-298/04, *Jurispr.* 2006, I-6619, NJ 207, 172, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni*, r.o. 91-93, waarover bijv. *Oosterhuis* 2007. Voor de vergoeding van gedeelde winst en rente geldt het hier betoogde ook.

96 Zie voor de VS bijvoorbeeld *Thomas* 2006.

daadwerkelijk en effectief mogelijk is.<sup>97</sup> Daarbij geldt dan wel nog steeds, in deze benadering, dat het *post-facto*-karakter van de dan beschikbare remedie, de focus op compensatie en het tekortschieten bij strooischade niet omzeild worden, zodat in zoverre nog steeds niet aan de 'systeemvereisten' van Van Boom voldaan wordt. We komen daarmee dus niet veel verder.

#### 4. Een nieuwe tussenstand

Waarom leidt dit alles? Waar staan we nu met de privaatrechtelijke handhaving? Grote sprongen worden in dit boek niet gemaakt bij het te lijf gaan van het privaatrechtelijke handhavingstekort, zoveel is wel duidelijk. Maar dat was ook nooit de verwachting, zoals grote sprongen vrijwel nooit het verwachtingspatroon bepalen als het om privaatrechtelijke ontwikkelingen (eventueel zelfs: vooruitgang) gaat. Het is veeleer 'one step at a time', en dat is ook snel genoeg. De wegen van het privaatrecht zijn paden van geleidelijkheid.

Dergelijke kleine stappen in de richting van meer duidelijkheid zijn echter wel degelijk gezet, zo is gebleken. Ik roep in herinnering de gedachte dat privaatrechtelijke handhaving (gevaarlijk) aanschuurt tegen eigenrichting (*Milo*), dat er wellicht aan goed opererende ondernemers instrumenten ter beschikking moeten worden gesteld om de slecht handelende concurrenten aan te pakken (*Mahé*), zonder overigens de keerzijden van 'private bounty hunters' te willen overnemen, dat de juridische analfabeet een digitale, mondige burger zou moeten kunnen zijn (*Jongbloed*), dat er zoiets bestaat als een 'schadevoorkomingsplicht' (*Keirse*) en dat een consument een bijzonder ontbindings- of vernietigingsrecht (*Schaub*) zou moeten krijgen. Dat zijn echter slechts enkele voorbeelden van de ideeën, en daarmee de winst, die dit boek voortgebracht heeft. De overige winstpunten zal de lezer zelf kunnen ontdekken in het voorgaande.

Wat daarnaast ook nog bereikt is, is dat meer duidelijkheid is verkregen over wat de privaatrechtjurist nog te doen staat. Het debat over de functies van het privaatrecht dient verder gevoerd te worden, want daarin is er nog geen eenstemmigheid (par. 2.2). De Europese en psychologische dimensie konden hier slechts aangestipt worden (par. 3.4 en 3.5), maar verdienen verdere doordenking en nadere beschouwing. Ook zal, nog steeds, onze inventiviteit bevroegd worden om daarmee nieuwe voorzieningen te scheppen of bestaande voorzieningen wezenlijk te veranderen, zodat we de privaatrechtelijke handhaving daadwerkelijk kunnen ontdoen van enkele inherente ketenen, zo fraai door Van Boom omschreven. Wellicht dat (experimenten met) bijvoorbeeld vergoedingen die niet louter compenseren, massa-instrumenten en voorlopige voorzieningen in de zin van ge- en verboden, inderdaad soelaas kunnen bieden.<sup>98</sup>

Maar daartoe hoeft de creativiteit niet beperkt te blijven; alle opties en combinaties staan open. Denk bijvoorbeeld – het is maar een suggestie – aan het, op structurele basis, op poten zetten van de mogelijkheid van een door een groep eisers opgezette, snel af te wikkelen procedure om een verbod, bij wege van voorlopige

<sup>97</sup> Ook het vereiste van toegang tot de rechter ex art. 6 EVRM leidt m.i. daartoe.

<sup>98</sup> Zo ook al Van Boom 2006, p. 35 e.v.

voorziening, te krijgen om op bepaalde wijze te handelen. Dat verbod, of gebod, is dan gekoppeld aan een stevige 'dwangsom' (of eerder: 'geldelijke tegemoetkoming') die vervolgens toekomt aan de initiatiefnemende groep (stichting of vereniging), met het oog op de financiering van toekomstige nieuwe acties.<sup>99</sup> De hiervoor besproken mogelijke functies van het privaatrecht, de Europese dimensie van het gesignaleerde handhavingstekort en de psychologische achtergrond van de naleving van regels, kunnen hierbij wellicht een deel van het afwegingskader vormen.

