

Aansprakelijkheid in internationaal verband

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie

Uitgevoerd door:

Prof. mr. Ivo Giesen (UU) (projectleider)

Mw. mr. Evelien de Kezel (UU)

Prof. mr. Cees van Dam (UU, King's College)

Prof. mr. Edgar du Perron (UvA)

Woord vooraf

In opdracht van het Ministerie van Financiën is in de periode mei 2008 tot maart 2009 onderzoek gedaan naar de vraag of verschillen in nationale aansprakelijkheidsregimes mogelijk tot extra risico's van aansprakelijkheid leiden voor de Nederlandse financiële toezichthouders. Deze vraag is relevant omdat de Nederlandse financiële toezichthouders regelmatig op internationaal vlak opereren in samenwerking met of naast financiële toezichthouders uit andere landen. In een aantal van deze landen bestaat gehele of gedeeltelijke aansprakelijkheidsimmunitet, terwijl dit in Nederland niet het geval is.

Het onderzoek is uitgevoerd door onderzoekers van de Universiteit Utrecht en de Universiteit van Amsterdam. Dit rapport vormt het verslag van dat onderzoek. Het brengt enkel de juridische stand van zaken en de mogelijke extra risico's van aansprakelijkheid voor de Nederlandse financiële toezichthouders in kaart en loopt niet vooruit op de nog te voeren beleidsdiscussie. Het doen van aanbevelingen maakte geen onderdeel uit van het onderzoek.

Het onderzoek is begeleid door een commissie onder leiding van mw. mr. Hélène Borburgh van het Ministerie van Financiën. Deze begeleidingscommissie bestond voorts uit ambtenaren van het Ministerie van Financiën, van de AFM en DNB. Externe leden van de commissie waren Professor dr. Michel Tison (Universiteit Gent) en mw mr. Youetta Visser (WODC). Ook het ministerie van Justitie was betrokken. De onderzoekers zijn de leden van de begeleidingscommissie erkentelijk voor hun kritische betrokkenheid en medewerking. Het rapport vertolkt louter de standpunten van de onderzoekers en niet die van de leden van de begeleidingscommissie.

In het kader van dit onderzoek is gesproken met vertegenwoordigers van de financiële toezichthouders, hier te lande en elders, met andere betrokkenen en met diverse wetenschappers. Tevens waren bedrijven bereid om het ten behoeve van dit onderzoek opgestelde enquêteformulier in te vullen en de onderzoekers aldus van waardevolle informatie te voorzien. De onderzoekers danken deze betrokkenen voor hun bereidheid om aan het onderzoek mee te werken.

Utrecht/Amsterdam
Eind maart 2009

Evelien de Kezel
Cees van Dam
Ivo Giesen
Edgar du Perron

Inhoudsopgave

0.	Samenvatting.....	9
0.1	Inleiding	9
0.2	Voorvragen IPR.....	9
0.3	Vraag 1:..... In hoeverre bestaan er verschillende wettelijke normen inzake de aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders in diverse Europese landen?	12
0.4	Vraag 2:..... Wat zijn de achterliggende redenen voor deze verschillende wettelijke normen voor aansprakelijkheid voor de financiële toezichthouders?	13
0.5	Vraag 3:	13
	In hoeverre leiden verschillen in nationale normen voor aansprakelijkheid voor de financiële toezichthouders tot verschillen in nationale regimes voor aansprakelijkheid (a) en daarmee tot potentiële extra risico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders (b)?	
	(a) Verschillen?	
	(b) Extra risico's?	
	(c) Specifieke risico situaties	
0.6	Vraag 4:..... In hoeverre spelen regimes voor aansprakelijkheid en, meer in het bijzonder het Nederlandse regime, een rol bij de vestiging van financiële ondernemingen?	18
1.	Inleiding.....	19
1.1	Aanleiding voor het onderzoek.....	19
1.2	Opbouw van het rapport.....	20
1.3	Methoden van onderzoek.....	22
2.	Analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders in nationaal en internationaal verband	23
2.1	Aansprakelijkheidsrisico's voor financiële toezichthouders	23

2.1.1	Ontwikkelingen inzake het financieel toezicht.....	23
2.1.1.1	Prudentieel toezicht en gedragstoezicht.....	23
2.1.1.2	Lamfalussy-structuur: verschillende niveaus van regulering	24
2.1.2.3	Commissies van toezichthouders.....	28
	(a) Basel comité	
	(b) International organisation of Securities Commission (IOSCO)	
	(c) International Association of Insurance Supervisors (IAIS)	
2.1.1.4	Aanscherping van de toezichtsnormen via een combinatie van algemene regelen en standaarden voor de goede praktijk	29
	(a) Van sectoraal toezicht naar functioneel toezicht	
	(b) Van open normen naar normen voor de goede toezichtspraktijk	
2.1.1.5	Van individueel toezicht naar samenwerking tussen toezichthouders	30
	(a) Geïstitutionaliseerde interne samenwerking	
	(b) Geïstitutionaliseerde samenwerking met Europese toezichthouders op grond van het gemeenschapsrecht	
	(c) Ad hoc samenwerkingsprotocollen tussen toezichthouders binnen en buiten EU-verband	
2.1.2	Toezichthouderdilemma en expectation gap.....	37
2.1.2.1	Doelstellingen van het (financieel) toezicht.....	38
2.1.2.2	Het toezichthouderdilemma	40
2.1.3	Toezichthoudersaansprakelijkheid.....	40
2.1.3.1	Inleiding	40
2.1.3.2	Samenvatting Rapport Van Dam	40
2.1.3.3	Ontwikkelingen sinds het Rapport Van Dam: het Vie d’Or-arrest.....	43
	(a) Achtergronden	
	(b) Aansprakelijkheidsnorm	
	(c) Relativiteit	
	(d) Conclusie	
2.1.3.4	Aansprakelijkheid van de “secundaire dader” vs. aansprakelijkheid	

	van de “primaire dader” jegens de benadeelde	47
2.1.3.5	Mogelijkheden van intern regres	48
	(a) Regres van de financiële onderneming op de toezichthouder?	
	(b) Regres tussen toezichthouders onderling?	
2.2.	Aansprakelijkheidsrisico’s in internationaal verband.....	50
2.2.1	Het toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen: verantwoordelijkheden van herkomstland en gastland.....	50
2.2.2	Beschrijving van specifieke risico-situaties in internationaal verband	52
	(a) Verdeling van toezichtstaken in het kader van MiFID	
	(b) Delegatie van toezichtstaken	
	(c) Gezamenlijk toezicht en colleges van toezichthouders	
	(d) Toezicht op financiële conglomeraten	
	(e) Toezicht op dual listed ondernemingen	
	(f) Afsluitende opmerking m.b.t. toezicht op bijkantoren in het buitenland	
2.3.	Een overzicht van de IPR kwesties: bepaling van het toepasselijk forum en van het toepasselijke recht.....	64
2.3.1	Bepaling van het toepasselijk forum: het immuniteitsleerstuk.....	65
2.3.1.1	Europees Hof voor de Rechten van de Mens.....	66
2.3.1.2	Internationaal gewoonterecht.....	66
2.3.1.3	Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004).....	66
2.3.1.4	European Convention on State Immunity (1972).....	67
2.3.1.5	Europese Unie	67
	(a) EEX-Verordening	
	(b) Verenigd Koninkrijk	
	(c) Ierland	
	(d) Duitsland	
2.3.1.6	Onderzochte landen buiten de Europese Unie.....	72
	(a) De Verenigde Staten	
	(b) Zwitserland	

2.3.1.7	Uitzondering: oorlogsmisdrijven.....	73
2.3.1.8	Rechtsvergelijkende conclusie	74
2.3.2	Bepaling van het toepasselijke recht: de Nederlandse verwijzingsregel bij onrechtmatige daad.....	74
2.4.	Analyse van de risico's voor de Nederlandse toezichthouders die de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht internationaal verband met zich brengen	80
2.4.1	Zijn aansprakelijkheidsbeperkingen in het nationale recht in strijd met de volledige gelding van het gemeenschapsrecht? De Peter-Paul Jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie	80
2.4.2	Toepassing van Nederlands recht: risico van aansprakelijkheidsvorderingen vanuit het buitenland	81
2.4.3	De eventuele toepassing van vreemd privaatrecht: beleidsruimte voor de Nederlandse rechter.....	81
3.	Algemene regimes van aansprakelijkheid voor financieel toezicht in de onderzochte landen.....	86
3.1	Inleiding.....	86
3.2	Landenoverzicht.....	88
3.2.1	Frankrijk.....	88
	(a) Structuur van het toezicht	
	(b) Vorderingsmogelijkheden tegen toezichthouders	
	(c) Conclusie	
3.2.2	België.....	91
	(a) Structuur van het toezicht	
	(b) Vorderingsmogelijkheden tegen toezichthouders	
	(c) Conclusie	
3.2.3	Duitsland.....	95
	(a) Structuur van het toezicht	
	(b) Vorderingsmogelijkheden tegen toezichthouders	
	(c) Conclusie	
3.2.4	Verenigd Koninkrijk	98
	(a) Structuur van het toezicht	

	(b) Vorderingsmogelijkheden tegen toezichthouders	
	(c) Conclusie	
3.2.5	Ierland	99
	(a) Structuur van het toezicht	
	(b) Vorderingsmogelijkheden tegen toezichthouders	
	(c) Conclusie	
3.2.6	Luxemburg	100
	(a) Structuur van het toezicht	
	(b) Vorderingsmogelijkheden tegen toezichthouders	
	(c) Conclusie	
3.2.7	Verenigde Staten	102
	(a) Structuur van het toezicht	
	(b) Vorderingsmogelijkheden tegen toezichthouders	
	b.1 Aansprakelijkheid federale staat	
	b.2 Aansprakelijkheid individuele staten	
	(c) Conclusie	
3.2.8	Zwitserland	106
	(a) Structuur van het toezicht	
	(b) Vorderingsmogelijkheden tegen toezichthouders	
	(c) Conclusie	
3.3	Algemene conclusies	108
4.	Overzicht van de verplichte garantieregelingen: spaargarantiesystemen beleggerscompensatiesystemen, verzekerings- en vrijwaringsregelingen	110
4.1	Spaargarantieregeling en beleggersgarantieregeling	110
4.1.1	Spaargarantieregeling	112
	(a) Deelnemende banken aan de spaargarantieregeling	
	(b) Voorwerp van de spaargarantieregeling	
	(c) Modaliteiten van de spaargarantieregeling	
4.1.2	Beleggersgarantieregeling	114
	(a) Wet giraal effectenverkeer (Wge)	
	a.1 Schets van de wettelijke regeling	
	a.2 Wijziging Wet giraal effectenverkeer	
	(b) Beleggerscompensatiestelsel	
	b.1 Deelnemende financiële ondernemingen aan de beleggersgarantieregeling	
	b.2 Voorwerp van de beleggersgarantieregeling	

b.3 Financiering van de beleggersgarantieregeling

4.2	Private verzekering en vrijwaring	115
4.2.2	Verzekering aansprakelijkheid van toezichthouders	116
4.2.2	Verzekering aansprakelijkheid financiële ondernemingen.....	118
4.3	Conclusie.....	118
5.	Empirisch onderzoek.....	119
5.1	Resultaten van de bevraging van de toezichthouders	119
5.2	Resultaten van de enquête bij financiële ondernemingen.....	121
6.	Bijlagen :	
6.1	Rapport – Van Dam (partim)	126
6.2	Enquêtes	175
6.2.1	Enquêtes toezichthouders.....	175
6.2.2	Enquêtes financiële ondernemingen.....	177

0. SAMENVATTING

0.1 Inleiding

1. Het onderhavige onderzoek betreft kort gezegd de vraag of verschillen in nationale aansprakelijkheidsregimes tot extra risico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders DNB en AFM en daarmee tot negatieve gevolgen voor de financiële sector in Nederland aanleiding (kunnen) geven. Onder extra risico's wordt verstaan: die extra risico's die voortvloeien uit de *internationale* dimensie van de financiële markten, met name risico's als gevolg van claims jegens toezichthouders vanuit het buitenland.¹ De mogelijke gevolgen die in dat kader specifiek bezien worden, betreffen vooral de vraag naar de potentiële extra aansprakelijkheid van de toezichthouders ten opzichte van de cliënten van onder toezicht staande ondernemingen, en, minder prominent, de mogelijke invloed op de besluitvorming van financiële ondernemingen met betrekking tot hun vestigingsbeleid.

2. De volgende specifieke onderzoeksvragen staan centraal in het onderzoek:

- (1) In hoeverre bestaan er in diverse Europese landen verschillen tussen de wettelijke normen inzake de aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders?
- (2) Wat zijn de achterliggende redenen voor deze verschillende wettelijke normen?
- (3) In hoeverre leiden verschillen in deze wettelijke normen tot potentiële extra risico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders en om welke specifieke risico's kan het dan gaan?
- (4) In hoeverre spelen regimes voor aansprakelijkheid en, meer in het bijzonder het Nederlandse regime, een rol bij vestigingsbesluiten van financiële ondernemingen?

0.2 Voorvragen IPR

3. Teneinde de eerste onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, dienen allereerst enige kwesties van internationaal privaatrecht (IPR) onder ogen gezien te worden. Immers, de concrete beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag, als het gaat om financiële toezichthouders in internationaal verband, roept vooraf steeds de vraag op welke rechter bevoegd is daarover te oordelen en welk recht deze dan zal toepassen. In de eerste plaats dient dus nagegaan te worden welke rechter bevoegd is om van de vordering tegen de toezichthouder kennis te nemen. Daarnaast zal bepaald moeten worden welk recht van toepassing is op de aansprakelijkheidsvraag. Vervolgens bespreken we de hiervoor genoemde onderzoeksvragen.

¹ In het rapport Van Dam (C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid* (London: British Institute of International and Comparative Law, 2006) werd reeds geconcludeerd dat *nationaal* geen reden tot zorg bestaat (p. 16 en hoofdstuk 8).

4. *Is de kans reëel dat de Nederlandse toezichthouders voor een rechtbank in het buitenland worden gedaagd?*

Het antwoord op die vraag is ons inziens negatief. De financiële toezichthouders kunnen voor hun gedragingen als overheidsorgaan niet worden gedagvaard in aansprakelijkheid voor buitenlandse rechtscolleges op grond van het beginsel van de overheidsimmunititeit. Althans, indien zij zouden gedagvaard worden voor een buitenlands rechtscollege, zal deze rechter zich onbevoegd verklaren. Op de aansprakelijkheidsrisico's hebben dergelijke vorderingen dus geen impact. De Nederlandse toezichthouders kunnen enkel gedagvaard worden in Nederland.² Het beginsel van overheidsimmunititeit brengt ook mee dat een Nederlandse toezichthouder die voor de Nederlandse rechter is gedagvaard niet de mogelijkheid heeft om een buitenlandse toezichthouder in de procedure te betrekken.³

5. *Welk recht zal toegepast worden als in Nederland een aansprakelijkheidsvordering met een internationale dimensie tegen de Nederlandse toezichthouder wordt ingesteld?*

Voor de beantwoording van de vraag welk recht aangewezen zal worden in geval van een handeling met internationale dimensie, dient te worden gekeken naar de verwijzingsregel zoals opgenomen in de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD). De Europeesrechtelijke verordeningen qua bevoegdheid (Brussel-I verordening) en de verordeningen qua toepasselijk recht (Rome I ingeval van contractuele vorderingen; Rome II in geval van onrechtmatige daad) zijn hier immers niet toepasselijk omdat handelingen verricht in de uitoefening van overheidsgezag (*acta iure imperii*) uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van beide verordeningen.

6. De gedragsregels die van toepassing zijn op de materieelrechtelijke verplichtingen van de toezichthouder zijn van buitencontractuele aard in de verhouding tussen toezichthouder en cliënten van financiële ondernemingen. Miskenning van deze regels zal dan aanleiding kunnen geven tot buitencontractuele aansprakelijkheid. Het recht dat de buitencontractuele aansprakelijkheid beheerst, kan echter, vanwege de IPR-verwijzingsregel, verschillen van het recht dat de gedragsplichten opgelegd aan toezichthouders (het nationale recht van de toezichthouder) beheerst.

7. Het Nederlandse IPR wijst als toepasselijk recht voor de bepaling van de aansprakelijkheid in een internationale context aan (artikel 3 WCOD): het recht van de Staat op welk grondgebied de daad plaatsvindt (lid 1). Wanneer een daad schadelijk inwerkt op een persoon, een goed of het natuurlijke milieu op een andere plaats dan in de Staat op wiens grondgebied die daad plaatsvindt, wordt het recht toegepast van de Staat op welks grondgebied die inwerking geschiedt, tenzij de dader de inwerking daar redelijkerwijs niet heeft kunnen voorzien (lid 2); indien dader en benadeelde in dezelfde Staat hun gewone verblijfplaats onderscheidenlijk plaats van vestiging hebben, is in afwijking van het eerste en tweede lid het

² Uiteraard is het wel mogelijk dat een Nederlandse toezichthouder toch elders gedagvaard wordt. Deze zal zich dan voor de vreemde forum op de onbevoegdheid ervan moeten beroepen en dus (proces)kosten moeten maken. Dat procesrisico bestaat dus wel, maar op het aansprakelijkheidsrisico is het niet van invloed.

