

Toezichthouderaansprakelijkheid: de stand van zaken

Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders jegens derden na HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 (DNB/Stichting Vie d'Or) m.nt. Busch en HR 23 februari 2007, JOR 2007/96 m.nt. Roth (X/DNB).

D. Busch*

1 Inleiding

Recentelijk heeft de Hoge Raad een tweetal belangwekkende arresten gewezen dat een nader licht werpt op het veelbesproken thema van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van financiële toezichthouders¹ ten opzichte van derden.² Het ene arrest dateert van 13 oktober 2006 (DNB/Stichting Vie d'Or), het andere van 23 februari 2007 (X/DNB). Het eerste arrest – veruit het belangrijkste – geeft enerzijds aan welke zorgvuldigheidsnorm een toezichthouder jegens derden in acht moet nemen en schept anderzijds enige duidelijkheid over de wijze waarop het relativiteitsvereiste moet worden begrepen in verband met toezichthouderaansprakelijkheid. Het tweede arrest bewijst dat het leerstuk van de formele rechtskracht betekenis kan hebben in verband met toezichthouderaansprakelijkheid ten opzichte van derden. Omdat voornoemde arresten slechts uitsluitel bieden over de wijze waarop de onrechtmatigheid en de relativiteit moeten worden verstaan in verband

* Advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V., Amsterdam en honorair universitair hoofddocent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Utrecht. Dit artikel is gebaseerd op mijn bijdrage Civielrechtelijke aansprakelijkheid van financiële toezichthouders jegens derden, in: D. Busch, D.R. Doorenbos, N. Lemmers, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme, W.A.K. Rank (red.), Onderneming en financieel toezicht (Serie Onderneming en Recht deel 40), Kluwer, Deventer 2007, p. 599-660.

1 De Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank N.V. (DNB). In de Wft worden de AFM en DNB overigens niet aangeduid als 'financiële toezichthouders', maar als 'toezichthouders'. Zie de definitie van 'toezichthouder' in artikel 1:1 Wft: 'De Nederlandsche Bank of de Autoriteit Financiële Markten, ieder voorzover belast met de uitoefening van het toezicht overeenkomstig artikel 1:24 onderscheidenlijk artikel 1:25.' In deze bijdrage zal ik 'toezichthouder(s)' als synoniem van 'financiële toezichthouder(s)' hanteren, tenzij uit de context anders blijkt.

2 Met derden heb ik op het oog: anderen dan degenen op wie toezicht wordt gehouden. Men moet daarbij niet alleen denken aan (i) gedupeerde polishouders (zie HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or)), (ii) beleggers (zie Rb. Amsterdam, 14 september 2005, NJ 2005, 535; JOR 2005/277 m.nt. CMGvdK en B.P.M. van Ravels (De Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/Stichting Autoriteit Financiële Markten e.a.)) en (iii) rekeninghouders (zeker 130 voormalige rekeninghouders van het op 16 december 2005 failliet verklaarde Van der Hoop Bankiers N.V. (verenigd in de Stichting Hoop-verlies) hebben besloten DNB aansprakelijk te stellen voor hun schade. Zie o.a. Het Financieele Dagblad 10 mei 2007, p. 17: 'Spaarders failliete bank eisen miljoenen DNB'), maar ook aan bijvoorbeeld (iv) aandeelhouders of (v) een statutair directeur (zie HR 23 februari 2007, JOR 2007/96 m.nt. Roth (X/DNB)) van de instelling waarop toezicht wordt gehouden.

met toezichthouderaansprakelijkheid, zal een bespreking van de overige vereisten waaraan voldaan moet zijn voor een succesvol beroep op onrechtmatige daad (toerekenbaarheid, causaal verband en schade) in deze bijdrage achterwege blijven. Deze bijdrage bevat dus (slechts) een bespreking van de onrechtmatigheid (par. 2) en de relativiteit (par. 3), zoals deze in verband met toezichthouderaansprakelijkheid na het wijzen van de beide genoemde arresten moeten worden begrepen. Ik sluit af met een conclusie (par. 4).

2 Onrechtmatigheid

2.1 Algemeen

Volgens artikel 6:162 lid 2 BW kan op drie manieren onrechtmatig worden gehandeld: (i) inbreuk op een recht, (ii) een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, en (iii) een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.³ In verband met de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders zijn met name de laatste twee onrechtmatigheidsgronden relevant.⁴

In verband met de vraag of een financiële toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld, kan het leerstuk van de formele rechtskracht een rol spelen. Dit leerstuk komt daarom aan bod in par. 2.2. Welke van de twee in verband met toezichthouderaansprakelijkheid in abstracto meest relevante onrechtmatigheidsgronden (handelen in strijd met de wet of in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm) in een concreet geval in aanmerking komt, hangt veelal af van de vraag of de toezichthouder onrechtmatig (geen) gebruik heeft gemaakt van een bevoegdheid ten aanzien waarvan beoordelings- en beleidsvrijheid bestaat of niet. Hierop wordt ingegaan in par. 2.3. Vervolgens besteed ik ruime aandacht aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die een financiële toezichthouder jegens derden in acht moet nemen en de wijze waarop men aan deze zorgvuldigheidsnorm nader invulling moet en kan geven (par. 2.4 en par. 2.5).

2.2 Formele rechtskracht

2.2.1 Algemeen

DNB en de AFM zijn bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb.⁵ Dit betekent dat zij niet alleen feitelijke handelingen zullen verrichten, maar dat het ook geregeld zal voorkomen dat zij een besluit in de zin van artikel 1:3 lid

³ Zie hierover in algemene zin Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 28-55.

⁴ Vgl. Van Dam (2006) p. 88.

⁵ Zie hierover o.a. Van Dijk, NTBR (2003) p. 190, noot 16; Giesen (2005) p. 79; De Kluiver (1998) p. 83; Koning (2000) p. 98; Van der Vlies, FR (2006) p. 12 (l.k.).

1 Awb nemen, dat wil zeggen: een schriftelijke beslissing, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Dit betekent dat daarmee (de rechtsbescherming van) de Awb van toepassing is.⁶ Tegen een dergelijk besluit, bijvoorbeeld de intrekking van een vergunning tot het uitoefenen van het bedrijf van een bank of om een elektronischgeldinstelling uit te oefenen,⁷ staat voor belanghebbenden bezwaar, beroep⁸ en hoger beroep⁹ open.

2.2.2 Formele rechtskracht: hoofdregels

In verband met eventueel onrechtmatig handelen van financiële toezichthouders is in de eerste plaats van belang dat indien (kort gezegd) een besluit van een toezichthouder door de bestuursrechter vernietigd wordt, daarmee tevens vaststaat dat er in civielrechtelijke zin onrechtmatig gehandeld is door de toezichthouder. Dit wordt ook wel 'oneigenlijke formele rechtskracht' genoemd.¹⁰

Ten tweede is van belang dat indien er *geen* bezwaar en beroep tegen een besluit wordt ingesteld, dan wel dat beroep ongegrond wordt bevonden, ervan uit moet worden gegaan dat het besluit rechtmatig is, zodat de toezichthouder niet met succes aansprakelijk kan worden gesteld in verband met de eventuele onrechtmatigheid van het besluit. Het besluit heeft 'formele rechtskracht'.¹¹

De leer van de formele rechtskracht zal echter niet altijd een rol spelen bij het type toezichthouderaansprakelijkheid waarop deze bijdrage ziet, te

6 Zie o.a. Giesen (2005) p. 79; De Koning (2000) p. 99; Tillema, NJB (2000) p. 1197.

7 Zie artikel 1:104 Wft.

8 Bij de Rechtbank Rotterdam, zie artikel 1:110 lid 1 Wft.

9 Bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, zie artikel 20 lid Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie juncto de bijbehorende bijlage.

10 Zie over 'oneigenlijke' formele rechtskracht vooral de standaard-arresten HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669, m.nt. JAB (St. Oedenrode/Driessen); HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB (Van Gog/Nederweert) (welke arresten overigens niet gingen over aansprakelijkheid van toezichthouders). Zie over 'oneigenlijke' formele rechtskracht (i) in algemene zin o.a. Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 273-274a, m.n. nr. 274; Van Maanen/De Lange (2005) p. 95-96; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005) p. 699-706; Mok/Tjittes, RMTh (1995) p. 389-393 (die de term 'oneigenlijke' rechtskracht op p. 384 (l.k.) hebben geïntroduceerd); en (ii) toegespitst op toezichthouderaansprakelijkheid: Van Dam (2006) p. 101; Giesen (2005) p. 80. Er zij op gewezen dat in deze gevallen niet alleen schadevergoeding kan worden gevorderd bij de burgerlijke rechter op grond van onrechtmatige daad, maar ook bij de bestuursrechter ex artikel 8:73 Awb. Als een besluit vernietigd wordt, staat overigens niet alleen de onrechtmatigheid vast, maar is ook de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad in beginsel gegeven.

11 Zie over formele rechtskracht o.a. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723, m.nt. MS (Gemeente Heesch/Van de Akker); HR 18 juni 1993, NJ 1993, 642 m.nt. Scheltema (Sint Oedenrode/Van Aarle) (welke arresten overigens niet gingen over toezichthouderaansprakelijkheid). Zie over formele rechtskracht (i) in algemene zin o.a. Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 273-274a; Van Maanen/De Lange (2005) p. 95-99; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005) p. 669-677; Mok/Tjittes, RMTh (1995) p. 384-389; en (ii) toegespitst op toezichthouderaansprakelijkheid: Van Dam (2006) p. 101-103; Giesen (2005) p. 80. Zie voor recente kritiek op de leer van de formele rechtskracht Kortmann (2006) m.n. p. 165-200.

weten aansprakelijkheid ten opzichte van derden (bijvoorbeeld gedupeerde polishouders, rekeninghouders of beleggers). Indien de derde namelijk niet tegen het besluit van de toezichthouder heeft *kunnen* ageren, bijvoorbeeld omdat de derde geen belanghebbende was, kan de derde geen formele rechtskracht worden tegengeworpen als hij later alsnog een civiele procedure tegen de toezichthouder begint. In de gevallen dat de derde geen belanghebbende was, geldt omgekeerd ook dat als een besluit eerder (door toedoen van iemand anders) vernietigd werd, daarmee nog niet vaststaat dat de toezichthouder ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens die derde. Bovendien zal het feit dat een besluit door een ander weliswaar is bestreden maar in stand is gebleven, op zichzelf onvoldoende zijn voor een afwijzing van aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens de derde. Het voorgaande betekent echter niet dat een besluit in de relatie tussen de toezichthouder en de derde die geen belanghebbende is geen enkele betekenis heeft, maar een onrechtmatigheidsoordeel op basis van de leer van de formele rechtskracht zal in die relatie geen rol spelen.¹²

Is de gedupeerde derde weliswaar niet de geadresseerde van het besluit, maar is hij wel een derde-belanghebbende,¹³ dan kan hij beroep instellen tegen het besluit bij de bestuursrechter en geldt de formele rechtskracht van het besluit ook jegens hem als hij nalaat van die beroepsmogelijkheid gebruik te maken dan wel zijn beroep wordt afgewezen. Als het besluit niet is aangevallen of het beroep ongegrond is bevonden, dan is er een rechtmatig besluit genomen.¹⁴

2.2.3 *Formele rechtskracht: uitzonderingen*

Op het beginsel van formele rechtskracht bestaan uitzonderingen. De rechtspraak van de Hoge Raad komt erop neer dat de aan formele rechtskracht verbonden bezwaren door bijkomende omstandigheden zo klemmend kunnen worden dat een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht moet worden aanvaard. Het hangt daarbij af van de bijzondere omstandigheden van het geval of een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht op haar plaats is.¹⁵ Een uitzondering op de formele rechtskracht kan onder meer worden aangenomen wanneer het aan de overheid is toe te rekenen dat de burger van zijn recht op beroep op de bestuursrechter geen gebruik heeft gemaakt.¹⁶ De Hoge Raad is overigens van oordeel dat bij

12 Zie HR 3 februari 2006, NJ 2006, 325 m.nt. Mok (Staat/SFR); vgl. Giesen (2005) p. 80-81.

13 Onder een 'belanghebbende' wordt blijkens artikel 1:2 lid 1 Awb verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Een 'derde-belanghebbende' kan (in aansluiting daarop) worden omschreven als degene die rechtstreeks in zijn belang is getroffen door een tot een ander gericht besluit. Zie o.a. Van Wijk/Konijnenbelt & Male (2005) p. 66-78, 561-563; Giesen (2005) p. 81, noot 25.

