

Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht

Een beschouwing over de grondslagen en achtergronden van de aansprakelijkheid van (financiële) toezichthouders jegens gedupeerde derden

I. Inleiding: toezicht 'swingt'

'Toezicht' staat sterk in de belangstelling. Het aantal toezichthouders groeit de laatste jaren gestaag, denk bijvoorbeeld aan de NMa, de OPTA en de Voedsel en Waren Autoriteit (VWA) om er maar een paar te noemen. Allemaal toezichthouders die pakweg vijftien jaar geleden niet bestonden.² Nu bovendien na de rampzalige gebeurtenissen in Enschede en Volendam niet alleen het falende toezicht van de overheden in die steden boven water is gekomen,³ maar tevens de handhaving van regelgeving weer speerpunt in het beleid is geworden (niet alleen op gemeentelijk niveau, maar ook landelijk) en dus ontdekt moet worden of de regelgeving eventueel overtreden wordt, is toezicht op alle terreinen van het maatschappelijk leven aan een geweldige opmars bezig. Na de schandalen rond (onder andere) Enron en Worldcom lijken bijvoorbeeld ook de accountants aan extern toezicht onderworpen te gaan worden.⁴ Toezicht is al met al een niet te onderschatten factor geworden.⁵

Die opmars van toezicht vertaalt zich in een toenemend aantal studies naar de (met name meer publiekrechtelijke) taken en bevoegdheden van allerlei toezichthouders.⁶ De bestudering van de regels van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht voorzover toepasselijk op toezichthouders, lijkt wat achter te blijven.⁷ Dat is eigenlijk vreemd, want met het aantal toezichthouders neemt ook het aantal mogelijke fouten in de uitoefening van dat toezicht toe, zodat ook de vraag of een gedupeerde derde in een dergelijk geval die toezichthouder kan aanspreken, sterker naar voren komt. Bovendien blijken toezichthouders steeds eerder als mogelijk aan te spreken partij (in plaats van degene die onder toezicht staat) gezien te worden, hetgeen zich vooralsnog met name ten opzichte van de overheid lijkt te manifesteren.

In deze bijdrage wil ik stilstaan bij een aantal algemene aspecten van de (mogelijke) aansprakelijkheid van toezichthouders.⁸ Ik ga daarbij alleen in op de eventuele aansprakelijkheid van een toezichthouder jegens gedupeerde 'derden', zoals

Mr. I. Giesen,¹ medewerker

- 1 De auteur werkt aan een onderzoek over 'Aansprakelijkheid van toezichthouders' in het kader van een door NWO verstrekte Persoonsgerichte Postdoc Subsidie (PPS). Hij dankt Maurits Barendrecht, Willem van Boom en Leontien Sauerwein voor hun kritische commentaar op eerdere versies.
- 2 Vgl. A.J. Vermaat, *Dynamisch toezicht* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: 2000, p. 5. Zie over de ontwikkeling van de VWA bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2001/02, 26 991, nr. 58. Andere toezichthouders zijn overigens veel ouder, zoals bijvoorbeeld de Verzekeringskamer (voorloper van de Pensioen- en Verzekeringskamer), zie 'Verzekerd van toezicht', Rapport van de Tijdelijke Commissie Toezicht Verzekeringskamer, *Kamerstukken II* 1995/96, 23 669, nr. 11, p. 16, en G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht* (diss. UU), 2001, p. 145 e.v.
- 3 Zie over de (civielrechtelijke afwikkeling van de) rampen in Enschede en Volendam: W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, p. 1675-1685; diverse bijdragen in E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en Recht*, Den Haag: 2001; de bijdragen in J.M. Barendrecht (e.a.), *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, Lelystad: 2002, en J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 605 e.v.
- 4 Zie de motie daaromtrent van Van Baalen c.s., *Kamerstukken II* 2001/02, 28 090, nr. 3.
- 5 Zie over de redenen voor de opmars van toezicht bijvoorbeeld M. Scheltema, 'Van toezichthouder tot regulator', *Tijdschrift Privatisering*, jrg. 7, nr. 6, p. 5, die daarbij, en dat lijkt hier het meest relevant, op het bestaan van de 'risicomaatschappij' wijst. Van bepaalde partijen, zoals de overheid, wordt verwacht dat deze ervoor zal zorgen dat bepaalde risico's zich niet verwezenlijken. Dat kan door middel van toezicht bereikt worden. Dat toezicht aan een opmars bezig is, blijkt ook hieruit dat de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties vier (!) jaar heeft uitgetrokken om de bestaande toezichtsarrangementen in kaart te brengen, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27 831, nr. 3, p. 6.
- 6 Bij wijze van voorbeeld noem ik A.J.C. de Moor-van Vugt, *Toezicht achter matglas*, Den Haag: 2001. Aan de meer publiekrechtelijke aspecten van toezicht zijn inmiddels vele pagina's *Kamerstukken* gewijd, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1997/98, 25 956, nr. 1-2, en *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1.
- 7 Dé uitzondering hierop is A.A. van Rossum, *Falend Toezicht*, Den Haag: 2001.

beleggers, cliënten van banken en polishouders (verzekeringnemers).⁸ Ik zal de volgende vragen behandelen: wat is de grondslag voor aansprakelijkheid (onderdeel III)? Welke (zorgvuldigheid)norm geldt daarbij, en hoe wordt die norm in concreto ingevuld (onderdeel IV en V)? Zijn er nog specifieke problemen, en zo ja, welke dan (onderdeel VI)? Alvorens daaraan toe te komen wil ik echter eerst kort aandacht besteden aan het begrip 'toezicht' in het algemeen, aan de vraag wie nu eigenlijk toezichthouder genoemd kan worden en wat het doel en de functie van toezicht is (onderdeel II).

Deze vragen worden hierna besproken in relatie tot de zogenaamde financiële toezichthouders: DNB, de Autoriteit-FM en de PVK.⁹ De reden daarvoor is in de eerste plaats dat een zekere inperking van het te bestrijken terrein noodzakelijk is omdat het thema 'toezicht' te breed is om in één artikel volledig te belichten. Een tweede reden is dat er over de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders enig recent materiaal voorhanden is, waarop voortgebouwd kan worden. Naast de literatuur doel ik dan met name op de uitspraken van de Rechtbank Amsterdam van 7 juni 2000 inzake *Van den Broek BV/Vereniging voor de Effectenhandel* en van de Rechtbank 's-Gravenhage van 13 juni 2001 inzake *Stichting Vie d'Or e.a./Stichting Pensioen & Verzekeringkamer e.a.*¹⁰ Het betreft hier de Nusse Brink-affaire en de Vie d'Or-affaire.¹¹ Het navolgende is overigens niet bedoeld als annotatie bij die vonnissen. Getracht zal worden de vragen die in die procedure gerezen zijn in een breder perspectief te plaatsen en te beantwoorden. Wellicht wordt er zo ook meer duidelijkheid geschapen over de aansprakelijkheid van andere toezichthouders, zodat de discussie over aansprakelijkheid van toezichthouders een stap verder kan worden gebracht.

II. Wat is toezicht en waartoe dient het?

Alvorens een gedegen beeld gevormd kan worden van de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders, dient eerst aandacht geschonken te worden aan wat toezicht nu eigenlijk is, welke personen of instanties toezichthouder genoemd zouden kunnen (of zelfs moeten) worden, en wat het doel en de functie van toezicht (kan) zijn.

1 Wat is toezicht?

De regering heeft in de 'Kaderstellende visie op toezicht' de volgende omschrijving van toezicht gegeven:¹²

'Onder toezicht wordt in deze visie zowel de controle op de naleving van wet- en regelgeving als ook het bestuurlijke toezicht op medeoverheden en zelfstandige bestuursorganen verstaan.'

En iets verder heet het:¹³

'Toezicht is het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.'

Hiervan uitgaande heeft een toezichthouder derhalve drie taken, te weten informatie verzamelen, een oordeel vormen, en zo nodig ingrijpen,¹⁴ en heeft hij die taken, afhankelijk van

het soort toezicht dat het betreft, ten aanzien van de naleving van wet- en regelgeving en/of ten aanzien van het functioneren van anderen. Aansluitend bij het voorgaande komen zowel Vermaat als Boshuizen tot drie componenten die samen toezicht vormgeven (in hun geval het toezicht op het verzekeringswezen), namelijk *monitoren*, het registreren van gegevens, *inspecteren*, het toetsen van waargenomen feiten aan normen, en *corrigeren*, het zo nodig inzetten van sanctionerende instrumenten om bij te sturen.¹⁵ De Rechtbank 's-Gravenhage in

8 En dus niet om de eventuele aansprakelijkheden in de relatie tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde of in de relatie tussen de onder toezicht gestelde en de 'derde'.

9 Zie ook onderdeel II.3. Op het financiële toezicht van de ene overheid op de andere, zoals het toezicht van een provincie op een gemeente, ga ik hier niet in, zie bijvoorbeeld A.H.M. van Helden, 'Toezicht en aansprakelijkheid', in: J.B.J.M. ten Berge (e.a.) (red.), *Openbaar bestuur en aansprakelijkheid*, Den Haag: 1995, p. 149 e.v., die (p. 166) weinig ruimte ziet voor aansprakelijkheid van het toezichthoudende orgaan.

10 Gepubliceerd in *JOR* 2000, 153 (m.nt. Frielink), respectievelijk *JOR* 2001, 215. Het eerstgenoemde vonnis werd voorafgegaan door een vonnis van Rb. Amsterdam 14 januari 1998, *JOR* 1998, 64 (Van den Broek/VvdE; m.nt. Frielink), waarin de vordering van dhr. Van den Broek in persoon in verband met de schade die hij leed door het verlies van zijn functie, werd afgewezen omdat die schade in een te ver verwijderd verband stond ten opzichte van de gewraakte handeling. Het tweede genoemde vonnis (*JOR* 2001, 215) had niet alleen betrekking op de aansprakelijkheid van de (toen nog) Verzekeringkamer, maar ook op die van de actuaire van Vie d'Or (aansprakelijkheid afgewezen wegens ontbreken causaal verband) en die van de accountant (aansprakelijkheid aangenomen, doch voor een beperkt bedrag). Ik ga daar in deze bijdrage verder aan voorbij, net zoals aan de ontvankelijkheidsvragen. Het laatste deel van het vonnis is overigens in de NJ verschenen, zie *NJ* 2001, 445.

11 Voor de volledigheid: in de Vie d'Or-affaire werd ook de Ondernemingskamer (OK) geraadpleegd om te bezien of er sprake was van wanbeleid, zie Hof Amsterdam 9 juli 1998, *NJ* 1998, 882; *JOR* 1998, 122 (Vie d'Or; m.nt. Janssen) en HR 31 mei 2000, *NJ* 2000, 555 (Vie d'Or; m.nt. Ma). Het hof oordeelde het handelen van de Verzekeringkamer als zeer onzorgvuldig. De Hoge Raad besliste dat het hof (ten dele) buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Ik ga verder niet in op deze OK-procedure.

12 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1, p. 6.

13 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1, p. 7. Zie tevens *Kamerstukken II* 2001/02, 28 271, nr. 1-2, p. 77.

