

Aansprakelijkheid van financieel toezichthouders

Inleiding

Er is een toenemende neiging waarneembaar om de overheid c.q. toezichthouder aansprakelijk te stellen voor gebrekkig toezicht.¹ Steeds vaker wordt een beroep gedaan op de *deeper pockets* van de overheid. Volgens Hartlief leven we 'in een claimcultuur' en blijft daarbij 'niemand buiten schot'.² Uit een brief van minister Zalm aan de Tweede Kamer blijkt inderdaad dat er vorig najaar maar liefst zeven civielrechtelijke procedures aanhangig waren waarin financieel toezichthouders De Nederlandsche Bank (DNB) of de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aansprakelijk werden gesteld.³ Ook het recente faillissement van Van der Hoop Bankiers roept onmiddellijk de vraag op naar de rol van toezichthouder DNB hierin. Op basis waarvan worden DNB en AFM, belast met het toezicht op financiële instellingen en markten,⁴ aansprakelijk gesteld?

Aard van de aansprakelijkheid

Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van een toezichthouder vloeit voort uit het handelen van een onder toezicht staande instelling. De toezichthouder wordt aangemerkt als 'zijdelingse laedens', die wordt verweten gefaald te hebben in het uitoefenen van toezicht in een concreet geval. Aansprakelijkheid wegens algemeen toezichtsfalen wordt dan ook nauwelijks denkbaar geacht.⁵ De aansprakelijkheid van de toezichthouder is een afgeleide aansprakelijkheid, die kan bestaan naast de aansprakelijkheid van de 'primaire dader', die volgens Van Rossum het meest te verwijten valt.⁶ Het kan volgens haar niet zo zijn dat degene die de schade niet voorkomt, op dezelfde wijze aansprakelijk is als degene die de schade veroorzaakt. Voorzover zij daarmee impliceert dat er sprake is van een verdeling van aansprakelijkheid, die in beginsel leidt tot een geringere aansprakelijkheid van de toezichthouder, lijkt mij dit niet juist. Ik zou menen dat de aansprakelijkheid van de toezichthouder een hoofdelijke aansprakelijkheid is. Daarmee is het niet uitgesloten dat de mate van aansprakelijkheid van de toezichthouder onder omstandigheden geringer is dan die van de primaire dader. In jurisprudentie wordt doorgaans aangenomen

1. A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheids-toezicht* (preadvies NJV), in: *Toezicht* (Hand. NJV 2005-I), Deventer: Kluwer 2005, p. 92.
2. T. Hartlief, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?*, NJB 2005, p. 830.
3. Brief van 11 oktober 2005 betreffende Kamervragen Aansprakelijkheid Toezichthouders.
4. Thans nog uit hoofde van (onder meer) de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995), de Wet financiële dienstverlening (Wfd), de Wet toezicht verzekeringsbedrijven (Wtv) en de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992).
5. Van Rossum 2005, p. 62: op de toezichthouder rust geen algemene, spontane controleplicht.
6. Van Rossum 2005, p. 91.

men dat de omstandigheid dat de aansprakelijkheid van een toezichthouder een afgeleide aansprakelijkheid betreft, naar huidig recht niet leidt tot een beperking van aansprakelijkheid.⁷

Grondslag voor aansprakelijkheid

Aansprakelijkheid van toezichthouders wegens onzorgvuldig of falend toezicht zal haar grondslag doorgaans vinden in de onrechtmatige daad. De toezichthouder staat immers niet in een contractuele verhouding met de onder toezicht staande onderneming en andere betrokkenen en belanghebbenden. Meer in het bijzonder kwalificeert de onrechtmatige daad hier als een onrechtmatige overheidsdaad. Bij gebrek aan een specifieke wettelijke regeling dienaangaande vindt de algemene regeling van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) toepassing. Het hierin vervatte beginsel, dat toerekenbaar onrechtmatig handelen (of nalaten) jegens een ander leidt tot een verplichting de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden, geldt onverkort in en voor het publiekrecht.⁸ Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen door de toezichthouder, dient de civiele rechter niettemin het publiekrecht – meer specifiek, het bestuursrecht – als uitgangspunt te nemen.⁹ Onrechtmatig is volgens artikel 6:162 BW onder meer een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Hieronder begrepen wordt het schenden van een zorgvuldigheidsnorm. Wat is nu de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm die de toezichthouder in acht moet nemen?

