

# Effectuerend handhaven in het privaatrecht

W.H. van Boom

*Eerder gepubliceerd in: Nederlands Juristenblad 2007/16, p. 982-991 (de oorspronkelijke paginanummering staat in de tekst vetgedrukt weergegeven)*

[982] Privaatrecht bestaat voor een deel uit gedragsregels die gehandhaafd worden met klassieke remedies als schadevergoeding, nietigheid, ontbinding en vernietiging. Aan de hand van drie voorbeelden en drie kenmerken van deze klassieke remedies wordt in dit essay geprobeerd aannemelijk te maken dat de effectiviteit van deze remedies in bepaalde gevallen twijfelachtig is. Als dat juist is, zal voor die gevallen gezocht moeten worden naar alternatieven. Die alternatieven bestaan gedeeltelijk al, maar het gebruik ervan lijkt in de praktijk niet optimaal te zijn. Voor die gevallen zou kunnen worden gezocht naar manieren om het gebruik te stimuleren. Voor een ander deel zal moeten worden gezocht naar nieuwe wegen.

## 1 Privaatrechtelijke remedies te weinig effectuerend?

Een sollicitante wordt afgewezen omdat de werkgever zonder goede grond de voorkeur geeft aan een man. De vrouw stapt naar de civiele rechter. De rechter stelt vast dat zijn in het recht op gelijke kansen bij de werving is geschaad. En vervolgens wordt schadevergoeding toegewezen. Maar omdat er geen contract tussen partijen was, wordt de schadevergoeding beperkt tot de financiële gevolgen van de discriminatie en krijgt de vrouw slechts haar reiskosten vergoed.

Het was kort gezegd deze casus die tot de bekende zaak *Sabine von Colson & Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* leidde en waarin het Hof van Justitie EG bepaalde dat als een nationale wetgever schadevergoeding als handhavingsinstrument voor richtlijn 76/207/EEG gebruikte, hij er voor diende te zorgen

*“in order to ensure that it is effective and that it has a deterrent effect, that compensation must in any event be adequate in relation to the damage sustained and must therefore amount to more than purely nominal compensation such as, for example, the reimbursement only of the expenses incurred in connection with the application.”*<sup>1</sup>

Dit is een voorbeeld van een geval waarin de materieelrechtelijke regel, die beoogt te voorkomen dat werkgevers op een dergelijke wijze discrimineren, gebrekkig gehandhaafd wordt door een weinig slagvaardig handhavingsinstrument - hier: het recht op schadevergoeding. Effectuerend of doelmatig is het handhavingsinstrument als het weet bij te dragen aan de verwezenlijking van de aan de materiële regel ten grondslag liggende doelen. We kunnen betwijfelen of een anti-discriminatieregulering doelmatig gehandhaafd wordt wanneer alleen het treinkaartje voor het zinloze sollicitatiegesprek voor

---

<sup>1</sup> HvJ EG 10 April 1984, 14/83, Jur. [1984] 1891.

vergoeding in aanmerking komt. Algemeener gesteld: wanneer een regel van privaatrecht tot doel heeft het voorkomen van bepaalde schadelijke handelingen, ligt het voor de hand om de vraag te stellen of de bijbehorende remedie bijdraagt aan die preventieve doelstelling.

Ik geef drie voorbeelden van gevallen waarin deze vraag een rol speelt en die in het vervolg van mijn betoog zullen terugkeren.

Een verpleegster van een verzorgingstehuis loopt door een smalle gang in het tehuis. Aan beide zijden van de gang bevinden zich deuren die in de richting van de gang geopend worden. De deuren zijn relatief breed [983] voor de smalle gang en als men ze te snel opent bestaat het gevaar dat de deur in het gezicht van een passant terecht komt. Dit brengt het voor de hand liggende gevaar van letsel met zich. En inderdaad, de werkneemster wordt in het gezicht geraakt en houdt daar verwondingen aan over. Zij wendt zich tot de rechter, vooreerst om van haar werkgever schadevergoeding te krijgen. Maar ze wil ook aan de werkgever het signaal geven dat deze iets moet doen aan de gevaarlijke situatie opdat anderen niet ook slachtoffer worden van de gevaarlijke situatie.<sup>2</sup> Toch gaat die laatste wens verloren in de vertaling naar de civielrechtelijke remedie: de advocaat vordert schadevergoeding voor het geleden leed. De rechter oordeelt in het voordeel van de werkneemster en overweegt dat de werkgever ten onrechte geen maatregelen heeft genomen die het ongeval hadden kunnen voorkomen.

Een tweede voorbeeld. Een arts is verplicht om zijn patiënt te informeren over de kansen en bedreigingen die met een geneeskundige behandeling gepaard gaan. Als de arts deze informatieverplichting verzaakt, levert dat een gebrek aan 'informed consent' op. In civielrechtelijke termen is sprake van wanprestatie die tot schadevergoeding verplicht. Maar welke schade lijdt de patiënt door het bepalen van zijn wil zonder alle relevante informatie? Het enkele feit dat de gekozen behandeling tot letselschade heeft geleid, is niet bepalend. De vraag is of de patiënt dezelfde wilsverklaring zou hebben afgelegd als hij de informatie wel zou hebben gekregen. Dus als niet bewezen wordt dat een andere keuze zou zijn gemaakt, heeft het verzaken van de informatieplicht geen letselschade veroorzaakt en kan geen schadevergoeding worden gevorderd. Het privaatrecht zegt hier: er is inderdaad tekortgeschoten door de arts, maar aangezien er geen schade is kunnen we niets voor u betekenen.

Tenslotte een derde voorbeeld. Betalingssoftware van een bank maakte bij elke overboeking een afronding van het bedrag zodat elke cliënt een bijzonder kleine schade leed. De bank daarentegen kon door de cumulatie van al die kleine afrondingen een aardige som vergaren. Natuurlijk was het handelen van de bank in strijd met contract en maatschappelijke betamelijkheid, maar de cliënten namen de moeite niet om elk individueel in actie te komen: de kosten daarvan wogen niet tegen de te verwachten baten op.