14 Dezelfde drie taken werden eerder al onderscheiden door de Algemene Rekenkamer, zie 'Toezicht op uitvoering publieke taken', *Kamerstukken II* 1997/98, 25 956, nr. 1-2, p. 8. Of een toezichthouder steeds alledrie de taken zou moeten uitoefenen, laat ik hier open. Wellicht dat de instantie of de persoon die niet kan ingrijpen toch al als toezichthouder te bestemmen is.

15 Zie Vermaat, a.w., p. 5, en Boshuizen, a.w., p. 7, alwaar hij ook aangeeft dat controle, in tegenstelling tot toezicht, alleen op de eerste twee elementen ziet, en p. 232.

de al eerdergenoemde *Vie d'Or*-zaak gaat ervan uit dat 'de taak van de toezichthouder (...) controlerend en (soms) corrigerend' is (r.o. 3.10). De parallel tussen de diverse opvattingen is evident.

2 Wie is toezichthouder?

De wet geeft op een enkele plaats enig inzicht in wie 'toezichthouder' zou kunnen zijn. Ik doel dan met name op art. 5:11 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Een nadere beschouwing leert echter dat die bepaling ons niet veel verder helpt, omdat het kernwoord ('toezicht') zowel in het te definiëren begrip als in de definitie zelf verschijnt. Er staat derhalve iets in de trant van 'toezichthouder is hij die toezicht houdt'.¹⁶

De vraag wie in rechte toezichthouder zou kunnen zijn, kan eenvoudig in ruime zin beantwoord worden. Van Dam hanteert bijvoorbeeld een ruim begrip wanneer hij ook ouders als toezichthouder (ten opzichte van de gedragingen van hun kinderen) classificeert.¹⁷ Daarnaast kunnen bijvoorbeeld ook onderwijsinstellingen,¹⁸ gymnastiekverenigingen¹⁹ en psychiatrische ziekenhuizen²⁰ als toezichthouder bestempeld worden. Teneinde de regels van aansprakelijkheidsrecht goed te kunnen toepassen op al die verschillende toezichthouders, lijkt het raadzaam om deze nader in te delen in typen of soorten van toezichthouders. Daarbij zou dan wellicht ook nog speciale aandacht geschonken moeten worden aan de positie van de (rijks)overheid.²¹

Op dit moment hoeft die exercitie echter nog niet doorgevoerd te worden, omdat de soort toezichthouder die in dit artikel van belang is, betrekkelijk nauwkeurig af te bakenen is. Het gaat hier enkel om de zogenaamde financiële toezichthouders: de personen of instellingen die (grof gezegd) het bank- en effectenverkeer en de verzekeringen en pensioenen in Nederland (de financiële marktsector) moeten controleren. Dan gaat het dus om de Pensioen- en Verzekeringkamer (PVK, voorheen nog de Verzekeringkamer geheten), De Nederlandse Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (Autoriteit-FM;²² voorheen de Stichting Toezicht Effectenverkeer).²³ Dat deze instellingen (mede) toezichthouder zijn en (mede) toezicht uitoefenen, wordt niet betwist, zodat een discussie daarover kan uitblijven.

De NMa en de OPTA worden vaak in dit rijtje van toezichthouders 'meegenomen', maar dat zal ik hier niet doen, want bij die twee instellingen gaat het in de eerste plaats om toezicht op (de werking van) de (geliberaliseerde) markten en de mededinging op die markten, iets dat de hier te bespreken toezichthouders niet tot hun takenpakket rekenen.²⁴

3 Doel en functie van toezicht

De uitvoering van de drie genoemde toezichtstaken, en van toezicht in het algemeen, dient volgens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een tweeledig doel:²⁵

'Het is een middel om te achterhalen of burgers, bedrijven en overheden zich houden aan de gestelde regels, om misstanden te signaleren, en het is een instrument om vertrouwen bij burgers, belanghebbenden en onder toezicht staande organisaties te scheppen.'

Het gaat bij toezicht dus uiteindelijk om het scheppen van *vertrouwen*, hoe abstract dat ook moge klinken, in datgene waarop het toezicht uitgeoefend wordt (bijvoorbeeld de bedrijfstak) én om het behoud van dat vertrouwen, want over het (behoud van) vertrouwen gaat het uiteindelijk ook bij de signalering van misstanden.²⁶ En om vertrouwen in datgene waarop het toezicht uitgeoefend wordt, te kunnen hebben, is van belang dat de burger, belanghebbende en onder toezicht staande organisatie vertrouwen moet kunnen hebben in het uitgeoefende toezicht zelf.²⁷

Speciaal voor de financiële toezichthouders zoals die hier besproken worden, geldt dat het toezicht grofweg drie functies heeft: a) waarborgen van de stabiliteit van het financiële systeem (systeemtoezicht); b) bescherming van de consument (verzekeringnemer, belegger) tegen faillissementen (bedrijfs-economisch toezicht); en c) bescherming van de consument tegen ontoelaatbaar gedrag (gedragstoezicht).²⁸ De Rechtbank Amsterdam sprak in de Nusse Brink-zaak (r.o. 6.2) kortweg over het bewaken van de belangen van de beleggers 'bij het goed functioneren van de effectenmarkt'.

16 Zie ook Van Rossum, a.w., p. 10 e.v., die er reeds op wees dat deze bepaling niet echt veel richting geeft.

17 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: 2000, nr. 1404, met verdere voorbeelden.

18 Vgl. bijvoorbeeld Hof Arnhem 30 november 1999, VR 2000, 157 (NOP/Rietel), en Hof 's-Gravenhage 7 september 2000, NJ 2001, 577 (VVA Schadeverzekering/Nutsschool-Oost).

19 Vgl. HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190 (Turnster; m.nt. CJHB).

20 Vgl. HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 ('t Ruige Veld/Univ.; m.nt. JdB).

21 Zie bijvoorbeeld Van Boom & Giesen, *t.a.p.*, p. 1675 e.v., en recentelijk Rb. Amsterdam 18 juli 2001, *Njkort* 2001, 46 (Zuninga/Diemen), waarin de gemeente Diemen verweten werd de beplanting rond een voetpad in een zodanige toestand te hebben laten verkeren dat het pad zich leende voor een overval (zoals eiser overkomen).

22 Vgl. daarover *Kamerstukken II* 2001/02, 28 122, nr. 1, p. 1.

23 Ik ga in het navolgende niet tot in detail in op de diverse meer specifieke taken, bevoegdheden en instrumenten van deze toezichthouders. Dat is al eerder gebeurd (zie bijvoorbeeld C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door het effectenrecht*, Deventer: 2000, p. 461 e.v.; Van Rossum, a.w., p. 18 e.v., en Boshuizen, a.w., p. 231 e.v.) en bovendien is de betreffende wetgeving ernstig aan veranderingen onderhevig. Zie inzake de meer recente hervormingen op de financiële marktsector *Kamerstukken II* 2001/02, 28 122, nr. 1-5, en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 373, nr. 1-3.

24 Van Rossum, a.w., p. 10 en p. 17.

25 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27 831, nr. 3, p. 5.

26 Ook Boshuizen, a.w., p. 9-12 en p. 383, wijst op het belang van vertrouwen. Dat toezicht ook de belangen van de consument beschermt, hangt daarmee uiteraard samen.

27 Zie daaromtrent bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2001/02, 28 271, nr. 1-2, p. 47.

28 Zie A.J.P. Tillema, 'Het toezicht op de financiële sector', *NJB* 2000, p. 1198.

Het systeemtoezicht en het bedrijfseconomisch toezicht zien tezamen op de solvabiliteit en daarmee de *continuïteit* van de bedrijven op een bepaalde (financiële) markt. Op die markt is dat het belangrijkste aspect van toezicht, aldus Boshuizen, omdat ten minste op de verzekeringsmarkt de cliënt (de verzekeringnemer) een kennisachterstand heeft ten opzichte van én afhankelijk is van de verzekeraar.²⁹ Deze vorm van toezicht heet ook wel prudentieel toezicht³⁰ maar ook de overkoepelende term 'soliditeitstoezicht' wordt gebruikt.³¹

Gedragstoelicht is iets dat met name de laatste jaren sterk in opkomst is. Die vorm van toezicht ziet overigens, voorzover het de betrouwbaarheid en deskundigheid van bepaalde beleidsbepalende personen (bestuurders) betreft, ook weer op de continuïteit van het bedrijf. De consument komt pas écht in beeld als het om het gedragstoelicht in verband met de (al dan niet verplichte) verstrekking van informatie (door bijvoorbeeld verzekeraars) gaat.³²

III. De juridische grondslag voor aansprakelijkheid

Dat de financiële toezichthouders naar Nederlands recht civielrechtelijk aansprakelijk zouden kunnen zijn jegens derden indien zij hun toezicht onvoldoende uitoefenen, wordt op zichzelf niet betwist.³³ De vraag die vervolgens rijst, is echter wat daarvoor de *grondslag* kan of zou moeten zijn. Of een vordering in verband met nalaten toezicht uit te oefenen, het onvoldoende toezicht uitoefenen of het gebrekkig toezicht uitoefenen (verder ook: toezichtverzuim, gebrekkig toezicht, toezichtsfalen of falend toezicht) gebaseerd wordt op een toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW) of op een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), de twee in beginsel in aanmerking komende grondslagen, lijkt weinig verschil met zich te brengen. Ik kan daar dan ook kort over zijn.

In beide gevallen, zowel bij een vordering gebaseerd op wanprestatie als bij een vordering gebaseerd op een onrechtmatige daad, is het dezelfde norm waaraan getoetst moet worden, namelijk deze of er *onzorgvuldig* gehandeld werd (zie over de verdere invulling van die norm onderdeel IV hierna). Dat geldt eigenlijk heden ten dage in het algemeen zo en dat geldt naar mijn mening in elk geval op dit terrein.³⁴ De Rechtbank Amsterdam in de Nusse Brink-zaak zag ook geen verschil in (formulering van de) zorgvuldigheidnorm bij deze twee verschillende grondslagen (zie r.o. 6.1). Ook voorzover het over de verdere rechtsgevolgen gaat, zal er weinig verschil bestaan tussen beide mogelijke vorderingen. In beide gevallen is afdeling 6.1.10 BW van toepassing op de eventuele verplichting tot schadevergoeding.³⁵

Overigens zal het over het algemeen zo zijn dat er géén contractuele relatie bestaat tussen de toezichthouder en degene die onder toezicht gesteld is en dat er in nog minder gevallen een contractuele band tussen de toezichthouder en de gedupeerde derde zal bestaan. In beginsel zal derhalve de onrechtmatige daad ingeroepen worden door de gedupeerde derde.³⁶ Dit kan echter tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde in bepaalde gevallen enigszins anders zijn, bijvoorbeeld omdat er 'contract-achtige' relaties bestaan via lidmaatschappen en de daaraan verbonden werking van statuten en reglementen.³⁷

Van Rossum wekt in dit verband echter de suggestie het voorgaande toch enigszins anders te zien. In haar betoog dat de norm van 'de redelijk handelende toezichthouder' niet gehanteerd zou moeten worden (zie nader onderdeel IV), stelt zij immers dat een verschil tussen toezichthouders en beroepsbeoefenaren, voor wie de genoemde norm in elk geval geldt, is dat de beroepsbeoefenaar in een contractuele relatie staat met zijn cliënt, waardoor 'de zorgvuldigheidnorm hoe dan ook anders zal worden ingekleurd dan voor een toezichthouder die vele beleggers en consumenten tegenover zich heeft staan, waarmee hij geen contractuele relatie onderhoudt'.³⁸

Het zou dan dus toch van belang zijn, als ik haar goed begrijp, of er een contractuele relatie bestaat, omdat in dat geval de zorgvuldigheidnorm anders wordt ingevuld. Daar is in elk geval tegenin te brengen dat juist bij de beroepsaansprakelijkheid eigenlijk nooit onderscheid tussen beide grondslagen wordt gemaakt, hoewel op zichzelf in die gevallen de aanwe-

29 Zie Boshuizen, a.w., p. 343. Solvabiliteitstoelicht kan dan omschreven worden als 'toelicht gericht op de financiële conditie op de langere termijn', zie Boshuizen, a.w., p. 453, die dit overigens toespist op verzekeraars.