14 Vgl. Giesen (2005) p. 81.

15 HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723, m.nt. MS (Gemeente Heesch/Van de Akker) r.o. 3.3.2.

het aanvaarden van uitzonderingen op het beginsel van formele rechtskracht terughoudendheid moet worden betracht gezien de zwaarwegende belangen die door het beginsel worden gediend.¹⁷

2.2.4 Voorbeeld: X/DNB

Hiermee zijn wij aanbeland bij het arrest X/DNB.¹⁸ Zoals aangekondigd in de inleiding bewijst deze uitspraak dat het leerstuk van de formele rechtskracht inderdaad een rol kan spelen in het kader van toezichthouderaansprakelijkheid ten opzichte van derden. De casus was als volgt. X (hierna: eiser) was tot 1 april 1998 bij de Nationale Investeringsbank (hierna: NIB) werkzaam. Eiser vervulde de functie van *executive director* van een Aziatische dochterbank van NIB. Met ingang van 1 mei 1998 is hij door SBS-Agro Bank Nederland N.V. te Amsterdam (hierna: SBS-Agro) voor onbepaalde tijd tot statutair directeur benoemd, onder de ontbindende voorwaarde dat DNB aan SBS-Agro voor deze benoeming niet een verklaring van geen bezwaar zou afgeven (destijds art. 9 lid 1 aanhef en onder b Wet toezicht kredietwezen 1992, hierna Wtk 1992). SBS-Agro heeft vervolgens aan DNB een verklaring van geen bezwaar als hiervoor bedoeld, gevraagd. DNB heeft deze verklaring geweigerd bij besluit van 16 juni 1998 (hierna ook: het besluit). SBS-Agro heeft daarop, begin juli 1998, de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst met eiser ingeroepen. SBS-Agro heeft geen rechtsmiddelen ingesteld tegen het besluit. Ook eiser heeft geen bezwaar tegen het besluit gemaakt. Hij heeft wel geprobeerd bij NIB inlichtingen te verkrijgen over hetgeen NIB als zijn voormalig werkgeefster aan DNB had medegedeeld. Voorts heeft op verzoek van eiser een voorlopig getuigenverhoor plaatsgehad ten overstaan van de Rechtbank Rotterdam. Gerekestreerde was NIB. Eiser heeft vervolgens gevorderd dat DNB wordt veroordeeld tot vergoeding van de materiële en immateriële schade die hij heeft geleden, doordat DNB de verklaring van geen bezwaar ten onrechte heeft geweigerd, en aldus onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld.

16 Zie in het bijzonder HR 11 november 1988, NJ 1990, 563 (Ekro BV Vee- en Vleeshandel/De Staat der Nederlanden).

17 HR 9 september 2005, NJ 2006, 93, m.nt. M.R. Mok (Kuijpers/Gemeente Valkenswaard) r.o. 3.9, bevestigd in HR 23 december 2005, RvdW 2006, 26 (X/Gemeente Lith). Zie over de uitzonderingen op het beginsel van formele rechtskracht o.a. Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 273; Van Maanen/De Lange (2005) p. 98, 103-104; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005) p. 674-677; Mok/Tjittes, RMTh (1995) p. 386-389; nr. 2.4 van de conclusie van A-G Keus bij HR 23 februari 2007, JOR 2007/96, m.nt. Roth (X/DNB).

18 HR 23 februari 2007, JOR 2007/96, m.nt. Roth (X/DNB). Zie over dit arrest o.m. Van Ravels, Ondernemingsrecht (2007); Kortmann, AV&S (2007) [ter perse].

De rechtbank was bereid een uitzondering te aanvaarden op het beginsel van de formele rechtskracht. Volgens de rechtbank was het besluit onvoldoende gemotiveerd en onzorgvuldig tot stand gekomen, heeft DNB daarom onrechtmatig jegens eiser gehandeld en is zij mitsdien schadeplichtig. Het hof vernietigt het vonnis in hoger beroep, omdat het besluit volgens hem formele rechtskracht heeft gekregen.

Eiser gaat in cassatie en klaagt erover dat het hof ten onrechte geen aanleiding zag in casu een uitzondering te aanvaarden op het beginsel van de formele rechtskracht. Bij de beoordeling van het middel neemt de Hoge Raad het volgende tot uitgangspunt. Op het moment waarop DNB het besluit nam, bracht de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters mee dat tegen dat besluit voor eiser geen bestuursrechtelijke rechtsgang openstond. Volgens die jurisprudentie kon eiser, nu het besluit niet tot hem was gericht maar tot SBS-Agro, niet als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb bij het besluit worden aangemerkt. DNB, die van deze rechtspraak op de hoogte was, heeft, in lijn daarmee, eiser niet in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen voordat zij het besluit nam (vgl. art. 4:8 Awb). Zij heeft aan eiser, ondanks een daartoe strekkend verzoek, ook geen afschrift van het besluit gestuurd (vgl. art. 3:41 Awb), en zij heeft tegenover eiser geen melding gemaakt van de mogelijkheid daartegen bezwaar te maken of beroep in te stellen (vgl. art. 3:45 Awb). Eiser is eerst tijdens het geding in eerste aanleg met de precieze inhoud van het besluit bekend geworden. In zijn uitspraak van 11 januari 2000, inzake een op 9 november 1997 door DNB met toepassing van (destijds) artikel 14 Wtk 1992 aan een kredietinstelling gegeven aanwijzing, heeft het CBB echter geoordeeld dat ook de in die aanwijzing bedoelde werknemer van de kredietinstelling als rechtstreeks belanghebbende had te gelden, nu deze feitelijk een groter belang had bij de aanwijzing dan de kredietinstelling zelf.¹⁹ Op grond van deze uitspraak heeft het hof, in cassatie onbestreden, geoordeeld dat de bestuursrechter het standpunt van DNB onjuist zou hebben bevonden dat eiser geen rechtstreeks belanghebbende was bij het besluit.²⁰ Door te oordelen dat de hiervoor opgesomde omstandigheden, in onderling verband bezien, geen zodanig klemmende bezwaren opleveren dat op het beginsel van formele rechtskracht een uitzondering moet worden gemaakt, heeft het hof volgens de Hoge Raad blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting:

‘Niet aanvaard kan immers worden dat DNB, die zich in overeenstemming met de destijds geldende jurisprudentie tegenover eiser op het standpunt stelde dat deze geen belanghebbende bij het besluit was – een

19 CBB 11 januari 2000, AB 2000, 119, m.nt. JHvdV (A/DNB).

20 HR 23 februari 2007, JOR 2007/96, m.nt. Roth (X/DNB) r.o. 3.3.

standpunt dat door de kort nadien door eiser geraadpleegde juridisch adviseur juist werd bevonden en, gelet op bedoelde jurisprudentie, toentertijd ook juist kon worden geacht – en hem dienovereenkomstig heeft bejegend, zich in deze procedure onder verwijzing naar de hiervoor [...] vermelde wijziging in de jurisprudentie die zich ongeveer anderhalf jaar nadien voltrok, met succes erop zou kunnen beroepen dat eiser wél rechtstreeks belanghebbende bij dat besluit was en dat dit dus ook jegens hem formele rechtskracht had, en daarmee voor hem onaantastbaar was. Een andere opvatting zou leiden tot het uit een oogpunt van billijkheid en rechtszekerheid onaanvaardbare gevolg dat, zonder dat de zwaarwegende belangen die door het beginsel van de formele rechtskracht worden gediend daartoe nopen, een wijziging in de rechtspraak van de bestuursrechtters die klaarblijkelijk ertoe strekte de rechtsbescherming van de bij een besluit betrokkenen uit te breiden, hier juist het tegendeel zou bewerkstelligen.’²¹

2.3 ‘Moet’ en ‘kan’-bepalingen

Financiële toezichthouders zijn in sommige gevallen wettelijk verplicht om een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen (gebonden bevoegdheid, ‘moet’-bepalingen). Zo hebben de financiële toezichthouders geen beleidsvrijheid²² om een vergunning al dan niet te verlenen. Een vergunning moet worden verleend indien de desbetreffende financiële onderneming aan de daartoe gestelde vereisten voldoet.²³ Uit de wettelijke bepaling vloeit dan rechtstreeks voort of de toezichthouder in een concreet geval gebruik moet maken van deze bevoegdheid of dit juist achterwege moet laten.²⁴ De rechter zal in geval van een gebonden bevoegdheid dan ook relatief eenvoudig kunnen vaststellen of de toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld (of nagelaten), omdat dit oordeel rechtstreeks voortvloeit uit de desbetreffende wettelijke bepaling. De rechter zal het onrechtmatig handelen dan kunnen baseren op de grond dat hij heeft gehandeld (of nagelaten) in strijd met een wettelijke plicht.²⁵

In veel gevallen hebben financiële toezichthouders bij de uitoefening van hun bevoegdheden echter een zekere beleids- en beoordelingsvrijheid

21 HR 23 februari 2007, JOR 2007/96, m.nt. Roth (X/DNB) r.o. 3.4.

22 Zie over beleidsvrijheid par. 2.5.2 onder (i) hierna.

23 Zie voor de desbetreffende bepalingen Deel 2 van de Wft: Markttoegang Financiële Ondernemingen.

24 Opgemerkt zij dat de financiële toezichthouders wel weer een zekere beoordelingsvrijheid hebben of al dan niet aan vergunningsvoorwaarden is voldaan. Vgl. Eisma, Ondernemingsrecht (2007) p. 6 (l.k.). Zie over beoordelingsvrijheid par. 2.5.2 onder (i) hierna.

25 Vgl. ook Giesen, AV&S (2002) p. 102, noot 51; dez. (2005) p. 115, noot 9.

('kan'-bepalingen).²⁶ Een paar voorbeelden. De financiële toezichthouders *kunnen* ten behoeve van het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Wft gestelde regels van eenieder inlichtingen vorderen (art. 1:74 Wft). Zij *kunnen* bepaalde personen die niet voldoen aan hetgeen bij of krachtens de Wft is bepaald, door middel van het geven van een aanwijzing, verplichten om binnen een door de financiële toezichthouder gestelde redelijke termijn een bepaalde gedragslijn te volgen (art. 1:75 Wft). Zij *kunnen* bij financiële ondernemingen een curator benoemen (art. 1:76 Wft). Zij *kunnen* aan een accountant of actuaris een beperkt beroepsverbod opleggen (art. 1:78 Wft). Zij *kunnen* een last onder dwangsom opleggen aan bepaalde personen (art. 1:79 Wft). Zij *kunnen* een bestuurlijke boete opleggen aan bepaalde personen (art. 1:80 Wft). Zij *kunnen* verleende vergunningen wijzigen, geheel of gedeeltelijk intrekken of beperken (art. 1:104 Wft). Zij *kunnen* openbare waarschuwingen uitvaardigen (art. 1:94-96 Wft). Of de AFM en DNB handhavend optreden en zo ja met welk middel, wordt blijkens de formulering van voornoemde bevoegdheden ('kunnen') aan hen overgelaten.²⁷

De onrechtmatigheidsgrond van handelen in strijd met een wettelijke plicht komt veelal²⁸ niet in aanmerking bij de uitoefening van bevoegdheden ten aanzien waarvan beleids- en beoordelingsvrijheid bestaat, omdat het antwoord op de vraag of de toezichthouder in concreto onrechtmatig (geen) gebruikmaakt van een dergelijke bevoegdheid in elk geval niet valt af te leiden uit de wettelijke bepaling waarop de betrokken bevoegdheid is gebaseerd. In geval van bevoegdheden ten aanzien waarvan beleids- en beoordelingsvrijheid bestaat, zal het dus veelal aankomen op de vraag of de toezichthouder zijn bevoegdheid (niet) heeft uitgeoefend overeenkomstig hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Gevallen waarin de toezichthouder (geen) gebruikmaakt van een hem toekomende bevoegdheid ten aanzien waarvan beoordelings- en beleidsruimte bestaat, roepen (dan ook) veruit de meeste vragen op. In het vervolg van de onderhavige paragraaf 2 zal ik mij dan ook beperken tot onrechtmatig handelen jegens derden wegens handelen (of nalaten) in

26 Zie nader over beoordelings- en beleidsvrijheid par. 2.5.2 onder (i) hierna.

27 Weliswaar is in de 'Nota inzake het handhavingbeleid van de Autoriteit Financiële Markten, De Nederlandsche Bank en de Pensioen- & Verzekeringskamer' (te downloaden via www.afm.nl en www.dnb.nl) enigszins inzichtelijk gemaakt wanneer de financiële toezichthouders welk handhavingmiddel normaal gesproken zullen inzetten, maar dan nog hebben de AFM en DNB een zekere beleids- en beoordelingsvrijheid.