## Literatuur

- P.C. Adriaanse, 'Private handhaving (van het mededingingsrecht) in opmars', *NTBR* 2007, p. 314 e.v.
- P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker, E.-J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van *punitive damages* in mededingingszaken', *NTBR* 2008, p. 274 e.v. (2008).
- G. Ahrne en N. Brunsson, 'Soft Regulation from an Organizational Perspective', in: U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 171 e.v.
- A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Tjeenk Willink: Zwolle 1997.
- A.J. Akkermans, E.M. Uijtenbroek, K.A.P.C. van Wees en J.E. Hulst, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 6772 (2008), p. 778 e.v.
- J.F. Appeldoorn, 'Schade door prijsafsprake', *NJB* 2007, p. 1051 e.v.
- T. Barkhuysen en M. Diepenhorst, 'Overheidaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 281 e.v.
- M. Bil, 'De verhouding tussen mediation en rechtspraak', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh, S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007, p. 155 e.v.
- W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006.
- W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 982 e.v.
- W.H. van Boom, 'Iets over handhaving in het privaatrecht', *WPNR* 6772 (2008), p. 765 e.v.
- W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008-1, p. 4 e.v. (2008a).
- W.H. van Boom & M. Loos (red.), *Collective Enforcement of Consumer Law. Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: ELP, 2007.
- W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008.
- J. Boot, 'Privaatrecht & Boete', *AA* 2008, p. 200 e.v.

<sup>99</sup> Deze suggestie sluit aan bij Van Boom 2006 en Croiset van Uchelen 2008.

- A.M.A.P. van den Bossche, 'De privaatrechtelijke handhaving van Europese mededingingsregels', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2007, p. 211 e.v.
- H.J. Boukema, 'Roddel, Schuld & Boete', *NJB* 2008, p. 1464 e.v.
- A. Brenninkmeijer, 'Nakoming van rechtsnormen: tussen orde en chaos', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 215 e.v.
- F. Cabrillo en S. Fitzpatrick, *The Economics of Courts and Litigation*, Cheltenham: Edward Elgar, 2008.
- F. Cafaggi en H.-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection*, Antwerpen: Intersentia, 2009.
- M. van Campen, Privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit, in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh, S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007, p. 35 e.v.
- R.B. Cialdini en N.J. Goldstein, 'Social Influence: Compliance and Conformity', *Annu. Rev. Psychol.* 2004, 55, p. 591-621.
- Civil Justice Council, *Improving Access to Justice through Collective Action*, November 2008 (<[www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/Improving\\_Access\\_to\\_Justice\\_through\\_Collective\\_Actions.pdf](http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/Improving_Access_to_Justice_through_Collective_Actions.pdf)>).
- A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM', *WPNR* 6772 (2008), p. 798 e.v.
- C.E. Drion, 'Mag het een onsje meer of minder zijn?', *NJB* 2009, p. 1319.
- E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Deventer: Kluwer, 2008.
- J. van Erp, 'Motieven voor naleving van regelgeving: recente gedragswetenschappelijke inzichten', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 15 e.v.
- M.G. Faure, *The Impact of Behavioural Law and Economics on Accident Law*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- A.A. Freriks, 'Private handhaving – bestuursrechtelijke betekenis van (semi)private figuren in de handhaving van publieke normstelling', in: *Privaat bestuur?, Preadviezen VAR 140*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008.
- M. Geistfeld, 'Punitive Damages, Retribution, and Due Process', *Southern California Law Review*, Vol. 81, No. 2, 2008, p. 263 e.v. Beschikbaar via SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1010392>>.
- R. van Gestel, 'Eenieder wordt geacht de wet te kennen, maar wie begrijpt er iets van', *AA* 2008, p. 78 e.v.
- I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2001.
- I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer, 2005.
- I. Giesen, *Handle with care!*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2005 (2005a).
- I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2007.
- D.G. Golstein, 'Group Report: How Do Heuristics Mediate the Impact of Law on Behavior', in: G. Gigerenzer & Chr. Engel, *Heuristics and the law*, Cambridge: The MIT Press 2006, p. 439 e.v.
- O.A. Haazen, 'Amerikaanse toestanden. Qui tam', *NJB* 2005, p. 1156 e.v.