30 Zie Van Rossum, a.w., p. 16, die aanhaakt bij de recente wijzigingen op het toelicht in de sector.

31 Zie Vermaat, a.w., p. 9: soliditeitstoelicht richt zich op de economische gezondheid en betrouwbaarheid van financiële instellingen en sectoren, en omvat het solvabiliteitstoelicht (a.w., p. 10).

32 Daarover Boshuizen, a.w., p. 343-344 (en p. 28). Zie over de (noodzaak van) informatieverschaffing aan het publiek bijvoorbeeld de wet van 20 december 2001, *Stb.* 2001, 669. Gedragstoelicht wordt ook wel integriteitstoelicht genoemd, zie Vermaat, a.w., p. 11.

33 Zulks wordt bijvoorbeeld ook door de Minister van Financiën erkend, vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 843, nr. 1, p. 12. Op de eventuele staatsaansprakelijkheid wegens schending van gemeenschapsrecht door het onvoldoende toelicht houden, ga ik niet in, zie M.H. Wissink, 'Staatsaansprakelijkheid voor falend banktoelicht', *SEW* 2002/3, p. 93 e.v.

34 Vgl. bijvoorbeeld voor het verwante terrein van dienstverleners en beroepsbeoefenaren J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: 1999, nr. 109-112, en I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: 1999, p. 13, met verdere verwijzingen.

35 Zie verder Asser/Hartkamp (4-III), nr. 8-9.

36 Dat er wellicht wel een overeenkomst tussen de derde en de onder toelicht gestelde bestaat, doet aan het voorgaande niet af, omdat die relatie geheel losstaat van de toelichthouder.

37 Zoals het geval was in de zaak die voor Rechtbank Amsterdam (*JOR* 2000, 153) speelde. Als er wel een contractuele relatie tussen toelichthouder en onder toelicht gestelde is, kan wanprestatie van de toelichthouder jegens zijn wederpartij eventueel een onrechtmatige daad ten opzichte van de derde zijn, vgl. in algemene zin Asser/Hartkamp (4-III), nr. 11, en C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), 1999, nr. 287 e.v.

38 Zie Van Rossum, a.w., p. 14.

zigheid van een overeenkomst (die er vaak ook werkelijk zal zijn) van belang zou kunnen zijn. Waarom de invloed van het bestaan van een overeenkomst er bij toezichthouders dan wel zou zijn, blijft vooralsnog onduidelijk.

Bovendien verandert het toezicht als zodanig, de wijze van uitoefening ervan én de mogelijke aansprakelijkheid wegens falend toezicht in beginsel niet als er een contractuele relatie tussen toezichthouder en degene die onder toezicht staat, zou bestaan. Dat is niet alleen het geval omdat het eventuele bestaan van een overeenkomst in die relatie niet direct raakt aan de hier centraal staande relatie tussen toezichthouder en derde waarin er geen overeenkomst bestaat, maar ook omdat (de uitoefening van) het toezicht op een persoon of instantie niet afhankelijk zou mogen zijn van het bestaan van een contractuele relatie. En als (de uitoefening van) het toezicht niet daarvan afhankelijk zou mogen zijn, dan mag naar mijn mening de norm voor en de mate van zorgvuldigheid die bij dat toezicht verwacht mag worden, ook niet daarvan afhankelijk zijn. Omdat de toezichthouder op zijn minst onafhankelijk moet zijn van degene op wie er toezicht wordt uitgeoefend,³⁹ mag het geen verschil maken of er een contractuele relatie bestaat of niet.

IV. De (zorgvuldigheids)norm

Waar het gaat om de vraag welke zorgvuldigheidsnorm zou moeten gelden voor een (financieel) toezichthouder, zal een eerste antwoord waarschijnlijk vrij snel luiden dat die toezichthouder zich, ongeacht de grondslag voor aansprakelijkheid, zal moeten gedragen zoals het 'een redelijk handelend toezichthouder' betaamt. In zowel het vonnis van de Rechtbank Amsterdam (r.o. 6.1) als dat van de Rechtbank 's-Gravenhage (r.o. 3.10) zien wij dat dan ook terug. Deze norm sluit aan bij de norm zoals die met name ten aanzien van vrije beroepsbeoefenaren wordt benut: de arts dient te handelen zoals een redelijk handelend arts zou handelen, de advocaat als een redelijk handelend advocaat, et cetera.⁴⁰ De aansluiting bij de vrije beroepen is niet zo vreemd als wij ons bedenken dat die beroepsbeoefenaren in iets breder verband bezien 'dienstverleners' zijn, net zoals de meeste toezichthouders ook een dienstverlenende taak hebben. De gelijkschakeling is daarmee verklaard, zo lijkt het.⁴¹

Van Rossum heeft zich in haar oratie echter tegen het hiervoor genoemde uitgangspunt gekeerd. In haar visie is het criterium van 'de redelijk handelend toezichthouder' onhanteerbaar, want zij kan zich, anders dan bij beroepsbeoefenaren, geen vergelijkingstype bij de redelijk handelend toezichthouder voorstellen. Er is immers maar één Nederlandse Bank. Bovendien gaat de vergelijking met beroepsbeoefenaren niet op, want in die gevallen is er een contractuele relatie met de cliënt of patiënt, aldus Van Rossum (zie hiervoor, onderdeel III). Tot slot betreft het hier een loze formule.⁴²

Hoewel het juist is dat er slechts enkele toezichthouders in de financiële wereld actief zijn en er in Nederland maar één DNB is, raakt dat niet de kern van de zaak. Een vergelijkingstype zoals dat van 'de redelijk handelende toezichthouder' bestaat inderdaad niet, maar de 'redelijk handelende arts' of de 'redelijke handelende advocaat' bestaan net zomin. Ook 'the man on the Clapham omnibus'⁴³ is geen mens van vlees en

bloed. Al dit soort vergelijkingstypes zijn niet meer dan een abstractie⁴⁴ en dat is nu juist ook de bedoeling ervan. De rechter beoordeelt of iemand voldaan heeft aan wat een 'ideaaltype', iemand die handelt zoals het hoort, in abstracto gedaan zou hebben in de situatie waarin de gedaagde verkeerde. Wat dat handelen dan zou hebben ingehouden, wordt ook op dat moment door diezelfde rechter bepaald. Daarvoor heeft de rechter geen bestaande persoon of instantie nodig.⁴⁵ Overigens, als men echt een bestaand vergelijkingstype zou wensen, zou men altijd nog naar de Europese Centrale Bank of naar één van de andere centrale banken in Europa (of daarbuiten) kunnen kijken.

Daadwerkelijk toetsen van de gewraakte handeling aan wat een redelijk handelende persoon of toezichthouder gedaan zou hebben, is bovendien vrijwel onmogelijk omdat de situatie die ter beoordeling voorligt, zich in het verleden heeft afgespeeld zodat bij de toetsing op een later moment de rechter onvermijdelijk te maken krijgt met het feit dat hij 'the benefit of hindsight' heeft. Hij weet al wat er gebeurd is, wat er misgegaan is, en moet trachten om die kennis (wijsheid achteraf) niet te laten meewegen in zijn oordeel over wat er in het verleden had moeten gebeuren.⁴⁶

Het argument dat de vergelijking met de maatstaf zoals gebruikt bij de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren (de redelijk handelend arts, et cetera) niet op zou gaan, omdat er in die gevallen een contractuele relatie bestaat, zoals Van Rossum aanvoert, wordt naar mijn mening ontracht door het feit dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van die beroepsbeoefenaren eigenlijk niemand zich echt druk maakt over de vraag of het om een wanprestatie of een onrechtma-

39 Zie over de noodzaak en het belang van de onafhankelijkheid van toezichthouders bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2000/01*, 27 831, nr. 1, p. 9.

40 Zie ook Van Rossum, a.w., p. 13, en de noot van Frielink in *JOR 2000*, 153, op p. 847. Zie over die norm in algemene zin onder andere Giesen, a.w., p. 13 e.v.

41 Ook kan er nog op deze parallel gewezen worden dat zowel beroepsbeoefenaren als toezichthouders over het algemeen (zuivere) vermogensschade zullen toebrengen en geen persoonschade.

42 Zie over het voorgaande Van Rossum, a.w., p. 13-14.

43 Zie over deze Engelse vergelijkingmaatstaf onder andere B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort Law*, Oxford: 1999, p. 155; W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, London: 1998, p. 53.

44 Zie ook Rogers, a.w., p. 171, en vgl. Van Dam, a.w., nr. 909.

45 Zo ook Rogers, a.w., p. 171. Dit laat onverlet dat wanneer duidelijk is wat andere personen in een bepaalde situatie in meerderheid plegen te doen omdat dat de beste koers zou zijn, dat uiteraard zeer behulpzaam (en vaak beslissend) zal zijn bij de beoordeling van het geval. Dat verklaart ook het belang dat rechters in (beroeps)aansprakelijkheidsprocedures toekennen aan normen die binnen een bepaalde (beroeps)groep leven.

46 Vgl. W.H. van Boom & J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brandt (e.a.) (red.), *Tijd en onzekerheid. BW-Krant Jaarboek 16*, Deventer: 2000, p. 45 e.v.

tige daad gaat. Waarom zou het verschil tussen beide grondslagen ten aanzien van toezichthouders van belang zijn als dat onderscheid op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid niets uitmaakt voor de beoordeling van het handelen?

Toegegeven kan worden dat het hier om een vage formule gaat (een 'loze formule' vind ik wat ver gaan), maar daaraan is weinig te doen. Ook de door Van Rossum zelf voorgestelde invulling van de op de toezichthouder toepasbare zorgvuldigheidsnorm, waarvoor zij aansluiting zoekt bij vijf 'gezichtspunten' en een aantal door haar omschreven 'beginselen van behoorlijk toezicht', blijft tot op zekere hoogte vaag. Immers, ook die gezichtspunten en beginselen behoeven weer verdere invulling.⁴⁷ En hoewel op zichzelf niet is uitgesloten dat de door Van Rossum genoemde gezichtspunten en beginselen de norm van de redelijk handelend toezichthouder nader vormgeven, betekent dat echter niet dat die norm zelf overboord gezet moet worden. Die norm levert op zijn minst een handzame (zij het vage) formule bij het spreken over de zorgvuldigheid die verwacht mag worden van een toezichthouder.

V. De ratio en invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm

Startend met de norm van de redelijk handelende toezichthouder, is het in de eerste plaats belangrijk om iets meer te zeggen over de ratio van deze zorgvuldigheidsnorm. Van daaruit kunnen de partijen in een geschil en natuurlijk ook de rechter vervolgens voor elke specifieke zaak beoordelen hoe de zorgvuldigheidsnorm zou kunnen luiden. Ook dat zal ik kort bespreken.