28 Veelal, want er bestaan uitzonderingen. Denk aan het geval waarin een toezichthouder een bevoegdheid heeft uitgeoefend ten aanzien waarvan beoordelings- en beleidsvrijheid bestaat en de toezichthouder bij de uitoefening van deze bevoegdheid één of meer van de in de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur schendt. In die gevallen kan een onrechtmatigheidsoordeel, ondanks het feit dat het gaat om de uitoefening van een bevoegdheid ten aanzien waarvan beoordelings- en beleidsvrijheid bestaat, toch gegrond worden op handelen in strijd met een wettelijke plicht. Zie hierover ook par. 2.5.4 onder (iii), in fine.

strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven.²⁹

2.4 Ongeschreven zorgvuldigheidsnorm

In verband met de vraag of een financiële toezichthouder handelt in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, werd in de literatuur wel bepleit dat men moet aansluiten bij de norm die geldt voor vrije beroepsbeoefenaren (zoals advocaten,³⁰ artsen³¹ en notarissen³²), omdat een toezichthouder – evenals een vrije beroepsbeoefenaar – in brede zin als dienstverlener beschouwd zou kunnen worden. Hieruit zou dan voortvloeien dat een financiële toezichthouder zich heeft te gedragen zoals van een ‘redelijk handelend (en redelijk bekwame) toezichthouder’ mag worden verwacht.³³ Als een financiële toezichthouder zich in een concreet geval niet conform deze norm heeft gedragen, heeft hij onrechtmatig gehandeld.

De norm van de ‘redelijk handelend (en redelijk bekwame) toezichthouder’ komt men ook tegen in de lagere rechtspraak.³⁴ Ook A-G Timmerman is in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad inzake *DNB/Stichting Vie d’Or* van mening dat de norm van een ‘redelijk handelend (en redelijk bekwame) toezichthouder’ een bruikbare maatstaf biedt.³⁵ Men vindt deze norm verder ook terug in de wetsgeschiedenis van de implementatiewetgeving in verband met de Prospectusrichtlijn.³⁶

Dit brengt ons bij het arrest van de Hoge Raad inzake *DNB/Stichting Vie d’Or*. In deze uitspraak sluit de Hoge Raad opvallend genoeg niet aan bij de norm

29 Voor alle duidelijkheid merk ik op dat ik in de daaropvolgende par. 3 weer wel steeds mede het oog heb op gevallen waarin de toezichthouder onrechtmatig handelt jegens derden wegens strijd met een wettelijke plicht, ook als ik dat niet uitdrukkelijk aangeef.

30 Zie o.m. HR 26 april 1991, NJ 1991, 455; HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420, m.nt. JBMV; HR 9 juni 2000, NJ 2000, 460; HR 7 maart 2003, NJ 2003, 302.

31 Zie o.m. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26; HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151.

32 Zie o.m. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, m.nt. WMK.

33 Zie o.a. Frans van de Putte, *Ondernemingsrecht* (2005) p. 565 (r.k.); Giesen (2005) p. 106-111, Schilder/Nuijts (2004) p. 69-76; Wessels (1999) p. 139. Ander schrijvers hebben de aansluiting bij de norm voor beroepsbeoefenaars echter bekritiseerd. Zie o.a. Van Rossum (2001) p. 13-14; vgl. ook dez. (2005) p. 25-26; Van Dijk, *NTBR* (2003) p. 191 (r.k.); Haan-Kamminga (2003) p. 123-125.

34 Zie o.a. Rb. Amsterdam 7 juni 2000, JOR 2000/153 (Premie- en Effectenkantoor F. van den Broek BV/Vereniging voor de Effectenhandel) r.o. 6.1; Rb. Den Haag 13 juni 2001, JOR 2001/215 (Stichting Vie d’Or e.a./Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer e.a.) r.o. 3.10; Hof Den Haag 27 mei 2004, JOR 2004/206 m.nt. B.P.M. van Ravels en W.J.M. van Anel (Stichting Vie d’Or e.a./Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer e.a.) r.o. 7.5; Rb. Amsterdam 14 september 2005, NJ 2005, 535; JOR 2005/277 m.nt. CMGvdK en B.P.M. van Ravels (De Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/Stichting Autoriteit Financiële Markten e.a.) r.o. 10.

35 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d’Or) nr. 3.8-3.12.

36 Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 013, nr. 8, p. 18. Zie over een mogelijke aansprakelijkheid van de AFM wegens het ten onrechte goedkeuren van een misleidend prospectus: Jansen/Schreuder/Verhagen (2003) p. 43-46; Busch/Alferink, *AA* (2006) p. 557 (r.k.) en 558 (l.k.).

die geldt voor vrije beroepsbeoefenaren, maar toetst aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm dat het handelen van de financiële toezichthouder moet voldoen aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld.³⁷ Veel maakt het verschil in formulering overigens niet uit, want de gehanteerde algemene norm is uiteindelijk niet meer dan een etiket dat men opplakt. Waar het op aankomt, is welke gezichtspunten achter de norm schuilgaan.³⁸ In het vervolg van deze bijdrage zal ik de formulering van de Hoge Raad aanhouden, omdat het voor de hand ligt dat die formulering nu in zwang zal raken.

2.5 Invulling ongeschreven zorgvuldigheidsnorm

2.5.1 Algemeen

Of een financiële toezichthouder in een concreet geval toezicht heeft gehouden dat voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht mogen worden gesteld, zal in hoge mate afhangen van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad stelt in *DNB/Stichting Vie d'Or* dan ook dat het aankomt 'op alle omstandigheden van het geval'.³⁹

Dit betekent niet dat men over de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in abstracto verder niets kan zeggen. Men kan bijvoorbeeld wel min of meer algemene gezichtspunten formuleren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de vraag of het toezicht van de financiële toezichthouder in een concreet geval voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld. De Hoge Raad noemt in *DNB/Stichting Vie d'Or* een aantal van dergelijke algemene gezichtspunten, om vervolgens tegen de achtergrond van die gezichtspunten tot de formulering van een maatstaf te komen op grond waarvan moet worden beoordeeld of DNB *in casu* toezicht heeft gehouden dat voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld. De gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad aldus tot ontwikkeling brengt, zal niet limitatief bedoeld zijn. Zoals blijkt uit de literatuur en de conclusie van A-G Timmerman bij *DNB/Stichting Vie d'Or* zijn er immers wel meer algemene gezichtspunten te bedenken. In het navolgende zullen eerst de verschillende gezichtspunten worden behandeld die de Hoge Raad in *DNB/Stichting Vie d'Or* noemt. Daarna komt nog een aantal andere gezichtspunten aan bod. Tot slot wordt aandacht besteed aan de onderlinge verhouding van de verschillende gezichtspunten.

³⁷ HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (*DNB/Stichting Vie d'Or*) r.o. 4.3.3.

³⁸ Vgl. Van Dam (2006) p. 92.

³⁹ HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (*DNB/Stichting Vie d'Or*) r.o. 4.3.3.

2.5.2 Gezichtspunten Hoge Raad

(i) Beoordelings- en beleidsvrijheid

Voordat ik inga op de vraag of het bestaan van beoordelings- en beleidsvrijheid meebrengt dat de rechter marginaal moet toetsen of de financiële toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld wegens strijd met het ongeschreven recht, eerst enkele opmerkingen over de begrippen beoordelings- en beleidsvrijheid zelf. Toegesplitst op financiële toezichthouders is sprake van *beoordelingsvrijheid* voor zover het rechtens aan de financiële toezichthouder zelf is overgelaten, zelfstandig en in beginsel met uitsluiting van ieder ander te beoordelen of de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening van een van zijn bevoegdheden in *concreto* zijn vervuld. Hoe vager de bevoegdheid is omschreven, hoe groter de beoordelingsvrijheid. Een financiële toezichthouder heeft *beleidsvrijheid* wanneer hij op basis van de aan hem toekomende beoordelingsvrijheid heeft vastgesteld dat aan de wettelijke voorwaarde(n) voor bevoegdheidsuitoefening is voldaan en het aan hemzelf is overgelaten of, en zo ja wanneer en op welke wijze hij van één of meer van de hem bij wettelijk voorschrift toegekende bevoegdheden gebruikmaakt. Deze beleidsvrijheid impliceert ook de vrijheid om ervan af te zien de desbetreffende bevoegdheid uit te oefenen wanneer de voorwaarden voor uitoefening wel zijn vervuld. Dat in verband met de uitoefening van bepaalde bevoegdheden sprake is van beleidsvrijheid blijkt onder meer uit de omstandigheid dat het om een ‘kan’-bepaling gaat.⁴⁰

Over het antwoord op de vraag of het bestaan van beoordelings- en beleidsvrijheid meebrengt dat de rechter marginaal moet toetsen of de toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld wegens strijd met het ongeschreven recht, is de wetsgeschiedenis van de Wft stellig:

‘Een vraag naar eventuele aansprakelijkheid zal [...] pas aan de orde zijn indien de rechter tot de conclusie komt dat door de toezichthouder op onrechtmatige wijze geen of juist wel gebruik is gemaakt van een discretionaire bevoegdheid. Gelet op de discretionaire ruimte van de toezichthouder zal de rechter daarbij een afstandelijke c.q. marginale toetsing

40 Zie hierover in algemene zin vooral Duk, RMTh (1988) p. 157; dez. (1999) p. 191-197. Zie voorts (i) in algemene zin: o.a. Ten Berge/Michiels (2004) p. 249-250; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005) p. 141-151; en (ii) toegespitst op toezichthouders o.a.: Verhey/Verheij (2005) p. 204-209; Van Ravels in zijn annotatie nr. 3 onder Hof Den Haag 27 mei 2004, JOR 2004/206 (Stichting Vie d’Or/PVK e.a.); dez. (2004). Beide vrijheden zijn overigens terug te vinden in de definitie van beleidsregels in artikel 1:3 lid 4 Awb: ‘Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen [beleidsvrijheid, DB], de vaststelling van feiten [beoordelingsvrijheid, DB] of de uitleg van wettelijke voorschriften [beoordelingsvrijheid, DB] bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan’.

verrichten, dit om te voorkomen dat hij “op de stoel van de toezichthouder gaat zitten”.⁴¹

In de literatuur bestond echter verdeeldheid, waarbij de visie de overhand leek te krijgen dat ook als een toezichthouder beoordelings- en beleidsvrijheid heeft, de rechter volledig moet toetsen.⁴² Albers bijvoorbeeld achtte volle toetsing vanwege de in het bestuursrecht volgens haar in algemene zin bestaande beginselplicht tot handhaving zeer goed verdedigbaar.⁴³ Giesen was van mening dat aan de notie van beleidsvrijheid bij concreet toezichtsfalen geen (voldoende) gewicht kan toekomen om (op die basis) aansprakelijkheid af te wijzen, omdat met die concrete aanwijzingen de vrijheid van handelen van het overheidsorgaan is ingeperkt, en wellicht zelfs heeft opgehouden te bestaan.⁴⁴ Volgens Van Rossum zou een strengere en kritischer toetsing van omvang en kwaliteit van toezicht gerechtvaardigd zijn, omdat het publiek de gerechtvaardigde verwachting mag hebben dat een toezichthouder zal doen waarvoor hij is ingesteld, namelijk met gebruikmaking van zijn instrumenten de integriteit van het economisch handelen van de betrokken marktpartijen verzekeren en aldus het vertrouwen van publiek en marktdeelnemers in die markt waarborgen.⁴⁵ Er waren hier en daar echter ook tegengeluiden te horen. Van Ravels wees erop dat de omstandigheid dat de wetgever beslissingsruimte aan een bestuursorgaan heeft toebedeeld, in beginsel ook met betrekking tot toezichthouders impliceert dat de derde staatsmacht, de rechter, het resultaat van de waardering van de feiten door het bestuursorgaan en het resultaat van de belangenafweging terughoudend dient te toetsen.⁴⁶

41 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 19.