## **2 Handhaving moet dienstig zijn aan het doel van de regel**

Deze drie casus zijn naar mijn mening typische voorbeelden van een gebrek aan doel-

---

<sup>2</sup> Dit is voor slachtoffers een niet onbelangrijk motief, zo maak ik op uit Hazel Genn, *Paths to Justice - What people do and think about going to law*, Oxford: Hart Publishing 1999, p. 179 ff., B.C.J. van Velthoven e.a., *Geschilbeslechtingdelta 2003*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) Ministerie van Justitie 2004, p. 142.

matige privaatrechtelijk handhaving. Daarmee bedoel ik het volgende. Materiële regels hebben een of meer doelen. In theorie is dan kennelijk de veronderstelling dat de doelen die de regelgever (in het privaatrecht dus veelal de wetgever of rechter) nastreeft, met naleving van de betreffende regel bereikt kunnen worden. Voor die gevallen spreek ik van gedragsregels.<sup>3</sup> Ik teken direct aan dat alle gevallen die ik hier behandel gedragsregels betreffen die ondernemingen, professionele instellingen en andere beroeps- en bedrijfsmatig handelende actoren als normadressaat hebben (in de verhouding tot een wederpartij die al dan niet professioneel is).<sup>4</sup>

Als we er zo tegenaan kijken, dan zijn rechterlijke beslissingen in het privaatrecht vaak – maar niet altijd – beslissingen over toepassing van een handhavinginstrument dat de achterliggende doelen van de gedragsregel moet realiseren. Als de doelen van regels worden bereikt door naleving, dan moeten handhavinginstrumenten die tot naleving strekken dienstig zijn aan de doelen. Daarvoor is nodig dat ze in staat zijn het gewenste gedrag te bewerkstelligen of daar een bijdrage aan te leveren. Zo bezien kunnen de remedies in het privaatrecht op doelmatigheid worden onderzocht.

Wetgever, rechter en wetenschap zouden zich van tijd tot tijd moeten afvragen of de bijdrage die de gangbare [984] handhavinginstrumenten leveren, nog dienstig is aan het doel van de onderliggende materiële regels? Zoniet, dan moeten we misschien zoeken naar aanscherping of naar alternatieven die doelmatiger zijn.

Op dit punt aanbeland is het goed om stil te staan bij de vraag wat exact de maatstaf is waarmee doelmatigheid kan worden gemeten. Dit is – toegegeven – een lastig punt. Allereerst zouden we moeten weten wat het doel van een specifieke privaatrechtelijke regel is. Tegen de achtergrond van het doel van een gedragsregel kan namelijk de handhaving van die regel worden beoordeeld. Zo kan bijvoorbeeld de handhaving van de gedragsregel dat handelsdebiteuren tijdig hun geldschulden moeten betalen, worden afgemeten aan het effect van het wettelijk rentepercentage in art. 6:119a BW. Dat percentage is namelijk met het oog op het terugdringen van betalingsachterstanden verhoogd en de doelmatigheid van een dergelijk handhavingmechanisme kan daarom na verloop van tijd dus worden getoetst: draagt het rentepercentage bij aan het tijdig betalen van handelsschulden? Dit is een relatief eenvoudig voorbeeld. Vaak is het vaststellen van doelen van gedragsregels zeer moeilijk en blijkt dat een regel meerdere doelen tegelijk dient. Soms ook moet een aanname worden gemaakt over de achterliggende doelen. Mijn algemene aanname hier is in elk geval dat het privaatrecht achterliggende doelen kent die meer beogen dan alleen het achteraf dienen van vergeldende rechtvaardigheid. Als vergelding achteraf het centrale motief in het privaatrecht zou zijn, dan zou dat betekenen dat alleen het rechtzetten van reeds geschied onrecht centraal zou staan in het privaatrecht. Dat weiger ik te geloven. Ik ga er van uit dat materiële gedragsregels

---

<sup>3</sup> Ik teken aan dat in mijn beleving ‘gedragsregels’ in ons privaatrecht veel meer op zgn. ‘property rules’ dan op ‘liability rules’ lijken in de onderverdeling van Guido Calabresi en A. Douglas Melamed, ‘Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral’, *Harvard Law Review* 1972, p. 1089 e.v. Zie voor een weergave bijv. W. Kanning en H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en recht*, Groningen/Houten: Stenfert Kroese/Wolters-Noordhoff 2004, p. 158 e.v. Mijn indruk is dat de rechtseconomie hier te zeer uitgaat van een anglo-amerikaans idee van privaatrecht dat (in theorie) veel minder op directe naleving van achterliggende gedragsregels is gericht dan op compensatie voor niet-naleving. Het idee dat onrechtmatig gedrag in beginsel ook op voorhand te *verbieden* en te corrigeren is, past daar niet goed in. In ons idee van privaatrecht wél, zozeer zelfs dat het weinig expliciet gemaakt wordt maar intengedeel verstoep is in art. 3:296 BW. Liability rules zijn naar mijn gevoel in onze idee over privaatrecht eerder uitzondering dan regel (art. 6:168 BW is immers uitzondering en niet regel).

<sup>4</sup> Als de vraag naar preventieve werking van gedragsregels wordt gesteld, wordt dus niet naar de uitwerking van gedragsregels op individuen maar naar de uitwerking op organisaties gekeken.

van privaatrecht in elk geval ook bedoeld zijn om nageleefd te worden. Zo mag men met het oog op voorkoming van dwaling bij onderhandelingen essentiële informatie niet aan de wederpartij onthouden, moet men bij het scheppen van gevaar voor ongelukken tot op zekere hoogte voorzorgsmaatregelen nemen, en ga zo maar door. Die regels dienen bijvoorbeeld het doel van maximalisatie van in autonomie en geïnformeerd genomen beslissingen respectievelijk het reduceren van het aantal vermijdbare ongevallen. Dat gaat over meer dan alleen geld als doekje voor het bloeden.

### 3 Drie kenmerken van handhaving in het privaatrecht

Als men met mij wil aannemen dat privaatrechtelijke regels vaak gedragsregels zijn (soms expliciet en soms impliciet), wat kunnen we dan zeggen over de maatstaf die we moeten hanteren bij het beoordelen van de doelmatigheid van handhaving van die regels? Allereerst geldt dan dat een handhavingsinstrument doelmatig is als het bijdraagt aan naleving van de regel. Om daar nadere uitspraken over te doen, wil ik aan de hand van drie kenmerken een korte schets geven van de gangbare handhavingsinstrumenten van gedragsregels (inmiddels wel als ‘remedies’ benoemd). [985] Die remedies kunnen grofweg als volgt worden onderverdeeld:<sup>5</sup>

- vernietiging van het contract dat onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen;
- ontbinding van het contract dat niet behoorlijk is nagekomen door de debiteur;
- vergoeding van schade veroorzaakt door wanprestatie;
- vergoeding van schade veroorzaakt door toerekenbare onrechtmatige daad.