³ Dit verhindert niet dat een buitenlandse toezichthouder zich op verzoek of vrijwillig zou kunnen voegen in een lopende procedure, net zo goed als een Nederlands toezichthouder dat zou kunnen doen in het buitenland.

recht van die Staat van toepassing (lid 3).

8. In de gevallen waarover dit rapport handelt, gaat het om zuivere vermogensschade die zich manifesteert in een ander land dan dat van de handeling (het nalaten toezicht te houden). Dergelijke gevallen kennen dus weliswaar ook een meervoudige locus, maar worden toch niet door art. 3 lid 2 WCOD beheerst, aldus de literatuur, ook niet als die zuivere vermogensschade het directe gevolg is van de daad. Derhalve geldt de hoofdregel van lid 1, de 'lex loci delicti'. Dat betekent dat in beginsel Nederlands recht van toepassing zal zijn bij falend toezicht. Onder de Rome-II regels zou dit wellicht anders zijn omdat onder die regels de locus damni wellicht wel ook ziet op directe schade als deze niet een fysiek karakter heeft (zuivere vermogensschade is). Dat is in zoverre van wezenlijk belang omdat het heel wel denkbaar is dat in de toekomst de Nederlandse wetgever zal besluiten om de regels van de Rome-II-Verordening als Nederlands IPR analoog toe te gaan passen op die gevallen die niet direct door de Verordening bestreken worden.

9. Omdat de voorgaande uitkomst in strijd lijkt te zijn met het ook door de wetgever beoogde doel om in gevallen van een meervoudige locus uit te komen bij de lex loci damni en omdat er nog geen rechtspraak is die dit buiten twijfel stelt, kunnen we de zojuist getrokken conclusie slechts met de nodige voorzichtigheid trekken. Gezien het feit dat de situatie nog niet volledig uitgekristalliseerd is, zullen we hierna ook aandacht (moeten) besteden aan het geval dat niet Nederlands recht, maar een buitenlands rechtstelsel als toepasselijk wordt aangewezen.

10. Dat is ook van belang in verband met het volgende. In het voorgaande zijn we ervan uit gegaan dat doorgaans een eventueel schadelijke handeling door een Nederlandse toezichthouder verricht zal worden (inclusief nalaten) in Nederland. Anders kan dat echter zijn in het geval van een handeling verricht door een 'college van toezichthouders'⁴ waarbij de Nederlandse toezichthouder verantwoordelijk is indien taken door een andere toezichthouder aan hem zijn gedelegeerd (en hij deze delegatie van taken heeft aanvaard) of in het geval van de delegatie van toezichtstaken door de Nederlandse toezichthouder aan een buitenlandse toezichthouder waarvoor de Nederlandse toezichthouder wel verantwoordelijk (en eventueel) aansprakelijk blijft. Dat kan, en zal in internationaal verband soms betekenen, dat de Nederlandse bevoegde rechter buitenlands recht zal moeten toepassen, en dus niet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (zonder beperking of immuniteit), wanneer de toezichtshandeling in het buitenland verricht wordt. De eigenlijke materieelrechtelijke aansprakelijkheidsvraag zal dan moeten worden beoordeeld aan de hand van het door de verwijzingsregel aangewezen nationale, buitenlandse recht. Als de handeling echter wel in Nederland verricht wordt, zoals dat bij toezichtshandelingen gebruikelijk zal zijn, dan is Nederlands recht van toepassing.

11. De vraag of, ten gevolge van het voorgaande, in Nederland de overheidsaansprakelijkheid

⁴ In de huidige context is er nog geen sprake van een leidende toezichthouder (leading supervisor), noch bij het toezicht op financiële conglomeraten, noch bij de ad hoc colleges van toezichthouders. Evenwel is het niet uitgesloten dat in de toekomst meer dirigistisch georganiseerde colleges zullen worden opgericht/toegelaten (vgl. M. Lamandini, "Towards a new architecture for European banking supervision", *European Company Law*, 2009, nr. 6, 6-13).

kan en mag worden beoordeeld volgens een andere wet dan die van de betrokken (hier: Nederlandse) overheid, is door de Nederlandse wetgever niet afzonderlijk geregeld in de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD). In dat verband is er dus geen bewuste keuze door de wetgever gemaakt wat betreft de toepasselijkheid van vreemd recht op de beoordeling van de aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid. In de parlementaire voorbereiding is niet naar deze kwestie verwezen⁵ Wellicht heeft de wetgever hier niet bij stilgestaan. In het verleden kwam het uiterst zelden voor - en dan nog slechts in zeer specifieke sectoren zoals het loodswezen - dat vreemd recht toepasselijk kon zijn op de vraag naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid. Door geen afwijkende regeling te voorzien, heeft de wetgever o.i. impliciet geoordeeld dat ook m.b.t. de vraag naar de aansprakelijkheid van de overheid de gewone verwijzingsregelen dienen gevolgd te worden. Omdat er dus geen speciale "terugwijzingsregel" naar eigen recht is gecreëerd, kan er van uit worden gegaan dat de Nederlandse wetgever de mogelijkheid tot toepassing van vreemd recht op de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid heeft geaccepteerd. Een andere zienswijze is ook denkbaar, maar ligt niet voor de hand omdat de kern van het IPR nu juist is om een rechtstelsel als het toe te passen recht aan te wijzen zodat een uitzondering daarop (de gewone verwijzingsregel heeft toch geen werking) geëxpliciteerd en beargumenteerd zou moeten worden.

0.3 Vraag 1: In hoeverre bestaan er verschillende wettelijke normen inzake de aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders in diverse Europese landen?

12. Met dit alles in het achterhoofd, kan de eerste onderzoeksvraag specifieker bekeken worden. De vraag of de wettelijke normen inzake aansprakelijkheid in de diverse landen verschillen, is immers met name interessant als dat in de praktijk kan doorwerken. Blijkens de beantwoording van de voorgaande preliminaire vragen is dat niet uit te sluiten, zodat een nadere analyse noodzakelijk is.

13. Uit het onderzoek blijkt dat er sprake is van een grote verscheidenheid van aansprakelijkheidsregimes, die ertoe leidt dat bepaalde nationale toezichthouders (overheden) naar hun eigen, nationale recht nooit enig risico van aansprakelijkheid dragen, terwijl toezichthouders en overheden elders wel (al dan niet in beperkte mate) aan het civiele aansprakelijkheidsrecht zijn onderworpen.

14. De techniek waarbij aansprakelijkheidsbeperkingen in de nationale rechtstelsels zijn ingevoerd, is daarbij ook nog verschillend. In de meeste ons omringende landen werd een gehele of gedeeltelijke aansprakelijkheidsimmunititeit van financiële toezichthouders in een veelal specifieke nationale wet opgenomen, een immunititeit die dan gericht is op specifiek de nationale toezichthouder(s), en welke 'op maat' gemaakt is. In andere landen gelden de normale regels van overheidsaansprakelijkheid, inclusief de daarin besloten gelegen beperkingen of de in de rechtspraak in wisselende mate aanvaarde beperkingen ten aanzien van de aansprakelijkheid van de overheid/financiële toezichthouders. De (gedeeltelijke) immunititeit is daar dan een intergraal deel van het normale stelsel van regels.

⁵ Kamerstukken 26 608.

0.4 Vraag 2: Wat zijn de achterliggende redenen voor deze verschillende wettelijke normen voor aansprakelijkheid voor de financiële toezichthouders?

15. Het meest wezenlijke verschil tussen de onderzochte landen betreft de wel of niet aanwezigheid van een (gedeeltelijke) immuniteit.

16. De belangrijkste aanleiding voor de invoering van een beperking van aansprakelijkheid voor de financiële toezichthouder in de nationale rechtstelsels was de jurisprudentie in de betrokken landen, ook al was deze beperkt en behandelden de rechtbanken dergelijke claims met grote terughoudendheid.

17. Een belangrijk argument voor de invoering van een beperking van aansprakelijkheid voor de financiële toezichthouder in de nationale rechtstelsels ligt in de speciale taken die de toezichthouder in het algemeen belang uitvoert. De financiële toezichthouder beoogt namelijk de stabiliteit en de integriteit van het financiële stelsel en dus de nationale economie te beschermen. De ermee gepaard gaande risico's op omvangrijke schadeclaims zouden een afwijkend aansprakelijkheidsregime rechtvaardigen in het kader van het algemeen belang.

18. Ook is als argument aangevoerd dat de invoering van deze beperking aansluit aan bij de evolutie in andere rechtstelsels en bij de aanbevelingen van het Basel Committee on Banking Supervision die uitdrukkelijk refereren aan de noodzaak om de financiële toezichthouder te vrijwaren van aansprakelijkheid voor alle handelingen die te goeder trouw worden verricht in de uitoefening van de toezichtstaken.

19. Nog een argument dat een rol speelde is dat een uitgebreide aansprakelijkheid tot gevolg zou kunnen hebben dat de toezichthouder te snel geneigd zou kunnen zijn om een te intensief toezicht uit te oefenen en te vergaande maatregelen te nemen.

20. Op grond van een algemeen onderzoek naar de mogelijke aansprakelijkheidsrisico's verbonden aan toezicht was de conclusie van het rapport-Van Dam dat het huidige systeem van aansprakelijkheid in nationaal verband voldoet, dat de huidige werking van dat systeem ook nodig is omwille van de preventieve werking die ervan uitgaat voor de toezichthouders, en dat er geen reden is tot bezorgdheid in verband met extra (moeilijk controleerbare) risico's.

0.5 Vraag 3: In hoeverre leiden verschillen in nationale normen voor aansprakelijkheid voor de financiële toezichthouders tot verschillen in nationale regimes voor aansprakelijkheid (a) en daarmee tot potentiële extra risico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders (b)?

(a) Verschillen?

21. De verschillen in aansprakelijkheidsnormen die van toepassing zijn op financiële toezichthouders geven aanleiding tot verschillen in aansprakelijkheidsregimes (d.w.z. in de uitwerking van de wettelijke regels in de rechtspraak). Dat effect is er ongeacht de gemeenschappelijke Europese toezichtsplichten die rusten op toezichthouders. Het Europees

Hof van Justitie heeft in zijn *Peter Paul* jurisprudentie immers de mogelijkheid onbenut gelaten om, op grond van de grotendeels Europeesrechtelijke wetgeving inzake financieel toezicht en harmonisatie financiële markten, een op het gemeenschapsrecht gebaseerde aansprakelijkheidsnorm af te leiden. Daardoor zullen de nationale verschillen in aansprakelijkheidsregels voor financiële toezichthouders verder blijven bestaan, althans wat betreft het toezicht op financiële ondernemingen. Aan te nemen valt dat de Peter Paul jurisprudentie naar analogie toe te passen is op beleggingsondernemingen. De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie zal daarover duidelijkheid moeten geven. Tekortkomingen in het toezicht op de duidelijke en precieze verplichtingen opgelegd aan beleggingsondernemingen door de MiFID richtlijn zouden potentieel ook aanleiding kunnen geven tot overheidsaansprakelijkheid op grond van de miskenning van het Gemeenschapsrecht jegens gedupeerde beleggers. Over de extra risico's op aansprakelijkheid van toezichthouders in internationaal verband gaat het dan niet meer.

22. Het verschil in nationale aansprakelijkheidsregels bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder kan nadelig zijn in die gevallen waarin de Nederlandse toezichthouder wel nog onderworpen is aan het gewone aansprakelijkheidsrecht, terwijl voor andere toezichthouders beperkingen zijn gesteld aan hun aansprakelijkheid.

(b) Extra risico's?

23. In hoeverre die situatie daadwerkelijk tot reële extra risico's leidt, is afhankelijk van de vraag wat er gebeurt nadat de Nederlandse rechter als bevoegde rechter constateert dat ofwel Nederlands recht dan wel buitenlands recht op de vordering jegens de toezichthouder van toepassing is. Als Nederlands recht op een dergelijke vordering van toepassing is, hetgeen waarschijnlijk lijkt op basis van het voorgaande, kan dat tot extra claims jegens Nederlandse toezichthouders leiden die er zonder die internationale setting niet geweest zouden zijn. Dat de financiële toezichthouders veel in internationaal verband opereren, leidt dan derhalve tot potentieel extra risico's. Niettemin zijn die risico's uiteindelijk beperkt, het is belangrijk dat te benadrukken, want de geruststellende conclusies op basis van het rapport Van Dam blijven recht overeind staan. Naar Nederlands recht wordt aansprakelijkheid van een toezichthouder niet snel aangenomen.

24. Als eventueel alsnog buitenlands recht van toepassing zou zijn, moet de Nederlandse rechter vervolgens dat buitenlands recht toepassen zodat een naar Nederlands recht inpasbare oplossing kan worden gevonden. Is het enkele feit dat het buitenlandse recht (met immuniteit) geldt, gunstig voor de toezichthouder? Dat hangt af van *hoe* de Nederlandse rechter vervolgens het vreemde recht zal toepassen.

25. De Nederlandse rechter zal bij de toepassing van vreemd privaatrecht, dat substantieel afwijkt van het Nederlandse privaatrecht, beleidsafwegingen moeten maken. Om een inhoudelijke oplossing te formuleren voor de hem voorgelegde aansprakelijkheidsvraag zal de rechter het gevonden buitenlandse recht soms moeten interpreteren. Er dienen zich vervolgens twee mogelijkheden aan.

26. Ten eerste. Daar waar de immuniteiten geïntegreerd zijn in het reguliere overheidsaansprakelijkheidsrecht lijkt de toepassing van buitenlands recht geen probleem te zijn (bijvoorbeeld in Frankrijk). De Nederlandse rechter past dan het Franse recht, inclusief de immuniteit, toe op de Nederlandse toezichthouder, welke daarvan dus profiteert. In dat geval levert de internationale context geen extra risico's op voor de Nederlandse toezichthouders.

27. Ten tweede. Waar de immuniteitsregeling volledig 'op maat' is gesneden van de eigen toezichthouder en diens taakomschrijving en bevoegdheden (zoals in Duitsland, België, Luxemburg, VK, Ierland en nu ook Zwitserland) ligt dit vermoedelijk anders. Hier is de immuniteitsregeling een publiekrechtelijk voorschrift dat van toepassing is op het eigen toezichthoudend overheidslichaam. In beginsel geldt daarom het adagium: *auctor regit actum*. De specifieke immuniteitsregeling is geschreven voor het eigen overheidslichaam en maakt geen deel uit van het algemene (reguliere) recht inzake de aansprakelijkheid van toezichthouders. Betreft het een geschil waarbij een van de partijen een buitenlands overheidslichaam is, dan kan die nationale, publiekrechtelijke immuniteit van de eigen toezichthouder niet zomaar worden "overgedragen" op de buitenlandse toezichthouder. De toepasselijkheid van de publiekrechtelijke immuniteitsregeling moet dan afzonderlijk beoordeeld worden van het door de verwijzingsregel aangewezen toepasselijke rechtstelsel.

28. De (Nederlandse) bevoegde rechter kan vervolgens op verschillende manieren omgaan met de toepassing van een dergelijke (territoriaal gebonden) immuniteitsbeperking in het buitenlands recht. Het meest logisch lijkt ons dat de rechter, bij de toepassing van het buitenlandse aansprakelijkheidsrecht, het gevonden recht in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid van de Nederlandse toezichthouder zodanig uitlegt dat als resultaat volgt dat de publiekrechtelijke immuniteit ook van toepassing is op een buitenlandse (in casu Nederlandse) toezichthouder. Dat buitenlandse stelsel heeft er immers voor gekozen om de toezichthouder van immuniteit te voorzien, en de redenen daarvoor (als men die in een bepaald systeem accepteert) gelden in wezen ook als toezicht vanuit een ander land wordt uitgeoefend. Het lijkt immers weinig waarschijnlijk dat de Nederlandse rechter van oordeel zal zijn dat de toetsing van het gedrag van de Nederlandse toezichthouder strenger moet zijn dan dat van de buitenlandse collega, volgens de rechtsnormen van diens systeem.

29. Het zal duidelijk zijn dat in voorgaande denklijnen de extra risico's van aansprakelijkheid gering zijn. Door toepassing van het buitenlandse recht op de vordering geniet de Nederlandse toezichthouder een (buitenlandse) immuniteit.