42 Aldus ook Van Ravels, *Ondernemingsrecht* (2006) p. 631 (l.k.).

43 Albers, *NTB* (2004) p. 206-207; dez. *NTBR* (2005) p. 487-490. Het is overigens nog maar de vraag of er in het bestuursrecht in algemene zin een beginselplicht tot handhaving bestaat. Volgens Van Ravels, *Ondernemingsrecht* (2006) p. 631 (l.k.) moet men dit nuanceren en bestaat deze beginselplicht alleen in een deel van het omgevingsrecht. Giesen, *AV&S* (2002) p. 105 wijst erop dat het twijfelachtig is of toezichthouders in bepaalde gevallen een beginselplicht tot handhaving zullen hebben, omdat het hele concept van de beginselplicht tot handhaving, ook in bestuursrechtelijke kringen, met twijfels omgeven is. Vgl. ook Van Rossum (2005) p. 37-41, met verdere verwijzingen.

44 Giesen (2005) p. 89-90.

45 Van Rossum (2001) p. 20-21; dez. (2005) p. 34.

46 Zie zijn annotatie onder Hof Den Haag 27 mei 2004, *JOR* 2004/206 (Stichting Vie d'Or e.a./Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer e.a.) nr. 4-7; zie (uitvoerig) dez. (2004) o.a. p. 147-148, 157, met verwijzingen naar de algemene literatuur waaruit blijkt dat doorgaans wordt aangenomen dat de rechter uit respect voor de wetgever aan het bestuur verleende 'vrijheden' niet tot een volledige herbeoordeling en herwaardering mag overgaan (zie m.n. p. 147, noot 11). Haan-Kamminga (2003) p. 125-128 heeft zich ook een voorstander getoond van een marginale toetsing daar waar de toezichthouder beoordelings- en beleidsvrijheid heeft. Ook A-G Timmerman is in nr. 3.18-3.20 van zijn conclusie bij HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006/295 m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or) van oordeel dat de wil van de wetgever om voor een bevoegdheid beoordelings- en beleidsvrijheid toe te kennen voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag gewicht in de schaal dient te leggen.

Ook de lagere jurisprudentie was verdeeld. Dit kan mooi geïllustreerd worden aan de hand van de Vie d'Or-zaak. In eerste aanleg verweet de Stichting Vie d'Or (die de gemeenschappelijke belangen van de voormalige polishouders van de gefailleerde verzekeraar NV Levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or behartigt) de (toenmalige) Stichting Pensioen- en Verzekeringskamer (PVK)⁴⁷ dat zij de antecedenten, de deskundigheid en de betrouwbaarheid van het bestuur van Vie d'Or niet had onderzocht, de financiële positie van Vie d'Or verkeerd had beoordeeld en had nagelaten haar 'plan van aanpak' uit te voeren. De rechtbank oordeelde dat de PVK *niet* onrechtmatig had gehandeld jegens de voormalige polishouders van Vie d'Or en ging er daarbij van uit dat ingeval de PVK een zekere beleidsvrijheid toekomt, de rechter marginaal moet toetsen en (derhalve) slechts mag bezien of de toezichthouder in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen.⁴⁸

In het hoger beroep kwam het Hof Den Haag tot het tegenovergestelde oordeel dat de PVK wél onrechtmatig had gehandeld jegens de voormalige polishouders. Het concrete geschil in hoger beroep ging uiteindelijk over één aspect van het handelen van de PVK, te weten de vermeende te late aanstelling van een stille bewindvoerder in de zin van het toenmalige artikel 34 Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv).⁴⁹ Het hof kwam tot de tegengestelde beslissing dat de PVK *wel* onrechtmatig had gehandeld jegens de voormalige polishouders en ging er bij zijn beoordeling van uit dat de rechter ook als sprake is van beleidsvrijheid vol en niet marginaal moet toetsen.⁵⁰

De Hoge Raad bekrachtigt – in navolging van zijn A-G Timmerman⁵¹ – in casatie de door het hof verworpen benadering van de rechtbank: daar waar de toezichthouder beoordelings- en beleidsvrijheid heeft, dient de rechter terughoudend te toetsen.⁵² De door de Hoge Raad gekozen benadering is mijns inziens terecht. Het is immers – zoals het in de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis van de Wft wordt formuleerd – niet de bedoeling dat de rechter 'op de stoel van de toezichthouder gaat zitten' en vervolgens de door de toezichthouder gemaakte afweging nog eens integraal over doet. Dit zou ingaan tegen de wil van de wetgever, die immers zekere 'vrijheden' heeft

47 Inmiddels krachtens juridische fusie opgegaan in DNB. Zie Fusiewet De Nederlandsche Bank N.V. en de Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer.

48 Rb. Den Haag 13 juni 2001, JOR 2001/215 (Stichting Vie d'Or e.a./Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer e.a.) r.o. 3.10.

49 Zie thans artikel 1:76 Wft, welke bepaling betrekking heeft op de benoeming van een stille curator bij een financiële onderneming. Onder andere een verzekeraar is een financiële onderneming en onder andere een levensverzekeraar is een verzekeraar. Zie de definities van 'financiële onderneming' en 'verzekeraar' opgenomen in artikel 1:1 Wft.

50 Hof Den Haag 27 mei 2004, JOR 2004/206, m.nt. B.P.M. van Ravels en W.J.M. van Andel (Stichting Vie d'Or e.a./ Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer e.a.) r.o. 7.5.

51 Zie zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or) nr. 3.18-3.20.

52 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or) r.o. 4.3.3.

verleend aan de toezichthouders.⁵³ Geconcludeerd kan worden dat het bestaan van beoordelings- en beleidsvrijheid meebrengt dat de rechter minder snel tot het oordeel zal kunnen komen dat de toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld.

(ii) Geen wijsheid achteraf

In de tweede plaats is van belang dat de rechter het handelen van de toezichthouder niet mag beoordelen met de *benefit of hindsight*:

‘Het gaat niet erom of, achteraf oordelend, een andere beslissing betere ware geweest en of daardoor schade aan derden door een uiteindelijke deconfiture van de verzekeraar had kunnen worden voorkomen, maar of in de omstandigheden en met de kennis van toen de Verzekeringskamer in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen.’⁵⁴

Ook dit gezichtspunt zal over het algemeen tot gevolg hebben dat de rechter minder snel tot het oordeel zal kunnen komen dat de toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld.

(iii) Aard van het toezicht

Ten derde is ook de aard van het toezicht een belangrijk gezichtspunt.⁵⁵ Men kan daarbij een onderscheid maken tussen repressief toezicht (toezicht achteraf) en preventief toezicht (toezicht vooraf):

‘Het stelsel van toezicht is [...] in beginsel normatief en repressief en bestaat in belangrijke mate uit controle achteraf op de naleving van wettelijke normen, in het bijzonder die met betrekking tot de solvabiliteit van de verzekeraar, bij welk toezicht de Verzekeringskamer de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeraar voor de bedrijfsvoering tot uitgangspunt heeft te nemen.’⁵⁶

Ik zou de relevantie van het onderscheid naar repressief en preventief toezicht als volgt willen zien. Is het toezicht in overwegende mate repressief van aard, dan zal men daar over het algemeen minder hooggespannen verwachtingen van mogen hebben dan van toezicht dat in overwegende mate

53 Vgl. voor dat laatste als gezegd ook Van Ravels in zijn annotatie nr. 4 onder Hof Den Haag 27 mei 2004, JOR 2004/206 (Stichting Vie d’Or/PVK e.a.); dez. (2004) o.a. p. 157.

54 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d’Or) r.o. 4.3.3. Aldus ook A-G Timmerman in nr. 4.24 van zijn conclusie bij voornoemd arrest.

55 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d’Or) r.o. 4.3.3. De aard van het toezicht wordt ook in de literatuur beschouwd als een relevant gezichtspunt: Van Rossum (2001) p. 14-18; dez. (2005) p. 26-29; Van Dijk, NTBR (2003) p. 192.

56 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d’Or) r.o. 4.3.3. De Hoge Raad sluit daarmee aan bij de wetsgeschiedenis, waarover uitgebreid r.o. 4.1.1-4.1.6.

preventief van aard is. Anders dan bij preventief toezicht is het kwaad immers (deels) al geschied. De toezichthouder kan in geval van repressief toezicht enkel nog bijsturen en proberen erger te voorkomen. De eigen verantwoordelijkheid van de primaire dader neemt bij repressief toezicht dan ook een prominentere plaats in dan bij preventief toezicht. Als toezicht in overwegende mate repressief is, zal in de regel minder snel kunnen worden aangenomen dat de toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld dan wanneer het toezicht in overwegende mate preventief van aard is.

(iv) Doel van het toezicht

Ten vierde is ook het doel van het toezicht van belang.⁵⁷ De Hoge Raad overweegt in *DNB/Stichting Vie d'Or* als volgt:

‘Het toezicht dient [...] mede ertoe het vermogensbelang van de (toekomstige) polishouders, welk belang de Verzekeringskamer uit de aard van haar toezicht kent of behoort te kennen, zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar van deconfiture van de verzekeraar.’⁵⁸

Met andere woorden: juist het gevaar waartegen de toezichthouder polishouders zo veel mogelijk behoorde te beschermen – het faillissement van hun verzekeraar – heeft zich verwezenlijkt. Voor de beantwoording van de vraag of de toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld, is dit vanzelfsprekend een relevant gezichtspunt. Als een van de doelen van het toezicht geschonden is, dan is dat een gezichtspunt dat wijst in de richting dat de toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld.

(v) Complexe belangenafweging; toezichthoudersdilemma

Ten vijfde staat een toezichthouder veelal voor een complexe belangenafweging. In *DNB/Stichting Vie d'Or* overweegt de Hoge Raad als volgt:

‘De Verzekeringskamer behoort bij de uitoefening van het toezicht en haar oordeel omtrent de noodzakelijkheid en effectiviteit van de in dat kader al of niet te treffen maatregelen [het vermogensbelang van de (toekomstige) polishouders] – naast de belangen van de verzekeraar en de belangen van maatschappelijke aard – in haar afweging te betrekken. Bij die afweging spelen ook eisen van doelmatigheid, evenredigheid,

57 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or) r.o. 4.3.3. Het doel van het toezicht wordt ook in de literatuur beschouwd als een relevant gezichtspunt: Van Rossum (2001) p. 16-18; dez. (2005) p. 26-29; Van Dijk, NTBR (2003) p. 192; Giesen, AV&S (2001) p. 102 (l.k.); dez. (2005) p. 114-115. Het doel van het toezicht speelt zoals hierna in par. 3 zal blijken ook een belangrijke rol bij de vaststelling of aan het relativiteitsvereiste ex artikel 6:163 BW is voldaan.

58 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or) r.o. 4.3.3.

proportionaliteit en subsidiariteit, alsmede de eventuele nadelige gevolgen van de te treffen maatregel een rol. Bij dit laatste verdient opmerking dat de Verzekeringskamer voor een “toezichthoudersdilemma” kan komen te staan, waarbij de belangen van de polishouders enerzijds gediend zijn met maatregelen ter onverkorte naleving van financiële normen, maar die maatregelen anderzijds de continuïteit van de bedrijfsvoering van de verzekeraar in gevaar brengen, hetgeen het belang van de polishouders kan schaden. Bij de beoordeling van deze belangenafweging zal de rechter onder meer moeten betrekken in hoeverre de Verzekeringskamer zelf ertoe heeft bijgedragen dat dit dilemma ontstond, bijvoorbeeld doordat zij ongunstige ontwikkelingen van structurele aard op hun beloop heeft gelaten.⁵⁹

Kort samengevat: toezichthouders moeten in de uitoefening van hun toezichthoudende taak rekening houden met uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen en daarbij ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard. In dit opzicht vertoont de positie van een toezichthouder enige gelijkennis met de rol van de curator in faillissement.⁶⁰ Dit gezichtspunt erkent in feite dat de taak van de toezichthouder een lastige is en men dus niet te snel moet oordelen dat de toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld.

(vi) Geen garanties, wel tijdig en adequaat handelen

Ten zesde geldt dat van een financiële toezichthouder aan de ene kant niet zal kunnen worden geveerd dat hij *garandeert* dat onder zijn toezicht gestelden de regels steeds naleven en geen brokken maken, maar dat van een financiële toezichthouder aan de andere kant wel mag worden verwacht dat hij tijdig en adequaat handelt:

59 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d’Or) r.o. 4-3-3. Zie over het toezichthoudersdilemma o.a. Giesen (2005) p. 140-142.