Hoewel er weinig eenduidig empirisch bewijs is over het functioneren van deze remedies - laat staan het doelmatig functioneren daarvan - kunnen we wel aan de hand van impressies over hoe het privaatrecht praktisch uitwerkt, een voorzichtige typologie maken. Die typologie biedt een drieluik aan kenmerken.

Allereerst is er het *ex post* kenmerk. Remedies komen vaak pas in zicht als het kwaad al is geschied. Bijvoorbeeld: als het contract is gesloten en mogelijk al uitgevoerd, wordt aan de rechter voorgelegd of het contract nietig is wegens strijd met de wet. Of: nadat de effectenlease uitgevoerd is en bij beursdaling zwaar tegenvalt, wordt vernietiging wegens dwaling ingeroepen. En extremer: als asbest al vele mesothelioom-slachtoffers heeft geëist, wordt schadevergoeding toegekend aan de (gewezen) werknemers.

Als men er zo tegenaan kijkt, dan is dat natuurlijk geen sterk bewijs voor de veronderstelling dat gedragsregels preventieve doelen dienen. De facto lijkt het toekennen van schadevergoeding voor reeds geleden schade of het terugdraaien van een transactie meer op het geven van een doekje voor het bloeden dan op het dwingen tot naleving. De *ex ante* prikkel tot naleving zou dan dus vooral gelegen moeten zijn in de dreiging van het *ex post* toekennen van schadevergoeding of terugdraaien van de transactie.<sup>6</sup>

Het tweede kenmerk is het *restitutie* kenmerk. Omdat de gangbare remedies vooral aandacht hebben voor het virtuele terugdraaien van de klok - door de benadeelde in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd zonder de dwaling, zonder de scha-

---

<sup>5</sup> Ik laat achterwege het noemen van nietigheden en opschorting.

<sup>6</sup> Opschorting is zo beschouwd wellicht het krachtigste instrument dat tot nakoming prikkelt.

delijke gebeurtenis, et cetera - zien we dat het privaatrecht streeft naar steeds verfijnder manieren om de klok terug te draaien. Het letselschadevergoedingsrecht is daar een goed voorbeeld van, waar professionalisering van schadeafwikkeling en schadeberekening (wat zou de vermogensrechtelijke positie van de benadeelde zijn geweest als het ongeval niet zou zijn gebeurd; lijdt het slachtoffer aan pre-existente klachten of predispositie die hem op enig moment eenzelfde inkomensschade zou hebben bezorgd; hoe zou de carrière van het slachtoffer zich hebben ontwikkeld) hoog in het vaandel wordt gedragen. Maar ook daarbuiten is het een belangrijk kernpunt: van terugwerkende kracht in het goederenrecht tot de ongedaanmakingsplicht bij ontbinding, het draait om het terugdraaien in geldelijke zin naar de oude of hypothetische toestand. De keerzijde daarvan is dat het vermogensrecht vijandig staat tegenover het overcompenseren van de benadeelde: hij moet in financiële zin niet beter worden van overtreding van de gedragsregel. Voordeelsontneming en punitieve schadevergoeding zijn mede om die reden niet of nauwelijks tot groei gekomen in het stelsel van klassieke remedies.

Het derde kenmerk is dat van *specificiteit*. Het ex post én restitutief remediëren van overtreding van gedragsregels gebeurt met het oog op de specifieke casus, ten behoeve van een concrete benadeelde, met het oog op de concrete gedaagde en in het licht van de omstandigheden van het betreffende geval. Dat lijkt samen te hangen met het model van rechtsbescherming in het privaatrecht, dat is toegesneden op het tweepartijenmodel. Specificiteit betekent daarom ook dat waar niemand de moeite neemt om een wanprestatie of onrechtmatige daad aan de rechter voor te leggen, geen handhaving plaatsvindt.

Het houdt ook in dat rechters het vooral - en niet ten onrechte - als hun taak beschouwen om aan de betrokken partijen recht te doen in plaats van meer algemene uitspraken te doen die het concrete geval overstijgen. Elke zaak is immers weer anders, zo lijkt de gedachte te zijn. Daarom levert bijvoorbeeld te weinig informatie geven over de gevaren van het leasen van aandelen niet per definitie een financieel product met een weeffout op, maar steeds een delicate afweging tussen onderzoeks- en mededelingplicht van aanbieder en concrete afnemer, waarbij de kennis en kunde van de afnemer in concreto verschillend gewicht in de schaal kan leggen. Pas als er meerdere precedentes zijn kan een lijn worden geschetst en worden gezegd dat sprake was een 'gebrekig product'.

## 4 Het handhavingstekort van deze drie kenmerken

### 4.1 *Ex post handhaven en het effect op naleving van de gedragsregel*

Er is goede grond om nader in te gaan op de hiervoor genoemde drie kenmerken: in bepaalde gevallen kunnen zij namelijk een obstakel vormen voor doelmatige handhaving. Dat blijkt in de drie voorbeelden. Als we [986] bijvoorbeeld nog eens naar het arbeidsongeval kijken in de smalle gang met de brede deuren; in dat geval wordt het ex post kenmerk gecombineerd met het ontbreken van een 'eigenaar' van het probleem. De idee van 'eigenaarschap' komt er kort gezegd op neer dat er iemand moet zijn die zich het probleem aantrekt en dan (voor dit betoog althans) juridische instrumenten zoekt om mee te handhaven. Eigenaarschap hangt daarom - denk ik - samen met privaatautonomie en als er geen eigenaars van het probleem zijn, bereiken we de grens van het privaatrechtelijk individueel handavingsdomein.

Wie is in het privaatrecht eigenaar van het probleem? Dat is vaak degene die zich bena-

deeld voelt, en wel vanaf het moment dat deze persoon beseft dat hij benadeeld is of wordt. Zo is het ook met de te smalle gang in het verzorgingstehuis: deze gang is naar privaatrechtelijke maatstaven kennelijk onaanvaardbaar gevaarlijk, maar geen van de werknemers heeft de civiele rechter op grond van art. 3:296 BW gevraagd om de werkgever te gebieden voorzorgsmaatregelen te nemen. Dat ligt ook voor de hand nu dat kosten met zich brengt terwijl de baten (ingeval van gebod tot voorzorg) aan álle potentiële benadeelden toevloeien. Misschien moet de conclusie dan zijn dat een stelsel van privaatrecht dat is gestoeld op privaat initiatief, minder geschikt is voor ex ante handhaving van gedragsregels die gericht zijn op reductie van kwade kansen.