1 De ratio

Het doel en de strekking, ofwel de *ratio*, van toezicht en daarmee tevens van de zorgvuldigheidsnormen zoals die ten opzichte van toezichthouders gelden, is mijns inziens in één woord te vatten als het gaat om financiële toezichthouders: *vertrouwensbescherming*.⁴⁸ Toezicht op de financiële markten en op de spelers op die markten, dient in de eerste plaats ertoe om het vertrouwen in die markten en de financiële instellingen te bewaren. Een financiële markt of instelling die het vertrouwen van de belegger/consument kwijt is, houdt vrij snel op een markt of instelling te zijn. Het is derhalve van kapitaal belang dat het vertrouwen bewaard blijft en daarom moeten de 'rotte appels' zo snel mogelijk verwijderd (kunnen) worden. Om dat te kunnen doen, is zorgvuldig toezicht een noodzaak. De potentiële aansprakelijkheid van de toezichthouders zal deze er (mede) toe dwingen om dat toezicht goed en nauwkeurig uit te oefenen, zodat de mogelijkheid van aansprakelijkheid langs die weg uiteindelijk de vertrouwensbescherming dient.

2 De verdere invulling: taken en soorten toezichtsfalen

Hoe die vertrouwensbescherming dan verder tot uitdrukking komt, kan van geval tot geval verschillen, maar het lijkt niet onverstandig om daarbij in de eerste plaats aan te sluiten bij de eerder gemaakte indeling in drie hoofdtaken van een toezichthouder: informatie verzamelen, beoordelen, en ingrijpen. Per taak kan dan aangegeven worden of er op dat vlak een tekortkoming kan worden geconstateerd, hetgeen ook in verband met de verdere beoordeling van het geval relevant kan

zijn. Immers, het antwoord op de causaliteitsvraag zal verschillen al naar gelang het gemaakte verwijt (de onzorgvuldige handeling) verschilt.

Verder zal de invulling van de norm binnen die drie hoofdtaken sterk gebonden zijn aan de specifieke wettelijke bevoegdheid die de betreffende toezichthouder uitoefende of had moeten uitoefenen. De bevoegdheden waarmee het toezicht wordt uitgeoefend, bepalen ook hoe het toezicht de mist in kan gaan.⁴⁹ De vraag of bijvoorbeeld in een bepaald geval ingegrepen had moeten worden door een 'stille curator' te benoemen, zal bij de aansprakelijkheid van de NMa, de OPTA of de VWA in de toekomst geen rol spelen, omdat die toezichthouders dat instrument helemaal niet kennen. De PVK kent de 'stille curator' echter wel.⁵⁰ En zo zijn meer voorbeelden te geven.

Voorzover er geen heldere wettelijke regels voorhanden zijn waaruit de eventuele aansprakelijkheid als het ware 'vanzelf' voortvloeit,⁵¹ zal bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm daarnaast natuurlijk tevens acht geslagen kunnen (en moeten) worden op de *Kelderluik*-criteria.⁵² Op basis daarvan is een afweging nodig van de aard en ernst van het gevaar, de te verwachten schade, de grootte van de kans dat die schade zich verwezenlijkt, de voorzienbaarheid van de schade, de kosten van voorzorgsmaatregelen en de 'beleids-

47 Zie nader Van Rossum, *a.w.*, p. 14. Van Rossum wijst, als gezegd, op een vijftal gezichtspunten die bij de vraag of aan de zorgvuldigheidsnorm voldaan wordt, een rol spelen. Zij noemt bijvoorbeeld de aard en het doel van het toezicht. Mijns inziens betreffen de punten d) en e) echter geen gezichtspunt. Als de toezichthouder zijn instrumentarium onvoldoende benut heeft (d) of niet aan zijn onderzoeksplicht voldaan heeft (e), handelt deze gewoon onzorgvuldig, daar komt verder geen gezichtspunt meer bij kijken.

48 Zie reeds onderdeel II.2 over de doelstellingen van toezicht, alsmede Van Rossum, *a.w.*, p. 20.

49 Over het belang van bevoegdheden ook Van Rossum, *a.w.*, p. 18-19. Zie over de bevoegdheden en taken van de PVK bijvoorbeeld: *'Verzekerd van toezicht'*, Rapport van de Tijdelijke Commissie Toezicht Verzekeringkamer, *Kamerstukken II* 1995/96, 23 669, nr. 11.

50 Zie daarover bijvoorbeeld Boshuizen, *a.w.*, p. 244-248, en S.C.J.J. Kortmann & M.A.J.G. Janssen, 'Enkele aspecten van overheids-toezicht op verzekeraars', in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), *Overheid en onderneming*, Deventer: 1998, p. 115 e.v. DNB en de Autoriteit-FM kennen ook dit instrument, zie Grundmann-van de Krol, *a.w.*, p. 474-476.

51 Voorzover er heldere regels bestaan over wat een toezichthouder zou moeten doen, zal de aansprakelijkheidsvraag uiteraard op basis daarvan eenvoudig beantwoord kunnen worden. Omdat veel regels in de diverse financiële wetten echter betrekking hebben op bevoegdheden van toezichthouders, zal de discussie vaak (opnieuw) gaan over de vraag of die bevoegdheid terecht of niet terecht of onvoldoende is benut, zodat eenvoudige antwoorden mijns inziens schaars zullen zijn.

52 Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Kelderluik*; m.nt. GJS).

vrijheid' of 'discretionaire' bevoegdheid van de toezichthouder.⁵³ Overigens, dat er een zekere mate van 'beleidsvrijheid' bestaat voor een toezichthouder, hetgeen evident is omdat veel toezichthouders niet alles en iedereen constant in de gaten kunnen houden en dus keuzes moeten maken, wil niet zeggen dat er ook 'marginaal' getoetst moet worden zoals wel geschiedt bij de aansprakelijkheid van overheidsorganen.⁵⁴

Toezichtsfalen kan vervolgens nog nader ingedeeld worden in *concreet* en *algemeen* toezichtsfalen, afhankelijk van de vraag of er concrete aanwijzingen van (neutraal geformuleerd) 'onregelmatigheden' bestonden waarmee niets of te weinig gedaan is, of dat enkel de algemene controle tekort is geschoten. Daarbij ligt in het eerste geval aansprakelijkheid van de toezichthouder eerder voor de hand dan in het tweede.⁵⁵ In lijn met dat uitgangspunt besliste de Rechtbank 's-Gravenhage in de Vie d'Or-zaak bijvoorbeeld (r.o. 3.12.8) dat de Verzekeringkamer niet de plicht had de financiën van een bepaalde vennootschap te onderzoeken, omdat er geen reden voor twijfel aan de goedheid van die vennootschap bestond.

De uiteindelijke invulling van de norm dat de toezichthouder dient te handelen zoals een redelijk handelend toezichthouder betaamt, kan, zo moge uit het voorgaande zijn gebleken, tot in het kleinste detail doorgevoerd worden.⁵⁶ Dat heeft voor nu echter weinig zin omdat het in dit artikel niet om een specifiek geval gaat en die norm in zijn meest concrete vorm op een bepaalde zaak toegespitst zal moeten worden. Voor meer voorbeelden van dergelijke zeer concrete zorgvuldigheidseisen (zoals bijvoorbeeld dat bij een bestaande verzekeraar antecedentenonderzoek slechts nodig is bij het bestaan van aanwijzingen dat niet aan de normen voldaan wordt), verwijs ik naar de meermalen genoemde vonnissen van de Rechtbanken 's-Gravenhage (zie r.o. 3.11.2) en Amsterdam.⁵⁷

VI. Fundamentele problemen bij de aansprakelijkheid van toezichthouders⁵⁸

De aansprakelijkheid van toezichthouders lijkt een aantal behoorlijk fundamentele problemen met zich te brengen. Dat zijn of nieuwe problemen (onderdeel VI.4) of problemen die elders in het aansprakelijkheidsrecht ook al als probleem onderkend zijn, maar die in het kader van falend toezicht op zijn minst enige 'heroverweging' behoeven.

1 Aansprakelijkheid wegens een (zuiver) nalaten

Een eerste problematische kwestie bij de aansprakelijkheid wegens toezichtverzuim is dat het daarbij veelal om een *nalaten* gaat en niet om een *doen*. Dat bleek bijvoorbeeld ook uit het Haagse vonnis in de Vie d'Or-zaak waarin de Verzekeringkamer onder andere verweten werd het toezichtinstrumentarium onvoldoende benut te hebben (zie r.o. 3.19). Nalaten kan men vervolgens indelen in 'gewoon' nalaten en 'zuiver' nalaten. *Zuiver nalaten* ziet op die gevallen waarin de aangesprokene geen bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar of de risico's die uiteindelijk de schade hebben doen intreden, maar enkel de realisering van dat gevaar of risico niet heeft tegengehouden of er niet voor heeft gewaarschuwd.⁵⁹

Dat het bij aansprakelijkheid van toezichthouders vaak om nalaten gaat, kan daarom problematisch zijn omdat de aan-

- 53 Zie ook Van Boom & Giesen, *t.a.p.*, p. 1679, en C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving', in: J.M. Barendrecht (e.a.), *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, Lelystad: 2002, m.n. p. 51 e.v. Bij de bepaling van de vereiste mate van zorgvuldigheid, zal ook de mogelijkheid en slagingskans van alternatieve handwijzen gewogen moeten worden. Omdat de toezichthouder soms enkel een keuze uit twee kwaden heeft, speelt hier het zogenaamde toezichthouderdilemma een rol. Zie onderdeel VI.4 hierna, en Van Rossum, *a.w.*, p. 22-23.
- 54 Nader over die beleidsvrijheid Van Dam, *a.w.* (2002), p. 51-52; F.R. Vermeer, 'De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen', *JBplus* 2001/2, p. 80, en Van Rossum, *a.w.*, p. 20-21, die er terecht op wijst dat hier, net zoals bij beroepsbeoefenaren (zie HR 9 november 1990, *Nj* 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), en Giesen, *a.w.*, p. 14), 'vol' getoetst moet worden. De Rechtbank Den Haag in de Vie d'Or-zaak (r.o. 3.10) ziet dit anders, en maakt onderscheid tussen een marginale toetsing bij beleidsvrijheid en een volle toets daarbuiten. Het belang en de ratio van het toezicht staat een beperkte toets mijns inziens niet toe, maar wellicht wreekt zich hier dat toezichthouders tussen dienstverlening (waartoe ik neig) en overheidstaak balanceren.
- 55 Zie uitvoerig Van Boom & Giesen, *t.a.p.*, p. 1676 en p. 1679. Inmiddels in gelijke zin Van Rossum, *a.w.*, p. 26 (en 23). Vgl. verder bijvoorbeeld HR 14 juni 2002, *RvdW* 2002, 101 (Interpolis/Obragas) waaruit volgt dat na een klacht onderzoek en eventueel maatregelen geboden zijn; HR 9 november 2001, *RvdW* 2001, 178 (Van den Berg/De Oude Rijnstromen) waaruit volgt dat spontaan onderzoek doen niet steeds nodig is, en uit het Amerikaanse recht *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 439 F.2d 477 (D.C. Cir. 1970), waarin de verhuurder wel aansprakelijk werd gehouden ten opzichte van een huurster die in een gezamenlijke ruimte van het appartementencomplex beroofd was, terwijl een zelfde soort voorval al eerder had plaatsgevonden. Zie verder R.A. Epstein, *Cases and Materials on Tort*, Boston: 1995, p. 621 e.v.
- 56 Voor een voorbeeld van verdere uitwerking, zie Van Rossum, *a.w.*, p. 14, waarover noot 47 hiervoor.
- 57 Ik ga er in dit artikel verder van uit dat indien het onzorgvuldig handelen vast is komen te staan, de schuld ('gewone' schuld volstaat) van de toezichthouder ook gegeven is, zie Van Rossum, *a.w.*, p. 13 en 26. Ik ga derhalve niet in op de discussie over de plaats van het schuldvereiste. De toezichthouder mag wel tegenbewijs leveren, zie I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. KUB), 2001, p. 114-115.
- 58 Ik ga hier alleen in op enkele problemen die een rol spelen bij de vraag of de toezichthouder zorgvuldig gehandeld heeft. Andere problemen, zoals ten aanzien van (het bewijs van) het causale verband, exoneratiebedingen, eigen schuld (vgl. over die twee aspecten Rb. Amsterdam in *JOR* 2000, 153, r.o. 11 en 12.3), et cetera, laat ik verder buiten beschouwing.
- 59 Vgl. G.E. van Maanen, in: J. Spier C.s. *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: 2000, nr. 53; G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: 1997, p. 93, en C.H.M. Jansen, 'Recensies: C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2001/6, p. 300.

sprakelijkheid voor nalaten over het algemeen als minder verstrekkend wordt gezien en het (daarom) in specifieke gevallen lastiger is om vast te (kunnen) stellen dat iemand inderdaad aansprakelijk is.