60 Aldus ook Van Rossum (2001) p. 13. Zie voor de zorgvuldigheidsnorm die voor curatoren geldt HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, m.nt. WMK; JOR 1996/48, m.nt. SCJK (Maclou) r.o. 3.6: “Onder 2.2.a verdedigt het onderdeel de stelling dat “de aan een faillissementscurator (...) te stellen zorgvuldigheidsnorm” in beginsel gelijk is aan die welke geldt voor advocaten en vergelijkbare beroepsbeoefenaren. Deze stelling kan niet als juist worden aanvaard. Zij miskent vooreerst dat een curator, ook al beoefent hij het beroep van advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep, bij het vervullen van zijn taak als curator niet optreedt als beoefenaar van dat beroep. Voorts miskent die stelling dat de curator, anders dan de beoefenaar van een beroep als dat van advocaat, niet in een contractuele betrekking staat tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, alsmede dat hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.”

‘De enkele omstandigheid dat het toezicht van de Verzekeringskamer niet heeft kunnen voorkomen dat verzekerden schade lijden als gevolg van een deconfiture van de verzekeraar is onvoldoende om de uitoefening van dat toezicht ten opzichte van die verzekerden als onrechtmatig aan te merken. Het toezicht kan, naar volgt uit hetgeen hiervoor in de inleidende beschouwingen omtrent aard en doel van het toezicht is overwogen, niet garanderen dat een deconfiture wordt voorkomen. Niettemin dient de Verzekeringskamer haar toezichthoudende bevoegdheden zodanig uit te oefenen dat het risico van een uiteindelijke deconfiture van de verzekeraar zo gering mogelijk blijft. Dat houdt ook in dat de Verzekeringskamer niet ermee kan volstaan eerst dan maatregelen te treffen indien sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar voor deconfiture van de verzekeraar, maar dat zij tijdig en adequaat die maatregelen treft, die met het oog op het zoveel mogelijk voorkomen van een deconfiture in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van haar kunnen worden gevergd. Treft de Verzekeringskamer enigerlei maatregel, dan dient zij nauwlettend erop toe te zien dat deze maatregel het beoogde effect heeft en, zo dit niet het geval blijkt te zijn, behoort zij een meer effectieve maatregel te nemen. De beoordeling van de keuze van de Verzekeringskamer tot het treffen of achterwege laten van een bepaalde maatregel dient dan ook mede te geschieden met inachtneming van het geheel van het voordien uitgeoefende toezicht en de in dat kader reeds getroffen maatregelen en gebleken effecten.’⁶¹

Dit gezichtspunt heeft een enerzijds/anderzijds karakter en wijst derhalve noch noodzakelijkerwijs in de richting dat de toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld, noch noodzakelijkerwijs in de richting dat de toezichthouder zorgvuldig heeft gehandeld.

2.5.3 Concrete invulling zorgvuldigheidsnorm door Hoge Raad

Tegen de achtergrond van de voornoemde gezichtspunten komt de Hoge Raad tot de formulering van een maatstaf op grond waarvan moet worden beoordeeld of *in casu* toezicht is gehouden dat voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld:

‘Toegesneden op het verwijt in de onderhavige zaak dat de Verzekeringskamer heeft nagelaten tijdig van haar bevoegdheid tot benoeming van een stille bewindvoerder als bedoeld in art. 34 Wtv gebruik te maken, geldt tegen de achtergrond van het vorenstaande voor de beantwoording van de

61 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d’Or) r.o. 4.3.3.

vraag of de Verzekeringskamer is tekortgeschoten in de uitoefening van haar toezichthoudende taak de volgende maatstaf.

De Verzekeringskamer handelt ten opzichte van de polishouders onrechtmatig indien zij in de omstandigheden van het geval, uitgaande van de gegevens waarover zij beschikte of behoorde te beschikken en gelet op het geheel van de reeds getroffen maatregelen en de gebleken (in)effectiviteit daarvan, alle belangen in aanmerking genomen – de mogelijk nadelige effecten van de benoeming van een stille bewindvoerder daaronder begrepen – met het oog op de aantasting van de individuele vermogensbelangen van de polishouders in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat ook zonder de benoeming van een stille bewindvoerder het gevaar voor een uiteindelijke deconfiture zo veel mogelijk bleef afgewend.⁶²

2.5.4 *Andere gezichtspunten*

(i) Algemeen

Naast de vorenstaande gezichtspunten die de Hoge Raad in *DNB/Stichting Vie d'Or* noemt, zijn zeker nog andere gezichtspunten te bedenken die in algemene zin van belang kunnen zijn bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die een financiële toezichthouder in acht heeft te nemen jegens derden. Een aantal daarvan komt hierna aan bod.

(ii) Legaliteitsbeginsel

De AFM en DNB zijn publiekrechtelijke organen. Voor hen geldt daarom het legaliteitsbeginsel.⁶³ Dat wil zeggen: voor de AFM en DNB geldt het beginsel van ongeschreven recht dat al hun handelen een wettelijke basis vereist. Bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm komt dan ook groot gewicht toe aan de wettelijke taak en de toegekende bevoegdheden. Een toezichthouder die wel had willen ingrijpen, maar dat wegens het ontbreken van een wettelijke voorziening niet heeft kunnen doen, zal geen verwijt kunnen worden gemaakt. Als een toezichthouder daarentegen wel ingrijpt, maar hiertoe niet over een wettelijke bevoegdheid beschikt, handelt hij onrechtmatig.⁶⁴

62 HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or) r.o. 4.3.4.

63 Zie over het legaliteitsbeginsel o.m. Van Maanen/De Lange (2005) p. 2-6; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005) p. 36-38.

64 Zie A-G Timmerman in nr. 3.13 van zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or).

(iii) Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Voor handelingen van de overheid gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook zelfstandige bestuursorganen als de AFM en DNB hebben zich hieraan dus te houden. Zie expliciet de wetsgeschiedenis van de Wft:

‘Vanzelfsprekend worden de toezichthouders geacht ‘met beleid’ gebruik te maken van hun bevoegdheden. Of, wanneer en hoe de bevoegdheden worden ingezet is in beginsel ter bepaling aan de toezichthouder, binnen de discretionaire ruimte die deze daartoe heeft. [...] Zodra eenmaal is gekozen om bepaalde bevoegdheden in te zetten, dient dit vanzelfsprekend op zorgvuldige wijze te gebeuren, dat wil zeggen met inachtneming van alle geschreven (in de Algemene wet bestuursrecht opgenomen) en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur.’⁶⁵

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn niet alleen van toepassing op het bestuursrechtelijk handelen van de overheid, maar ook als zij bevoegdheden uitoefent die haar naar burgerlijk recht toekomen.⁶⁶ Dit blijkt uitdrukkelijk uit de parlementaire geschiedenis van de Awb:

‘Ook bij invulling van wat voor de overheid een onrechtmatige gedraging is, spelen algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke rol.’⁶⁷

Met behulp van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan de door een financiële toezichthouder in een specifiek geval in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm dan ook nader worden bepaald.⁶⁸ De rechter toetst in beginsel ‘vol’ en niet marginaal aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zie het arrest van de Hoge Raad inzake *Zeeland/Hoondert*:

‘Voor zover het onderdeel betoogt dat er slechts plaats is voor een “marginale toetsing” [aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur], waarmee het onderdeel klaarblijkelijk op het oog heeft een meer beperkte toet-

65 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 19.

66 Zie HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon); herhaald in HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m.nt. MS (Zeeland/Hoondert) r.o. 3.3. De wetgever heeft zich bij deze ontwikkelingen aangesloten in de artikelen 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb. Zie hierover o.m. Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 290a; Van Maanen/De Lange (2005) m.n. p. 46-49; Scheltema/Scheltema (2003) p. 288-290.

67 Parl.Gesch. Awb I (1993) p. 86 (r.k.).

68 Vgl. A-G Timmerman in nr. 3.21 van zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d’Or).

sing zoals aan de orde zou kunnen zijn bij een de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf, vindt het [geen] steun in het recht.⁶⁹

Een uitzondering op de ‘volle’ toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet echter worden gemaakt voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel dient – in beginsel⁷⁰ – wel marginaal te geschieden. Een rechter dient niet te beoordelen wanneer de gevolgen van het overheidshandelen redelijk zijn. De invulling van de norm wat redelijke gevolgen zijn, dient de rechter aan het bestuur over te laten, omdat een veelheid aan uitkomsten denkbaar is. Het is slechts aan de rechter om te beoordelen of niet elke redelijkheid of evenredigheid wat betreft de gevolgen ontbreken.⁷¹

Men moet de verhouding tussen de bij de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid bestaande beoordelings- en beleidsvrijheid en de in beginsel ‘volle’ toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – in de woorden van Scheltema en Scheltema – als volgt zien:

‘Er wordt [...] bezien of de overheid zich aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehouden. Die toetsing vindt volledig plaats. De rechter gaat niet bezien of hij de beleidsvrijheid, die de overheid binnen de marges van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toekomt, anders zou hebben ingevuld. In die zin vindt een marginale toetsing plaats.’⁷²

69 Zie HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, m.nt. MS (Zeeland/Hoondert) r.o. 3.3. Zie hierover o.a. Scheltema/Scheltema (2003) p. 289-290; Tjittes (1996) p. 49-50, beide met verdere verwijzingen.

70 In beginsel, want bij besluiten met een punitief karakter brengt artikel 6 EVRM mee dat weer wel ‘vol’ wordt getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Zie o.a. CBB 29 april 2004, JOR 2004/173, m.nt. CMGvdK en J.F. de Groot, r.o. 6.9; CBB 20 september 2005, JOR 2005/251, r.o. 5.2; Rb. Rotterdam 27 april 2006, JOR 2006/186, r.o. 2.4 (het ging in voornoemde gevallen om de vraag of de AFM bij een boeteoplegging terecht geen gebruik had gemaakt van haar matigingsbevoegdheid ingevolge het (toenmalige) art. 48d lid 4 Wet toezicht effectenverkeer (‘Wte 1995’) wegens overtreding van het verbod om zonder prospectus effecten aan te bieden (art. 3 Wte 1996; eerste en laatste uitspraak) respectievelijk het verbod om zonder vergunning te bemiddelen bij het tot stand brengen van effectentransacties (art. 7 Wte 1995; middelste uitspraak)). Zie ook uitdrukkelijk Kamerstukken II 2004/2005, 30 125, nr. 2 (Nota boetestelsel in financiële wetgeving) p. 17 “Op grond van de waarborgen die artikel 6 EVRM biedt zal een rechter [...] inhoudelijk toetsen of een toezichthouder terecht gebruik heeft gemaakt van zijn matigingsbevoegdheid. Over de toetsing van bestuurlijke boetes is in de jurisprudentie namelijk bepaald dat aan de vereisten van artikel 6 EVRM is voldaan wanneer de bestuursrechter de hoogte van de boete ‘vol’ toetst op evenredigheid tussen enerzijds de hoogte ervan en anderzijds de ernst van de gedraging, de verwijtbaarheid en de omstandigheden van de overtreder.”

71 Zie A-G Timmerman in nr. 3.21, noot 66 van zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d’Or).

72 Scheltema/Scheltema (2003) p. 289-290.

De belangrijkste algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn (1) het verbod van willekeur (*abus de pouvoir*), inhoudende dat de overheid niet volstrekt willekeurig mag handelen; (2) het verbod van *détournement de pouvoir*, inhoudende dat de overheid haar bevoegdheden niet mag gebruiken voor een ander doel dan waarvoor zij zijn verleend; (3) het gebod tot *fair play*; (4) het zorgvuldigheidsbeginsel, inhoudende dat de overheid haar beslissingen met voldoende zorg moet voorbereiden (en uitvoeren); (5) het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel, dat vooral meebrengt dat opgewekte verwachtingen zo veel mogelijk gehonoreerd moeten worden; (6) het motiveeringsbeginsel, dat meebrengt dat beslissingen met redenen omkleed moeten worden, zodat deze de beslissing kunnen dragen; (7) het al genoemde evenredigheidsbeginsel,⁷³ dat vordert dat bij een beslissing de belangen van anderen niet onevenredig mogen worden geschaad; (8) het gelijkheidsbeginsel, op grond waarvan gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld; (9) het specialiteitsbeginsel, inhoudende dat slechts die belangen in de afweging worden betrokken die relevant zijn in het licht van de desbetreffende regeling.⁷⁴

Een aantal van deze beginselen is inmiddels gecodificeerd in de artikelen 3:2 (zorgvuldigheidsbeginsel), 3:3 (*détournement de pouvoir*), 3:4 lid 2 en 5:13⁷⁵ (beide betrekking hebbend op het evenredigheidsbeginsel) en 3:46-50 (motiveeringsbeginsel) Awb. Bij schending door de AFM of door DNB van één of meer van de in de wet neergelegde beginselen zal derhalve niet sprake zijn van onrechtmatigheid wegens schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, maar wegens strijd met een wettelijke plicht.⁷⁶ In die gevallen kan een onrechtmatigheidsoordeel derhalve, ondanks het feit dat het gaat om de uitoefening van een bevoegdheid waarbij beoordelings- en beleidsvrijheid bestaat, toch gegrond worden op handelen in strijd met een wettelijke plicht.⁷⁷

73 Het evenredigheidsbeginsel klinkt ook door in HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or) r.o. 4.3.3 (zie par. 2.5.2 onder (v) hiervoor over het gezichtspunt van de complexe belangenafweging).