Sterker nog: zelfs nadat die kwade kans zich heeft verwezenlijkt, staat in het juridische debat alleen het ongedaan maken – terugdraaien van de transactie of vergoeden van geleden schade – centraal. Dat is voor civilisten wel, maar voor leken lang niet altijd vanzelfsprekend: waarom laat het privaatrecht zich wel uit over wat partijen hadden *moeten* doen of nalaten, over wat onrechtmatig, onzorgvuldig, onoorbaar en onacceptabel is, maar houdt dat oordeel geen expliciete opdracht aan ten minste één van beide partijen in om werkelijk iets te veranderen? Als mensen zo belangrijk vinden dat ‘wat hen overkwam niet ook aan anderen overkomt’, waarom wordt er dan nauwelijks concreet in die richting gevorderd?

Kortom: het ex post kenmerk houdt in dat ongedaanmaking en herstel in oude toestand centraal staat in het privaatrecht en dat het daadwerkelijk voorkomen van die onwenselijke toestand niet direct maar hooguit indirect – via een veronderstelde ex ante werking – geschiedt. Als dat inderdaad zo werkt, zijn de klassieke remedies een doelmatig en gezien de kennelijk minimale ‘monitoring cost’ wellicht zelfs efficiënt handhavingsmiddel. Maar het kan betwijfeld worden of het zo werkt. Bovendien is het - nog afgezien van het feit dat het toekennen van schadevergoeding of het terugdraaien van de transactie mogelijk niet volledig aansluit bij wat benadeelden willen - geen directe waarborg voor voorkoming in de toekomst. Door de focus op het terugdraaien achteraf wordt specifieke preventie voor de verdere toekomst – zo lijkt het – vooral afhankelijk van andere dan juridische factoren, zoals kwetsbaarheid van de reputatie en de grootte van de kans dat anderen eenzelfde vordering aanhangig maken (bijv. bij massaschade).

De werkneemster die schadevergoeding vordert, de rechter die stelt dat de werkgever anders had moeten handelen dan hij in werkelijkheid heeft gedaan, hun uitgangspositie lijkt te zijn dat het ongeval nooit had mogen gebeuren. Maar wie zorgt er voor dat het niet nog eens gebeurt?

Bovendien is een bekend probleem dat naarmate de tijd tussen overtreding van de gedragsregel en het inroepen van de remedie verder verstrijkt, steeds minder verwacht kan worden van preventieve werking. Dat asbestverwerkende bedrijven ruim dertig jaar na dato horen dat zij ongeschreven gedragsregels hebben overtreden, kan hun gedrag ten aanzien van het asbestdossier niet meer veranderen. Bedrijfsbeleid is gewijzigd, wetenschappelijke en maatschappelijke inzichten zijn veranderd, en de preventieve werking van het rechterlijk oordeel kan dus ten beste het gedrag betreffen in andere, mogelijk vergelijkbare (maar mogelijk ook niet vergelijkbare) dossiers.

Daar komt in dit verband nog iets bij, te weten de combinatie van het ex post kenmerk met vage normen. Als men – volledig geïnformeerd over de stand van het recht – op voorhand zijn gedrag moet aanpassen aan een vage norm waarvan men niet exact weet hoe deze in concreto zal uitvallen, is de kans dat men teveel of te weinig zorg in acht neemt niet denkbeeldig. Als men een rationele aanbieder van aandelenlease-producten op voorhand zou hebben gevraagd: is de informatieverschaffing voldoende objectief,

helder en niet-misleitend, en weet u wat – tegen de achtergrond van het risico van een beursdaling en afschaffing van fiscale aftrek van consumptief krediet – de ex post gevolgen zijn als dat niet het geval is? Ik denk dat ze voor de zekerheid een ex ante rechterlijk oordeel gehad zouden willen hebben. Het ex post toepassen van vage normen lijkt dus op schieten met hagel op een rennende muis: voor elke geraakte muis is heel wat vermijdbare omgevingschade veroorzaakt. Er zijn effectievere manieren om een muis te pakken te krijgen.

#### *4.2 De ‘kunst’ van het terugdraaien en herstellen*

Het schadevergoedingsrecht, de ongedaanmaking bij ontbinding, en ook het recht van de onverschuldigde betaling zijn gericht op het herstellen of bereiken van de toestand zoals die zonder overtreding van de gedragsregel zou zijn geweest.

Denk aan de patiënt die ten onrechte niet de informatie [987] kreeg die nodig was om een geïnformeerde keuze te maken. Als de keuze van de patiënt dezelfde zou zijn geweest is het letsel niet veroorzaakt door een tekort aan informatie en wordt geen schadevergoeding toegekend. Dat is exemplarisch voor het op restitutie gerichte en dus causale stelsel van schadevergoeding. Restitutie vooronderstelt dat iets verloren is gegaan dat teruggegeven of hersteld moet worden, en in dit opzicht vervult het causaliteitsvereiste in theorie een belangrijke poortwachtersfunctie om bokken van schapen te scheiden.

In de praktijk evenwel kan daardoor juist preventie in het gedrang komen, daar waar de wetenschap bijvoorbeeld wel op geaggregeerd niveau causaliteit kan aantonen maar niet in concreto en er dus geen vertaling plaatsvindt naar concrete rechtsverhoudingen. Juist daarom zijn ontwikkelingen zoals het gebruik van instrumenten als een omkeringsregel – even daargelaten of de concrete uitwerking van die regel in ons recht de juiste is – en proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband als zodanig toe te juichen. Het vergoeden van kansen die verloren gingen hoort ook in die categorie thuis.