30. De Nederlandse rechter zou echter ook kunnen besluiten om vast te houden aan de toepassing van het buitenlandse aansprakelijkheidsrecht zoals dat geldt in het land van herkomst (dus zonder de component van de publiekrechtelijke immuniteit van de nationale toezichthouder aan te nemen voor de Nederlandse toezichthouder). De juridisch-technische reden daarvoor zou dan zijn dat de immuniteit zoals voorzien in het andere rechtssysteem een louter interne publiekrechtelijke overheidsvoorziening betreft waarvan de Nederlandse toezichthouder niet behoort te profiteren. In die gevallen zal de rechter de lastige denkoefening moeten maken om na te gaan hoe in het betreffende buitenlandse rechtstelsel het onderzoek naar de aansprakelijkheid van de toezichthouder gevoerd zou worden, ervan

uitgaande dat daarbij alleen het normale (overheids-)aansprakelijkheidsrecht toepassing vindt en niet ook de bijzondere immuniteitsregel (terwijl het enige wat duidelijk is, is dat dit buitenlandse recht niet op de eigen toezichthouder wordt toegepast omwille van diens immuniteit). Als leidraad voor de toepassing van dat buitenlandse recht zou de Nederlandse rechter kunnen bekijken hoe het recht werd toegepast vóór de invoering van de immuniteitsregeling in het betrokken land (doorgaans dateren de bij wet ingevoerde aansprakelijkheidsbeperkingen pas van het laatste decennium).

31. Wat de Nederlandse rechter in een voorkomend geval zal beslissen (er is geen rechtspraak op dit stuk), kan op voorhand, gezien diens beleidsvrijheid, niet met zekerheid worden vastgesteld. Wij achten het echter weinig waarschijnlijk dat de rechter de immuniteiten zoals voorzien in het buitenlandse rechtssysteem niet analoog toepast. Daarbij kan wel opgemerkt worden dat wanneer dat in een specifiek geval anders zou zijn, en, bijkomend, de toezichthouder zou aansprakelijk gesteld worden, de te vergoeden schade betrekkelijk snel groot qua omvang kunnen zijn. Hoewel dit nationaal of internationaal niet anders is, gaat het daardoor toch om een belangrijk risico. Het is onder meer om die reden dat het Basel Comité van Toezichthouders (zie hierna onder 2.1.2.3) de aanbeveling deed de potentiële aansprakelijkheid van toezichthouders te beperken.

32. Als er een regel zou bestaan die de rechter zou verplichten tot toepassing van de volledige aansprakelijkheidsregeling (het reguliere aansprakelijkheidsrecht met inbegrip van alle publiekrechtelijke immuniteiten) zoals voorzien door het toepasselijke buitenlandse rechtstelsel, zou de rechtsonzekerheid op dit vlak in elk geval vermeden worden. Het resultaat zou dan zijn dat er gelijke behandeling van alle toezichthouders zou zijn, in die zin dat deze steeds beoordeeld zouden worden volgens de normen van het toepasselijk rechtstelsel (zoals die binnen Europa onderling nog divergerend zijn). Er zouden dan nauwelijks extra risico's bestaan voor de Nederlandse toezichthouder als deze in een internationale setting opereert en buitenlands recht toepasselijk blijkt. Voor de extra risico's die gepaard kunnen gaan met de toepassing van Nederlands recht op vorderingen vanuit de internationale dimensie biedt deze regeling geen oplossing.

33. Denkbaar is ook nog, spiegelbeeldig, dat mocht het Nederlandse recht toepasselijk zijn op een toezichthouder in het buitenland, de rechter van het buitenlandse forum niet onverkort Nederlands recht zal toepassen (zonder immuniteiten) maar de openbare orde exceptie zal inroepen zodat de buitenlandse toezichthouders voor wie een immuniteit in het leven is geroepen, nooit beoordeeld zal worden volgens de gewone aansprakelijkheidscriteria, ook al is wellicht Nederlands recht toepasselijk. Dat is echter afhankelijk van de beleidskeuze van de buitenlandse rechter, en daar heeft Nederland uiteraard geen vat op.

34. Ter afronding nog dit. Wat betreft het toezicht op bijkantoren in het buitenland, kan opgemerkt worden dat er een trend waarneembaar is dat enerzijds meer dochterondernemingen dan bijkantoren van Nederlandse ondernemingen in het buitenland ontstaan, en anderzijds er een daling gaande is van het aantal assets van bijkantoren tegenover het aantal assets van dochterondernemingen, alsook een daling in absolute zin. In dit verband lijkt het risico op aansprakelijkstelling vanuit het buitenland (denk aan een cliënt die met een

Nederlands bijkantoor in het buitenland zaken heeft gedaan, en vervolgens, wanneer iets mis gaat, een vordering instelt tegen de Nederlandse toezichthouder in Nederland) af te nemen.

(c) Specifieke risico-situaties

35. Hoewel het antwoord op de te onderzoeken vraag hiermee in principe gegeven is, bleek het in het licht van die derde onderzoeksvraag ook nodig om nog speciaal te kijken naar enkele risicosituaties waarin de aansprakelijkheid van de Nederlandse toezichthouder in internationaal verband in het geding kan komen, zeker in het licht van de recente evolutie naar coöperatieve toezichtsmodellen.

36. De recente evoluties op het vlak van de samenwerkingsvormen tussen toezichthouders (zowel op gestructureerde basis bijvoorbeeld binnen de op EU-niveau opgerichte commissies van nationale toezichthouders, CESR, CEIOPS en CEBS, als op *ad hoc* basis waarbij individuele gevallen in gemeen overleg worden afgehandeld), het gezamenlijk toezicht op conglomeraten en de delegatie van materiële toezichtstaken kunnen wel nog een verhoogd risico opleveren voor de aansprakelijkheid van de Nederlandse toezichthouders. In het onderzoeksrapport wordt onderzocht op welke wijze de samenwerking en de delegatie van toezichtstaken de aansprakelijkheidsvraag kunnen beïnvloeden.

37. De algemene samenwerkingsplicht tussen toezichthouders die in verschillende Europese dienstenrichtlijnen is vervat (bijvoorbeeld de Europese richtlijn marktmisbruik en de MiFID-richtlijn, naar Nederlands recht omgezet door de Wet Financieel Toezicht) vormt de grondslag voor samenwerkingsprotocollen binnen EU-verband (*Memoranda of Understanding*). Deze protocollen kunnen onder meer als voorwerp hebben: delegatie van bevoegdheden, gezamenlijk toezicht, etc. Ook buiten EU-verband kunnen protocollen worden gesloten met toezichthouders uit derde landen. De vraag rijst wat de juridisch status is van deze akkoorden. Algemeen kan gesteld worden dat het hier gaat om afspraken die toezichthouders maken in het kader van een loyale samenwerking en ter implementatie van de “*equivalent supervisory practices*” zoals uitgewerkt binnen de formele samenwerkingsverbanden.

38. De externe juridische werking van de toezichtsprotocollen en besluiten genomen binnen colleges van toezichthouders kan als volgt samengevat worden. De toezichthouders kunnen hierdoor geen afbreuk doen aan de formele bevoegdheden van de *home/host* toezichthouders, maar ze kunnen zich wel verbinden tegenover derden om de binnen een college van toezichthouders genomen beslissingen binnen de perken van hun eigen toezichtbevoegdheden ten uitvoer te leggen. Hoewel toezichthouders de eigen taken niet kunnen wijzigen of overdragen, kan gesteld worden dat deze protocollen hen ook tegenover derden kunnen binden, in de mate dat derden erop mogen vertrouwen dat de afgesproken normen in acht zullen worden genomen. Afspraken, principes en regels die de toezichthouders onderling voor zichzelf stellen met betrekking tot de invulling van hun taak en beleid (vgl. het dynamisch karakter van toezichthoudersbeleid) kunnen dus ook relevant zijn in een aansprakelijkheidscontext.

39. In geval van delegatie van materiële toezichtstaken blijft de delegerende toezichthouder

extern de verantwoordelijkheid dragen van het gedelegeerde toezicht. In een voorkomend geval kan de toezichthouder die de bevoegdheid publiekelijk heeft overgenomen ook jegens derde gedupeerden aansprakelijk zijn als het toepasselijke recht daartoe inderdaad leiden kan. Welk materieel recht dat is, hangt weer af van welk aanknopingspunt terug te vinden is in de IPR regeling van het land van herkomst van de toezichthouder .

40. Daarbij kan nog opgemerkt worden dat, in gevallen waarin meerdere toezichthouders mogelijk aansprakelijk zijn, bijvoorbeeld bij samenwerking en assistentie tussen toezichthouders, de gelaedeerde de keuze heeft wie hij aanspreken zal. Denkbaar is dat elk van de toezichthouders betrokken bij het toezicht, wat hun eigen taken betreft, een tekortkoming begaan. Dat heeft hiermee te maken dat de formele bevoegdheden van een toezichthouder (verantwoordelijkheden inzake bevoegdheid) en de aansprakelijkheid van een toezichthouder (verantwoordelijkheden inzake correcte taakuitoefening binnen de grenzen van de eigen bevoegdheid) twee verschillende zaken zijn. De formele verantwoordelijkheden worden bepaald door de toepasselijke (EU-)wetgeving geldend in dit verband. De aansprakelijkheden worden ingevuld aan de hand van een analyse van de specifieke taakverdeling in een concrete situatie. Zo kan in een situatie van samenwerking bv. de verantwoordelijke toezichthouder eventueel aansprakelijk worden gesteld bij een fout in het leiden van de samenwerking en het toezicht, en kunnen de toezichthouders die daaronder functioneren, elk vanuit hun eigen takenpakket, ook fouten begaan in de hen toevertrouwde taken. Wat betreft de aansprakelijkheid moet dus steeds geredeneerd worden vanuit de specifieke taken en bevoegdheden van elke bij de samenwerking betrokken toezichthouder. Het feit dat één toezichthouder verantwoordelijk is impliceert niet dat deze op exclusieve basis kan aansprakelijk worden gesteld. Voorbeelden in dit geval zijn moeilijk te geven omdat steeds moet gekeken worden naar de concrete omstandigheden van het geval. Wanneer een benadeelde de keuzemogelijkheid heeft om verschillende toezichthouders aan te spreken zal hij er wellicht voor opteren om die toezichthouder aan te spreken waar zijn kans op succes het grootste is. In die zin zou de Nederlandse toezichthouder in het nadeel kunnen zijn maar dit nadeel is gering nu ook de kans om een Nederlandse toezichthouder aansprakelijk te houden gering is (zie het rapport Van Dam⁶ en de ontwikkeling van de rechtspraak nadien).

0.6 Vraag 4: In hoeverre spelen regimes voor aansprakelijkheid en, meer in het bijzonder het Nederlandse regime, een rol bij de vestiging van financiële ondernemingen?

41. De vierde en laatste onderzoeksvraag is uitgevoerd door middel van een enquête. Uit de bevraging van aangezochte ondernemingen bleek niet dat de mogelijkheid de toezichthouder al dan niet aansprakelijk te stellen, een factor is die van invloed is in het kader van het vestigingsklimaat van die ondernemingen.

⁶ Van Dam (2006), m.n. hoofdstuk 8.

1. INLEIDING

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

42. Het onderzoek volgt op het in 2006 gepubliceerde onderzoek door Professor Cees van Dam inzake de aansprakelijkheid van toezichthouders.⁷ Hierin zijn de potentiële aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders in Nederland geanalyseerd en werden aanbevelingen voor toekomstig beleid gedaan. Het onderzoek had zowel betrekking op markttoezichthouders als op andere toezichthouders, zoals op het gebied van gezondheid en veiligheid.

43. De conclusie van dat rapport was dat het huidige systeem van aansprakelijkheid voldoet, dat de huidige werking van dat systeem ook nodig is omwille van de preventieve werking die ervan uitgaat voor de toezichthouders, en dat er geen reden is tot bezorgdheid in verband met extra (moeilijk controleerbare) risico's. Het volledige rapport is te vinden op www.wodc.nl.

44. De minister van justitie heeft in augustus 2007 meegedeeld dat hij instemt met de conclusies van het rapport van Van Dam. Daarbij wees hij echter wel op de specifieke positie van financiële toezichthouders, vooral met betrekking tot de internationale dimensie waarbinnen zij handelen c.q. waarbinnen hun handelingen gevolgen kunnen hebben.

45. Doel van het onderhavige onderzoek is dan ook na te gaan, of de conclusies, zoals geformuleerd door Professor Van Dam in het eerste rapport, tevens opgaan voor de Nederlandse financiële toezichthouders (De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten) voor wat betreft de taken die zij in een internationale dimensie verrichten. Dit onderzoek is van belang in het licht van de internationale toezichtpraktijk: enerzijds de ontplooiing van grensoverschrijdende activiteiten door financiële ondernemingen en samenwerking tussen nationale toezichthouders en anderzijds de trend in vele staten om in het nationale recht immuniteitsregimes op te nemen ten gunste van de nationale financiële toezichthouder. Het belang van een onderzoek naar samenwerking, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid voor handelingen met een internationale dimensie wordt vandaag nog onderstreept door de crisis op de financiële markten.

46. Het onderhavige onderzoek betreft kort gezegd de vraag of verschillen in nationale aansprakelijkheidsregimes tot extra risico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders DNB en AFM en daarmee tot negatieve gevolgen voor de financiële sector in Nederland aanleiding (kunnen) geven. Onder extra risico's wordt verstaan: die extra risico's die voortvloeien uit de *internationale* dimensie van de financiële markten, met name risico's als gevolg van claims jegens toezichthouders vanuit het buitenland.⁸ De mogelijke gevolgen die in dat kader specifiek bezien worden, betreffen vooral de vraag naar de potentiële extra aansprakelijkheid van de toezichthouders ten opzichte van de cliënten van onder toezicht

⁷ Rapport-Van Dam (C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid* (London: British Institute of International and Comparative Law, 2006).

⁸ In het rapport werd geconcludeerd dat *nationaal* geen reden tot zorg bestaat: Van Dam, (2006), nr. 8.

staande ondernemingen, en, minder prominent, de mogelijke invloed op de besluitvorming van financiële ondernemingen ter zake van hun vestigingsbeleid.

47. De volgende specifieke onderzoeksvragen staan centraal in het onderzoek:

- (1) In hoeverre bestaan er in diverse Europese landen verschillen tussen de wettelijke normen inzake de aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders?
- (2) Wat zijn de achterliggende redenen voor deze verschillende wettelijke normen?
- (3) In hoeverre leiden verschillen in deze wettelijke normen tot potentiële extra risico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders en om welke specifieke risico's kan het dan gaan?
- (4) In hoeverre spelen regimes voor aansprakelijkheid en, meer in het bijzonder het Nederlandse regime, een rol bij vestigingsbesluiten van financiële ondernemingen?

1.2 Opbouw van het rapport

48. In dit rapport wordt eerst nagegaan in welke gevallen de Nederlandse financiële toezichthouders kunnen worden aangewezen als verantwoordelijke toezichthouders in gevallen met een internationale dimensie en voor welke fora de Nederlandse toezichthouders kunnen worden gedaagd, alsook welk recht de aansprakelijkstelling dan zou beheersen.

49. In het algemeen kunnen er binnen de financiële dienstensector drie deelsectoren worden onderscheiden: kredietinstellingen, verzekeraars en pensioenfondsen en beleggingsondernemingen.⁹ Het onderzoek richt zich enkel op het toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, en niet op het toezicht op verzekeraars en pensioenfondsen.

50. Het onderzoek richt zich op spaarders, beleggers en schuldeisers van krediet- en beleggingsondernemingen in het *buitenland* die (al dan niet gedeeltelijk (denk aan samenwerkingsverbanden en delegatie)) onder *Nederlands* toezicht staan. Nederlandse en buitenlandse klanten bij in het buitenland gevestigde buitenlandse financiële ondernemingen en Nederlandse en buitenlandse klanten bij in Nederland gevestigde binnenlandse financiële

⁹ Zie Europese wetgeving in dit verband: Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, *PbEG* 2006, L 177/1; Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad, *PbEG* 2004 L 145/1; Verordening (EG) Nr. 1287/2006 van de Commissie van 10 augustus 2006 tot uitvoering van Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de voor beleggingsondernemingen geldende verplichtingen betreffende het bijhouden van gegevens, het melden van transacties, de markttransparantie, de toelating van financiële instrumenten tot de handel en de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn betreft, *PbEG* 2006, L 248.

ondernemingen worden niet in het onderzoek betrokken, omdat, wat hen betreft, geen bijzondere toezichtsrisko's bestaan vanuit de internationale dimensie.

51. Derden zullen de financiële toezichthouder doorgaans aanspreken in geval van een deconfiture van de financiële onderneming waarvan zij schuldeiser zijn, met name wanneer ze hun schuldvorderingen niet kunnen verhalen op de failliete boedel, en het depositogarantie- of beleggersgarantiestelsel (zie hierover meer onder hoofdstuk 4) hun aanspraken niet of niet volledig kan honoreren. De achterliggende gedachte van een vordering tegen de toezichthouder is dan dat deze tekort is geschoten in zijn toezichtstaak en daardoor de schade mee heeft veroorzaakt.