Zorgvuldigheidsnorm

Algemeen wordt voor invulling van de zorgvuldigheidsnorm primair aansluiting gezocht bij de criteria zoals door de Hoge Raad geformuleerd in het Kelderluik-arrest.¹⁰ Van belang zijn aard en omvang van de schade, bekendheid en voorzienbaarheid van de schade, aard van de gedraging of nalaten (van de toezichthouder) en of eventueel op eenvoudige wijze voorzorgsmaatregelen getroffen hadden kunnen worden die de schade hadden kunnen voorkomen. Naarmate de toezichthouder meer bekend is met misstanden, neemt voorzienbaarheid van de schade toe en wordt de in acht te nemen toezichtsnorm strenger. De zorgvuldigheidsnorm wordt volgens Timmerman verder ingekleurd door het algemeen belang, de wettelijke taken en bevoegdheden van de toezichthouder, algemene beginselen van behoorlijk bestuur en beoordelings- en beleidsvrijheid.¹¹ De vraag of de rechter het handelen van de toezichthouder marginaal dan wel volledig dient te toetsen vanwege deze beleidsvrijheid, is niet eenduidig beantwoord in de volgende uitspraken.

7. Zie bijv. Rb. Amsterdam 14 september 2005, JOR 2005, 277 m.nt. B.P.M. van Ravels (BeFra).

8. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229.

9. Conclusie van A-G Timmerman d.d. 10 februari 2006 in cassatieprocedure *Vie d'Or*, ov. 3.6.

10. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. G.J. Scholten.

11. Timmerman, t.a.p., ov. 3.8-14.

Vie d'Or

In deze bekende procedure gaat het om de vraag of de toezichthouder (de toenmalige Verzekeringskamer, thans DNB) onrechtmatig heeft gehandeld jegens – in het bijzonder – de voormalige polishouders van de gefailleerde Levensverzekeringsmaatschappij *Vie d'Or*. De rechtbank¹² overwoog dat van onrechtmatig handelen van de Verzekeringskamer sprake is, indien moet worden vastgesteld dat deze niet in redelijkheid tot een door haar genomen beslissing heeft kunnen komen, dan wel niet in redelijkheid heeft kunnen nalaten van een aan haar toegekende bevoegdheid gebruik te maken, en indien de Verzekeringskamer ten onrechte tot een bepaalde beslissing is gekomen, dan wel ten onrechte heeft nagelaten een bepaalde beslissing te nemen. De rechtbank kwam aan de hand van deze maatstaf tot de conclusie dat de Verzekeringskamer zich heeft gedragen als een redelijk handelend toezichthouder. De rechtbank achtte de handelwijze van de Verzekeringskamer om die reden niet onrechtmatig, ook al wordt door de rechtbank onderkend dat de Verzekeringskamer op een aantal punten achteraf bezien wellicht beter had kunnen optreden. De rechtbank maakt een onderscheid tussen beleidsruimte enerzijds en gehoudenheid om een bepaalde beslissing te nemen anderzijds. Juist vanwege die beleidsruimte acht de rechtbank zich slechts bevoegd tot marginale toetsing van het handelen van de Verzekeringskamer, hetgeen ook blijkt uit de door de rechtbank aangelegde maatstaf.

In hoger beroep¹³ overweegt het hof dat ook in gevallen waarin de Verzekeringskamer beleidsvrijheid toekomt, de maatstaf is of de Verzekeringskamer als een redelijk toezichthouder heeft gehandeld. Deze toetsing is een volledige toetsing op zorgvuldigheid en niet een marginale. Het hof stelt dat de Verzekeringskamer, door – naar het oordeel van het hof – noodzakelijk optreden na te laten, niet heeft gehandeld als van een redelijk handelend toezichthouder mag worden verwacht. Het hof concludeert dan ook dat de Verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld. Van Ravels merkt in zijn noot bij de uitspraak op dat het hof wel zeer vergaande motiveringseisen aan de beslissing van de Verzekeringskamer stelt; 'eisen die in ieder geval niet lijken te passen bij een terughoudende toetsing'.