Maar uitgangspunt blijft dat degene die schadevergoeding vordert, schade en causaal verband moet bewijzen. In theorie zeer belangrijk, maar praktisch voor sommige gevallen zozeer een obstakel dat in die gevallen schadevergoeding geen doelmatig handhavingsinstrument kan zijn. Probeer als concurrent die ontdekt dat er door anderen in de markt gecolludeerd is om hem van de markt te duwen, maar eens je gelijk te krijgen in een civiele zaak. Als je al bewijs bijeen krijgt van de collusie (met dank aan de NMa), kun je hoogstwaarschijnlijk niet aannemelijk maken dat de verslechtering van je marktpositie daar aan is te wijten. En voor die gevallen waarin vaststaat dat geen schade is geleden, valt er ook niets te vergoeden. De niet-communicatieve arts in het eerdere voorbeeld hoeft het letsel niet te vergoeden als vaststaat dat de patiënt dezelfde keuze zou hebben gemaakt. Dat is volstrekt logisch vanuit het restitutie kenmerk maar vanuit het preventief oogmerk is het mogelijk minder voor de hand liggend. In dit gevallen is wellicht een vergoeding op haar plaats voor het enkele feit dat het nalaten een inbreuk op de autonomie veroorzaakte (ongeacht of het niet gecommuniceerde risico zich heeft verwezenlijkt). Ik maak me sterk dat juist het smartengeld als bedoeld in artikel 6:106 BW in toenemende mate in de sleutel van de preventieve functie gesteld zal worden.

Dit brengt mij op de functie van ongedaanmaking en vergoeding. Natuurlijk en terecht wordt gesteld dat de functie van bijvoorbeeld het schadevergoedingsrecht is het vergoeden van schade, maar dat ontnemt het zicht op de functie van schadevergoedingsrecht als handhavingsinstrument. Die laatste functie eist mogelijk dat wij meer aandacht

ontwikkelen voor het ontnemen van voordeel.

Dat is in algemene zin in het privaatrecht onbespreekbaar gebleken, vooral omdat het onverenigbaar zou zijn met het restitutieve karakter van de privaatrechtelijke remedies. Ik zou menen dat het dienstig zou zijn om minder naar het karakter van de remedies te kijken en scherper naar de doelen van de regels die met deze remedies nagestreefd worden. Die bepalen of de remedie effectuerende kracht heeft.

### 4.3 *Specificiteit en de concrete benadeelde met zijn kleine claim*

Specificiteit in het privaatrecht houdt het belang bij handhaving dicht bij de individuele belanghebbende: handhaving kost hem tijd en geld en de vaak onzekere investering die hij daar in doet moet natuurlijk gecompenseerd worden door het vooruitzicht van aanzienlijke baten. Dat kan ertoe leiden dat als die ontbreken, de belanghebbende ‘rationele apathie’ vertoont en niet tot handhaving overgaat. Het fenomeen *strooischade* – de belangenbeschadiging die per individu te onbetekenend is om de benadeelde te prikkelen om actie te ondernemen maar die op grote schaal voorkomt en in maatschappelijk opzicht onwenselijk geacht moet worden – biedt daar een voorbeeld van en kan in verband worden gebracht met een privaatrechtelijk handhavingstekort. Maar het is niet tot strooischade beperkt. Specificiteit eist dat concrete benadeelden individuele acties instellen. Het effect van dergelijke acties kan groot zijn, maar ook onbetekenend. Een consument die een onereus beding in algemene voorwaarden aanvecht, doet dat veelal pas als hij is geconfronteerd met de nadelige gevolgen daarvan. Zo kan het gebeuren dat heldere gedragsregels besloten in de zwarte lijst van artikel 6:236 BW niet volledig worden nageleefd omdat de handhaving alleen individuele contracten betreft (en dan nog alleen maar *ex post*). Wie zorgt er voor zwarte bedingen geheel uitgebannen worden? Dit is kenmerkend voor specificiteit: als individuen niet (massaal) optreden tegen niet-naleving van gedragsregels, faalt handhaving. En was niet het doel van de regelgever die art. 236 opstelde dat dergelijke bedingen uitgebannen zouden worden?

De oplossingsrichting die vaak gekozen wordt in deze problematiek is het verlagen van de drempels. Door procesdrempels te verlagen, zoals bij geschillencommissies gebeurt, heeft wat dit betreft voor de consument het voordeel dat hij gehoord wordt en dat concrete gedragsregels voor de aangesproken [988] ondernemer of instelling geformuleerd en gehandhaafd kunnen worden. Maar of deze wijze van verlagen van de drempels werkelijk dienstig is aan de voorkoming van de genoemde belangenbeschadigingen, kan worden betwijfeld. Dat hangt af van tal van factoren zoals de claimbereidheid van individuele consumenten, hun bekendheid met hun rechten, de reputatie-effecten, media-aandacht en het beoordelingskader dat deze alternatieve geschillenbeslechteers gebruiken. Met dat laatste bedoel ik: de alternativiteit van de geschilbeslechting houdt voor zover ik weet zelden in dat de geschilbeslechter meer bevoegdheden heeft dan het privaatrecht normaliter toekent. Dan is de drempel wellicht verlaagd, maar effectuerend handhaven is dan nog niet gegeven. Als bijvoorbeeld alternatieve geschillenbeslechteers voor onbetekenende strooischade een bedrag van € 25 bij wijze van genoegdoening toekennen aan de klagende benadeelde, geniet deze misschien van genoegdoening maar of het ook werkelijk verandering teweegbrengt in het gedrag van de ondernemer of organisatie, is ongewis.

Naast het verlagen van de drempels voor individuen lijkt ook een populair instrument het verschuiven van privaatrecht naar publiek toezicht. Publiek toezicht op naleving van privaatrechtelijke gedragsregels is niet afhankelijk van individuen die vorderen



maar van een door de overheid bekostigde toezichthouder die in het algemeen belang opereert. De consumentenautoriteit is daarvan natuurlijk een belangrijk voorbeeld, maar DTe, OPTA en NMA vervullen tot op zekere hoogte eenzelfde functie. Het uitbannen van niet-naleving van de gedragsregel besloten in art. 6:236 BW wordt dan ook kenmerkend de taak van de Consumentenautoriteit.