52. De vorderingsmogelijkheid van aan het toezicht onderworpen *financiële ondernemingen* jegens de toezichthouders blijft in dit onderzoek grotendeels buiten beschouwing omdat dit een aspect betreft van de schade-afwikkeling tussen mede-aansprakelijken onderling (verdeling van de schadelast tussen de primaire aansprakelijke, de financiële onderneming, en de zijdelingse laedens, de toezichthouder).

53. In het eerste rapport inzake de aansprakelijkheid van toezichthouders door Van Dam werden reeds Duitsland, België, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Italië gezien. Daarnaast zullen nu nog Zwitserland, Luxemburg, Ierland en de VS betrokken worden in het onderzoek aangezien deze landen omwille van hun belangrijke economie en hun financiële centra van belang zijn voor de hier besproken materie, en/of omdat zij concurrenten zijn van Nederland als vestigingsplaats voor financiële ondernemingen.

54. Het onderzoek valt uiteen in vijf hoofdstukken en een aantal bijlagen (onder 6).

55. Na de inleiding in het eerste hoofdstuk wordt in hoofdstuk 2 in grote lijnen beschreven hoe het onrechtmatige daadsrecht zich verhoudt tot de handelingen verricht door de financiële toezichthouders en welke de aansprakelijkheidsrisico's zijn waarmee de Nederlandse toezichthouders kunnen worden geconfronteerd vanuit de internationale dimensie. Daartoe is onderzocht welke vormen van samenwerking, en verantwoordelijkheden er bestaan, onder meer in de Wet Financieel Toezicht, wat de status is van de afspraken die toezichthouders onderling maken in het kader van gezamenlijk en gedelegeerd toezicht, en welke de verwachte ontwikkelingen zijn in dit verband. Daarna wordt de rechtspraktijk in Nederland na het rapport-Van Dam onderzocht.

56. Vervolgens worden de IPR-kwesties in dit verband geanalyseerd. Bezien wordt of de kans reëel is dat de Nederlandse toezichthouders niet alleen voor de Nederlandse rechter maar ook voor een buitenlandse rechter kunnen worden gedaagd. Ook wordt nagegaan welk materieel recht volgens de IPR-regels van de bevoegde rechter op een onrechtmatige daadsactie van toepassing zou zijn. De vraag wat de gelding is van het gemeenschapsrecht inzake de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders en in welke mate deze regels (uniform) doorwerken in het recht van elke lidstaat komt eveneens aan de orde.

57. Voor de gevallen waar vreemd materieel recht van toepassing zou kunnen zijn, wordt in het derde hoofdstuk nagegaan of de voorziene aansprakelijkheidsimmunititeiten voor de nationale toezichthouders zoals deze gelden in de meeste van de onderzochte landen, analoog kunnen worden toegepast op de Nederlandse toezichthouders.

58. Aangezien er een belangrijk verband bestaat tussen het systeem van het aansprakelijkheidsrecht en het systeem van alternatieve vergoedingsregelingen, worden in het vierde hoofdstuk deposito- en beleggersgarantieregelingen en private verzekeringen kort besproken. De verplichte garantiesystemen en private verzekeringen zullen de effecten van een deconfiture die ondanks het financieel toezicht niet kon voorkomen worden opvangen ten belope van de gewaarborgde limieten, zodat van een potentiële aansprakelijkstelling van de toezichthouder wellicht pas sprake zal zijn bij overschrijding van deze limieten, althans voor de categorie van begunstigden of verzekerden.

59. Deze drie dimensies geven samen een beeld van de (aan- of afwezigheid van) dreiging verbonden aan het optreden van de Nederlandse toezichthouders in internationaal verband, en leiden aldus tot een richtinggevend antwoord op de onderzoeksvragen.

1.3 Methoden van onderzoek

60. De belangrijkste methode die in het onderzoek is gehanteerd, is een verkennende desk-top analyse van wetgeving, literatuur en, voor zover belangrijk, ook rechtspraak in de verschillende Europese landen die relevant zijn voor de Nederlandse financiële markt, in de Verenigde Staten en met betrekking tot het gemeenschapsrecht. Voorts werd in het onderzoek globaal betrokken welk oogmerk de wetgever had in de onderzochte landen bij het uitvaardigen van de desbetreffende normen (via de parlementaire geschiedenis en/of commentaren in de literatuur), in het bijzonder in geval van een landelijke beperking van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder.

61. Voorbehoud dient hierbij te worden gemaakt inzake de volledigheid en actualiteit van deze voorlopige conclusies. Het aldus geconstrueerde beeld is noodzakelijkerwijze beperkt tot die informatie m.b.t. rechtspraak en rechtspraktijk die redelijkerwijze vanuit Nederland te achterhalen viel.

62. Naast deze theoretische analyse werden de (voorlopige) bevindingen vervolgens in beperkte mate getoetst aan de praktijk via telefonische interviews met academici en (medewerkers van) financiële toezichthouders in enkele van de onderzochte landen.

63. Ten slotte zijn vragenlijsten voorgelegd aan de financiële ondernemingen die zich in Nederland en de onderzochte landen hebben gevestigd. Hierbij werd nagegaan door welke factoren het vestigingsbeleid van de onderneming wordt beïnvloed en of de mogelijkheid om een toezichthouder aansprakelijk te stellen voor gebrekkig toezicht daarbij een rol speelt. De resultaten daarvan zijn opgenomen in hoofdstuk vijf en in de bijlagen (6.2.2).

2. ANALYSE VAN DE AANSPRAKELIJKHEIDSRISICO'S VOOR DE NEDERLANDSE TOEZICHTHOUDERS IN NATIONAAL EN INTERNATIONAAL VERBAND

2.1. Aansprakelijkheidsrisico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders

2.1.1 Algemene ontwikkelingen met betrekking tot het financieel overheidstoezicht

2.1.1.1 Prudentieel toezicht en gedragstoezicht¹⁰

64. Dit onderzoek heeft als doel het inschatten van de aansprakelijkheidsrisico's die gepaard gaan met het prudentieel toezicht en met het gedragstoezicht op financiële ondernemingen in internationaal verband. Onder het prudentieel toezicht wordt begrepen het toezicht op de solvabiliteit en stabiliteit en, voor wat betreft kredietinstellingen, op de liquiditeit, alsmede op de omvang van de technische voorzieningen voor verzekeraars.¹¹ Het prudentieel toezicht valt in Nederland onder de verantwoordelijkheid van De Nederlandsche Bank (DNB) (art. 1:24 lid 2 Wft) die in Nederland ook fungeert als centrale bank.¹² Dit toezicht omvat zowel het hanteren van toegangseisen (voor onder andere clearinginstellingen, banken en verzekeraars) als het blijvend controleren of aan deze eisen voldaan wordt. Voorwerp van toezicht is ondermeer de controle op de betrouwbaarheid en de deskundigheid van de bestuurders van de financiële onderneming alsmede de mate waarin de onderneming over voldoende financiële middelen beschikt (solvabiliteits- en liquiditeitstoezicht).

65. Het toezicht op de financiële markten ("gedragstoezicht") valt onder de verantwoordelijkheid van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) (art. 1:25 lid 2 Wft). Gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. De AFM ziet er op toe dat alle partijen op de financiële markten de juiste informatie verstrekken over de aangeboden financiële producten en diensten. Daarnaast waarborgt zij de markttoegang door het hanteren van toegangseisen (voor onder andere beleggingsondernemingen, aanbieders van kredieten en bemiddelingskantoren) en bevordert zij de goede werking van de markt door het hanteren van kenbare normen. De AFM is ook het contactorgaan bedoeld in artikel 56, eerste lid, van de MiFID-richtlijn in de sector financieel toezicht.

66. Beide financiële toezichthouders zijn zelfstandige bestuursorganen. Ze zijn niet hiërarchisch ondergeschikt aan de Minister van Financiën. Wel staan ze onder beperkt toezicht

¹⁰ Omwille van de complexiteit van het financieel toezicht en het dynamisch karakter van deze sector in evolutie, volstaan we met een globale beschrijving.

¹¹ "Prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector": zie art. 1:24 lid 1 Wft en Kamerstukken II, 2003-2004, 29 708, nr. 3, p. 29.

¹² In andere lidstaten en in de Verenigde Staten zijn deze functies gescheiden. Centrale banken oefenen doorgaans zowel overheidstaken (uitgeven van geld, aanhouden van buitenlandse valutavoorraden) uit, als commerciële taken, zoals het aanhouden van rekeningen in het buitenland, het aangaan en aflossen van leningen, het doen van buitenlandse investeringen of het voldoen van buitenlandse verplichtingen van staatsbedrijven. Vooropgesteld kan worden dat voor deze laatstgenoemde activiteiten, die dus niet het voorwerp van dit onderzoek uitmaken, geen immuniteit bestaat.

van de minister. Indien de minister van oordeel is dat de toezichthouder zijn taak ernstig verwaarloost, kan hij besluiten één of meer onderdelen van de taak van de toezichthouder zelf uit te voeren of door de andere toezichthouder te laten uitvoeren. De desbetreffende bevoegdheden komen dan toe aan de minister of aan de andere toezichthouder (art. 1:43 Wft). De minister rapporteert vijfjaarlijks over de doeltreffendheid en de doelmatigheid van het functioneren van de toezichthouders (art. 1: 44 Wft).

67. Ook kan de minister, wanneer hij meent dat de door de toezichthouder vastgestelde algemeen verbindende voorschriften in strijd zijn met een hogere rechtsnorm (wet of verdrag) of een onredelijke belasting voor de financiële markten tot gevolg hebben, en na vastgesteld te hebben dat de toezichthouder zelf niet optreedt, na voorafgaand overleg, bij ministeriële regeling zelf de voorschriften uitvaardigen, onder intrekking van de door de toezichthouder vastgestelde algemeen verbindende voorschriften (art. 1:29 Wft).

68. De minister van financiën draagt in beginsel slechts een beperkte verantwoordelijkheid voor de daden van de financiële toezichthouders, namelijk voor zover er bevoegdheden aan hem zijn toegekend met betrekking tot de toezichthouders. De belangrijkste bevoegdheden van de minister ten aanzien van toezichthouders zijn, naast het treffen van voorzieningen indien de toezichthouder zijn taak ernstig verwaarloost, de schorsing en het ontslag van bestuurders en het goedkeuren van de jaarlijkse begroting. In een aantal onderzochte landen (bv. Frankrijk en Verenigde Staten) is de overheid rechtstreeks aansprakelijk voor schade veroorzaakt door de publieke financiële toezichthouder. In Nederland is dat uitdrukkelijk niet het geval. Wel is voorzien in een vrijwaringsregeling door de overheid voor het geval van aansprakelijkstelling (zie hierna hoofdstuk 4.2).

2.1.1.2 Lamfalussy-structuur: verschillende niveaus van regulering

69. In het kader van de Europese integratie is er sprake van een sterke ontwikkeling en formalisering van de regels inzake het financieel toezicht. Sinds geruime tijd wordt de coördinatie van de toezichtwetgeving verricht in het kader van de toepassing van de richtlijnen inzake financiële diensten en het er mee gepaard gaand overleg binnen de comités die krachtens de verschillende richtlijnen werden ingesteld (waarover hierna meer).

70. Met de goedkeuring door de Raad van Ministers van het zogenaamde “Lamfalussy Rapport” op 6 juni 2001¹³, werd een schema uitgewerkt om de regelgeving binnen Europa aanzienlijk efficiënter te maken en aanpasbaar met betrekking tot de ontwikkelingen op de markt. De Lamfalussy procedure komt erop neer dat er op verschillende niveaus regels worden uitgewerkt met betrekking tot het financieel toezicht. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen vier niveaus waarop regulering wordt uitgevaardigd, van algemene regulering, die in de richtlijnen en verordeningen wordt uitgewerkt tot gedetailleerde regulering en standaarden voor de goede praktijk, die in uitvoering van deze normen op een lager niveau worden uitgewerkt, en het toezicht op de naleving van deze regulering.

¹³ 2001/1501/EC.

71. Niveau 1. De vaststelling van de algemene hoofdlijnen van beleid geschiedt door de Europese wetgever in richtlijnen en verordeningen. Op het eerste niveau dient een onderscheid te worden gemaakt tussen prudentiële regels (die ook aan bod komen in MiFID bij het statuut van beleggingsondernemingen) en transactionele regelen of gedragsregelen (bijv. conduct of business rules). Als men een blik werpt op de financiële wetgeving merkt men dat de MiFID-richtlijn¹⁴ en de Prospectusrichtlijn¹⁵ de bron zijn van de belangrijkste Europese gedragsregels voor financiële ondernemingen en de CRD¹⁶ en de concept Solvency II richtlijn voor prudentiële regels¹⁷. Relevant is of de richtlijn of verordening op niveau 1 ook mandaten geeft aan de Commissie om op niveau 2 regelgevend op te treden

72. Europese regels bestonden uiteraard ook reeds vóór de inwerkingtreding van het Lamfalussy systeem in 2001. Naast enkele belangrijke inhoudelijke vernieuwingen, vallen de nieuwe gedragsregels echter op door hun tekstuele omvang en de daarmee gepaard gaande mate van detaillering en uitwerking. Dit is te verklaren vanuit de verregeaande harmonisatiedoelstelling van de financiële richtlijnen

73. Niveau 2. De vaststelling van gedetailleerde technische uitvoeringsmaatregelen op gebied van financieel toezicht gebeurt door het European Securities Committee (ESC), het EIOPC of het EBC, op voordracht van de Commissie en onder advies van de hierna besproken adviserende comités: het Comité van Europese Effectentoezichthouders (CESR) voor wat betreft het toezicht op effectenverkeer; het Comité van Europese bankentoezichthouders (CEBS) voor wat betreft het toezicht op banken, en het Comité van Europese toezichthouders op verzekeraars en bedrijfspensioenfondsen (CEIOPS) voor wat betreft het toezicht op verzekeraars en pensioenfondsen.

¹⁴ MiFID richtlijn: richtlijn nr. 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad (*PbEU L 145*). Het toepassingsgebied van de MiFID-richtlijn is complex; zowel het materiële toepassingsgebied (welke zijn de "beleggingsdiensten en -activiteiten" en de "nevendiensten"), als het territoriale toepassingsgebied (waar zijn de nieuwe regels van toepassing, voor de leverancier van beleggingsdiensten en de ontvanger van beleggingsdiensten, en hoe werkt het Europees paspoort binnen MiFID?).

¹⁵ Prospectus richtlijn: richtlijn nr. 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van richtlijn nr. 2001/34/EG (*PbEG L 345*).

¹⁶ Richtlijn 2006/48/EG is, samen met 2006/49/EG, de vertaling van het nieuwe Bazelse raamwerk voor het prudentiële toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, Bazel II, in de Europese regelgeving. De Richtlijn wordt in het dagelijks gebruik CRD genoemd, Capital Requirements Directive. Het doel van het nieuwe kapitaalakkoord Basel II is om banken richtlijnen te bieden waarmee zij kunnen vaststellen hoeveel kapitaal zij minimaal opzij moeten zetten om onverwachte verliezen op te vangen die voortvloeien uit hun financiële en operationele risico's. De richtlijnen zijn in de Europese Unie geïmplementeerd door middel van de CRD-richtlijn (Capital Requirements Directive). Vrijwel alle EU-lidstaten hebben deze richtlijn inmiddels in hun nationale wetgeving geïntegreerd.

¹⁷ De project-richtlijn Solvency II moet leiden tot de herziening van de regelen m.b.t. het verzekeringsbedrijf door een nieuw solvabiliteitsraamwerk in te voeren, gebaseerd op marktconsistente waardering, waarin de financiële eisen beter de risico's weerspiegelen die de verzekeraars lopen.

Er kan opgemerkt worden dat zowel de regulering op niveau 1 als op niveau 2 in het Lamfalussy-systeem het karakter heeft van “hard law” nu het gaat om de uitvoering van richtlijnen en verordeningen.

74. Niveau 3. Op het derde niveau is sprake van adviserende comités samengesteld uit nationale toezichthouders. Eind 2003 werden deze drie comités opgericht per “pijler”: inzake effectentoezicht: ‘CESR’ (Committee of European Securities Regulators: Comité van Europese effectenregelgevers); inzake banktoezicht: ‘CEBS’ (Committee of European Banking Supervisors; Comité van Europese banktoezichthouders); en inzake verzekering- en Pensioenfondsentoezicht ‘CEIOPS’ (Committee of European Insurance and Pension Supervisors; Comité van Europese toezichthouders op verzekeraars en bedrijfspensioenfondsen). De comités spelen een belangrijke rol bij de consequente en eenvormige uitvoering van EU-richtlijnen door bij te dragen aan een efficiëntere samenwerking tussen de nationale toezichthouders en aan de convergentie van de toezichtpraktijken (uitwerken van gemeenschappelijke standaarden van goede toezichtpraktijken). De comités verstrekken “guidance” in de vorm van standards en recommendations. Zo omvatten de CESR-standaarden bijvoorbeeld ruim 140 gedragsregels voor het verstrekken van beleggingsdiensten aan niet-professionele beleggers.¹⁸ Op te merken valt dat de CESR een kader voor informatieverschaffing door toezichthouders heeft uitgewerkt dat bijdraagt aan convergentie door vergelijking van de toezichtpraktijken binnen de lidstaten (level playing field): het zgn. supervisory disclosure framework.¹⁹

75. De regulering op niveau 3 heeft het karakter van “soft law” maar de standaarden en richtlijnen hebben wel een verregaande autoriteit. Ze zijn een leidraad bij de invulling van de taak van de nationale toezichthouders, ook al kunnen ze geen afbreuk doen aan hun wettelijke verplichtingen. De rechter is eveneens gehouden, bij een geschil, deze richtlijnen in overweging te nemen, wanneer ze licht werpen op de strekking van de betwiste bepalingen of deze aanvullen.²⁰ Verwacht wordt dat de toezichthouders zich ook zullen laten leiden door deze richtlijnen bij het concreet uitoefenen van het toezicht bv. bij de samenwerking met andere toezichthouders.