Om met dat tweede aspect te beginnen. Meestal drukt men het zo uit dat aansprakelijkheid wegens nalaten alleen mogelijk is als er een plicht tot handelen bestond en die plicht geschonden werd.⁶⁰ Of er voor de 'dader' een plicht tot handelen bestond, is echter veelal moeilijk te bepalen. Indien een specifieke (wettelijke) regeling tot handelen dwingt, zal er geen probleem rijzen,⁶¹ maar buiten die gevallen zal dat wel het geval zijn. Immers, hoe kan men binnen de diepewortelde kaders van de individuele handelings-, bewegings- en contractsvrijheid zoals die in onze maatschappij hun belangrijke rol vervullen, zeggen dat een ander iets moet of had moeten doen?⁶²

Wat bij de bepaling van een dergelijke plicht tot handelen, waarover zo meteen meer, meespeelt, in elk geval op de achtergrond, is dat aansprakelijkheid in dit soort gevallen de uitzondering vormt (het eerstgenoemde aspect). Zeker in gevallen van zuiver nalaten zal een verplichting tot handelen over het algemeen minder snel gegeven zijn.⁶³

Of zoals de Engels rechter Lord Hoffman stelde:⁶⁴

'It is one thing for the law to say that a person who undertakes some activity shall take reasonable care not to cause damage to others. It is another thing for the law to require that a person who is doing nothing in particular shall take steps to prevent another from suffering harm from the act of third parties... or natural causes.'

Hiermee is in elk geval de terughoudendheid op dit vlak naar Engels recht gegeven,⁶⁵ een zelfde terughoudendheid die in de Verenigde Staten⁶⁶ en in het Franse en Duitse recht te zien is⁶⁷ en die naar mijn mening ook in het afwijzende vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage schuilt.⁶⁸

De reden voor deze terughoudendheid is met name, zo bleek al, dat een plicht tot handelen een te grote inbreuk op ieders individuele vrijheid maakt. Het zou onbillijk zijn om het 'onschuldige' individu met de kosten en lasten van zulk handelen op te zadelen.⁶⁹ Ook de vrees dat aanvaarding van een plicht tot handelen de sluisen van aansprakelijkheid wagenwijd open zal zetten, zal een rol spelen. Het zal immers regelmatig zo zijn dat de plicht om te handelen op een grote, onbepaalbare en moeilijk af te bakenen groep van personen die allemaal iets hadden kunnen doen, zou kunnen rusten.⁷⁰ Daaraan gekoppeld wordt dan vaak de vrees dat de dreiging van aansprakelijkheid ervoor zou kunnen zorgen dat mensen (onnodig) te terughoudend worden bij hun handelen.⁷¹ Verder wordt er bijvoorbeeld op gewezen dat het niet de bedoeling kan zijn dat degene die het ongeval niet voorkomt, op dezelfde wijze aansprakelijk zou zijn als degene die het veroorzaakt.⁷² Dit betreft het belangrijke punt van de zogenaamde 'afgeleide' aansprakelijkheid, waarop zo meteen nader wordt ingegaan (onderdeel VI.2).

De terughoudendheid inzake de aansprakelijkheid voor nalaten in het algemeen komt natuurlijk direct tot uiting in het tweede aspect, te weten de zojuist al besproken geringe neiging om plichten tot handelen te ontwaren (zelfs indien het

nalaten tot letselschade geleid heeft), zodat de aansprakelijkheid wegens schending van dergelijke plichten ook afgehouden wordt. Aansprakelijkheid voor nalaten is echter, in elk geval naar Nederlands recht, zeker niet helemaal uitgesloten.

Naar Nederlands recht is hier als eerste het *Struikelende broodbezorger*-arrest van belang.⁷³ Op basis van de regel uit dat arrest bestaat er bij gevallen van zuiver nalaten een rechts-

60 Vgl. Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 27, en S. Bright, 'Liability for the bad behaviour of others', [2001] 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 11 e.v., op p. 315.

61 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Preadvies voor de Nederlandse vereniging voor Rechtsvergelijking*, no. 52, Deventer: 1995, p. 50.

62 Vgl. C. Mcivor, 'Liability in respect of the intoxicated', [2001] 60 *Cambridge Law Journal* 109 e.v., op p. 117 en 118, en noot 69 hierna.

63 Zie ook Jansen, *t.a.p.*, p. 300.

64 Zie Lord Hoffman in *Stovin v. Wise* [1996] AC 923, op p. 943.

65 Die terughoudendheid uit zich dan in het niet aanvaarden van een 'duty of care' van de gedaagde jegens de benadeelde. Zie over het Engelse recht verder bijvoorbeeld Van Dam, *a.w.*, nr. 1605 (er is een speciale relatie nodig voor aansprakelijkheid); J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law* (oratie UM), 2000, p. 9; J. Kortmann, 'Liability for non-feasance; a comparative study', (2001) *Oxford U Comparative L Forum* at <http://oucl.iuscomp.org>; Mcivor, *t.a.p.*, p. 109 e.v., en Bright, *t.a.p.*, p. 311 e.v. Overigens lijkt de genoemde terughoudendheid nog sterker te zijn bij de vraag naar de aansprakelijkheid van de Engelse toezichthouder op banken in verband met falend toezicht omdat dan 'bad faith' vereist is, zie Wisink, *t.a.p.*, p. 93-94.

66 Zie par. 315 *Restatement (2nd) of Torts*, en daarover Epstein, *a.w.*, p. 620 e.v., en Smits, *a.w.*, p. 10-12.

67 Zie nader Van Dam, *a.w.*, nr. 1603 (Frans recht; aansprakelijkheid voor zuiver nalaten alleen bij opzet of bewust nalaten) en 1604 (Duits recht; aansprakelijkheid bij opzettelijk schade veroorzaken in strijd met goede zeden); Kortmann, *t.a.p.*, onderdeel IV.2 en IV.3, en Smits, *a.w.*, p. 7-8.

68 En in Nederland meer in het algemeen lijkt te gelden, zie nader Van Dam, *a.w.* (*preadvies*), p. 105.

69 Daarover Mcivor, *t.a.p.*, p. 123; Smits, *a.w.*, p. 29; Kortmann, *t.a.p.*, par. III.2; Van Dam, *a.w.* (*preadvies*), p. 2 en 106.

70 Zie opnieuw Lord Hoffmann in *Stovin v. Wise* [1996] AC 923 op p. 944, en Bright, *t.a.p.*, p. 325.

71 Zie bijvoorbeeld (ten aanzien van toezichthouders) E.J. Daalder, 'Onderneming, toezicht en de Algemene wet bestuursrecht', in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), *Overheid en onderneming*, Deventer: 1998, p. 401, en over dit 'chilling effect' van aansprakelijkheid in verband met overheids-handelen, zie J.M. Barendrecht, I. Giesen (e.a.), *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstrekking*, Den Haag: 2002, p. 12, 13 en p. 123-125.

72 Zie daarover Van Dam, *a.w.*, nr. 1604, op p. 444.

73 HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 (*Struikelende broodbezorger*; m.nt. GJS), en daarover onder andere Van Maanen, in: Spier (e.a.), *a.w.*, nr. 53; Van Dam, *a.w.*, nr. 1601; Van Dam, *a.w.* (*preadvies*), p. 41 e.v.

plicht tot handelen (denk aan de plicht om het gevaar op te heffen of om te waarschuwen), en daarmee potentieel aansprakelijkheid, indien 'de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen' of indien de aangesprokene een speciale relatie heeft met het slachtoffer of de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.

Als voorbeeld van een geval waarin er een speciale relatie tot een zaak bestond, noem ik het *Staat/Daelder-arrest*⁷⁴ waarin het verwijt was dat de overheid nagelaten had om te waarschuwen voor het gevaar van veenbroei in een door haar beheerd natuurgebied. Men zou hier ook de mogelijke aansprakelijkheid van waterschappen in verband met het waterbeheer kunnen noemen.⁷⁵ Een voorbeeld van een geval waarin de relatie met het slachtoffer naar voren komt, is het *De Heel/Korver-arrest* waarin aansprakelijkheid van het ziekenhuis ten opzichte van de uit zijn bed gevallen Korver werd aanvaard, omdat nagelaten werd om of voldoende op te letten of onrusthekken aan het bed te plaatsen.⁷⁶

Van Dam gaat in de sfeer van de 'speciale relaties' nog iets verder. Hij onderscheidt namelijk ook het geval waarin er een speciale relatie tot 'de dader' bestaat als een mogelijkheid om (toch) aansprakelijkheid voor nalaten te vestigen.⁷⁷ Dat is hier natuurlijk van groot belang, want bij toezicht is er altijd een speciale relatie tot een persoon, en wel diegene op wie het toezicht wordt uitgeoefend, degene die uiteindelijk de schade met zich bracht (ofwel: de primaire dader, zie onderdeel VI.2). Dat zou dus kunnen betekenen dat de terughoudendheid die bij aansprakelijkheid voor nalaten over het algemeen speelt, tegenover toezichthouders wellicht minder noodzakelijk is dan oorspronkelijk gedacht. De aanwezigheid van die speciale (toezicht-)relatie maakt dat aansprakelijkheid zeer wel gerechtvaardigd zou kunnen zijn.⁷⁸

Aansprakelijkheid voor nalaten is mogelijk, zoals gezegd, indien er een plicht tot handelen bestaat. In dat kader zullen ook weer de *Kelderluik*-criteria en de in die afweging besloten gelegen 'beleidsvrijheid', naar voren komen (zie onderdeel V.2).⁷⁹ Daarnaast lijkt voor toezichthouders speciaal nog van belang te zijn, ook als we abstraheren van de aanwezigheid van een speciale relatie zoals hiervoor beschreven, dat hun handelen er nu juist op gericht zou moeten zijn, dat is waar het uiteindelijk bij toezicht om draait, om het gevaar of de risico's van schade en de ernst ervan op tijd te onderkennen. Zij moeten trachten, als controlerende instantie, om het gevaar tijdig te doorgronden, omdat de 'gewone' burger daartoe niet in staat wordt geacht. De toezichthouder zou de kennis (van de risico's) en de kunde (om de risico's te vermijden) moeten hebben die de burger ontbeert.⁸⁰ Men zou dan ook kunnen stellen dat het bij de aansprakelijkheid van toezichthouders meer hierom gaat of de toezichthouder voldoende gedaan heeft om 'de ernst van het gevaar tot het bewustzijn te laten doordringen'. Ook zo bekeken, is er misschien voor terughoudendheid bij aanvaarding van aansprakelijkheid minder plaats dan gedacht.