## 5 Tussenstand

De tussenstand is niet bemoedigend. We hebben drie typische kenmerken van handhaving in het privaatrecht benoemd en we zagen dat deze kenmerken in de weg kunnen staan aan effectuerend handhaven. Hoewel ik hier voorzichtig wil zijn met conclusies, denk ik toch dat we in het hiernavolgende van de volgende veronderstelling kunnen uitgaan. Handhaving is niet doelmatig als er sterke indicaties zijn dat de doelen van de materieelrechtelijke regel niet worden bereikt met de beschikbare en gebruikte remedies en een obstakel in handhaving gevonden kan worden in een van de volgende drie oorzaken: (1) het ex post kenmerk geeft uit de aard der zaak meer aandacht aan compensatie dan aan preventie en leidt tot te veel of te weinig inspanning om de gedragsregel na te leven; (2) het restitutiekarakter blokkeert toegang tot het civiele recht voor bepaalde gevallen waarin bijvoorbeeld schade of causaal verband moeilijk te bewijzen zijn; (3) het specificiteitskenmerk leidt er in het beste geval toe dat een concreet geval van niet-naleving van de gedragsregel wordt aangepakt zonder oog voor andere gevallen, terwijl in het slechtste geval helemaal geen handhaving plaatsvindt.

De vraag is vervolgens wat we kunnen doen om te komen tot effectuerende handhaving in het privaatrecht. Sommige van de problemen die ik hiervoor heb benoemd, worden wel in verband gebracht met het fenomeen van collectieve goederen. Als effectuerende handhaving ten goede komt aan meer personen dan de handhavende partij en geen van deze derden uitgesloten kan worden van de voordelen die de handhaving met zich brengt, kan worden voorspeld dat privaat initiatief niet genoeg van dit type handhaving zal genereren. Daarom wordt met name publiek gefinancierd toezicht als oplossingsrichting genoemd.

En inderdaad is het niet toevallig dat in elk van de drie voorbeelden – het arbeidsongeval in de smalle gang, de arts die de patiënt niet de benodigde informatie geeft, de strooischade bij cliënten van een bank – publiek toezicht bestaat op de kwaliteit van dienstverlening en naleving van publiekrechtelijke gedragsregels. Het gaat dan om toezicht dat de toegang tot en het verlaten van de betreffende markt reguleert of directer de kwaliteit van de prestaties op de markt beïnvloedt.

Maar dat neemt niet weg dat naast deze vormen van publiek toezicht behoefte bestaat en zal blijven bestaan aan het verbeteren van effectuerende handhaving in het privaatrecht, bijvoorbeeld omdat privaatrecht gedragsregels formuleert die strengere eisen stellen dan publiekrechtelijke gedragsregels, het publiek toezicht beperkte middelen heeft, het onmogelijk alle handhavingstaken van het privaatrecht kan overnemen (en kan lijden aan ‘agency capture’), en het vaak de private actoren zijn die de beste informatie hebben over niet-naleving. Deze argumenten pleiten vaak voor een combinatie van publieke en private handhavinginstrumenten. Dat kan in de afstemming tussen de verschillende reguleringsystemen relevant zijn; hier is vooral van belang dat het aangeeft dat privaatrecht gezien de eigen gedragsregels en eigen doelen een goed oog moet ontwikkelen voor de vraag welke van de eigen handhavinginstrumenten effectuerend vermogen hebben.

## 6 Drie wegen naar innovatie

Als men met mij wil aannemen dat op sommige punten goed gekeken moet worden naar mogelijke innovatie van handhaving, is natuurlijk de vraag: waar en hoe? Maar voordat ik die vraag uitwerk, moet natuurlijk worden erkend dat er de afgelopen decennia al veel [989] innovatie heeft plaatsgevonden die tegemoet komt aan de hiervoor geschetste problemen. Helaas heeft veel van deze innovatie vooral plaatsgevonden in het schadevergoedingsrecht zodat de vergoedende functie van het schadevergoedingsrecht meer aandacht heeft gekregen dan handhaving van de doelen van het privaatrecht als zodanig. Ik meen dat de aandacht verlegd zou moeten worden van de verfijning van het schadevergoedingsproces naar alternatieve instrumenten. Schadevergoeding blijft een doekje voor het bloeden en als gedragsregels preventieve aspiratie hebben, moeten wellicht alternatieven voor effectuerend handhaven worden gezocht.

Ik zie in elk geval drie wegen naar innovatie. In de eerste plaats zou scherper naar schadevergoeding gekeken kunnen worden als effectuerend instrument in plaats van compenserend instrument. In de tweede plaats zou het stimuleren van collectieve actie onder de loupe genomen kunnen worden. En ten slotte zou kunnen worden bekeken of een sterkere plaats voor een *ex ante* instrument ingeruimd kan worden. Deze drie wegen zijn niet uitputtend en evenmin is verzekerd dat bij het inslaan ervan succes volgt. Wel geloof ik dat ze het waard zijn om te worden onderzocht.

### 6.1 *Ex post prikkels*

In Europa is het concept van punitieve schadevergoeding als handhavinginstrument niet bespreekbaar. Wel bestaan er schadevergoedingsvormen die minder de nadruk op straffen leggen en meer op het stellen van een voorbeeld – een signaalfunctie dus – maar voor ons land kan in elk geval niet worden gezegd dat dit als effectuerend instrument wordt ingezet.

Het idee van schadevergoeding als *ex post* prikkel voor *ex ante* naleving bestaat overigens wel – het lijkt bijvoorbeeld te bestaan als een bescheiden functie van smartengeld bij aantasting van persoonlijkheidsrechten als bedoeld in artikel 6:106 BW. Een goed voorbeeld is bijvoorbeeld het toekennen van smartengeld bij wangedrag van de roddelpers: de hoogte van dat smartengeld kan (ook) begrepen worden als een *ex post* prikkel voor naleving. Daarbij aanhakend zou in elk geval het beladen woord ‘punitieve schadevergoeding’ vermeden moeten worden en zou veel beter van ‘effectuerende vergoeding’ moeten worden gesproken. Deze vorm van vergoeding verdient nadere aandacht. In Europees verband is bijvoorbeeld al voorzichtig een beweging in deze richting geoperd voor wat betreft privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrechtelijke gedragsregels.