76. Niveau 4. Op "niveau 4" zien de nationale rechters toe op de naleving van de uitgevaardigde normen onder het tweedelijns toezicht van de Commissie (tijdige omzetting) en van het Europese Hof van Justitie (correcte omzetting). Het feitelijke (eerstelijns)toezicht op de naleving van de toezichtsreglementering gebeurt door de nationale toezichthouders.²¹

¹⁸ CESR, A European regime for investor protection – the harmonisation of conduct of business rules, 9 april 2002, CESR/01-14d, te raadplegen op: www.cesr-eu.org.

¹⁹ Terug te vinden op: www.cesr-eu.org.

²⁰ HvJ 13 december 1989, C 322/88, Jur. 1989, 4407 (Grimaldi).

²¹ N.M. Giphart, “De implementatie van Europese wetgeving in de Wet op het financieel toezicht”, *SEW* nr. 5, mei 2008, p. 171 e.v.

77. De vier onderscheiden niveau's kunnen schematisch als volgt worden gevisualiseerd:

	Europese Commissie	Europees Parlement	
EBC (bank)	EIOPC (verzekeraars, pensioenfondsen)	ESC (effecten)	FCC (financiële concerns)
CEBS Toezicht centrale banken	CEIOPS Toezicht verzekeraars en pensioenfondsen	CESR Financieel toezicht markten	
Nationale toezichthouders			

78. De financiële markten van de EU hebben de afgelopen jaren grote veranderingen ondergaan. De integratie van de Europese financiële markten is in een stroomversnelling terechtgekomen, financiële instellingen ontplooiën meer en meer activiteiten op andere markten dan hun thuismarkt, financiële producten worden steeds vaker op pan-Europese schaal aangeboden, de marktconcentratie neemt toe, er vinden meer en meer grens- en sectoroverschrijdende fusies en overnames plaats. Onder meer in het licht van de huidige financiële crisis lijkt de reeds ingezette evolutie om de nationale toezichthouders verder te integreren in comités van toezichthouders zich in de nabije toekomst verder te ontwikkelen (cf. recent voorstel Europese Commissie²²).

79. De Commissie heeft recentelijk (23 januari 2009²³) een voorstel tot verbetering van de Lamfallussy-procedure uitgewerkt. Doel is de versterking van de toezichtstructuur, een intensievere samenwerking tussen de nationale toezichthoudende autoriteiten en een grotere consistentie en convergentie in de toezichtsstructuur en een efficiënter besluitvormingsproces (via gekwalificeerde meerderheden). Ook zou de toepassing van de protocollen op een meer adequate manier moeten worden gehandhaafd. Er is dus geen sprake van een nieuwe toezichtstructuur of centrale toezichthouder in de huidige voorstellen. Ook wordt er uitdrukkelijk geen beslissingsbevoegdheid toegekend aan de comités.

²² Proposal for a directive for the European Parliament and for the council amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards banks affiliated to central institutions, certain own funds items, large exposures, supervisory arrangements, and crisis management, COM (2008) 602, te raadplegen op: <http://www.ec.europa.eu>.

²³ Proposal for a decision of the European Parliament and of the council of establishing a Community programme to support specific activities in the field of financial services, financial reporting and auditing 2009/0001 (COD), te raadplegen op <http://www.ec.europa.eu>.

80. Naar aanleiding van een onderzoek naar de recente financiële crisis bracht de “High Level Group on Financial Supervision” (“De La Rosière-groep”) een rapport uit met aanbevelingen. De La Rosière pleit voor een “European Systemic Risk Council” om de stabiliteit van het financiële stelsel te bewaken.

2.1.2.3 Commissies van toezichthouders

81. Ook op internationaal gebied zijn er diverse samenwerkingsverbanden en overlegorganen. Hiervan zijn vooral het Comité van Banktoezichthouders (Basel Comité)²⁴ en de wereldwijde organisatie van effectentoezichthouders (IOSCO)²⁵ van belang. Daarnaast bestaat ook een commissie van toezichthouders op verzekeraars (IAIS)²⁶. Ook binnen deze formele commissies van toezichthouders wereldwijd worden standaarden voor de goede toezichtspraktijk ontwikkeld. Het verschil met de normen van gemeenschapsrecht is dat de regelgeving binnen deze samenwerkingsverbanden niet het formele statuut heeft van wetgeving. Zoals aangeduid is de regulering op niveau 1 en niveau 2 van de Lamfalussy-procedure wel bindend voor de lidstaten.

(a) Basel comité

82. In het kader van de samenwerking tussen toezichthouders wereldwijd is het “Basel Committee” de organisatie die de standaardnormen uitvaardigt in de sector van het banktoezicht. Het Basel Comité is een informeel netwerk van toezichthouders en vertegenwoordigers van de centrale banken van België, Canada, Frankrijk, Duitsland, Italië, Japan, Luxemburg, Nederland, Spanje, Zweden, Zwitserland, Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten dat vier maal per jaar vergadert te Basel. Doel van het Basel Committee is de netwerkvorming en de samenwerking tussen haar leden wereldwijd te stimuleren. Het Basel Committee verspreidt ook richtlijnen inzake toezichtkwesties. De “Core Principles for Effective Banking Supervision”²⁷ zijn in dat verband te vermelden. Deze richtlijnen voor de goede toezichtspraktijk hebben geen bindend karakter maar wel een groot gezag. Een kanttekening die bij deze richtlijnen kan worden geplaatst, is dat deze normen en principes uitgewerkt worden door de toezichthouders zelf en dat daarmee in geval van uitvaardiging van regelgeving c.q. rechterlijke handhaving rekening dient te worden gehouden.²⁸ Zo dient het pleidooi voor immuniteit van aansprakelijkheid van het Basel Comité rechtstreeks hun eigen belang. Recent (op 8 januari 2009) heeft het Basel Comité, naar aanleiding van de financiële crisis aangekondigd zich naast de implementatie van de Basel II normen (zie hierna) nog meer te gaan richten op het versterken van de standaarden van de goede praktijk.²⁹

²⁴ Informatie over het Basel Comité is terug te vinden op de website van de organisatie: <http://www.bis.org>.

²⁵ Informatie over de IOSCO is terug te vinden op de website: <http://www.iosco.org>.

²⁶ Informatie over de IAIS is terug te vinden op de website van de organisatie: <http://www.iaisweb.org>.

²⁷ Te raadplegen op: <http://www.bis.org>.

²⁸ Vgl. I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, kluwer: Deventer 2005, p. 181 e.v. over immuniteiten.

²⁹ *Steps to strengthen implementation of supervisory standards and guidance taken by the Basel Committee* (te raadplegen op: <http://www.bis.org>).

(b) International organisation of Securities Commission (IOSCO)

83. Het IOSCO is de wereldwijde organisatie van effectentoezichthouders. Net zoals het Basel Comité op het vlak van het banktoezicht, speelt deze mondiale organisatie een belangrijke rol voor wat betreft de goedkeuring en opvolging van mondiale standaarden voor regelgeving inzake effectentoezicht.

(c) International Association of Insurance Supervisors (IAIS)

84. De IAIS is opgericht in 1994 als vereniging van toezichthouders op verzekeraars en vertegenwoordigt nu ruim 180 toezichthouders uit 13 landen (met inbegrip van de per staat georganiseerde toezichthouders vanuit de Verenigde Staten).

85. De IAIS heeft een multilaterale MoU opgesteld waaraan alle leden kunnen deelnemen.³⁰ Het doel van deze MoU is om samenwerking en informatie-uitwisseling tussen de toezichthouders te verbeteren.

2.1.2.4 Aanscherping van de toezichtsnormen via een combinatie van algemene regels en standaarden voor de goede praktijk

(a) Van sectoraal toezicht naar functioneel toezicht

86. Inzake het georganiseerd financieel toezicht wordt vandaag een onderscheid gemaakt tussen het prudentieel toezicht (DNB) en het gedragstoezicht (AFM). Voorheen was er sprake van het zogenaamde “sectorale toezichtmodel”.³¹ Per (financiële) sector gold een eigen financiële toezichthouder. Zoals in verschillende andere Europese landen was het toezicht op de financiële ondernemingen en verrichtingen in Nederland in het verleden gesteund op een institutionele benadering. Er bestonden afzonderlijke toezichtlijnen voor de drie grote pijlers: banken, verzekeraars en financiële markten. Zo was DNB verantwoordelijk voor toezicht op de bancaire sector, de PVK hield toezicht op pensioenfondsen en verzekeraars en de Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE, later AFM geheten) hield toezicht op effectenondernemingen. Die institutionele opsplitsing leidde ertoe dat ondernemingen die in financiële termen eenzelfde activiteit uitoefenden, onderworpen waren aan uiteenlopende juridische toezichtregimes, zoals dit ook het geval was in de omringende lidstaten.

(b) Van open normen naar normen voor de goede toezichtspraktijk

87. De toenemende nationale en internationale cross-sectorale ontwikkelingen in financiële producten (zoals beleggingsverzekeringen) en van financiële conglomeraten die bankieren,

³⁰ Te raadplegen op de website van IAIS: <http://www.iaisweb.org>.

³¹ Met de inwerkingtreding van de Wft zijn de zeven oude sectorale toezichtwetten komen te vervallen (de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992), Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (Wtv 1993), Wet toezicht natuura-uitvaartverzekeringsbedrijf (Wtn), Wet toezicht beleggingsondernemingen (Wtb), Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995), Wet financiële dienstverlening (Wfd) en de Wet melding zeggenschap en kapitaalbelang in effecten uitgevende ondernemingen (Wmz).

verzekeren en effectenhandel combineren, vormde de aanleiding voor de “kanteling” van het sectorale toezichtmodel naar een functioneel toezichtmodel.³² Dit huidige model levert het voordeel op dat de lijn van toezicht op alle ondernemingen die gelijke activiteiten uitoefenen, binnen dat orgaan meer gestandaardiseerd is. De toezichtsexpertise is bij hetzelfde orgaan geconcentreerd, waardoor duidelijk herkenbare normen voor de hele sector kunnen worden uitgewerkt, die op hun beurt dan weer een aanduiding geven van de kwaliteit van het toezicht, door ze te plaatsen tegenover de richtlijnen uitgevaardigd binnen de comités van toezichthouders en het gemeenschapsrecht.

88. Aan de normen die in de praktijk worden aangemerkt als ‘best practices’, komt een zekere gelding toe. De concretisering van de “goede toezichtspraktijken” kan de beoordeling van de zorgvuldigheidnorm in geval van een aansprakelijkheidsprocedure nader gestalte geven.³³

89. Uiteraard blijven de toezichthouders vrij deze aanbevelingen van de comités³⁴ al dan niet op te volgen. Wel zou in een aansprakelijkheidscontext de vraag kunnen rijzen waarom de toezichthouder van de standaarden voor de goede praktijk ontwikkeld binnen de adviescomités of binnen de internationale samenwerkingsverbanden is afgeweken. Dat laatste zal overigens wellicht niet zo vaak het geval zijn, nu het in een context van samenwerking tussen toezichthouders vaak gaat om “repeat players”, die belang hebben bij herkenbare en betrouwbare toezichtspraktijken ook op langere termijn.

90. Ter illustratie kan ook verwezen worden naar de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie in verband met de aanbevelingen van de Europese Commissie bij de financiële regulering. Deze aanbevelingen scheppen geen rechten voor particulieren maar de rechter is er wel toe gehouden ze in aanmerking te nemen met name wanneer ze licht werpen op de interpretatie van van voorschriften van gemeenschapsrecht of deze bepalingen aanvullen.³⁵

2.1.1.5 Van individueel toezicht naar samenwerking tussen toezichthouders³⁶

91. De toezichtswetgeving laat de toezichthouders de ruimte om dynamisch toezicht uit te oefenen. In het kader van de efficiënte en effectiviteit van het toezicht binnen Europa is daarbij de samenwerking tussen toezichthouders cruciaal. Hierna wordt de uitoefening van het

³² Een belangrijke factor is de evolutie van de bank- en verzekeraars zelf, die geëvolueerd zijn van op zichzelf staande, gespecialiseerde banken, of verzekeraars, naar geïntegreerde financiële dienstengroepen, waar binnen dezelfde groep een ruim aanbod aan financiële diensten geldt, en kruisbestuiving kan plaatsgrijpen tussen al deze onderscheiden diensten (E. Wymeersch, “De hervorming van het financieel toezicht in België”, *De Verz.* 2004, p. 207 e.v.).

³³ Vgl. de overwegingen van de CESR inzake Q&A bij MiFID regulering: te raadplegen op www.cesr-eu.org

³⁴ Er kan bijv. verwezen worden naar de richtlijnen die CEBS heeft bekend gemaakt en die tot de harmonisering van de specifieke toezichtsafspraken zouden moeten leiden: CEBS, *Guidelines for co-operation between consolidating supervisors and host supervisors* (januari 2006), te raadplegen op: <http://www.c-eb.org/>.

³⁵ HvJ 13 december 1989, C 322/88, Jur. 1989, 4407 (Grimaldi); A. Van Cauwenberghe, “De Belgische regelgeving over de financiële markten”, in *Van alle markten, Liber Amicorum Eddy Wymeersch* (Antwerpen: Intersentia, 2008), p. 922.

³⁶ Zie over de bestuurlijke aspecten van de samenwerking tussen toezichthouders in Europa uitgebreid: P. Boswijk, O.J.D.M.L. Janssen en R.J.G.M. Widdershoven, *Transnationale samenwerking tussen toezichthouders in Europa* (Den Haag: WODC, 2008).

financiële toezicht in de praktijk geanalyseerd. Daartoe wordt nagegaan welke de algemene wettelijke beginselen zijn inzake toezichtssamenwerking; welke de gedragsstandaarden zijn die binnen de comités in dit verband worden uitgewerkt en hoe de toezichthouders in de praktijk via bilaterale of multilaterale afspraken het aankleden van de samenwerking gestand doen.

92. Besproken wordt de geïnstitutionaliseerde samenwerking tussen toezichthouders binnen Nederland (intern) (a), de geïnstitutionaliseerde samenwerking met toezichthouders uit andere lidstaten (binnen de Europese context op grond van het beginsel van de wederzijdse erkenning) (b) en de *ad hoc* samenwerking met toezichthouders in Europa en derde landen (buiten de Europese context) via *ad hoc* samenwerkingsverbanden (c).

(a) Geïnstitutionaliseerde interne samenwerking³⁷

93. Bij de hervorming van de toezichtstructuur in Nederland is gekozen voor het zgn. “twin peaks”-model waarbij de prudentiële toezichthouder en de gedragtoezichthouder parallel functioneren. Prudentieel toezicht is gericht op stabiliteit. Toezicht op de markten is gericht op transparantie³⁸. De huidige integratie tussen bank- en marktmodel laat een strikte scheiding niet meer toe. Op nationaal niveau werken de twee toezichthouders in de financiële wereld, DNB en de AFM, dan ook samen.

94. Naar aanleiding van de herinrichting van de toezichtstructuur met een scheiding van het gedragtoezicht en het prudentiële toezicht zijn door AFM en DNB (nadere) samenwerkingsafspraken³⁹ gemaakt om de effectiviteit van het financieel toezicht te bevorderen (Convenant tussen de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten inzake samenwerking en coördinatie op het gebied van toezicht, regelgeving en beleid, (inter)nationaal overleg en andere taken met een gemeenschappelijk belang met betrekking tot de uitvoering van de Wta, Wtt, Pw en Wvb van 2 juli 2007).⁴⁰ Het convenant heeft tot doelstelling om overlap in toezicht te voorkomen.⁴¹

³⁷ Afdeling 1.3.1 Wft.

³⁸ Het begrip gedragtoezicht heeft vooral betrekking op de effectenverrichtingen, ongeacht de entiteit die deze uitvoert, en omvat ook toezicht op financiële informatie en auditors.

³⁹ Artikel 1:46 Wft bepaalt dat de (interne) toezichthouders samenwerken met het oog op de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels opdat deze, voorzover zij betrekking hebben op onderwerpen die zowel tot het prudentieel toezicht als tot het gedragtoezicht behoren, zoveel mogelijk gelijklopend zijn.