74 Zie over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur o.a. Van Maanen/De Lange (2005) p. 46-49; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005) p. 273-371.

75 Van de artikelen 3:4 lid 2 en 5:13 Awb verdient de laatste bepaling enige toelichting. Artikel 5:13 Awb luidt als volgt: 'Een toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is'. Uit artikel 5:11 Awb blijkt dat onder 'toezichthouder' wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Artikel 5:11 Awb hanteert dus een andere definitie van toezichthouder dan artikel 1:1 Wft (zie noot 1, hiervoor), waardoor artikel 5:13 Awb niet rechtstreeks van toepassing is op de AFM en DNB (vgl. over de reikwijdte van de definitie van toezichthouder zoals vervat in art. 5:11 Awb o.m. Van Rossum (2005) p. 14-15). Artikel 1:74 lid 2 Wft verklaart artikel 5:13 Awb echter van overeenkomstige toepassing op de AFM en DNB (vgl. hierover Grundmann-Van de Krol (2007) p. 473).

76 Vgl. o.a. Scheltema/Scheltema (2003) p. 288; Van Dam (2006) p. 94.

77 Zie ook par. 2.3 hiervoor, in fine, en met name noot 28.

(iv) Kelderluik-criteria

In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat bij de beoordeling van de vraag of de financiële toezichthouder in een concreet geval in strijd met het ongeschreven recht onrechtmatig heeft gehandeld ook de bekende *Kelderluik-criteria*⁷⁸ kunnen worden toegepast.⁷⁹ Op basis van deze criteria dient in een concreet geval gelet te worden op (1) de aard en de omvang van de schade, (2) de bekendheid en voorzienbaarheid dat schade optreedt, (3) de aard van de gedraging (met inbegrip van nalaten), en (4) de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen.

De *Kelderluik-criteria* impliceren een afweging van enerzijds de omvang en het risico (kans op schade, aard en omvang van de schade) en anderzijds de, mede gezien de aard van de gedraging, bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.⁸⁰ Bij de omvang van het risico is enerzijds bijvoorbeeld van belang dat het in het kader van de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders zal gaan om zuivere vermogensschade en niet bijvoorbeeld om letselschade, en anderzijds dat bijvoorbeeld het failliet gaan van een (grote) verzekeraar of een bank verstreckende maatschappelijke gevolgen kan hebben. Verder zal de overtreding van het ene voorschrift door bijvoorbeeld een bank of een verzekeraar en dus ook de niet-handhaving daarvan door de toezichthouder een grotere kans op schade tot gevolg hebben dan een overtreding van een ander voorschrift.⁸¹ In verband met de aard van de gedraging is nog van belang dat de financiële toezichthouder niet de primaire veroorzaker van de schade is, maar slechts zijdelingse laedens. Een toezichthouder kan immers niet worden verweten dat de schade is ontstaan. Hem kan slechts worden verweten dat hij het ontstaan van de schade niet heeft voorkomen, terwijl dit van hem in het concrete geval wel verwacht mocht worden.⁸² Verder, naarmate de toezichthouder meer bekend is met misstanden, neemt voorzienbaarheid van de schade toe en wordt de in acht te nemen toezichtsnorm strenger. Was de toezichthouder niets bekend over misstanden, dan is het veel lastiger om hem een verwijt te maken. Het is daarom inmiddels gebruikelijk om een onderscheid te maken tussen algemeen en concreet toezichtsfalen. Algemeen toezichtsfalen ziet op de situatie dat een toezicht-

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

79 Giesen, AV&S (2002) p. 102 (r.k.) en 103 (l.k.); dez. (2005) p. 115-116; Van Rossum (2005) p. 65; Van Dijk, NTBR (2003) p. 192-193; Albers, NTB (2004) p. 207 (r.k.), 208 (l.k.); dez. NTBR (2005) p. 490-491; Van Dam (2006) p. 91-92. Aldus ook A-G Timmerman in nr. 3.15 van zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or). Van Dijk, NTBR (2003) p. 193 (l.k.) en Van Rossum (2005) p. 65, noot 131, merken terecht op dat het vrij algemene karakter van de *Kelderluik-criteria* maakt dat zij zich gemakkelijk in een publiekrechtelijke setting laten inpassen. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 24 december 2003, NJ 2004, 230; NJF 2004, 185; JB 2004, 69, m.nt. C.L.G.F.H. A.) (*Vuurwerkramp Enschede*) r.o. 3.1.2.

80 Van Dijk, NTBR (2003) p. 193 (l.k.); Van Rossum (2005) p. 66.

81 Van Dijk, NTBR (2003) p. 193 (l.k.).

82 A-G Timmerman in nr. 3.17 van zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or).

houder onvoldoende heeft gedaan om hem bekende overtredingen op te sporen. Bijzonder toezichtsfalen heeft betrekking op de situatie dat een toezichthouder onvoldoende heeft gedaan om hem bekende overtredingen aan te pakken. Aansprakelijkheid wegens algemeen toezichtsfalen wordt in de literatuur nauwelijks denkbaar geacht. De wijze waarop het bestuur de hem ter beschikking staande middelen wenst te verdelen, zal in rechte slechts beperkt toetsbaar zijn. Dit betreft immers in hoge mate een politieke keuze.⁸³

(v) Core Principles for Effective Banking Supervision

Ook de zogenoemde *Core Principles for Effective Banking Supervision* opgesteld door het *Basel Committee on Banking Supervision* kunnen de zorgvuldigheidsnorm nader invullen. Het *Basel Committee on Banking Supervision* is opgericht in 1975 door de presidenten van de centrale banken van de *Group of Ten* (G10). Het bestaat uit senior vertegenwoordigers van banktoezichthouders en centrale banken van België, Canada, Duitsland, Frankrijk, Italië, Japan, Luxemburg, Nederland, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland. Het Basel Comité komt bijeen bij de Bank voor Internationale Betalingen in Basel, Zwitserland, waar ook het secretariaat van het Comité gevestigd is. Het Comité heeft betrekking op de prudentiële toezichthouders en niet op de gedragtoezichthouders. Het Basel Comité heeft geen supranationale toezichthoudende bevoegdheden en zijn conclusies en aanbevelingen zijn niet juridisch verbindend. De doelstelling van het Comité is om normen en richtlijnen voor toezicht te formuleren en aanbevelingen te doen voor 'best practices' in de verwachting dat nationale autoriteiten deze zullen implementeren door middel van wetgeving of langs andere weg. Op die manier probeert het Comité de convergentie te bevorderen. Het streeft geen gedetailleerde harmonisatie van de nationale toezichtstechnieken en -regels na.⁸⁴

Het Comité heeft in september 1997, in nauwe samenwerking met een groot aantal banktoezichthouders van buiten de G10, de zogenoemde *Core Principles for Effective Banking Supervision* het licht doen zien. In oktober 2006 is een enigszins herziene versie van deze beginselen verschenen die de versie uit 1997 vervangt.⁸⁵ De *Core Principles for Effective Banking Supervision* voorzien in een omvangrijke blauwdruk voor een effectief toezichtssysteem. Om de implementatie te faciliteren heeft het Comité in oktober 1999 de *Core*

83 Zie over het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen o.a. Van Boom/Giesen, *NJB* (2001) p. 1676, 1679; Giesen, *AV&S* (2002) p. 103 (l.k.); dez. (2005) p. 23; Van Rossum (2005) p. 62; Van Dam (2006) p. 109-111; A-G Timmerman in nr. 3.16 van zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or).

84 Zie hierover Van Dam (2006) p. 82.

85 Beide versies van de *Core Principles for Effective Banking Supervision* zijn te downloaden via <www.bis.org>

Principles Methodology ontwikkeld. Ook hiervan is in oktober 2006 een herziene versie verschenen.⁸⁶ Het eerste beginsel van de *Core Principles for Effective Banking Supervision* (zowel in zijn oorspronkelijke versie als in zijn herziene versie) biedt een gezichtspunt dat van belang zou behoren te zijn bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die een financiële toezichthouder⁸⁷ in acht heeft te nemen jegens derden. Het eerste beginsel van de *Core Principles for Effective Banking Supervision* luidt in zijn herziene versie als volgt:

'Principle 1 – Objectives, independence, powers, transparency and cooperation: An effective system of banking supervision will have clear responsibilities and objectives for each authority involved in the supervision of banks. Each such authority should possess operational independence, transparent processes, sound governance and adequate resources, and be accountable for the discharge of its duties. A suitable legal framework for banking supervision is also necessary, including provisions relating to authorisation of banking establishments and their ongoing supervision; powers to address compliance with laws as well as safety and soundness concerns; and legal protection for supervisors [cursivering aangebracht, DB]. Arrangements for sharing information between supervisors and protecting the confidentiality of such information should be in place.'

Het gaat om de woorden 'and legal protection for supervisors'. De oorspronkelijke versie van het eerste beginsel bevatte woorden van gelijke strekking. De (korte) toelichting op de herziene versie van de *Core Principles for Effective Banking Supervision* zwijgt over de exacte betekenis van deze woorden, maar uit de (meer uitvoerige) toelichting op de oorspronkelijke versie blijkt dat hieronder wordt verstaan '[...] protection (normally in law) from personal and institutional liability for supervisory actions taken in good faith in the course of performing supervisory duties'.⁸⁸ Het eerste beginsel van de *Core Principles for Effective Banking Supervision* wil de aansprakelijkheid van de (prudentiële) toezichthouder dus beperken tot gevallen waarin hij te kwader trouw handelt. Dit strookt naar de letter niet met het in Nederland geldende recht, want een financiële toezichthouder kan ook aan-

86 Beide versies van de *Core Principles Methodology* zijn te downloaden via <www.bis.org>

87 En in het bijzonder DNB, aangezien de *Core Principles for Effective Banking Supervision* strikt genomen alleen maar betrekking hebben op de prudentiële toezichthouders.

88 Zie p. 14 van de oorspronkelijke *Core Principles for Effective Banking Supervision*.

sprakelijk zijn als deze niet te kwader trouw handelt. Belangrijker is echter dat in de *Core Principles for Effective Banking Supervision* een voorzichtige benadering van de aansprakelijkheid van (prudentiële) toezichthouders wordt bepleit.⁸⁹ Uit de afweging die de Hoge Raad heeft gemaakt in *DNB/Stichting Vie d'Or* komt eveneens het beeld naar voren van een genuanceerde, terughoudende benadering. Geconstateerd kan dan ook worden dat de door de Hoge Raad ingeslagen weg (weliswaar niet naar de letter, maar wel) naar de geest strookt met de *Core Principles for Effective Banking Supervision*.

2.5.5 *Onderlinge verhouding gezichtspunten*

Tot slot enkele opmerkingen over de onderlinge verhouding van de bovengenoemde gezichtspunten. Als het legaliteitsbeginsel door de toezichthouder geschonden wordt in de zin dat hij ingrijpt terwijl hij hiertoe niet over een wettelijke bevoegdheid beschikt, handelt hij onrechtmatig wegens strijd met het ongeschreven recht. Aan de overige gezichtspunten komt men dan niet meer toe. Als een toezichthouder bij het uitoefenen van een bevoegdheid ten aanzien waarvan hij beleids- en beoordelingsvrijheid heeft één of meer van de (geschreven of ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur schendt, staat de onrechtmatigheid eveneens vast (hetzij wegens strijd met een wettelijke plicht, hetzij wegens strijd met het ongeschreven recht). Aan de overige gezichtspunten komt men dan evenmin toe. Ondanks het bestaan van beoordelings- en beleidsvrijheid zal de rechter in beginsel "vol" moeten toetsen of sprake is van een schending van een of meer van de beginselen van behoorlijk bestuur. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur perken de beoordelings- en beleidsvrijheid met andere woorden nader in. Afgezien van een toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur zal de rechter wanneer de toezichthouder beleids- en beoordelingsvrijheid heeft, terughoudend moeten toetsen. Deze terughoudende toetsing indachtig zal hij dan de overige hiervoor behandelde (en wellicht ook andere) gezichtspunten in ogenschouw moeten nemen en tegen elkaar moeten afwegen. Hoe die afweging uitvalt, zal steeds afhangen van de omstandigheden van het concrete geval.⁹⁰

89 Vgl. A-G Timmerman in nr. 3.23 van zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or).

90 Zie over de onderlinge verhouding van de verschillende gezichtspunten ook A-G Timmerman in nr. 3.21 en 3.22 van zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or).