Maar voorzichtigheid is uiteraard geboden. Allereerst moeten de nadelen en averechtse gedragseffecten van ‘punitive damages’ in de Verenigde Staten van Amerika in kaart worden gebracht en worden geanalyseerd wat de betekenis daarvoor is voor het Europese privaatrecht. De juridische en maatschappelijke verschillen tussen beide continenten zijn groot; als we werkelijk willen weten wat effectuerende vergoedingen teweegbrengen in Europa, dan ligt het voor de hand om een specifiek wetgevend experiment – bijvoorbeeld persaansprakelijkheid – ter hand te nemen en om nauwlettend te bezien wat effectuerende vergoeding daar kan betekenen. Als mogelijke voorwaarden waaronder een dergelijk experiment zou moeten plaatsvinden, kan allereerst worden genoemd

het vereiste dat het moet gaan om niet-naleving van duidelijk afgebakende gedragsregels of om 'recidive'. Bovendien zou het in elk geval niet direct moeten worden toegepast bij long-tail schadegevallen. Deze beperkingen zouden de gevaren van ondermaatse of bovenmatige voorzichtigheid (defensief gedrag) moeten minimaliseren. In de derde plaats dient een objectieve maatstaf te worden gebruikt bij het vaststellen van de omvang van het bedrag, zodat voorspelbaarheid wordt vergroot. Ook zal moeten worden beslist of dergelijke vergoedingen alleen aan individuele claimanten toekomen of dat een collectieve actie juist ook gericht mag zijn op het verkrijgen van een effectuerende vergoeding. Ten slotte zou het experiment moeten worden gekozen in een gebied waar publieke handhaving door afwezigheid schittert of weinig indringende activiteit ontplooit zodat het risico van overmatig handhaven klein blijft.

In verband met het voorgaande is het goed om de mogelijkheid van winstafdracht onder de aandacht te brengen. Er bestaat naar mijn mening een belangrijk verband tussen effectuerend vergoeden en winstafdracht. Winstafdracht is in bijzondere wetten soms toegestaan en als schadeberekenningswijze in art. 6:104 BW toegestaan. In het algemeen geldt echter dat afdracht van winst die het geleden verlies overstijgt niet is toegestaan. Toch kan vanuit effectuerend handhaven goede grond bestaan om de veroorzaker meer te ontnemen dan de benadeelde heeft geleden. Of dat meerdere dan ook altijd bij de benadeelde terecht zou moeten komen, is een andere vraag.

## 6.2 *Collectieve actie stimuleren*

De tweede weg is die van de collectieve actie. In theorie kunnen belangenorganisaties aan de naleving van gedragsregels bijdragen door middel van een collectieve actie. In de praktijk van het Europese privaatrecht zijn deze actiemogelijkheden overigens niet zo [990] algemeen geformuleerd als in ons artikel 3:305a e.v. BW, hetgeen er voor zou pleiten om dergelijke organisaties algemeen 'standing' te geven zodat zij gebodsacties en verbodsacties kunnen instellen ten behoeve van hun achterban. Maar het creëren van juridische mogelijkheden is niet voldoende om de scherpe kanten van het ex post kenmerk en het specificiteitskenmerk weg te nemen. In werkelijkheid hebben belangenorganisaties meerdere bestedingswensen die prioritering behoeven en staat procederen zelden bovenaan de lijst. Vanuit politiek oogpunt kan er dus goede grond zijn om over te gaan tot ondersteuning van juridische ex ante acties als daarmee een collectief goed wordt gegenereerd dat anders niet of in onvoldoende mate zou zijn ontstaan. Ondersteuning kan natuurlijk de vorm krijgen van subsidie of gesubsidieerde rechtsbijstand, maar ook het inbouwen van financiële prikkels ten behoeve van deze organisaties.

Mijn indruk is dat meer gedaan kan worden om collectieve handhaving te verbeteren. Vaak wordt collectieve handhaving met verbods- en gebodsacties in verband gebracht, maar wellicht verdient ook het vorderen van schadevergoeding of van winstafdracht nadere overweging. Met de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade is Nederland dit pad overigens al ingeslagen. Effectuerende collectieve actie – voor Europa waarschijnlijk te prefereren boven het Amerikaanse class action model – kan dan mogelijk ook de nadelen van rationele apathie wegnemen.

## 6.3 *Stimuleren van ex ante handhaven*

De laatste en naar mijn indruk meest belovende weg om te verkennen is het stimuleren van ex ante handhaving. Het wordt wel gezegd dat als men gedrag zo precies mogelijk

wil beïnvloeden, de gedragsregel en de sanctie op voorhand zo helder mogelijk moeten zijn. Als dat juist is, dan moge uit het voorgaande duidelijk zijn geworden dat privaatrecht, gegeven de drie kenmerken, niet heel precies beïnvloedt. Het kan dus zinvol zijn om te bezien of het moment van concretiseren van de veelal vage normen in bepaalde gevallen in tijd naar voren kan worden gehaald zodat in een eerder stadium concrete gedragsregels geformuleerd kunnen worden. Stel bijvoorbeeld dat een aanbieder van een complex financieel product met inherente risico's na grootschalige verspreiding van het product met een toenemend aantal beroepen op vernietiging wegens dwaling geconfronteerd wordt en dat dus achteraf bezien moet worden vastgesteld dat het in essentie om een gebrekkig financieel product ging (bijvoorbeeld wegens onvoldoende waarschuwing voor de inherente risico's). De schade en kosten die het van geval tot geval terugdraaien van deze transacties met zich brengt kunnen bijzonder groot blijken te zijn. Is nu niet voorstelbaar dat men een dergelijk product op voorhand (danwel kort na introductie) aan een civiele rechter voorlegt met het verzoek te onderzoeken of en zomogelijk verklaren voor recht dat het product in abstracto civielrechtelijk in orde is – dat wil zeggen voldoet aan de mededelingsvereisten, waarschuwingplichten en onderzoeksverplichtingen die bepalingen als artikel 6:228, 6:162 en 6:2 aan het 'product' stellen. Een dergelijk ex ante instrument zou min of meer het spiegelbeeld van de WC-AM kunnen opleveren door algemeenverbindendverklaring van de verklaring voor recht, uiteraard met een mogelijkheid van gemotiveerde opt-out zodra men kan staven dat het oordeel ex ante niet correct was (bijvoorbeeld in geval van nova). Zou men deze weg bewandelen, dan zou het de civiele rechter tot taak geven om desgevraagd een abstracte toetsing uit te voeren en dus rekenschap te geven van de implicaties van zijn oordeel voor concrete gevallen die zich in de toekomst kunnen voordoen; het zou niet alleen rechters maar vooral ook aanbieders van dergelijke producten aanzetten tot het ex ante inschatten van de juridische risico's van hun 'product'. Als rechters eerder worden betrokken bij het concretiseren van gedragsregels voor de betreffende onderneming of organisatie, kan – zo is mijn veronderstelling – het gedrag van partijen 'effectuender' worden (bij)gestuurd.