⁴⁰ De tekst van dit convenant kan geraadpleegd worden op de website van de AFM (www.afm.be).

⁴¹ R. Ten Wolde, “samenwerking of gewapende vrede tussen financiële toezichthouders”, *TPV* 2005, p. 5 e.v.

(b) Geïstitutionaliseerde samenwerking met Europese toezichthouders op grond van het gemeenschapsrecht⁴²

95. De financiële wetgeving vindt haar grondslag in de EU- richtlijnen en verordeningen (niveau 1) zoals opgenomen in de nationale wetgeving van de verschillende lidstaten (in Nederland in de Wft).

96. De Nederlandse toezichthouders hebben op grond van het EU-recht, de wettelijke plicht om samen te werken met financiële toezichthouders uit andere EU-lidstaten. Ze zijn er krachtens het gemeenschapsrecht toe gehouden "to cooperate where necessary to the purpose of carrying out their duties and shall exchange any information useful for that purpose"⁴³ Hoe deze samenwerking concreet vorm krijgt is door de EU-wetgever niet bepaald. Aangezien de wetgeving enkel de algemene lijnen en structuren weergeeft waarbinnen de toezichthouders moeten opereren moeten de toezichthouders, om de efficiëntie en effectiviteit van hun toezicht te verhogen, wel afspraken maken. Daartoe zullen de toezichthouders samenwerkingsprotocollen opmaken die doorgaans de vorm aannemen van Memoranda of Understanding (zie hierna).

De samenwerkingsplicht tussen Europese toezichthouders op grond van het gemeenschapsrecht is in de financiële wetgeving stevig verankerd:

Artikel 1:51, eerste lid, Wft bevat een algemene samenwerkingsverplichting tussen toezichthouders in Europees verband:

'De toezichthouder werkt samen met toezichthoudende instanties van andere lidstaten, indien dat voor het vervullen van zijn taak op grond van deze wet of voor de vervulling van de taak van die toezichthoudende instanties nodig is.'

Een concretisering van deze samenwerkingsplicht is de plicht om gegevens en inlichtingen te verstrekken aan toezichthouders uit andere lidstaten. Artikel 1:51, tweede lid stelt in dit verband:

'De toezichthouder verstrekt op verzoek aan een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat, met inachtneming van het derde lid en artikel 1:90, eerste tot en met derde lid, alle gegevens en inlichtingen die voor de vervulling van de taak van die toezichthoudende instantie nodig zijn.'

Artikel 1:56, eerste lid, behandelt de toezichtverzoeken door toezichthouders uit andere lidstaten ter uitvoering van de herkomstlandcontrole:

'Indien een beheerder, beleggingsonderneming, kredietinstelling, levensverzekeraar of schadeverzekeraar met zetel in een andere lidstaat een bijkantoor heeft in Nederland, kan de toezichthoudende instantie van die andere lidstaat, na de toezichthouder in kennis te hebben gesteld, bij het bijkantoor gegevens of inlichtingen verifiëren die nodig zijn voor de uitoefening van het toezicht op die beheerder, beleggingsonderneming, kredietinstelling, levensverzekeraar of schadeverzekeraar.'

⁴² Afdeling 1.3.2. Wft; P. Boswijk, O.J.D.M.L. Janssen en R.J.G.M. Widdershoven, *Transnationale samenwerking tussen toezichthouders in Europa* (Den Haag: WODC, 2008); zie ook de aanbevelingen van CESR dit verband: *The passport under MIFid, Recommendations for the implementation of the Directive 2004/39/EC* (mei 2007) te raadplegen op: www.cesr.eu.

⁴³ Cf. art. 106 richtlijn 2001/34/EC; art. 56-62 richtlijn 2004/39/EC.

Het tweede lid van artikel 1:56 bevat een algemene bepaling over grensoverschrijdend toezicht op verzoek:

'De toezichthoudende instantie van de andere lidstaat kan voorts de toezichthouder verzoeken bij het bijkantoor gegevens of inlichtingen te verifiëren die nodig zijn voor de uitoefening van het toezicht op die beheerder, beleggingsonderneming, kredietinstelling, levensverzekeraar of schadeverzekeraar. De toezichthouder geeft aan dit verzoek gevolg, of stelt de toezichthoudende instantie van de andere lidstaat in de gelegenheid om bij het bijkantoor gegevens of inlichtingen te verifiëren of te doen verifiëren.'

De bepaling maakt het mogelijk dat de Nederlandse toezichthouder de verificatie door de verzoekende autoriteit laat verrichten in het kader van de herkomstlandcontrole. Het gaat dan niet om een delegatie van taken maar om een voorbereidende handeling of assistentie bij het toezicht.

De toezichthouder kan krachtens art. 1:68 Wft voor de uitvoering van verdragen tot uitwisseling van gegevens of inlichtingen, dan wel voor de uitvoering van met toezichthoudende instanties gesloten overeenkomsten tot uitwisseling van gegevens of inlichtingen van een ieder inlichtingen vorderen.⁴⁴

De bevoegdheden van DNB of de AFM bij toezicht op verzoek worden op diverse plaatsen in hoofdstuk 3.1 van de Wft geregeld. Zo regelt artikel 1:52 het vorderen van informatie in verband met de samenwerking. DNB en AFM kunnen deze bevoegdheid toepassen ter uitvoering van algemene samenwerkingsverplichtingen uit de richtlijnen en om specifieke verzoeken om informatie in te willigen.

De Nederlandse toezichthouder moet in het kader van het grensoverschrijdend toezicht op bijkantoren van ondernemingen gevestigd in Nederland ook samenwerken met de buitenlandse toezichthouder van de desbetreffende lidstaat.

Artikel 1:55, eerste lid, regelt het grensoverschrijdende toezicht door de Nederlandse toezichthouder in het buitenland. Het gaat hier om samenwerking in het kader van de herkomstlandcontrole bij toezicht op bijkantoren. Voor deze controle is eerst toestemming vereist van de toezichthoudende instantie van de andere lidstaat. Het tweede lid van artikel 1:55 Wft bevat een identieke bepaling voor de gevallen waarin DNB, ten behoeve van het toezicht opgeconsolideerde basis ten aanzien van financiële groepen, gegevens of inlichtingen wenst te verifiëren bij een in een andere lidstaat gevestigde onderneming.

Voor het uitoefenen van grensoverschrijdend toezicht door een toezichthouder uit een andere lidstaat bepaalt artikel 1:56, eerste lid, Wft dat de verificatie bij een bijkantoor door een toezichthouder uit een andere lidstaat pas kan geschieden na kennisgeving.

Het verstrekken van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen moet voldoen aan voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 1:90, eerste tot en met derde lid Wft. Dit artikel bepaalt in welke gevallen DNB en de AFM vertrouwelijke gegevens of inlichtingen die zij hebben verkregen bij de uitvoering van hun taak op grond van de Wft, mogen of moeten verstrekken aan elkaar of aan een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat.

Uit art. 1:90 Wft kunnen ook de voorwaarden worden afgeleid voor het indienen van een verzoek tot het uitoefenen van toezicht door een buitenlandse autoriteit.⁴⁵ Dit verzoek dient duidelijk aan te geven voor welk doel de gegevens zullen worden gebruikt en hoe geheimhouding en doelbinding zullen worden gevaarborgd. Deze voorwaarden gelden ook voor gegevens die door een toezichthouder zelf worden gevraagd bij een grensoverschrijdende activiteit.

DNB en AFM mogen een verzoek om inlichtingen of toezicht in bepaalde gevallen ook weigeren. Deze gevallen zijn terug

⁴⁴ De artikelen 5:13 en 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht zijn van overeenkomstige toepassing.

⁴⁵ P. Boswijk, O.J.D.M.L. Janssen en R.J.G.M. Widdershoven, *Transnationale samenwerking tussen toezichthouders in Europa* (Den Haag: WODC, 2008) te raadplegen op: <http://www.wodc.nl>.

vinden in artikel 1:51, derde lid, voor het geval het gaat om een verzoek om gegevens of inlichtingen, en in artikel 1:56b, voor het geval het gaat om verzoek om toezicht of om zelfstandige grensoverschrijdende activiteiten:

'a. het onderzoek of de verificatie van gegevens of inlichtingen zich niet zou verdragen met de Nederlandse soevereiniteit, de nationale veiligheid of de openbare orde;

b. voor hetzelfde feit en tegen dezelfde persoon in Nederland reeds een gerechtelijke procedure aanhangig is gemaakt;

c. tegen dezelfde persoon en voor hetzelfde feit in Nederland reeds een onherroepelijke vonnis is gewezen.'

Los van de inhoudelijke voorwaarden gesteld aan verzoeken om toezicht of informatie worden ook formele voorwaarden gesteld. Deze voorwaarden worden niet nader omschreven in de Wft

97. Toezichthouders zijn dus verplicht samen te werken in EU-verband. Zij hebben ook belang bij een goede samenwerking met andere nationale toezichthouders in het licht van de internationalisering van het financiële verkeer. Voor de invulling van alle praktische aspecten van de samenwerking en ter invulling van de leemtes in de toezichtswetgeving, zullen de toezichthouders onderling MoU's afsluiten.

98. De Wft biedt de toezichthouders hiertoe de ruimte. DNB en AFM kunnen met andere nationale en internationale toezichthouders afspraken te maken⁴⁶ met betrekking tot het toezicht in de vorm van een convenant, een Memorandum of Understanding (MoU). De strekking van deze afspraken kan gaan van het opzetten van informatie-uitwisseling tot de organisatie van een taakuitoefening zoals gezamenlijk toezicht, delegatie van toezichtstaken, assistentie bij toezicht, gedeeld toezicht op conglomeraten enz.

99. Deze samenwerkingsafspraken zijn dus niet rechtstreeks gesteund op het gemeenschapsrecht. De afspraken verschillen inhoudelijk van de afspraken gemaakt tussen nationale toezichthouders binnen de comités (CESR, CEBS en CEIOPS). In tegenstelling tot de MoU's die afgesloten worden binnen de comités (het gaat hier eigenlijk om "publieke" MoU's) hebben de afspraken tussen toezichthouders niet tot doel om het gemeenschapsrecht nadere invulling en uitwerking te geven (ze hebben een particulier karakter). De ad hoc afspraken richten zich enkel op de concrete noden van de praktijk binnen een gegeven toezichtscontext. Wel zullen de normen uitgevaardigd binnen de comités (publieke MoU's) een normfunctie hebben waarop de partijen ook hun ad hoc MoU's moeten afstemmen.

100. Deze afspraken kunnen bilateraal zijn of multilateraal en kunnen binnen de EU of tot buiten de EU reiken.

101. Een van de voornaamste niet EU-partners op dit terrein is de Verenigde Staten (zie in dit verband bijvoorbeeld het MoU tussen de Euronext toezichthouders en de Verenigde Staten⁴⁷). In dat verband kan verwezen worden naar de besprekingen tussen CESR en de Verenigde Staten met als doel de efficiëntie en transparantie van het toezicht te verhogen onder meer

⁴⁶ De toezichthouders in Europa werkten ook al voor de inwerkingtreding van de Lamfalussy procedure samen op een *ad hoc* basis waarbij individuele gevallen via gezamenlijk overleg werden afgehandeld. Zie hierover E. Wymeersch, "Delegation as an instrument for financial supervision", Instituut voor Financieel Recht, working paper 2007-04, te raadplegen op: <http://www.law.rug.ac.be/fli/e.wymeersch.html>.

⁴⁷ Te raadplegen op de website van de SEC: <http://www.sec.gov/news/press/2007/2007-8.htm>.

door het vastleggen van convergente standaarden van normering (CESR-SEC work plan m.b.t. afspraken inzake samenwerking en informatie-uitwisseling en CESR-SEC protocol to facilitate implementation of the CESR-SEC work plan).⁴⁸⁴⁹

102. Op het gebied van Europese samenwerkingsverbanden met derde landen is eveneens het Multilaterale Memorandum of Understanding on cooperation and information exchange van de International Association of Insurance Supervisors (IAIS MMoU) van belang. De IAIS heeft deze multilaterale MoU opgesteld waar alle leden aan deel kunnen nemen.⁵⁰ Het doel van deze MoU is om samenwerking en informatie-uitwisseling tussen toezichthouders te verbeteren, echter op grotere schaal. Ook DNB overweegt om tot deze MMoU toe te treden.

103. Er bestaat natuurlijk wel een belangrijk onderscheid tussen beide. MoU's in EU-verband worden gesloten tegen de achtergrond van het gemeenschapsrecht met zijn dwingende samenwerkingsverplichtingen tussen Europese toezichthouders.

104. De vraag rijst wat de juridische status is van deze akkoorden. Algemeen kan gesteld worden dat het hier gaat om afspraken die toezichthouders maken in het kader van een loyale samenwerking en, binnen EU-verband, ter implementatie van de "equivalent supervisory practices" zoals uitgewerkt binnen de comités. Hoewel het hier eerder gaat om interne afspraken tussen toezichthouders onderling, kunnen deze protocollen hen in beginsel ook binden tegenover derden. Dat zal met name het geval kunnen zijn wanneer derden erop mogen vertrouwen dat de afspraken tussen toezichthouders in acht zullen worden genomen.⁵¹ De afspraken, principes en regels die de toezichthouders onderling voor zichzelf hebben opgesteld met betrekking tot de invulling van hun taak en beleid⁵² kunnen dus relevantie vertonen in een aansprakelijkheidscontext wanneer derden er redelijkerwijze op mogen vertrouwen dat deze normen in acht zullen worden genomen.⁵³

105. Opmerkelijk is dat de teksten van deze protocols, zowel de publieke MoU's (afgesloten binnen de comités) als de ad hoc protocols tussen nationale toezichthouders, standaard de vermelding bevatten dat ze niet bindend zijn en dat derden er geen rechten aan kunnen ontleen.

⁴⁸ Te raadplegen op de website van CESR: <http://www.cesr.eu>.

⁴⁹ Zie ook bv. *MoU concerning consultation, cooperation and the exchange of information related to market oversight* tussen the SEC en het college van toezichthouders op Euronext (college of Euronext Regulators), te raadplegen op de website van AFM: <http://www.afm.nl>. Deze evolutie past in een trend naar het verdwijnen van zelfregulering in de Verenigde Staten. Deze zgn. "regulatory dialogue" is momenteel enigszins stilgevallen door de kredietcrisis.

⁵⁰ Te raadplegen op de website van IAIS: <http://www.iaisweb.org/>.

⁵¹ Zie hierover in algemeen verband I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, (Kluwer: Deventer), 2007, p. 62 e.v. en p. 77 e.v. waar verwezen wordt naar HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649.

⁵² Door het dynamisch karakter van het toezicht komt een grote beleidsvrijheid toe aan de toezichthouders bij de uitoefening van hun beleid om bv. afspraken te maken inzake samenwerking, informatie uitwisseling etc. met andere toezichthouders.

⁵³ Zie hierover in algemeen verband, I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2007, p. 62 e.v., en p. 77 e.v., waar verwezen wordt naar HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649.

Zo bepaalt het CESR-SEC protocol to facilitate implementation of the CESR-SEC work plan: “*This protocol does not create any legally binding obligations, confer any rights, or supersede domestic laws*”.⁵⁴

Het MoU betreffende afspraken in het kader van het toezicht op de settlement activiteiten van Euroclear SA/NV⁵⁵ bepaalt:

“(..).This MoU reflects the common understanding between the signatories as to the specific arrangements to be established for organising co-operation between competent authorities in the different countries. This MoU does not constitute a contract or agreement between the signatories. Accordingly, it does not give rise to any contractual claim or right to any signatory or any third party. Moreover, the signatories accept that this MoU does not create any fiduciary duty between the signatories, or otherwise act as the basis for any claim in tort of otherwise. Furthermore, this MoU will be without prejudice to any laws, regulatory models or requirements in force in, or applying to, any jurisdiction of an Authority that is a party to the Mo (...).U.”

Het MoU on cooperation between the financial supervisory authorities, central banks and finance ministries of the European Union on cross-border stability⁵⁶ bepaalt:

“(..).As the provisions of this Memorandum are not legally binding on the Parties, they may not give rise to any legal claim on behalf of any Party or third parties in the course of their practical implementation. The provisions of the Memorandum do not prejudge or assume any particular decisions or remedies to be taken in crisis situations(...).”

106. Of een dergelijke absolute vrijwaring van aansprakelijkheid tegenover derden geldend is kan echter worden betwijfeld (zie ook nader onder 2.2.2 “gezamenlijk toezicht en colleges van toezichthouders”). Samengevat kan op dit ogenblik worden gesteld dat wanneer een toezichthouder zich akkoord verklaart met dergelijk protocol, hij er zich toe engageert om de in dat protocol genomen beslissingen binnen de perken van zijn eigen toezichtbevoegdheden, volgens de normen van de goede praktijk ten uitvoer te leggen. In de mate dat derden erop kunnen vertrouwen dat de afspraken vastgelegd in een MoU nageleefd zullen worden, kunnen zij onder omstandigheden dus toch bindende kracht hebben tegenover derden.