In het thans aanhangige cassatieberoep wordt onder meer geklaagd dat het hof geen kenbare en toereikende aandacht heeft geschonken aan de aan het idee van beleidsvrijheid inherente terughoudende toetsing door de rechter. A-G Timmerman meent in zijn onlangs gepubliceerde conclusie dat het cassatiemiddel op dit punt moet slagen; het hof heeft met te weinig terughoudendheid tot aansprakelijkheid van de Verzekeringskamer geconcludeerd.¹⁴

12. Rb. Den Haag 13 juni 2001, JOR 2001, 215 (*Vie d'Or*).

13. Hof Den Haag 27 mei 2004, JOR 2004, 206 m.nt. B.P.M. van Ravels en W.J.M. van Andel (*Vie d'Or*).

14. Timmerman, t.a.p., ov. 4.25.

BeFra

In deze recente zaak¹⁵ wordt (onder meer) de AFM hoofdelijk aansprakelijk gehouden voor geleden schade. De rechtbank overweegt dat een behoorlijke uitoefening van de toezichthoudende taak – in het kader van de Wte 1995 – met zich brengt dat de AFM in geval van duidelijke signalen van (dreigende) overtreding van de (effecten)wet- en regelgeving passende maatregelen dient te nemen. De AFM heeft volgens de rechtbank verzuimd nadere actie te ondernemen, en aldus haar toezichthoudende taak niet naar behoren uitgeoefend. Zonder (kenbare) terughoudendheid gaat de rechtbank over tot volledige toetsing van het handelen van de AFM. De rechtbank stelt dat de AFM haar taak niet heeft uitgeoefend als van een redelijk handelend toezichthouder verwacht mag worden. De rechtbank wijst de vordering dan ook toe en verklaart voor recht dat de AFM onrechtmatig heeft gehandeld jegens gelaedeerden.

Relativiteitsbeginsel

Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vereist voorts uit hoofde van artikel 6:163 BW dat voldaan is aan het relativiteitsbeginsel. De geschonden norm dient te strekken tot bescherming tegen de schade zoals door de benadeelde geleden. Vastgesteld moet worden wat de strekking is van de geschonden zorgvuldigheidsnorm.

De Hoge Raad heeft zich in het Duwbak Linda-arrest¹⁶ uitgesproken over het relativiteitsbeginsel in het kader van de onrechtmatige overheidsdaad. Om in concrete gevallen te kunnen beoordelen of is voldaan aan het relativiteitsvereiste, komt het aan op doel en strekking van de geschonden norm, die moeten blijken uit de wetsgeschiedenis. Aan de hand van doel en strekking dient te worden onderzocht tot welke personen, tot welke schade en tot welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt. In veel gevallen echter zwijgt de wetsgeschiedenis ten aanzien van de reikwijdte van de bescherming die door de norm geboden wordt. De Hoge Raad leidt uit dergelijk zwijgen af dat de betreffende wet geen basis kan bieden voor overheidsaansprakelijkheid. Deze benadering heeft veel kritiek geoogst en zou een hoge dam opwerpen tegen aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder.¹⁷ Timmerman daarentegen acht de benadering van de Hoge Raad juist: 'naarmate de soort schade minder voorzienbaar en de groep van personen die potentieel kunnen worden getroffen meer onbepaald is, dient kritischer te worden beoordeeld of is voldaan aan het relativiteitsbeginsel'.¹⁸ Hiermee dient volgens de Hoge Raad te worden voorkomen dat een verplichting tot vergoeding van schade wordt aangenomen die door de veroorzaker niet is te voorzien.¹⁹

15. Rb. Amsterdam 14 september 2005, m.nt. A.S. Fransen van de Putte, *Ondernemingsrecht* 2005/196.

16. HR 7 september 2004, RvdW 2004, 67.

17. F.J. van Ommeren in zijn noot bij het arrest, AB 2005, 127.

18. Timmerman, t.a.p., ov. 4.8.

19. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 (Staat/Shell).