Bovendien lijkt ten aanzien van de toezichthouders nog van belang te zijn dat zij, naar men zegt, in bepaalde gevallen een 'beginselplicht tot handhaving' hebben,⁸¹ bijvoorbeeld bij een (door een derde) geconstateerde overtreding van een regel. Of dat inderdaad zo is, is echter nog twijfelachtig, mede omdat

het hele concept van de beginselplicht tot handhaving, ook in bestuursrechtelijke kringen, met twijfels omgeven is.⁸² Als er echter een plicht tot handelen (hier: handhaven) zou bestaan, dan zou bij nalaten niet meer aangevoerd kunnen worden dat de mogelijke aansprakelijkheid in dergelijke gevallen, vanwege het aspect van het nalaten, terughoudend benaderd zou moeten worden.⁸³

2 Afgeleide aansprakelijkheid

De mogelijke aansprakelijkheid van toezichthouders is vaak een, in mijn terminologie, *afgeleide* aansprakelijkheid. Naast de toezichthouder als aangesproken partij, de 'secundaire' dader ofwel de 'zijdelingse laedens', staat een medeveroorzaker, of eigenlijk: de hoofdveroorzaker, de persoon die ik dan maar de

74 HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 (Staat/Daelder; m.nt. G).

75 Zie bijvoorbeeld HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 319 (Waterschap West-Friesland/Kaagman; m.nt. ARB).

76 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 (De Heel/Korver; m.nt. CJHB).

77 Zie Van Dam, a.w. (*preadvies*), p. 48, en p. 71 e.v., en Van Dam, a.w. (2000), nr. 1601. Zo'n relatie valt naar Amerikaans recht ook onder par. 315 sub a *Restatement (2nd) of Torts*.

78 Van Dam, a.w. (*preadvies*), p. 72, spreekt ook over toezichthouderverantwoordelijkheid. Voor een voorbeeld, zie HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118 ('t Ruige Veld/Univé; m.nt. JdB). Om verwarring te vermijden, is het goed er op te wijzen dat Van Dam (zie a.w. (2000), nr. 1601, op p. 439) de gevallen waarin er een speciale relatie tot een zaak of persoon bestaat, eigenlijk niet ziet als gevallen van 'zuiver nalaten', zoals de Hoge Raad dat doet in het *Struikelende broodbezorger*-arrest. Het gevolg is dat Van Dam voor die gevallen niet vereist dat aan bijzondere voorwaarden voldaan is om tot een plicht tot doen (en dus mogelijk aansprakelijkheid) te mogen concluderen, zoals hij wel in gevallen van zuiver nalaten eist. Concreet: volgens Van Dam is nalaten van een toezichthouder, gezien de speciale relatie tot de dader, geen zuiver nalaten, zodat voor terughoudendheid geen plaats is.

79 Van Dam, a.w. (*preadvies*), p. 79.

80 Vgl. over die kennis en kunde Van Dam, a.w. (*preadvies*), p. 78; Van Dam, a.w. (2000), nr. 1606, die deze kennis en kunde als rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid van toezichthouders opvoert, ook (doch iets meer opgetuigt) als er geen speciale relatie tot een persoon of zaak bestaat.

81 Aldus Tillema, *t.a.p.*, p. 1200, en in meer algemene zin over die plicht onderdeel VI.3; Van Dam, a.w. (2002), p. 56-57; Vermeer, *t.a.p.*, p. 76 e.v., en L.J.J. Rogier, 'Kronieken. Handhaving van het bestuursrecht', *NTB* 2000, p. 76.

82 Zie de vorige noot.

83 Dat laat uiteraard onverlet dat aansprakelijkheid ook kan stranden op een niet vast te stellen causaal verband, hetgeen bij nalaten vaak het geval zal kunnen zijn, vgl. Mcivor, *t.a.p.*, p. 123. Op dat vlak zou naar Nederlands recht echter de zogenaamde 'omkeringsregel' roet in het eten van de toezichthouder kunnen gooien. Zie daarover onder andere Giesen, a.w. (*diss.*), p. 116 e.v.; I. Giesen, 'Medische aansprakelijkheid, causaliteit, bewijslast en de "omkeringsregel"', *AV&S* 2001/5, p. 150 e.v., en Van Dam, a.w. (2002), p. 58 e.v.

'eerstegraads' of 'primaire' dader noem.⁸⁴ Dat is degene die de schade eigenlijk heeft toegebracht, degene die causaal gezien de grootste 'fout' gemaakt heeft. Denk bijvoorbeeld aan de exploitant van een vuurwerkopslagplaats of een cafébaas in relatie tot de toezichthoudende gemeenten. Denk ook aan degene die een vuurwapen gebruikt, de dood van een ander tot gevolg hebbende, in relatie tot de fabrikant van dat vuurwapen.⁸⁵ Ook de PVK en de toenmalige Vereniging voor de Effectenhandel (VvdE) waren in de hier besproken zaken niet in de eerste plaats verantwoordelijk voor de ingetreden schade, zoals de Rechtbank 's-Gravenhage ook liet doorschemeren (r.o. 3.7). Maar in al deze gevallen werden of worden deze toezichthouders wel in rechte betrokken, en soms met succes.

Ter vermindering van misverstanden stel ik overigens voorop dat de benaming als secundaire of primaire dader niet zo begrepen mag worden dat de ene (secundaire) dader niet aansprakelijk zou zijn in verband met de aanwezigheid van de andere (ook) aansprakelijke dader. In principe is de aansprakelijkheid, ervan uitgaande dat de schade ondeelbaar zal zijn en er *condicio sine qua non*-verband bestaat, een 'gewone' hoofdelijke aansprakelijkheid (elk van de daders is voor de gehele schade aansprakelijk, met de mogelijkheid van onderling verhaal) waarvoor art. 6:102 lid 1 BW geldt.⁸⁶ Dat betekent dan ook dat de eiser de keuze heeft wie van meerdere daders hij aanspreekt tot vergoeding van zijn schade.⁸⁷

Het probleem in verband met de notie van afgeleide aansprakelijkheid is echter dat het in eerste instantie niet direct rechtvaardig of ten minste niet voor de hand liggend lijkt om de secundaire dader aan te pakken.⁸⁸ Hij is immers niet de hoofdverantwoordelijke. Claire Mcivor zegt het zo:⁸⁹

(...) what causes these decisions to conflict so sharply with instinctive notions of natural justice is the fact that there are clearly other parties who are more closely and directly involved with the harm, and who have played a much more significant role than the defendant as regards its infliction (...).

Niet alleen vanuit het idee van 'natural justice', maar ook vanuit de preventiegedachte dienen de prikkels in beginsel bij de primaire dader terecht te komen.⁹⁰ De reden om toch de zijdelingse laedens aan te spreken, is bekend: deze zal solvabel zijn waar de eerstegraads dader dat vaak niet of in onvoldoende mate is.⁹¹

Ik gaf al aan dat redenerend vanuit de regels van het aansprakelijkheidsrecht, zich hier niet echt een probleem voor doet. Heeft de zijdelingse laedens een fout gemaakt, dan is hij aansprakelijk, ook al is er ook naar een ander te wijzen. Heeft hij geen fout gemaakt, dan gaat hij vrijuit. Echter, het voornoemde instinctieve gevoel 'de verkeerde te pakken te hebben' zal met zich (kunnen) brengen dat de aansprakelijkheid van toezichthouders en andere tweedegraads daders minder snel aanvaard wordt. En dat komt dan nog bovenop de al genoemde terughoudende opstelling die aansprakelijkheid wegens nalaten nog steeds met zich lijkt te brengen.⁹²

Of die consequentie in haar volle omvang (geén civielrechtelijke aansprakelijkheid, want de verantwoordelijkheid is slechts een 'afgeleide') in alle gevallen juist is, betwijfel ik echter ten zeerste. Immers, men dient er wel op bedacht te

zijn dat de toezichthouder die speciaal als toezichthouder aan het werk is gezet en wiens taak nu eenmaal 'het houden van toezicht' is (zoals in elk geval de situatie lijkt te zijn bij DNB, de Autoriteit-FM en de PVK), *altijd* een afgeleide verantwoordelijkheid zal hebben volgens de hiervoor gegeven omschrijving. Er is ten opzichte van zo'n toezichthouder immers altijd een eerstegraads dader aan te wijzen die de eerstverantwoordelijke is voor de schade, schade die de toezichthouder enkel niet (alsnog) voorkomen heeft. Het wezen van toezicht uitoefenen is nu eenmaal dat gelet wordt op het handelen van een ander. Dit zou dan weer betekenen dat zo'n toezichthouder eigenlijk nooit op zijn foutieve gedrag zou kunnen worden aangesproken, omdat deze zich steeds weer zou kunnen verschuilen achter zijn afgeleide verantwoordelijkheid. Dat lijkt te ver de andere kant op door te slaan en verkeerde prikkels (geen preventie van onzorgvuldig gedrag door de toezichthouder) af te geven. De ratio begint de instincten, zo lijkt het, naar de achtergrond te dringen ...

84 Zie over de hier gebruikte terminologie ook reeds Van Boom & Giesen, *t.a.p.*, p. 1676. Zie over de notie van 'de zijdelingse laedens' (ook wel: 'peripheral parties') ook nog W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel, in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), *Tussen Alles en Niets*, Deventer: 1997, p. 135 e.v.

85 Waar anders dan in de Verenigde Staten zou zich een discussie over de aansprakelijkheid van vuurwapenfabrikanten kunnen afspelen. Zie bijvoorbeeld: Case note, Firearms Litigation, [2001] 115 *Harvard Law Review* 717 e.v. De vuurwapenfabrikanten genieten overigens een vrij vergaande immuniteit van aansprakelijkheid.

86 Zie bijvoorbeeld HR 4 november 1955, *NJ* 1956, 1 (London & Lancashire/Huygen; m.nt. LEHR), en HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 351 (Nugteren/Meskes, m.nt. CJHB); Van Dam, a.w. (2002), p. 37, en over hoofdelijkheid in dit soort gevallen in relatie tot toezichthouders, Van Boom, a.w., p. 147-152.

87 Zie HR 2 november 2001, *NJ* 2002, 24 (V./Ontvanger).

88 Indien de secundaire 'dader' ook het slachtoffer is, met andere woorden, als het uiteindelijke slachtoffer zelf toezicht had moeten uitoefenen, zal het leerstuk van eigen schuld om de hoek komen kijken. Met name in het bouwrecht speelt dit een belangrijke (en niet onomstreden) rol, zie nader M.A.M.C. van den Berg, *Ondanks nauwlettend toezicht* (oratie KUB), Deventer: 1993.