107. Een voorbeeld (uit een andere context) dat leidde tot een arrest van de Hoge Raad kan dit wellicht nog verduidelijken. Waar enkele medisch specialisten een behandelingswijze afspraken en in een protocol neerlegden, waren zij daaraan vervolgens gebonden, ook ten opzichte van niet bij die afspraak betrokken patiënt. Omdat het protocol, de eigen onderlinge afspraak, niet gevolgd was, was het ziekenhuis aansprakelijk voor de schade die de patiënt leed.⁵⁷

108. De samenwerking tussen toezichthouders in internationaal verband is niet alleen gericht op de materiële uitvoering van toezichtstaken, maar kan ook andere vormen aannemen. Een

⁵⁴ CESR-SEC protocol to facilitate implementation of the CESR-SEC work plan 27 september 2007, te raadplegen op <http://www.cesr.eu>.

⁵⁵ Memorandum of Understanding Euroclear SA, te raadplegen op de website van AFM: <http://www.afm.nl>.

⁵⁶ MoU on cooperation between the financial supervisory authorities, central banks and finance ministries of the European Union on cross-border stability van 1 juni 2008, te raadplegen op <http://www.cesr.eu>.

⁵⁷ Zie HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 en Giesen (2007), p. 77 e.v.

voorbeeld is het aanwijzen, op advies van de AFM, van derde landen als adequaat toezichtland door het Ministerie van Financiën, op grond waarvan onder toezicht staande ondernemingen uit dat land in Nederland hun activiteiten kunnen ontplooiën zonder een bankvergunning te hoeven aanvragen. Wanneer een dergelijk land door het ministerie van financiën op advies van de AFM is aangewezen als een adequaat toezichtsland, betekent dit dat het toezicht aan dezelfde of vergelijkbare standaarden van de goede praktijk beantwoordt als het toezicht in Nederland (“equivalent supervisory practices”). Voor zover bij deze beoordeling fouten zouden zijn gemaakt, is er eventueel grond voor een aansprakelijkheidsvordering.

109. Omgekeerd zal een Nederlandse onderneming die hier een bankvergunning heeft, zonder verdere vergunning activiteiten kunnen uitoefenen in derde staten die Nederland als adequaat toezicht land hebben aangemerkt. Wanneer er iets mis gaat (bv. bij de goedkeuring van de prospectus of het transparantietoezicht) zal ook de Nederlandse toezichthouder kunnen worden aangesproken. Dit verhindert niet dat intern er eventueel wel een regresmogelijkheid bestaat tussen de toezichthouders. Ook hier zal evenwel de immuniteit van de vreemde toezichthouder aan de Nederlandse toezichthouder kunnen tegengeworpen worden.

2.1.2 Toezichthouderdilemma en expectation gap⁵⁸

110. De actuele financiële crisis illustreert dat de meest courante gevallen waarin de potentiële aansprakelijkheid van toezichthouders aan de orde worden gesteld, het "crisisbeleid" van de toezichthouder betreffen. De toezichthouder wordt dan door derde benadeelden verweten niet afdoende te hebben gereageerd op de financiële verslechtering van het vermogen van de financiële onderneming of niet tijdig vormen van (fiscale) fraude binnen de financiële onderneming te hebben opgemerkt, en hierdoor te hebben bijgedragen tot de accumulatie van verliezen ten nadele van derden. In dit kader is belangrijk reeds te wijzen op het gevaar van de zgn. “posterieure beoordeling”: de beoordeling van het gedrag van de toezichthouder moet gebeuren aan de hand van de normen en de subjectieve kennis en ervaring ten tijde van het geïllustreerde handelen en niet met de kennis en (veranderde) marktomstandigheden achteraf.

111. Voor de beoordeling van de toezichtshandelingen en beslissingen zijn de taken en bevoegdheden van de toezichthouder dus fundamenteel. De aansprakelijkheid van de toezichthouder wordt in ruime mate gedefinieerd door diens taakomschrijving.⁵⁹ Om na te gaan of de toezichtstaak foutief werd uitgevoerd moet de inhoud van diens taken worden nagegaan. Dat zal steeds van geval tot geval in concreto moeten worden bezien. De concrete invulling van wat als zorgvuldig toezicht kan worden beschouwd hangt af van de aard van het toezicht, het tijdstip van het toezicht en de toezichtsmiddelen die de betreffende toezichthouder tot zijn beschikking had en van zijn eigen houding (die tot uiting komt via de inhoud van de samenwerkingsovereenkomsten). Zoals reeds vermeld zijn de verplichtingen die op de toezichthouder rusten het laatste decennium in het kader van de toenemende EU-

⁵⁸ Zie hierover M. Tison, “Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders” in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 385; Giesen (2005), p. 140 e.v.; Van Dam (2006), p. 27 e.v.

⁵⁹ Giesen (2005), p. 113 e.v.; Van Dam (2006), p. 87 e.v., A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, Deventer: Kluwer 2005.

harmonisering en de uitwerking van regulering en standaarden van de goede praktijk op de verschillende niveaus duidelijker en voor de benadeelde ook zichtbaarder geworden. De abstracte invulling van wat als zorgvuldig toezicht wordt beschouwd, zal mede hierdoor worden bepaald.

2.1.2.1 Doelstellingen van het (financieel) toezicht

112. De doelstellingen van het financieel overheidstoezicht zijn divers⁶⁰:

(1) enerzijds moet de overheid instaan voor de goede werking van het kredietsysteem

Daartoe moet de overheid de integriteit en de soliditeit van de onder toezicht staande financiële onderneming controleren en daarmee ook de gezondheid van het bancaire systeem en kredietsysteem

(2) anderzijds moet de overheid instaan voor de bescherming van het spaarderspubliek (cliënten zowel particulieren als ondernemingen⁶¹)

Deze functie geldt niet voor alle toezichthouders in Europa: zo bepaalt de Duitse toezichtswet uitdrukkelijk dat de toezichthouder enkel in functie van het algemeen belang toezicht houdt en niet in het belang van spaarders of schuldeisers van kredietinstellingen.⁶² De Luxemburgse en Belgische wetgever hebben deze bepalingen overgenomen: Artike 168 Wet Toezicht Financiële Sector bepaalt dat de CBFA haar bevoegdheden uitsluitend in het algemeen belang uitoefent. Uiteindelijk is dat onderscheid misschien maar schijn. De goede werking van het financiële bestel is van wezenlijk belang voor de werking van de economie van een land. In die zin is de bescherming van het vertrouwen in het financiële systeem de primaire doelstelling van het financieel toezicht.⁶³

113. Het behoort niet tot het takenpakket van de toezichthouder om elk faillissement van een kredietinstelling te voorkomen. Toezicht is op te vatten als “een beperkte externe controle met het oog op een prudente bedrijfsvoering binnen de financiële onderneming die in beginsel de allocatie’s van risico’s bij faillissement van de onderneming onverlet laat”⁶⁴. Financieel toezicht kent dus beperkingen en is niet bedoeld om alle mogelijke problemen bij financiële ondernemingen te voorkomen. Financieel overheidstoezicht is een additioneel preventief controle-instrument, aansluitend aan het systeem van interne en externe auditcontrole.

⁶⁰ Cf. A. Bruyneel, “Observations sur le statut légal et le contrôle des établissements de crédit en Belgique », in *Mélanges en l’honneur de Jean Stoufflet*, (Paris : L.G.D.J., 2001), p. 10 e.v.

⁶¹ Dit hangt uiteraard (mede) af van de aard van de financiële onderneming: bij commerciële banken zal het toezicht meer gericht zijn op het inperken of het uitsluiten van risico’s die de liquiditeit bedreigen naast de solvabiliteit van de onderneming terwijl bij zakenbanken en investeringsondernemingen de cliënten geacht worden bewust meer risico’s te nemen.

⁶² § 6 III Kreditwesengesetz, ingevoerd in 1984. Doel is onder meer in het kader van de Schutznormtheorie de mogelijkheid van aansprakelijkheidsvorderingen tegen de Duitse toezichthouder uit te sluiten.

⁶³ E. Wymeersch, “Aspecten van toezicht”, *R.W.* 2004, 206.

⁶⁴ M. Tison, “Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders” in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, (Antwerpen: Intersentia, 2003), p. 393.

Overheidstoezicht is additioneel naast de belangrijke interne en externe toezichtscontrolemechanismen op grond van het vennootschapsrecht (interne toezichtsmechanismen cf. corporate governance enerzijds en het externe toezicht door de "erkende revisoren" anderzijds).⁶⁵

114. De overheid waarborgt in principe (uiteraard) niet zelf de goede afloop van de contractuele verbintenissen tussen banken en hun cliënten. Illustratief in dit verband is een recente uitspraak van de Belgische rechter. Voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel van 11 mei 2007⁶⁶ werd door een gedupeerde belegger een vordering ingesteld tegen de Belgische financiële toezichthouder, de CFBA, na faillissement van de beleggingsonderneming, wegens het in stand houden van een schijn van kredietwaardigheid. De betrokken kredietinstelling 'Caisse de change et de crédit M. Kitoskis de Boutselis-Warlet et Cie.' trad in België op via een vergunning verleend door het ministerie van financiën. De gedupeerde belegger had op een obligatie ingetekend op 19 januari 1996 voor een bedrag ter waarde van 100.167 USD met looptijd van een jaar en tegen interestvoet van 5,75%. Voor het einde van de looptijd ging de uitgever van de obligatie failliet. De CFBA werd in rechte aangesproken tot vergoeding van de schade. Haar werd verweten niet tijdig maatregelen te hebben genomen om te verhinderen dat (de zaakvoerders van de) onderneming illegale activiteiten uitoefenden op het ogenblik van de inschrijving op de obligatie, en wegens het in stand houden van een schijn van kredietwaardigheid, nu de ministeriële vergunning was verleend aan de beleggingsonderneming. De rechtbank wees de vordering af op grond van volgende motieven. In de eerste plaats is het verlenen van een vergunning door het ministerie van financiën is geen taak van het CFBA. Daarnaast ontbreekt tussen de ingeroepen nalatigheid van het CFBA en de schade elk causaal verband nu de schade uitsluitend te wijten is aan de lichtzinnigheid van de inschrijver door te beslissen in te schrijven op een obligatie zonder enig onderzoek te doen naar de uitgevende vennootschap.

115. Bij het ruimere publiek van spaarders en beleggers leeft soms toch de overdreven verwachting dat de overheid moet voorkomen dat banken failliet gaan en dat, als het toch gebeurt, zij de schade moeten vergoeden. Deze kloof is niet nieuw en is algemeen bekend als de zgn. "expectation gap"⁶⁷: de kloof tussen de werkelijke taak van de toezichthouder en hetgeen waarvan het brede publiek meent dat het tot zijn takenpakket behoort. Dit hangt ook samen met de toegenomen mondigheid en claimbereidheid van de burgers. Wanneer wezenlijke delen van het financiële bestel niet meer het vertrouwen genoten, kunnen zich financiële crises voordoen, met besmettingsgevaar voor de andere sectoren in de industrie.⁶⁸

⁶⁵ P. Van Ommeslaghe, "De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverstrekker in het Belgisch recht", *T.P.R.* 1986, 1095.

⁶⁶ *T.B.H.* 2009, 73.

⁶⁷ Zie hierover P. Van Ommeslaghe, "De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverstrekker in het Belgisch recht", *T.P.R.* 1986, 1095.

⁶⁸ E. Wymeersch, "Aspecten van toezicht", *R.W.* 2004-2005, 206.

2.1.2.2 Het toezichthouderdilemma⁶⁹

116. De taak van de publieke toezichthouder komt neer op het verzamelen van informatie, het zich daarover vormen van een oordeel en zo nodig ook ingrijpen op grond van deze vaststellingen. Het voorwerp van het overheidstoezicht is de naleving van de wet- of (in dit kader vooral) de regelgeving door de ondertoezichtgestelde en/of diens functioneren t.a.v. derden.⁷⁰

117. Bij de uitoefening van zijn opdracht bevindt de toezichthouder zich in een delicate evenwichtspositie; hij moet het midden zien te houden tussen enerzijds het behoud van de financiële soliditeit van de aan zijn toezicht onderworpen financiële ondernemingen maar hij moet ook de belangen van de spaarders/beleggers voor ogen houden en beschermen.

Hij moet ervoor zorgen dat het publiek van depositohouders en beleggers absoluut vertrouwen (kunnen) behouden in banken, hetgeen betekent dat toezichthouders er borg voor staan dat de banken geen overdreven risico's nemen. Tezelfdertijd moet de toezichthouder toelaten dat de banken hun economische rol spelen bij het recycleren van spaarreserves, hetgeen inhoudt dat de banken hoe dan ook economische risico's lopen. De toezichthouder moet een rendabele en competitieve banksector toelaten. Banken opereren ook in het buitenland en moeten daar kunnen concurreren met banken uit andere toezichtregimes. De toezichthouder moet er dus ook voor zorgen dat hij zowel intern als extern de concurrentiële markt niet verstoort.⁷¹ Dit is het zgn. "toezichthouderdilemma".

118. Een te streng optreden zal doorgaans ingegeven zijn door de bescherming van het belang van de schuldeisers maar het kan de financiële onderneming schade toebrengen door het verlies aan geloofwaardigheid in de markt (en daardoor de belangen van de schuldeisers in gevaar brengen door waardeverlies van hun aandeel en het verlies van hun tegoeden bij deconfiture). Een te grote terughoudendheid zou dan weer de belangen van derden in het gedrang brengen wanneer de passieve houding van de toezichthouder een toename van verliezen binnen de financiële onderneming heeft mogelijk gemaakt en derden heeft misleid omtrent de financiële gezondheid van de kredietinstelling (vgl. het faillissement van de Barings Bank).⁷²

2.1.3 Toezichthoudersaansprakelijkheid

2.1.3.1 Inleiding

119. In zijn Rapport 'Aansprakelijkheid van Toezichthouders'⁷³ heeft Van Dam een overzicht gegeven van de wettelijke regels en de rechterlijke uitspraken die van toepassing zijn op de

⁶⁹ Zie hierover verder meer in bijlage 6.1.

⁷⁰ Giesen (2005), p. 21; Van Rossum (2005), p. 10.

⁷¹ F. Van Den Spiegel, "Waarheen met het banktoezicht?" in *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, (Intersentia: Antwerpen, 2008), 966.

⁷² Zie hierover M. Tison, "Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, (Antwerpen: Intersentia, 2003), p. 392 en verwijzingen aldaar. Zie ook Van Dam (2006), p. 27 e.v.

⁷³ Van Dam (2006), Hoofdstuk 6 (opgenomen als bijlage 6.1 bij het onderhavige rapport).

aansprakelijkheid van de Nederlandse toezichthouders. Van dit overzicht volgt hieronder eerst een overzicht van de hoofdpunten uit het desbetreffende hoofdstuk in het rapport Van Dam voor zover van belang voor het onderhavige rapport. Daarna wordt ingegaan op de ontwikkelingen sinds het rapport Van Dam, in het bijzonder op het arrest van de Hoge Raad in de Vie d'Or-zaak.

2.1.3.2 Samenvatting Rapport Van Dam

120. Toezichthouders in Nederland kunnen slechts aansprakelijk zijn als vast komt te staan dat zij aan een ander schade hebben toegebracht als gevolg van een aan hen toerekenbare onrechtmatige daad. Bij het vaststellen van de aansprakelijkheid van de toezichthouder wordt rekening gehouden met het feit dat hij een publiekrechtelijke taak uitoefent en daarbij een zekere mate van beleids- en beoordelingsvrijheid geniet. Dit betekent dat de rechter in kwesties die tot het beleid van de toezichthouder behoren niet op diens stoel gaat zitten. De beleidsvrijheid van de toezichthouder is echter niet onbegrensd want hij moet zich onder alle omstandigheden houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Europese (communautaire) recht en het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens. Meer in het algemeen geldt, dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder in nauw verband staat met bestuursrechtelijke, Europeesrechtelijke en mensenrechtelijke regels.

121. Toezichthouders lopen verschillende aansprakelijkheidsrisico's, waarbij verschillende aansprakelijkheidsnormen kunnen gelden en waarbij bovendien de omvang van de beleidsvrijheid kan verschillen.

- Indien een toezichthouder in Nederland een besluit neemt (bijvoorbeeld een financiële onderneming een vergunning weigert) dat later door de rechter wordt vernietigd, heeft hij daarmee zonder meer een toerekenbare onrechtmatige daad begaan en is hij aansprakelijk voor de schade die daardoor is veroorzaakt.
- Heeft een toezichthouder in Nederland een openbare mededeling gedaan (bijvoorbeeld over het feit dat een tegen een financiële onderneming een onderzoek is gestart wegens met de wet strijdige praktijken), dan hangt zijn aansprakelijkheid af van de formulering van het persbericht en de wijze waarop dit door de media kan worden weergegeven.
- Heeft een toezichthouder in Nederland de wettelijke regels onvoldoende gehandhaafd (bijvoorbeeld het naleven van de voorschriften van een vergunning), dan hangt zijn aansprakelijkheid af van de ernst van het risico dat door de niet naleving wordt veroorzaakt; onder omstandigheden kan hierbij ook de beleidsvrijheid van de toezichthouder een rol spelen.