Timmerman concludeert op grond van de wetsgeschiedenis van de Wtv dat de aan de toezichthouder opgedragen taken en daarmee verband houdende bevoegdheden (mede) strekken tot bescherming van het vermogensbelang van de individuele polishouders. Ook in de wetsgeschiedenis van de Wte 1995 en Wfd wordt de bescherming van de belangen van beleggers met name genoemd: de geschonden norm strekt behalve tot bescherming van het algemeen economisch belang, ook tot bescherming van zowel professionele als niet-professionele gedupeerde beleggers.²⁰

Opvallend genoeg gaat de rechtbank in voornoemde BeFra-zaak geheel voorbij aan de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste. Van Ravels betwijfelt in zijn noot de houdbaarheid van de – op dit punt – summiere motivering van de rechtbank in het licht van het Duwbak Linda-arrest. Niettemin lijkt mij, gelet op de wetsgeschiedenis van de in casu relevante Wte 1995, in de BeFra-zaak aan het relativiteitsbeginsel te zijn voldaan.

Terughoudendheid gewenst?

De (lagere) rechter blijkt niet altijd de terughoudende benadering van de Hoge Raad ten aanzien van toezichthoudersaansprakelijkheid in het Duwbak Linda-arrest te volgen. Volgens Van Rossum komt het aannemen van terughoudendheid bij het aansprakelijk stellen van een zijdelingse laedens met name voort uit de overweging dat van een toezichthouder nu eenmaal niet kan worden geëist dat hij alles en iedereen controleert.²¹ Uitsluiting van aansprakelijkheid van toezichthouders om deze reden wijst zij van de hand, aangezien aansprakelijkheid voor falend toezicht zou kunnen bijdragen aan de kwaliteit van het toezicht.²² Als een toezichthouder een weloverwogen en controleerbaar beleid voert ten aanzien van toezicht (en handhaving) zal hij niet snel aansprakelijk zijn voor door derden geleden schade.

In de literatuur wordt onder meer de mogelijkheid van subsidiaire aansprakelijkheid geopperd.²³ In dat geval wordt de toezichthouder alleen aangesproken indien aansprakelijkstelling van de primaire dader tot niets leidt: de toezichthouder fungeert als financieel vangnet. Hartlief en Van Rossum zien hier niets in. Van Rossum overweegt de mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid: aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsdeel.²⁴ Toch meent zij dat er geen reden is voor introductie van een bijzonder regime, op grond waarvan aansprakelijkheid van toezichthouders wettelijk wordt beperkt of op grond waarvan een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid geldt. Volgens Van Rossum is er binnen het normale regime voldoende ruimte om rekening te houden met de bijzondere positie van de toezichthouder,

20. Dit laatste volgt uit Rb. Amsterdam 7 juni 2000, JOR 2000, 153 (Van den Broek/Vereniging voor de Effectenhandel).

21. Van Rossum 2005, p. 92.

22. Van Rossum 2005, p. 94.

23. I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 43.

24. Van Rossum 2005, p. 97.

met name bij het invullen van de door de toezichthouder in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm.²⁵ Hartlief juicht het minder terughoudende aannemen van toezichthoudersaansprakelijkheid toe. Hij ziet de voordelen van een stevige aansprakelijkheid op het vlak van preventie en het bevorderen van de kwaliteit van de dienstverlening. Bij gebreke van effectieve andere prikkelmecanismen is hier wat hem betreft een rol voor het aansprakelijkheidsrecht weggelegd.²⁶

Het is afwachten in hoeverre de Hoge Raad de terughoudende benadering van A-G Timmerman volgt in zijn arrest in de *Vie d'Or*-zaak, dat verwacht wordt begin juni dit jaar.

*Mr. M.F. Landkroon
Stibbe*

25. Van Rossum 2005, p. 97. Voorts: B.T.M. van der Wiel, *De aansprakelijkheid van toezichthouders*, MvV 2005, p. 162.

26. T. Hartlief, *Aansprakelijkheid van toezichthouders: vertrouwen is goed, controle beter?* Bespreking van het pre-advies van A.A. van Rossum, NJB 2005, p. 1129.