89 Mcivor, *t.a.p.*, p. 125.

90 Zie Van Boom & Giesen, *t.a.p.*, p. 1677, alwaar er overigens ook op gewezen wordt dat eventuele aansprakelijkheid van de zijdelingse laedens (de toezichthouder, hier: de overheid), ook bepaalde preventieve prikkels zal doen uitgaan. Zie ook Barendrecht, *t.a.p.*, p. 609.

91 Van Dam, a.w., nr. 1302 en 1404; Van Boom & Giesen, *t.a.p.*, p. 1676.

92 'Aansprakelijkheid voor nalaten' en 'afgeleide aansprakelijkheid' gaan overigens dikwijls samen. Omdat een afgeleide verantwoordelijkheid vaak ziet op gevallen waarin iemand eventueel zou kunnen ingrijpen ter correctie, zal de aansprakelijkheid van die persoon of instantie met name spelen als dat ingrijpen nagelaten werd.

3 Aansprakelijkheid, belanghebbenden, besluiten en (oneigenlijke) formele rechtskracht

De PVK, de Autoriteit-FM en DNB zijn alledrie bestuursorganen in de zin van art. 1:1 lid 1 onder b Awb.⁹³ Dat betekent dat het veelal zal gebeuren dat zij een (in bestuursrechtelijk zin begrepen) *besluit* nemen (zie art. 1:3 lid 1 Awb: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling), zodat (de rechtsbescherming van) de Awb van toepassing is.⁹⁴ Tegen zo'n besluit, bijvoorbeeld de intrekking van de vergunning het verzekeringsbedrijf uit te voeren,⁹⁵ staat dan voor belanghebbenden bezwaar en beroep én hoger beroep open. De bevoegde rechter in beroep is steeds de Rechtbank Rotterdam, met de mogelijkheid van hoger beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB).⁹⁶

Het belang van deze constatering is in de eerste plaats hierin gelegen dat, kort gezegd, indien een besluit van een toezichthouder door de bestuursrechter vernietigd wordt, daarmee tevens vaststaat (het oordeel heeft *'bindende kracht'*) dat er in civielrechtelijke zin onrechtmatig gehandeld is door de toezichthouder (ook wel: de leer van de *oneigenlijke formele rechtskracht*), en dat de schuld van het bestuursorgaan, de toezichthouder, in beginsel gegeven is.⁹⁷ In de tweede plaats is van belang dat indien er geen bezwaar en beroep tegen zo'n besluit wordt ingesteld, of dat beroep ongegrond wordt bevonden, het besluit *formele rechtskracht* heeft verkregen. Dat betekent dat er dan van uit moet worden gegaan dat het besluit rechtmatig is, zodat het bestuursorgaan niet aansprakelijk is.⁹⁸ Beide varianten kunnen verstrekkende gevolgen hebben.⁹⁹

Van belang daarbij, en dat haalt wel wat kou uit de lucht, is dat de leer van de formele rechtskracht niet altijd een rol zal spelen in de in dit artikel besproken relatie tussen de toezichthouder en de 'derde' (bijvoorbeeld de gedupeerde polis-houders of beleggers). Indien de derde namelijk niet tegen het besluit van de toezichthouder heeft *kunnen* ageren, bijvoorbeeld omdat de derde geen belanghebbende was, zal die derde later in beginsel zijn handen vrij hebben en zal hem geen formele rechtskracht tegengeworpen kunnen worden als hij alsnog een civiele procedure begint jegens de toezichthouder.¹⁰⁰ Evenzeer geldt in zo'n geval waarin de derde geen belanghebbende is, dat de aansprakelijkheid van de toezichthouder nog niet gegeven is indien een besluit eerder (door toedoen van een ander) vernietigd werd. Bovendien zal een wellicht wel (door de onder toezicht gestelde) bestreden, doch in stand gebleven besluit in zo'n geval niet op zichzelf voldoende zijn voor een afwijzing van aansprakelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van de derde. Dit alles wil niet zeggen dat een besluit in de relatie tussen de toezichthouder en de derde die geen belanghebbende is, geen enkele invloed zal kunnen hebben, maar een onrechtmatigheidsoordeel op basis van de leer van de formele rechtskracht zal in die relatie waarschijnlijk geen rol spelen.

Is de betrokkene (de gedupeerde derde) weliswaar niet de geadresseerde van het besluit, maar is hij wel derde-belanghebbende,¹⁰¹ en kan hij dus beroep instellen bij de bestuursrechter, dan geldt de formele rechtskracht van het besluit echter ook jegens hem indien hij nalaat van die mogelijkheid gebruik te maken. Is het beroep ongegrond bevonden of het

besluit niet aangevallen, dan is er derhalve een rechtmatig besluit genomen.¹⁰²

De leer van de formele rechtskracht zal dus met name een rol spelen bij besluiten die ook ten opzichte van de derde, en niet alleen ten opzichte van de onder toezicht gestelde, van belang zijn, besluiten waarbij die derde ook 'belanghebbende' kan zijn. Die gevallen kunnen zich overigens geregeld voordoen, bijvoorbeeld omdat de derde een besluit kan vragen (zie hierna). Belanghebbende in de zin van de Awb is degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken (art. 1:2 Awb). Vereist is in dat kader dat de klager een eigen (niet optredend

- 93 Zie bijvoorbeeld H.-J. de Kluiver, 'Overheidsstichting en overheidsaansprakelijkheid', in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.) (red.), *Overheid en onderneming*, Deventer: 1998, p. 83; P.J.M. Koning, 'Toezichthouder en het publiek', in: H.J. de Ru & J.A.F. Peters, *Toezicht en regulering van nieuwe markten*, Den Haag: 2000, p. 97-98.
- 94 Zie Tillema, *t.a.p.*, p. 1197; Koning, *a.w.*, p. 97 en 99.
- 95 Vgl. art. 138 Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993.
- 96 Boshuizen, *a.w.*, p. 249; Tillema, *t.a.p.*, p. 1198; Grundmann-van de Krol, *a.w.*, p. 500; N.S.J. Koeman, 'De bestuurlijke boete in de financiële toezichtswetgeving', in: D.R. Doorenbos (red.), *Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving*, Deventer: 2000, p. 16-17 en 20.
- 97 Zie over die leer bijvoorbeeld Asser/Hartkamp (4-III), nr. 273 e.v.; G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: 2000, m.n. p. 113 e.v. (ook voor de gebruikte terminologie); J.A.E. van der Does & G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, Mon. Nieuw BW A-26, Deventer: 2001, nr. 6 en 41, steeds met verdere verwijzingen. Overigens kan in deze gevallen ook schadevergoeding via art. 8:73 Awb toegekend worden, vgl. De Kluiver, *a.w.*, p. 86.
- 98 Zie voor vindplaatsen de vorige noot. In de besproken rechtbankvonnissen speelde de leer van de (oneigenlijke) formele rechtskracht geen rol.
- 99 Teneinde die gevolgen te temperen, kan het relativiteitsvereiste van belang zijn: de geschonden norm dient te strekken tot bescherming van het geschonden belang. Dat betekent hier dat het vernietigde besluit een individueel belang aangetast dient te hebben, zie Van Maanen & De Lange, *a.w.*, p. 119; Koeman, *a.w.*, p. 20.
- 100 Zie hierover Van der Does & Snijders, *a.w.*, nr. 6d, verwijzend naar HR 20 november 1987, AB 1988, 117 (Montenegro/Staat; m.nt. FHvdB); Van Maanen & De Lange, *a.w.*, p. 122, alsmede de conclusie van A-G Mok voor HR 8 september 1995, AB 1996, 57 (Utrecht/Budinovsky). Een tweede uitzondering (op de regel dat er eerst een bestuursrechtelijk oordeel uitgelokt moet worden) betreft de gevallen van een zelfstandig schadebesluit, zie Van der Does & Snijders, *a.w.*, nr. 41. Ik ga daaraan nu voorbij.
- 101 Derde-belanghebbende is hij die rechtstreeks in zijn belang is getroffen door een tot een ander gericht besluit, zie R.M. van Male, 'Enkele aspecten van het begrip belanghebbende in de Algemene wet bestuursrecht', in: M.B. Koetsier (e.a.), *De belanghebbende. Preadvies VAR*, Alphen aan de Rijn 1992, p. 41.
- 102 HR 8 september 1995, AB 1996, 57 (Utrecht/Budinovsky); Van der Does & Snijders, *a.w.*, nr. 6d.

voor een ander), persoonlijk (kenmerkend, individualiseerbaar), rechtstreeks (voldoende in verband staand met het besluit in kwestie), objectief bepaalbaar (objectief vaststelbaar en niet toekomstig), en enigszins substantieel (niet buitengewoon gering) belang dient te hebben.¹⁰³

Een categorie gevallen die hier dan speciaal relevant is, betreft die waarin een derde de toezichthouder verzoekt een bepaald besluit te nemen,¹⁰⁴ bijvoorbeeld een handhavingsbesluit, omdat die derde meent dat de onder toezicht gestelde een bepaalde regel overtreedt. De beslissing van de toezichthouder om al dan niet te handhaven, is een besluit¹⁰⁵ en de derde kan belanghebbende zijn bij dat besluit. Dat is overigens geen zekerheid.¹⁰⁶ Indien de derde echter belanghebbende is en een dergelijk besluit, zoals bijvoorbeeld de weigering om bestuursdwang toe te passen, later vernietigd wordt, zal het nemen van dat besluit een onrechtmatige daad zijn, met alle mogelijke gevolgen van dien.¹⁰⁷ Speciaal van belang in dit kader lijkt verder nog dat de bevoegdheid van de toezichthouder om tot handhaving over te gaan, kan verworden tot een *plicht* om dat te doen, zodat een weigering niet zonder meer mogelijk is. Dat lijkt het geval te zijn indien handhaving in redelijkheid niet achterwege gelaten kan worden.¹⁰⁸ Voor de handhaving van de financiële wetgeving zou het wel eens zo kunnen zijn dat er inderdaad een dergelijke plicht zal worden aangenomen, omdat in dat kader veel aandacht op diezelfde handhaving gericht is.¹⁰⁹

4 Het toezichthouderdilemma

Een aan toezicht gerelateerd probleem dat ik nog kort wil aanstippen omdat het de invulling van de zorgvuldigheidsnorm raakt, betreft het *toezichthouderdilemma*. De situatie kan zich voordoen dat volgens de normen van goed toezicht de toezichthouder zou moeten ingrijpen, bijvoorbeeld om de continuïteit van een bepaald bedrijf te waarborgen, maar dat tevens duidelijk is dat als de toezichthouder inderdaad ingrijpt en dat in de openbaarheid komt, dat enkele feit een dusdanige impact op de markt zal hebben dat die continuïteit alsnog verloren zal gaan: zodra er ingegrepen wordt, stort het vertrouwen volledig in en trekt iedereen zich terug. De toezichthouder heeft dus soms enkel een keuze uit twee kwaden.¹¹⁰

Die 'beperkte' keuze zal bij de bepaling van de vereiste mate van zorgvuldigheid van de toezichthouder een belangrijke rol spelen. Immers, binnen die zorgvuldigheidsafweging zullen ook de mogelijkheden en slagingskansen van alternatieve handelwijzen gewogen moeten worden. Indien de keuze er een is tussen twee kwaden, omdat krachtig ingrijpen tot onrust en dus schade zal leiden doch niet ingrijpen ook tot schade zal leiden, zullen haalbare (betere) alternatieven geregeld afwezig zijn. Dat zal dan betekenen dat schade waarschijnlijk minder snel verhaald kan worden op de toezichthouder.