- A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3 Vermogensrecht algemeen. Deel I: Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer, 2008.
- T. Hartlief, 'Gij zult handhaven!', *NJB* 2007, p. 915.
- T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 6772 (2008), p. 769-777.
- T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008, p. 237 e.v. (2008a).
- T. Hartlief, 'Wat staat het burgerlijk recht te doen?', *NJB* 2009, p. 1553.
- M. van Heffen-Oude Vrielink, T. Brandsen, 'Brancheorganisaties en gedragscodes: de spagaat van zelfregulering', *RdW* 2004/2, p. 31 e.v.
- R. Hertwig, 'Do Legal Rules Rule Behavior?', in: G. Gigerenzer & Chr. Engel, *Heuristics and the law*, Cambridge: The MIT Press 2006, p. 391 e.v.
- E.H. Hondius, 'Public and private enforcement in Consumer Protection – A Dutch Perspective', in: F. Cafaggi & H.-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection*, Antwerpen: Intersentia, 2009, p. 235-259.
- W. Huisman, 'Naleving van regels door bedrijven', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Kluwer: Deventer 2005, p. 29 e.v.
- L. Klaming en I. Giesen, 'Access to Justice: The Quality of the Procedure', (February 2008), *TISCO Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems* No. 002/2008. Beschikbaar via SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1091105>>.
- J. Kortmann, *The Tort Law Industry*, Amsterdam: Vossiuspers UvA, 2009.
- H.B. Krans en T.H.M. van Wechem, 'Handhaving door de Consumentenautoriteit', *WPNR* 6772 (2008), p. 806 e.v.
- F. van 't Laar, 'Toegang tot het recht in perszaken: wat is de rol van de overheid?', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh & S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007, p. 87 e.v.
- S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in: E.M. Hoogervorst (e.a.) (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 305 e.v.
- L.B. Melcherts, E.L.M. Vos, 'De Consumentenautoriteit: het duale stelsel, een overzicht van de handhavingspraktijk', *TvC* 208-3, p. 96 e.v.
- G. Oosterhuis, 'Manfredi: respect voor deze rechter!', *NTER* 2007, p. 33 e.v.
- C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: *Het opstandige slachtoffer, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 133<sup>e</sup> Jaargang / 2003-1*, p. 105 e.v.
- I. Ramdjiawan en B. Scheermeijer, 'Rechtshulp op kosten van de overheid', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh, S.B. Pape (red.), *Privaatrecht ondersteund*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007, p. 179 e.v.
- P. Ruess, 'Das Recht der Werbung zwischen Staats- und Selbstkontrolle', in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2003, p. 209 e.v.
- C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2007, p. 465 e.v.

- J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer, 2003.
- P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer, 2008.
- C.R. Sunstein (ed.), *Behavioral Law & Economics*, NY: Cambridge University Press, 2000.
- C.R. Sunstein en R.H. Thaler, 'Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron', 70 *Univ. of Chicago L Rev* (2003) 1159.
- R.H. Thaler en C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions on Health, Wealth, and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2008.
- Tracy A. Thomas, 'Restriction of Tort Remedies and the Constraints of Due Process: The Right to an Adequate Remedy', *Akron Law Review*, 39, 2006. Beschikbaar via SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=880432>>.
- T.R. Tyler, *Why people obey the law*, Princeton, NJ: Princeton UP, 2006.
- T. Tyler, 'Psychology and Institutional Design', *Review of Law & Economics* 4:3, 2008, p. 801 e.v.
- I.N. Tzankova, *Strooischade*, Den Haag: Sdu, 2005.
- I.N. Tzankova, *Toegang tot recht bij de afwikkeling van massaschade*, Deventer: Kluwer, 2007.
- A-S. Vandenberghe, 'Over de nieuwe zwakheden van de consument en wat eraan te doen', AA 2009, p. 389 e.v.
- A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2002.
- L. Visscher, W.C.T. Weterings, 'Rechtshandhaving', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007, p. 223 e.v.
- G. Wagner, 'Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe', *AcP* 2006, p. 352 e.v.
- G. Wagner, *Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadebersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag*, München: Beck, 2006 (2006a).
- B. Weyts, 'Lucratieve fouten in het aansprakelijkheidsrecht', *R.W.* 2005-2006, nr. 42, p. 1641 e.v.
- B. van der Wiel, 'Schadevergoeding bij schending van het mededingingsrecht', *NJB* 2009, p. 724 e.v.
- Brent T. White, 'Say You're Sorry: Court-Ordered Apologies as a Civil Rights Remedy', *Cornell Law Review*, Vol. 91, 2006 p. 1261 e.v. Beschikbaar via SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=924500>>.