3 Relativiteit

DNB/Stichting Vie d'Or werpt niet alleen een nader licht op de wijze waarop men de zorgvuldigheidsnorm in verband met toezichthouderaansprakelijkheid moet verstaan, maar ook op de manier waarop men in relatie tot toezichthouderaansprakelijkheid om moet gaan met het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW).⁹¹

Om de ontwikkelingen op dit punt goed te kunnen plaatsen, behandel ik eerst kort het *Duwbak-Linda*-arrest van de Hoge Raad.⁹² Kort gezegd ging het om het volgende geval. De Linda, een duwbak, was gekapseisd waardoor zij schade had toegebracht aan enkele schepen die in eigendom toebehoorden aan ene Van Hasselt. De bodemplaten van De Linda bleken totaal verrot. Nauwelijks een jaar voor het ongeval had De Linda het vereiste veiligheids-certificaat gekregen voor de duur van zeven jaar. Aan de afgifte was een keuring vanwege de Staat voorafgegaan, maar daarbij was iets misgegaan. Het certificaat had nooit afgegeven mogen worden. Van Hasselt spreekt onder andere de Staat aan tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad, maar de vordering wordt door de Hoge Raad afgewezen omdat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste. De Hoge Raad stelt voorop dat het bij de beantwoording van de vraag of aan het relativiteitsvereiste is voldaan, aankomt op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.⁹³ Vervolgens redeneert de Hoge Raad als volgt: het Reglement onderzoek schepen op de Rijn waarop het vereiste van een certificaat berust, beoogt slechts de veiligheid van het scheepvaartverkeer in algemene zin te bevorderen en heeft niet de strekking het individuele vermogensbelang van derden te beschermen. Dat wil zeggen: de geschonden geschreven norm strekt niet tot bescherming van de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Dit betekent echter *niet* per definitie dat de benadeelde met lege handen staat. Sinds de aanvaarding van de correctie-Langemeijer in het *Tandartsen*-arrest uit 1958⁹⁴ is immers duidelijk dat overtreding van een

91 Hierover in algemene zin Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 95-115.

92 HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. Jac. Hijma; AB 2005, 127, m.nt. FvO (Duwbak-Linda). Zie over deze uitspraak (naast Hijma en Van Ommeren in hun voornoemde noten) o.a. Albers, NTBR (2005) p. 492-493; Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 98a; Gelpke, MvV (2005); Giesen (2005) p. 170; Hartlief, NJB (2005b) p. 833; dez., WPNR 6688 (2006); Hartlief/Tjittes, NJB (2004) p. 1583; Lankhorst, Bb (2005); Van Maanen, NTBR (2004); dez., NTBR (2007); dez., RMTh (2007) p. 129-130; Van Rossum (2005) p. 80-82; Strens-Meulemeester, NbBW (2004); Van der Vlies, FR (2006) p. 12.

93 HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. Jac. Hijma (Duwbak-Linda) r.o. 3.4.1.

94 HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (Tandartsen). Langemeijer heeft zijn correctie bepleit in NJB (1934) en later nog in NJB (1940) o.a. op p. 387: 'Is niet de omstandigheid, dat een handeling door het geschreven recht is verboden, een reden om des te eerder aan te nemen, dat diezelfde handeling ook door het ongeschreven recht, maar dan ter wille van geheel andere belangen, wordt gewraakt?'

geschreven norm die niet strekt tot bescherming van schade zoals de benadeelde die heeft geleden, bij kan dragen tot het oordeel dat een andere, ongeschreven zorgvuldigheidnorm is overtreden die wel strekt tot bescherming van de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.⁹⁵ Van deze redenering wil de Hoge Raad hier echter niet weten. De constatering dat de geschreven norm geen bescherming biedt tegen de individuele vermogensschade van Van Hasselt is voor de Hoge Raad juist reden om te concluderen dat ook de eveneens geschonden ongeschreven norm dat de Staat de keuring van een schip zorgvuldig moet uitvoeren, evenmin bescherming biedt: deze ongeschreven zorgvuldigheidnorm beoogt evenzeer als de geschreven norm slechts bij te dragen aan het bevorderen van de veiligheid van de scheepvaart in algemene zin en heeft niet de strekking een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de vanwege de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen. Kortom: aan de omstandigheid dat de keuring onvoldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden, kunnen derden niet een aanspraak tot vergoeding van vermogensschade jegens de Staat ontlenen.⁹⁶

Hartlief vreesde dat men de lijn van het *Duwbak-Linda*-arrest zou kunnen doortrekken naar de aansprakelijkheid van (financiële) toezichthouders en dat het relativiteitsvereiste in de weg zou staan aan aansprakelijkheid jegens derden.⁹⁷ DNB doet in *DNB/Stichting Vie d'Or* inderdaad een poging langs deze lijnen door er in cassatie over te klagen dat het oordeel van het hof dat de (toenmalige) PVK door niet reeds eind november 1991 een stille bewindvoerder te benoemen onrechtmatig heeft gehandeld jegens de voormalige polishouders van Vie d'Or, onjuist is, omdat de door de PVK bij de uitoefening van haar toezicht volgens het hof geschonden ongeschreven zorgvuldigheidnorm niet strekt tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de verzekerden.⁹⁸

De vrees van Hartlief is niet bewaarheid, want de klacht faalt. De Hoge Raad trekt de lijn uit *Duwbak-Linda* weliswaar in die zin door dat hij de maatstaf herhaalt dat het bij de beantwoording van de vraag of aan het relativiteitsvereiste is voldaan, aankomt op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee

95 Zie hierover Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 102.

96 HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak-Linda*) r.o. 3.4.2. en 3.4.3.

97 Zie Hartlief, NJB (2005b) p. 833 (l.k.). Vgl. ook de volgende auteurs (maar in meer genuanceerde zin dan Hartlief): Asser-Hartkamp 4-III (2006) nr. 98a; Van Rossum (2004) p. 82; Strens-Meulemeester, NdBW (2004) p. 89.

98 Zie HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (*DNB/Stichting Vie d'Or*) r.o. 4.2.1.

beoogde bescherming zich uitstrekt, maar deze maatstaf leidt er (anders dan in *Duwbak-Linda*) niet toe dat aan het relativiteitsvereiste niet is voldaan. De Hoge Raad redeneert daarbij als volgt. Uit het stelsel van de wet, het doel van het toezicht en de bedoeling van de wetgever, zoals daarvan uit de parlementaire geschiedenis blijkt, volgt dat het in de Wtv voorziene toezicht – naast het algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen – mede beoogt de individuele vermogensbelangen van polishouders zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen tegenover de betrokken polishouders kan voldoen en mede beoogt te bewerkstelligen dat het risico van een deconfiture zo gering mogelijk is. Daaruit volgt volgens de Hoge Raad dat een tekortschieten van de PVK in de uitoefening van de haar in de Wtv opgedragen toezichthoudende taak, als gevolg waarvan de betrokken – tot een in beginsel *bepaalbare* groep (potentiële) benadeelden behorende – polishouders in hun individuele vermogensbelangen worden getroffen en deswege schade lijden doordat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst kan voldoen, onrechtmatig is jegens die polishouders.⁹⁹

De verschillen met de casus in *Duwbak-Linda* springen in het oog. Essentieel is dat de Wtv mede de vermogensrechtelijke belangen van polishouders beoogt te beschermen, terwijl in de *Duwbak-Linda*-casus de regeling waarop het vereiste van een certificaat berustte juist *niet* beoogde de vermogensrechtelijke belangen van derden te beschermen.¹⁰⁰ De stap naar een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die mede strekt ter bescherming van de vermogensbelangen van derden was in *DNB/Stichting Vie d'Or* voor de Hoge Raad dan ook gemakkelijker te zetten.

Verder benadrukt de Hoge Raad in *DNB/Stichting Vie d'Or* dat polishouders een in beginsel *bepaalbare* groep vormen, terwijl het volgens de Hoge Raad in *Duwbak-Linda* om een in beginsel *onbepaalde* groep van derden ging. Van Ravels leidt hieruit af dat de Hoge Raad kennelijk een belangrijk gewicht blijft toekennen aan het gezichtspunt dat voorkomen moet worden dat de overheid aansprakelijk wordt jegens een in beginsel onbepaalde groep van derden voor vergoeding van vermogensschade die op een vooraf veelal niet voorziene wijze kan ontstaan.¹⁰¹ Het moge zo zijn dat de Hoge Raad belangrijk gewicht blijft toekennen aan dit gezichtspunt, maar het zal in verband met de Wft veelal geen rol kunnen spelen. Uit de wetsgeschiedenis van de Wft blijkt immers duidelijk dat de financiële toezichthouders hun taak niet

99 Zie HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295, m.nt. Busch (DNB/Stichting Vie d'Or) r.o. 4.2.2.

100 Vgl. Van Ravels, *Ondernemingsrecht* (2006) p. 630 (m.k.).

101 Van Ravels, *Ondernemingsrecht* (2006) p. 630 (m.k.). Vgl. Van Maanen, *RMTh* (2007) p. 131 (l.k.).

alleen uitoefenen in het algemeen belang, maar mede in het belang van individuele rekeninghouders, beleggers en polishouders.¹⁰² Zie voor wat betreft gedragstoezichthouder AFM:

‘Het gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. In het bijeenbrengen van vraag en aanbod op de kapitaalmarkt is een efficiënte markt een vereiste. Marktimperfecties kunnen grote financiële gevolgen hebben voor deelnemers aan de financiële markten en hebben hun uitstraling naar de gehele economie. Dit betekent ten eerste dat de voorwaarden gecreëerd moeten worden voor marktplaatsen waar vraag en aanbod bijeen kunnen komen (ordelijkheid). Voor een efficiënte financiële markt is het vervolgens van belang dat iedere deelnemer toegang heeft tot de relevante informatie om beslissingen te nemen (transparantie) en dat er regels zijn op basis waarvan deelnemers transacties met elkaar kunnen aangaan en die bijdragen aan het bereiken van marktevenwicht (zuivere verhoudingen). De zorgvuldige omgang met cliënten staat voor een deel in het teken van deze doelstelling. Het vertrouwen in de financiële markten als geheel kan worden geschaad als cliënten onzorgvuldig worden behandeld. Daarnaast is er ook een eigen betekenis te hechten aan een zorgvuldige omgang met cliënten, namelijk consumentenbescherming op een terrein met aanzienlijke informatie-assymetrie tussen aanbieders en cliënten waar voor de individuele cliënt aanzienlijke financiële belangen spelen [cursivering DB]. Dit laat overigens onverlet dat alle partijen op de financiële markten, waaronder cliënten, ook een eigen verantwoordelijkheid hebben.’¹⁰³

En voor prudentieel toezichthouder DNB:

‘Het prudentieel toezicht is specifiek gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector. De prudentiële toezichtregels bestaan vooral uit bedrijfseconomische normen. Hiertoe behoren onder andere de solvabiliteits- en liquiditeitsvereisten, die erop zijn gericht dat een financiële onderneming te allen tijde aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen. De prudentiële toezichtregels beogen het risico van faillissement te verkleinen, zonder

¹⁰² Aldus ook Van Dam (2006) p. 125-126.