Een voorbeeld van een mogelijke manier om dit toezichthouderdilemma te omzeilen, betreft de benoeming van de al eerder genoemde 'stille curator'.¹¹¹ Indien het slecht gaat met een financiële instelling, kan een stille curator benoemd worden, een bewindvoerder die de handelingen van de organen van de rechtspersoon moet goedkeuren. Zo wordt getracht het bedrijf te redden. Dat een bewindvoerder wordt benoemd,

wordt echter niet geopenbaard omdat dat nu juist een 'run' op de instelling zou veroorzaken.

VII. Uitleiding: 'swingt' de aansprakelijkheid wegens falend toezicht de pan uit...?

Het voorgaande overziend, mogen wij mijns inziens concluderen dat de (mogelijkheid van) aansprakelijkheid van toezichthouders in principe wenselijk en nuttig is. Daarbij speelt met name een rol dat de prikkels die van de potentiële aansprakelijkheid voor falend toezicht uitgaan, ervoor zullen zorgen dat de toezichthouders hun werk goed zullen doen, het-

- 103 Zie over die eisen onder andere M.B. Koetser, "'Belanghebbende' volgens de rechtsprekende Afdelingen van de Raad van State', in: M.B. Koetser (e.a.), *De belanghebbende*. Preadvies VAR, Alphen aan de Rijn: 1992, p. 111; Van Male, a.w., p. 46; Koning, a.w., p. 102, en J.C.A. de Poorter, 'De belanghebbende in het mededingingsrecht', *Markt & Mededinging* 2000/1, p. 38.
- 104 Vgl. Daalder, a.w., p. 388, die overigens meent dat dergelijke besluiten in de financiële wereld zeldzaam zullen zijn, omdat het toezicht daar niet gericht is op de mededinging, zodat de concurrenten minder actief jegens elkaar zullen opereren. Overigens, het betreft hier een *aanvraag* tot het nemen van een besluit in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb indien de verzoeker belanghebbende is, zie Koning, a.w., p. 101.
- 105 Zie bijvoorbeeld Koeman, a.w., p. 17, en voor de beslissing inzake het toepassen van bestuursdwang art. 5:24 lid 1 Awb.
- 106 Vgl. Van Male, a.w., p. 85 en 83; Koning, a.w., p. 102, en F.C.M.A. Michiels, *Handhaving van bestuursrecht*, Nijmegen: 1994, p. 49. Koeman, a.w., p. 18, laat deze vraag open. Boshuizen, a.w., p. 237, erkent dat polshouders belanghebbende kunnen zijn (anders p. 240), maar meent toch dat een derde de rechtshandhaving door de toezichthouder niet kan afdwingen. In CBB 23 mei 2000, *AB* 2000, 331 (Becking/De Verzekeringkamer; m.nt. JHvdV) werd een individuele pensioengerechtigde niet als belanghebbende aangemerkt bij uitoefening van een toezichtsbevoegdheid, maar dat hing (mede) samen met de speciale wettelijke regel die van toepassing was. Bij een aanwijzing aan de AEX of de afwijzing van een benoeming tot bestuurder zijn degene op wie de aanwijzing ziet en de beoogd bestuurder wel belanghebbende, zie CBB 11 januari 2000, *AB* 2000, 180 (PBI/STE; m.nt. JHvdV) en CBB 19 december 2000, *AB* 2001, 131 (V./STE; m.nt. JHvdV).
- 107 Vgl. Koeman, a.w., p. 18.
- 108 In die zin Daalder, a.w., p. 399; Vermeer, *t.a.p.*, p. 81. Zie over gedogen en de plicht tot handhaving ook de discussie tussen Hennekens en Michiels: 'Van Twee kanten: Gedogen', *RM Themis* 2001/8, p. 250-253.
- 109 Koeman, a.w., p. 17; Tillema, *t.a.p.*, p. 1200. Omdat het veelal om schade door nalaten zal gaan (de toezichthouder heeft een bepaalde bevoegdheid niet gebruikt, ofwel: een bepaald besluit niet genomen), zodat vastgesteld moet worden of er gehandeld had moeten worden, zal een beginselplicht tot handhaving op dit vlak erg belangrijk kunnen zijn.
- 110 Zie hierover Rechtbank 's-Gravenhage in de Vie d'Or-zaak, r.o. 3.15, en Van Rossum, a.w., p. 22-23.
- 111 Zie over die stille curator hiervoor onderdeel V.2.

geen op zijn beurt weer tot deugdelijk functionerende markten zal leiden die het vertrouwen van de maatschappij genieten (vgl. onderdeel V.1 en VI.2).

De vraag die echter onvermijdelijk ook gesteld zal gaan worden in het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders, zal deze zijn: gaat het allemaal niet te ver? Ofwel: worden via de aansprakelijkheid van toezichthouders niet de inmiddels spreekwoordelijke 'sluizen' van aansprakelijkheid te ver opengezet, zodat wij ons op korte termijn geconfronteerd zullen zien met te snel aanvaarde aansprakelijkheden tegenover teveel mensen voor te hoge bedragen? En zal het gevolg daarvan niet zijn dat er een vorm van 'defensive supervision'¹¹² gaat ontstaan? Dat deze vrees bestaat, is op zichzelf niet vreemd, want de aansprakelijkheid van toezichthouders lijkt inderdaad te worden omgeven door de penetrante 'geur' van 'de claimcultuur' en al het slechts waar dat voor zou staan.¹¹³ Dat ligt hieraan dat het er in elk geval de schijn van heeft dat de benadeelde expliciet op zoek gaat naar juist die dader (de financieel toezichthouder) die wél een zak met geld op tafel kan gooien.¹¹⁴

Hier dient echter meteen bij opgemerkt te worden dat het spook van de 'floodgates' altijd van stal wordt gehaald als er een ontwikkeling in de richting van een nieuwe vorm van aansprakelijkheid in gang gezet wordt, ook als er vooralsnog betrekkelijk weinig spookachtigs te melden is geweest. Ten aanzien van de financiële toezichthouders bestaan er slechts een beperkt aantal procedures, die tot dusverre niet allen tot aansprakelijkheid, laat staan oeverloze aansprakelijkheid, hebben geleid. Als wij dus de angsten voor de 'vloedgolven' even laten voor wat ze zijn en ons richten op de argumenten die voor of tegen aansprakelijkheid van toezichthouders (en dus voor of tegen de wenselijkheid daarvan) geopperd zouden kunnen worden, hetgeen dan ook meteen de argumenten zijn die uiteindelijk bepalen of de 'floodgates' inderdaad 'shut' zouden moeten blijven, rijst naar mijn mening het volgende beeld.

Ten eerste, in aanvulling op hetgeen ik hiervoor al stelde over nut en wenselijkheid van aansprakelijkheid: de al meer genoemde terughoudendheid die de aansprakelijkheid voor nalaten en de afgeleide aansprakelijkheid (van secundaire daders) zou kenmerken, dient mijns inziens met een flinke korrel zout genomen te worden. De redenen voor die terughoudendheid lijken immers niet erg sterk, zoals we al zagen (onderdeel VI.1 en VI.2).¹¹⁵ Ten tweede: 'beleidsvrijheid' bestaat wel voor de toezichthouder, zeker als deze in een toezichthouderdilemma geraakt (onderdeel VI.4), maar dat wil niet zeggen dat er dan ook standaard marginaal getoetst moet worden en concrete aanwijzingen van 'misstanden' genegeerd kunnen worden (onderdeel V.2). In de derde plaats lijkt de ratio van financieel toezicht (vertrouwen scheppen en in stand houden om de continuïteit van de financiële markten te bewaren, zie onderdeel V.1) eerder voor een streng regiem van aansprakelijkheid te pleiten, omdat gezien die achtergrond extra gestimuleerd zou moeten worden (via de prikkels van het aansprakelijkheidsrecht) dat de toezichthouders er 'bovenop' zitten.¹¹⁶ En dat het daarbij, wanneer wij spreken over de financiële toezichthouders, om een in wezen 'publieke taak' en in elk geval om een 'publiek belang' gaat, doet dan veeleer nog

een extra duid in het (aansprakelijkheids)zakje.¹¹⁷ Ik ben dan ook van mening dat de aansprakelijkheid van toezichthouders vooralsnog niet te ver gaat.¹¹⁸ Sterker nog, de stimulans die van aansprakelijkheid uitgaat, kan juist, via die toezichthouders, een tegenwicht vormen tegen de (schijnbaar) 'afnemende moraliteit' in het bedrijfsleven. Dat lijkt heden ten dage geen overbodige luxe.

- 112 Analoog aan 'defensive medicine' bij artsen en 'defensive bureaucracy' bij de overheid. Zie over die laatste variant C.J.J.M. Stolker, D.I. Levine & C.L. de Bel, 'Defensive bureaucracy? Rampen, de overheid en de preventieve rol van het aansprakelijkheidsrecht', in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag: 2001, p. 108-109.
- 113 Zie echter de nuance bij M. Faure & T. Hartlief, 'Het kabinet en de claimcultuur', *NJB* 1999, p. 2007 e.v.
- 114 Waarbij dan nog speciaal van belang is dat de Staat een vrijwaring verleend heeft aan de toenmalige Verzekeringskamer en STE. De ratio voor de vrijwaring was gelegen in de omvang die potentiële claims tegen deze toezichthouders zouden kunnen aannemen, hetgeen hun draagkracht te boven zou gaan, terwijl de kosten daarvan enkel in beperkte mate doorberekend zouden kunnen worden. Het 'floodgates'-argument en de (on)mogelijkheid van schadespreiding fungeerden hier derhalve als argumenten. De verleende vrijwaringen zijn overigens niet volledig, een 'eigen risico' voor de toezichthouder resteert, hetgeen in verband met de prikkels tot voorkoming van onzorgvuldig gedrag niet onverstandig lijkt. Zie hierover *Kamerstukken II* 1995/96, 24 843, nr. 1, p. 12-13, en Grundmann-van de Krol, a.w., p. 454-455.
- 115 Minder terughoudendheid zou ook passen in de trend om eerder aansprakelijk te houden, zie Mcivor, t.a.p., p. 126.
- 116 Zoals dat bijvoorbeeld heden ten dage ook ten opzichte van de (rijks)overheid in haar rol als toezichthouder lijkt te gelden. Van die overheid wordt (tegenwoordig) immers handhaving (en dus toezicht) verwacht en als dat niet gebeurd is, moet zij op de blaren zitten.
- 117 Waarbij aansprakelijkheid van een toezichthouder die bestuursorgaan is, dan wellicht via de leer van de formele rechtskracht op eenvoudige wijze bereikt zou kunnen worden (onderdeel VI.3).
- 118 Dat de toezichthouders (ten dele) gevrijwaard worden door de Staat tegen de gevolgen van aansprakelijkheid, zie noot 114, vormt een extra argument om die aansprakelijkheid niet te beperkt op te vatten. Zulks haalt in elk geval ten dele de angel uit de angst voor 'defensive supervision'.