Dit ex ante model kan ook tijdige verbods- en gebodsacties dichterbij brengen. In zekere zin kan het ook perspectieven bieden voor het bepalen van de stand van het privaatrecht, altijd een heikel punt als we jaren na dato moeten reconstrueren welke gehoudendheden achteraf bezien op partijen rustten. Overigens moet ook bij het ex ante effectuerend handhaven worden gelet op de 'monitoring'-taak. Schadevergoeding, restitutie en ongedaanmaking zijn relatief eenvoudig af te wikkelen na het rechterlijk oordeel; het is duidelijk wie belang heeft bij de afwikkeling en dus als bewaker van het proces optreedt. Als men daarentegen verbods- en gebodsacties wil stimuleren (denk [991] bijvoorbeeld aan de gebodsactie in het kader van arbeidsveiligheid), zal een private partij zichzelf tot bewaker moeten willen opwerpen en moet hij middelen in handen moeten hebben om tot naleving te dwingen. Een voorzieningenrechter kan bijvoorbeeld een astmatische werkneemster van TPG Post wel in het gelijk stellen en haar werkgever veroordelen tot het rookvrij houden van de werkplek, maar wat garandeert dat dit vonnis werkelijk nageleefd wordt? Uiteraard kent ons recht dwangsommen die de winnende werkneemster een financieel belang geven om als bewaker op te treden, maar wat weten we over de effectuerende kracht van dwangsommen (hoe hoog moeten ze zijn om zoden aan de dijk te zetten)?

Uiteraard is mijn behandeling van deze derde weg impressionistisch van aard en zou nadere uitwerking nodig zijn. Toch geloof ik dat een ex ante benadering de sterke karaktereigenschappen van het privaatrecht – flexibiliteit door vage normen en brede toepasselijkheid op allerlei maatschappelijke verschijnselen – zou kunnen combineren met

een grotere mate van zekerheid en duidelijkheid op voorhand. Die laatste grootheden kunnen – zo veronderstel ik – bijdragen aan naleving van de onderliggende gedragsregels.

## 7 Van geschillenbeslechter naar juridisch regisseur?

Andere wegen naar handhaving vraagt misschien om een andere rol van rechters. De rechterlijke macht is naast de private partijen de belangrijkste handhaver in het privaatrecht, maar hij is (min of meer) lijdelijk, heeft beperkte middelen en ziet zijn taak (in ons land althans) als bescheiden. Toch heeft de rechterlijke macht in het privaatrechtelijk domein wel degelijk *ambitie* om gedrag te sturen, door aan partijen voor te houden hoe zij zich tegenover elkaar (hadden) moeten gedragen, door te vergoeden, te verbieden en te gebied en te verklaren. Die ambitie leidt soms tot megaprojecten, zoals de afwikkeling van massaschade, die bijzondere eisen stellen aan de rechterlijke regisseursfunctie, en soms tot beslissende momenten waarop duidelijke regels met duidelijke remedies voor alle betrokkenen geformuleerd moeten worden.

De rechterlijke ambitie is gekooid: rechters missen veel informatie over de gevolgen van hun uitspraken op partijen en derden, zij zijn veelal niet gespecialiseerd in bepaalde subdisciplines, zij kunnen hun zaken niet zelf kiezen (behalve dan dat zij aangeboden zaken zouden kunnen weigeren); zij zien zichzelf over het algemeen niet als ‘agencies’ met een beleidsagenda, zijn dus niet snel geneigd om ingezet ‘beleid’ te wijzigen en hebben geen herkenbare ‘ideëenbus’ waar de maatschappij beleidswensen in kan stoppen. Het is minder eenvoudig om het effectuerende aspect van rechterlijke beslissingen in het privaatrechtelijk domein te meten, en dat verklaart wellicht ook tot op zekere hoogte de opkomst van alternatieven voor privaatrecht in de vorm van markttoezicht door AFM, NMa en Consumentenautoriteit. Het is voor mij een open vraag hoe de bemoeienis van de rechterlijke macht met privaatrechtelijke handhaving zich in dit krachtenveld zal ontwikkelen, maar een verschuiving van taakstelling ligt denk ik wel voor de hand.

Een dergelijke verschuiving, die besloten ligt in het bewandelen van de drie genoemde wegen, is niet vanzelfsprekend. De rechterlijke taak in het privaatrecht wordt vooral opgevat als het naar eer en geweten beslissen van een concreet geval; zeker als we het hebben over Europees privaatrecht, moeten we concluderen dat er terughoudendheid bestaat wat betreft het toekennen van ‘standing’ aan collectieve actiegroepen, het toewijzen van gebods- en verbodsacties, en ex ante verklaring voor recht, om van collectieve schadevergoeding en winstafdracht nog maar te zwijgen. Maar het risico van die terughoudende opvatting is dat het zich op de gedragsregel en het achterliggende doel ervan uit het oog worden verloren. Het lijkt mij dat management van massaschadeafwikkeling, de vraag naar een abstracte ‘legal audit’ van massacontracten en -producten, het beoordelen van collectieve verbods- en gebodsacties, een ander beeld van de rechter vergt dan die van toepasser van klassieke remedies. Men kan hier wellicht spreken van een verschuiving naar een “hands on”-houding zoals die wel aangenomen wordt door gespecialiseerde juridische rechterlijke regisseurs. Misschien zou die verschuiving ons duidelijk kunnen maken of in de eerdergenoemde drie voorbeelden er werkelijk iets werd gedaan aan de te smalle gang in het verzorgingstehuis, het ziekenhuis beter zou letten op de naleving van de mededelingsplichten in het kader van de ‘informed consent’ en of de bank in het vooruitzicht van een plicht tot winstafdracht aan een collectieve belangenbehartiger nauwlettend betalingssoftware testen zou.

## **8 Afsluitend**

Het ex post kenmerk, het restitutie kenmerk en het specificiteitskenmerk zijn waardevolle pijlers van privaatrecht. Het voorgaande is niet een pleidooi voor het drastisch omgooien van het roer en het wegpoetsen van deze kenmerken. Wel denk ik te kunnen concluderen dat de genoemde drie kenmerken op bepaalde punten aan effectuerend handhaven in de weg staan en dat het zoeken naar kleine of grotere aanpassingen of een alternatieve benaderingswijze behulpzaam kan zijn bij het bereiken van de doelen die aan de betreffende privaatrechtelijke gedragsregels ten grondslag liggen.