¹⁰³ Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 28-29.

dit overigens in een markteconomie te kunnen uitsluiten. Uiteindelijk is de soliditeit van financiële ondernemingen van groot belang voor de cliënt. Het prudentieel toezicht dient ter bescherming van de ‘afnemers’ van de diensten die door de betrokken financiële ondernemingen worden aangeboden of verricht, en ter bevordering van de stabiliteit van het financiële stelsel en het vertrouwen in de financiële sector. *Het gaat dus zowel om het belang van de individuele bankcrediteur, belegger en polishouder als om het functioneren van de desbetreffende markten en de financiële sector in het algemeen* [cursivering DB]. Ook bij het prudentieel toezicht geldt dat dit voortvloeit uit een informatie-asymmetrie tussen cliënt en aanbieder. Deze asymmetrie leidt ertoe dat een bankcrediteur, belegger of polishouder slechts beperkt in staat is zelf de soliditeit van de aanbieder te beoordelen. De prudentieel toezichthouder is hier beter voor geëquipeerd en draagt op die manier bij aan het vertrouwen van de cliënt in de financiële sector.¹⁰⁴

De rechter zal claims jegens de financiële toezichthouders van de in de wetgeschiedenis van de Wft genoemde categorieën gedupeerde derden (rekeninghouders, beleggers, polishouders) dan ook niet mogen afwijzen wegens het ontbreken van relativiteit, zelfs als hij van mening zou zijn dat daardoor een in beginsel onbeperkte groep van derden voor vergoeding van vermogensschade in aanmerking komt.¹⁰⁵ Dat zou immers ingaan tegen de bedoeling van de wetgever.¹⁰⁶ De gevolgen zijn minder dramatisch dan het lijkt, want een groep derden zal in werkelijkheid natuurlijk nooit onbeperkt zijn en in die zin zaait de terminologie van de Hoge Raad onnodig paniek. Ik betwijfel dan ook of men werkelijk – met Van Maanen en Van Rossum – moet vrezen dat alsdan ‘het hek van de dam’ zal gaan en wij Amerikaanse toestanden krijgen.¹⁰⁷ En al zou dat zo zijn, dan vraag ik mij af of dat werkelijk zo kwalijk is. Reële claims dienen gehonoreerd te worden.¹⁰⁸

104 Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 30.

105 Vorderingen van andere gedupeerde derden dan rekeninghouders, beleggers en polishouders kunnen mogelijk wel worden afgewezen wegens het ontbreken van relativiteit. Denk bijvoorbeeld aan het geval van een leverancier die (levend in de veronderstelling dat kredietinstellingen niet failliet gaan) op krediet en zonder zekerheid te hebben bedongen, levert aan een kredietinstelling die vervolgens failliet gaat voordat de leverancier betaald wordt, als gevolg waarvan hij schade lijdt. Verdedigbaar is dat een schadeclaim van deze leverancier jegens DNB afstuit op het relativiteitsvereiste.

106 Hartlief, WPNR 6688 (2006) p. 800 (r.k.) lijkt ook in deze richting te denken.

107 Van Maanen, NTBR (2004) p. 482 (r.k.); Van Rossum (2005) p. 81-82.

108 Aldus ook Hartlief, NJB (2005b) p. 834 (r.k.).

4 Conclusie

Door de arresten *DNB/Stichting Vie d'Or en X/DNB* zijn de contouren van het leerstuk van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van financiële toezichthouders weer wat duidelijker geworden.

X/DNB bewijst dat het leerstuk van de formele rechtskracht betekenis kan hebben in verband met toezichthoudersaansprakelijkheid ten opzichte van derden.

Uit *DNB/Stichting Vie d'Or* blijkt dat de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die een financiële toezichthouder in acht heeft te nemen, inhoudt dat zijn handelen moet voldoen aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld. Of deze norm in een concreet geval is nageleefd, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Dit betekent echter niet dat over de invulling van deze zorgvuldigheidsnorm verder niets valt te zeggen, want de Hoge Raad noemt in *DNB/Stichting Vie d'Or* een aantal gezichtspunten dat van belang kan zijn voor de beoordeling van de vraag of het toezicht van de financiële toezichthouder in een concreet geval voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld. Deze gezichtspuntencatalogus zal niet limitatief bedoeld zijn, want er zijn immers wel meer algemene gezichtspunten te bedenken die van belang kunnen zijn.

Bovendien blijkt uit *DNB/Stichting Vie d'Or* dat het relativiteitsvereiste niet in de weg behoeft te staan aan aansprakelijkheid van financiële toezichthouders jegens derden.

Aangehaalde literatuur

Albers, *NTB* (2004)

C.L.G.F.H. Albers, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving, *NTB* (2004) p. 201-211

Albers, *NTBR* (2005)

C.L.G.F.H. Albers, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De geest uit de fles?, *NTBR* (2005) p. 482-496

Asser-Hartkamp 4-III (2006)

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, Deel III, De verbintenis uit de wet, bewerkt door A.S. Hartkamp m.m.v. C.H. Sieburgh, 12e druk, Kluwer, Deventer 2006

Ten Berge/Michiels (2004)

J.B.J.M. ten Berge/F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid. Nederlands algemeen bestuursrecht 1*, 4e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2004

Van Boom/Giesen, *NJB* (2001)

W.H. van Boom/I. Giesen, Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen, *NJB* (2001) p. 1675-1685

Busch/Alferink, *AA* (2006)

D. Busch/T.G.A. Alferink, TamTam. Beantwoording rechtsvraag (326) Bank- en effectenrecht, *AA* (2006) p. 551-558

Van Dam (2006)

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid. (Deel I: Algemeen Rapport, Deel II: Achtergrondstudies)*, British Institute of International and Comparative Law, London 2006

Van Dijk, *NTBR* (2003)

Chr. H. van Dijk, Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars, *NTBR* (2003) p. 188-196

Duk, *RMTh* (1988)

W. Duk, beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, *RMTh* (1988) p. 156-169

Duk (1999)

W. Duk, *Recht en slecht. Beginselen van een algemene rechtsleer*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999

Eisma, *Ondernemingsrecht* (2007)

S.E. Eisma, De Wet op het financieel toezicht: een overzicht, *Ondernemingsrecht* (2007) p. 2-13

Fransen van de Putte, *Ondernemingsrecht* (2005)

A.S. Fransen van de Putte, Aansprakelijkheid toezichthouder, Rb. Amsterdam 14 september 2005 (LJN:AU 2638), *Ondernemingsrecht* (2005) p. 564-566

Gelpke, *MvV* (2005)

M.E. Gelpke, De relativiteit van de onrechtmatige overheidsdaad, *MvV* (2005) p. 143-148

Giesen, *AV&S* (2002)

I. Giesen, Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht. Een beschouwing over de grondslagen en achtergronden van de aansprakelijkheid van (financiële) toezichthouders jegens gedupeerde derden, *AV&S* (2002) p. 97-109

Giesen (2005)

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid* (Serie Recht en Praktijk nr. 132), Kluwer, Deventer 2005

Grundmann-van de Krol (2007)

C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toe-*

- zicht, Regelgeving voor uitgevende instellingen, beleggingsinstellingen en beleggingsondernemingen*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2007
- Haan-Kamminga (2003)
- A. Haan-Kamminga, Aansprakelijkheid voor toezicht, in: E. Gepken-Jager, H. Schutte-Veenstra (red.), *LT. Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmermans ter gelegenheid van zijn afscheid als Hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht aan de RUG*, Kluwer, Deventer 2003, p. 117-129.
- Hartlief, *NJB* (2005b)
- T. Hartlief, Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?, *NJB* (2004) p. 830-834
- Hartlief, *WPNR* 6688 (2006)
- T. Hartlief, Zicht op toezichthoudersaansprakelijkheid na Linda en Vie d'Or, *WPNR* 6688 (2006) p. 799-801
- Hartlief/Tjittes, *NJB* (2004)
- T. Hartlief/R-J. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* (2004) p. 1579-1588
- Jansen/Schreuder/Verhagen (2003)
- C.J.H. Jansen/E.R. Schreuder/H.L.E. Verhagen, *Prospectusaansprakelijkheid* (Bankjuridische reeks nr. 48), NIBESVV, Amsterdam 2003
- De Kluiver (1998)
- H.J. de Kluiver, Overheidsstichting en overheidsaansprakelijkheid. Over "piercing the private veil" in publiek- en privaatrecht, in: S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk (red.), *Overheid en onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998, p. 79-102
- Koning (2000)
- P.J.M. Koning, Toezichthouders en het publiek. Zoektocht naar eenheid onder verscheidenheid, in: H.J. de Ru/J.A.F. Peters (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten, Opstellen over de juridische aspecten van regulering*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2000, p. 93-106
- Kortmann, *AV&S* (2007)
- C.N.J. Kortmann, Een barstje in de leer van de formele rechtskracht?, *AV&S* (2007) [ter perse]
- Kortmann (2006)
- C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Kluwer, Deventer 2006
- Langemeijer, *NJB* (1940)
- Langemeijer, De praktische beteekenis van de relativiteit der onrechtmatige daad, *NJB* (1940) p. 385-396, 413-425

Langemeijer, *NJB* (1934)

Langemeijer, Onrechtmatige daad en concurrentiestrijd, *NJB* (1934)
p. 617-622

Lankhorst, *Bb* (2005)

G.H. Lankhorst, Afgifte van keuringscertificaat door de Staat onzorgvuldig jegens derden? (HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67), *Bb* (2005) p. 115-119

Van Maanen, *NTBR* (2004)

G.E. van Maanen, HR 7 mei 7 mei 2004, RvdW 2004, 67 (De ledige Linda) (rechtspraak kort), *NTBR* (2004) p. 482-484

Van Maanen, *RMTh* (2007)

G.E. van Maanen, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, *RMTh* (2007) p. 127-140

Van Maanen, *NTBR* (2007)

G.E. van Maanen, Vie d'Or en de ramkoers van Linda, *NTBR* (2007) p. 1

Van Maanen/De Lange (2005)

G.E. van Maanen/R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad, Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter* (Monografieën privaatrecht nr. 3), 4e druk, Kluwer, Deventer 2005

Mok/Tjittes, *RMTh* (1995)

M.R. Mok/R.P.J.L. Tjittes, Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid, *RMTh* (1995) p. 383-404

Parl.Gesch. Awb I (1993)

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot, m.m.v. J.M.E. van Breugel (red.), *Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste tranche (wet van 4 juni 1992, Stb. 315)*, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1993

Van Ravels, *Ondernemingsrecht* (2006)

B.P.M. van Ravels, Aansprakelijkheid wegens falend toezicht. HR 13 oktober 2006, rolnr. C 04/279HR, LJN AW2077 (De Nederlandsche Bank N.V./Stichting Vie d'Or), *Ondernemingsrecht* (2006) p. 626-632

Van Ravels (2004)

B.P.M. van Ravels, De rechter tegenover de vrijheden van de toezichthouder. Enige opmerkingen aangaande rechterlijke beoordeling van nalaten van een financiële toezichthouder naar aanleiding van de Vie d'Or-affaire, in: N.J.S. Koeman, A. ten Veen, J.R. van Angeren (red.), *Overheid en Markt. Bundel aangeboden aan Mr R. Samkalden*, Kluwer, Deventer 2004, p. 143-157

Van Ravels, *Ondernemingsrecht* (2007)

B.P.M. van Ravels, Uitzondering op de leer van de formele rechtskracht, *Ondernemingsrecht* (2007) p. 260-264

Van Rossum (2005)

A.A. van Rossum, Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoe-

- zicht, in: *Toezicht, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 135e jaargang/2005-1*, Kluwer, Deventer 2005, p. 1-134
- Van Rossum (2001)
- A.A. van Rossum, *Falend toezicht, De aansprakelijkheid van de economische en de financiële toezichthouder* (oratie Utrecht), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2001
- Scheltema/Scheltema (2003)
- M.W. Scheltema/M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Kluwer, Deventer 2003
- Schilder/Nuijts (2004)
- A. Schilder/W.H.J.M. Nuijts, Advies in vertrouwen; vertrouwen in advies, in: *Het advies en de rol van de adviseur, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 134e jaargang/2004-1*, Kluwer, Deventer 2004, p. 1-103
- Strens-Meulemeester, *NbBW* (2004)
- J.A.M. Strens-Meulemeester, Een certificaat afgegeven door de Staat: een garantie voor deugdelijkheid? HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67, *NbBW* (2004) p. 85-89
- Tillema, *NJB* (2000)
- A.J.P. Tillema, Het toezicht op de financiële sector, *NJB* (2000) p. 1197-1203
- Tjittes (1996)
- R.P.J.L. Tjittes, *Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid* (Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht), Koninklijke Vermande, Lelystad 1996
- Verhey/Verheij (2005)
- L.F.M. Verhey/N. Verheij, De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief, in: *Toezicht, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 135e jaargang/2005-1*, Kluwer, Deventer 2005, p. 135-332
- Van der Vlies, *FR* (2006)
- I.C. van der Vlies, Aansprakelijkheid van toezichthouders, *FR* (2006) p. 11-14
- Wessels (1999)
- B. Wessels, Liabilities of regulatory Supervisory Bodies of troubled Financial Institutions (Insurance, Banking) in: B. Wessels, *Business and Bankruptcy Law in the Netherlands, Selected Essays*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 1999, p. 129-144
- Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005)
- W. Konijnenbelt/R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 13e druk, Elsevier juridisch, Den Haag 2005