122. De toezichthouder loopt dan zowel de kans om aansprakelijk te worden gesteld door degenen op wie hij toezicht houdt (een financiële onderneming) als door derden (verzekerden, spaarders) die schade lijden door inadequaat handhavingstoezicht. Hierbij wordt doorgaans een onderscheid gemaakt tussen algemeen toezichtsfalen (kort gezegd: het niet opsporen van gedragingen die in strijd met de wet zijn) en bijzonder toezichtsfalen (kort gezegd: het niet aanpakken van bekende gedragingen die in strijd met de wet zijn). Het algemene toezicht ligt grotendeels binnen de beleidsvrijheid van de toezichthouder. Indien deze een redelijk toezicht-

en handhavingsplan heeft en dit plan adequaat uitvoert, zal de rechter veelal geen ruimte hebben om op grond van algemeen toezichtsfalen een onrechtmatige daad van de toezichthouder vast te stellen (nog afgezien van het feit dat als hij dat al zou doen het causaal verband met de concreet door de benadeelde geleden schade doorgaans moeilijk is vast te stellen).

123. Gaat het om gevallen van concreet toezichtsfalen, waarin de toezichthouder bekend is met het onrechtmatige gedrag van de onder toezicht staande onderneming, dan is aansprakelijkheid van de toezichthouder eerder denkbaar. Het moet dan gaan om een situatie waarin de toezichthouder in gebreke is gebleven door geen nader onderzoek in te stellen naar de omvang van het probleem en – indien het onderzoek daar aanleiding toe geeft – in gebreke blijft om in te grijpen door de onrechtmatige gedragingen van de financiële onderneming te (doen) beëindigen. Hierbij dient uiteraard vast te staan dat de toezichthouder wettelijk bevoegd is om in te grijpen.

124. Indien een toezichthouder toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld, betekent dit nog niet dat hij ook voor de schade aansprakelijk is. In de eerste plaats moet de door de toezichthouder geschonden (wettelijke) norm strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Dit wordt het relativiteitsvereiste genoemd. In het Duwbak Linda arrest heeft de Hoge Raad gesuggereerd dat dit vereiste een dam op kan werpen tegen te omvangrijke aansprakelijkheid van de toezichthouder maar, zoals hieronder zal worden aangegeven, uit het Vie d'Or arrest blijkt dat dit vereiste geen beletsel is voor het aannemen van aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder. Ten tweede moet komen vast te staan dat schade van de benadeelde in causaal verband staat met de toerekenbare onrechtmatige daad van de toezichthouder. Dit verband is in de praktijk doorgaans moeilijk aan te tonen: in beginsel moet komen vast te staan dat de schade is geleden als gevolg van het gedrag van de toezichthouder en niet als gevolg van andere omstandigheden (zoals een verslechterende economische situatie). In de derde plaats wordt de eventuele aansprakelijkheid van de toezichthouder verminderd indien sprake is van eigen schuld van de benadeelde. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de financiële toezichthouder onvoldoende toezicht heeft gehouden op de onrechtmatige verkoop van een bepaald financieel produkt en de koper van deze producten tegelijkertijd verwijtbaar onoplettend is geweest.

125. Voorts is van belang, dat de toezichthouder aansprakelijk kan zijn voor schade terwijl tevens anderen voor diezelfde schade aansprakelijk zijn. Te denken valt aan het zojuist gegeven voorbeeld waarin niet alleen de financiële toezichthouder maar ook de verkoper van het financiële produkt aansprakelijk is jegens de benadeelde. In een dergelijk geval kan de benadeelde beide aansprakelijke personen voor het geheel van zijn schade aansprakelijk houden (met een eventuele aftrek voor het percentage van zijn eigen schuld). Tussen de beide aansprakelijke personen wordt de schade verdeeld naar rato van ieders veroorzakingsaandeel. In theorie zal het leeuwendeel van de schade moeten worden gedragen door de verkoper van het financiële produkt maar in de praktijk kan het zijn dat deze geen verhaal biedt. In een dergelijk geval wordt de schade geheel of althans grotendeels gedragen door de toezichthouder.

126. Uit het voorgaande blijkt dat het aansprakelijkheidsrecht geen wondermiddel is voor benadeelden en alleen al om die reden geen Angstgegner voor toezichthouders is. De benadeelde moet doorgaans veel hoge horden overwinnen om een toerekenbare onrechtmatige daad van een toezichthouder wegens inadequaat toezicht en handhaving aan te tonen. Ook als de benadeelde hier al in slaagt, kunnen het ontbreken van relativiteit en causaliteit voor hem roet in het eten gooien en leiden tot een afwijzing van de schadevergoedingsvordering.

127. Uit het voorgaande volgt ook dat een redelijk handelend toezichthouder geen reëel aansprakelijkheidsrisico loopt. De rechter stelt aan de kwaliteit van toezicht en handhaving geen extreem hoge eisen en houdt rekening met de beleidsvrijheid van de toezichthouder. Voorts is een toezichthouder niet verplicht om schade voor derden onder alle omstandigheden te voorkomen. Alleen bij de strengere aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten is de drempel voor onrechtmatigheid lager maar in deze gevallen levert het causaal verband tussen het besluit en de schade voor de benadeelde vaak de nodige problemen op.

2.1.3.3 Ontwikkelingen sinds het Rapport Van Dam: het Vie d'Or-arrest

(a) Achtergronden

128. De belangrijkste ontwikkeling op het gebied van de aansprakelijkheid van toezichthouders sinds het verschijnen van het Rapport Van Dam is het Vie d'Or-arrest van de Hoge Raad van oktober 2006.⁷⁴ In het kort ging het hierin om de vraag in hoeverre de toezichthouder (destijds de Verzekeringkamer) voldoende toezicht had uitgeoefend op levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or die in december 1995 insolvent raakte. In zijn arrest geeft de Hoge Raad aan welke aansprakelijkheidsnorm op de financiële toezichthouder van toepassing is en wat de rol is van het relativiteitsvereiste. De inhoud van dit arrest ligt in de lijn der verwachtingen zoals Van Dam die in zijn rapport schetste. Zijn hiervoor samengevatte conclusies behoeven in dit opzicht dan ook geen aanpassing. In het navolgende zal dit aan de hand van het arrest nader worden toegelicht.

129. Levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or ging binnen enkele jaren na haar oprichting in 1985 aan haar eigen succes ten onder. Niet alleen omdat zij de enorme toeloop van polishouders administratief niet aankon maar ook omdat de wijze van financiering van haar verplichtingen haar uiterst kwetsbaar maakte. In november 1993 benoemde de Verzekeringkamer een stille bewindvoerder en een maand later werd de noodregeling uitgesproken. Dit is een insolventieprocedure voor verzekeringsmaatschappijen die de toezichthouder machtigt om het vermogen van de verzekeringsmaatschappij te vereffenen en over te dragen. In augustus 1994 werden de verplichtingen van Vie d'Or jegens de polishouders overgedragen aan Twenteleven N.V. (nu Avéro Achmea). De polishouders moesten zich hierbij aanzienlijke kortingen laten welgevalen, waardoor zij schade leden die zij probeerden te verhalen op de toenmalige actuaris en accountants van Vie d'Or en op de toezichthouder, destijds de Verzekeringkamer (thans De Nederlansche Bank).

⁷⁴ HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527, m.nt. C.C. van Dam (DNB/Vie d'Or).

130. In mei 2008 bereikten alle partijen overeenstemming over een regeling voor de 11.000 oud-polishouders. Ook het Verbond van Verzekeraars leverde hieraan een bijdrage. Samen met de te verwachten uitkering uit het faillissement van Vie d'Or is er een fonds van ongeveer € 45 miljoen beschikbaar. De Nederlandsche Bank droeg hieraan niet bij maar nam de kosten van de Stichting Vie d'Or voor haar rekening. De schikking kwam tot stand zonder erkenning van aansprakelijkheid door de accountants, de actuaris en de toezichthouder. Als gevolg van de schikking kunnen de polishouders meer dan de helft terugzien van het bedrag waarvoor hun aanspraken in 1994 werden gekort. Op 3 juli 2008 heeft de Stichting op grond van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM, de Lex Frenk, zie hierna onder 2.5) bij het Hof Amsterdam een verzoek ingediend om de regeling ten behoeve van de polishouders algemeen verbindend te verklaren.⁷⁵

(b) Aansprakelijkheidsnorm

131. In hun procedure tegen de Verzekeringskamer verweten de polishouders de toezichthouder de zaken bij Vie d'Or op hun beloop te hebben gelaten. De vraag waar het in de cassatieprocedure om draaide, was of de Verzekeringskamer in november 1991 bij Vie d'Or een stille bewindvoerder had moeten benoemen. In rechtspraak en literatuur werd vrij algemeen aangenomen dat het gedrag van de toezichthouder moet worden getoetst aan dat van een redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder.⁷⁶ Binnen deze norm toetste de rechtbank terughoudend en het Hof intensief. Het verschil lag in de manier waarop de rechterlijke colleges rekening hielden met de beleidsvrijheid van de toezichthouder. In de onderhavige procedure was dat cruciaal, omdat de toezichthouder over beleidsvrijheid beschikte bij zijn beslissing om bij Vie d'Or een stille bewindvoerder te benoemen (art. 34 Wtv). De rechtbank vond dat in geval van beleidsvrijheid de toezichthouder alleen dan onrechtmatig handelt indien hij niet in redelijkheid tot de door hem genomen beslissing heeft kunnen komen. Het Hof vond echter dat rekening houden met de beleidsvrijheid geen marginale toetsing betekende: ook bij beleidsvrijheid diende een volledige toetsing plaats te vinden.

132. Nieuw in het Vie d'Or arrest is dat de Hoge Raad afstand neemt van de algemeen in de literatuur en rechtspraak aanvaarde norm van de 'redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder'. Volgens de cassatierechter gaat het er namelijk om of het uitgeoefende toezicht voldeed aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld (r.o. 4.3.3). Beslissend is dus de 'behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder'. Ook deze norm is echter zo algemeen dat het niet aannemelijk is dat er een inhoudelijk verschil is beoogd met de oude norm van de redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder. Waar het om gaat is hoe de norm in concrete gevallen wordt toegepast en met name de rol die de beleidsvrijheid hierbij speelt.

133. Volgens de Hoge Raad komt het bij de invulling van de norm van de 'behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder' aan op alle omstandigheden van het geval. Hij noemt

⁷⁵ Zie voor de inhoud van de schikking: www.stichtingviedor.nl. De mondelinge behandeling bij het Hof is voorzien voor maart 2009.

⁷⁶ Zie Conclusie AG Timmerman, nr. 3.8, met verwijzingen.

een groot aantal gezichtspunten waar de feitenrechter rekening mee moet houden. Deze gezichtspunten richten zich enerzijds op de (beleids)vrijheid van de toezichthouder en anderzijds op het belang van de potentiële benadeelden (hier: de polishouders):

- het uitgangspunt is de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeraar;
- de toezichthouder beschikt over een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid en dit impliceert een terughoudende toetsing;
- het gaat er niet om of achteraf een andere beslissing beter was geweest maar of de toezichthouder in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen;
- de toezichthouder hoort het belang van polishouders in zijn afwegingen te betrekken;
- als de toezichthouder voor een toezichthouderdilemma⁷⁷ komt te staan, is van belang in hoeverre hij er zelf toe heeft bijgedragen dat dit dilemma ontstond door zaken op hun beloop te laten;
- de toezichthouder moet zo handelen dat het risico op een deconfiture zo gering mogelijk blijft en niet pas maatregelen treffen bij een onmiddellijk dreigend gevaar;
- De toezichthouder moet nauwkeurig in de gaten houden of zijn maatregelen effectief zijn en anders een andere maatregel nemen.

134. Volgens de Hoge Raad kan een toezichthouder zich dus niet zonder meer op het toezichthouderdilemma beroepen maar moet hij tevens aangeven wat hij heeft gedaan om te voorkomen dat dit dilemma ontstond. De toezichthouder mag dus niet alleen gericht zijn op het nemen van maatregelen bij een onmiddellijk dreigend gevaar voor deconfiture maar ook op het voorkomen van een dergelijke situatie van dreigend gevaar.⁷⁸

135. Voorts is van belang dat de Hoge Raad weliswaar erkent dat de toezichthouder over een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid beschikt en dat dit een terughoudende toetsing impliceert maar dat hij deze vrijheid tegelijkertijd insnoert door een kader te ontwikkelen ter beoordeling van de vraag of de toezichthouder hiervan op behoorlijke en zorgvuldige wijze gebruik heeft gemaakt. Rechterlijke terughoudendheid betekent dus niet hetzelfde als marginale toetsing: binnen het kader van de beleids- en beoordelingsvrijheid dient de rechter het gedrag van de toezichthouder nauwkeurig na te gaan.

(c) Relativiteit

136. Een tweede kwestie die in het arrest van de Hoge Raad aan de orde kwam was de

⁷⁷ Zie over het toezichthouderdilemma Van Dam (2006), p. 25 e.v. Het gaat er hier om dat toezichthouders een evenwicht moeten vinden tussen niet te voortvarend op te treden enerzijds en niet te laks op te treden anderzijds. Te voortvarend optreden betekent dat de persoon of instantie waarop toezicht wordt gehouden schade kan lijden, in casu de verzekeraar. Te weinig voortvarend optreden betekent dat derden schade kunnen lijden, in casu de polishouders. Meer in het algemeen gaat het hier om het feit dat toezichthouders tegengestelde belangen van verschillende groepen tegen elkaar moeten afwegen.

⁷⁸ Veelzeggend zijn in dit verband de citaten uit de parlementaire geschiedenis van de Wtv waarmee de Hoge Raad zijn overwegingen begint. Diverse keren gaat het hierin om bevoegdheden die de Verzekeringskamer had kunnen gebruiken toen de financiële situatie bij Vie d'Or nog rooskleuriger was, zoals dat een aanwijzing in een vroeg stadium kan worden gegeven en een preventieve werking hebben en dat wanneer hantering van het aanwijzingsrecht geboden blijkt, de Verzekeringskamer in een zo vroeg mogelijk stadium moet optreden.

toepassing van het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW). Bij deze vraag gaat het er om of de aansprakelijkheidsnorm voor de financiële toezichthouder strekt tot bescherming van de belangen van de polishouders. De toezichthouder had zijn kaarten gezet op het Duwbak Linda-arrest waarin de Hoge Raad aansprakelijkheid van de Staat voor een onzorgvuldige keuring van een schip had afgewezen, omdat uit de toepasselijke wetgeving niet was af te leiden dat deze mede strekten ter bescherming van het individuele vermogensbelang van derden.

137. In het Vie d'Or-arrest overwoog de Hoge Raad echter dat het strookt met het stelsel van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf, met het doel van het toezicht en met de bedoeling van de wetgever, zoals daarvan uit de parlementaire geschiedenis blijkt, dat het wettelijk toezicht – naast het algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen – mede beoogt de financiële belangen van verzekerden en begunstigden te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen tegen de betrokken polishouders kan voldoen.⁷⁹ Aangenomen kan worden, hoewel dat van geval tot geval bezien moet worden, dat hetzelfde geldt voor de huidige verplichting van DNB in art. 1:24 lid 1 Wft.⁸⁰ Hoewel het belang van de relativiteitsnorm voor de polishouders na Vie d'Or daarmee duidelijk is, wil dit niet zeggen dat dat ook voor beleggers meteen zo gegeven is.

(d) Conclusie

138. Op het punt van de relativiteit is de Hoge Raad minder terughoudend dan in het Duwbak Linda-arrest. Maar de door hem ontwikkelde aansprakelijkheidsnorm voor toezichthouders maakt duidelijk dat het ook na het Vie d'Or-arrest bijzonder moeilijk blijft om een toezichthouder aansprakelijk te houden voor inadequaat toezicht. Met de gezichtspuntenencatalogus neemt de Hoge Raad weliswaar afstand van een puur marginale toetsing van het gedrag van de toezichthouder maar tegelijk respecteert hij diens beleids- en beoordelingsvrijheid.

139. De conclusie van het Rapport Van Dam was dat een redelijk handelend toezichthouder naar Nederlands recht geen reëel aansprakelijkheidsrisico loopt. Het Vie d'Or-arrest heeft in die conclusie geen verandering gebracht. Nog altijd geldt dat de rechter aan de kwaliteit van toezicht en handhaving geen extreem hoge eisen stelt en rekening houdt met de beleids- en beoordelingsvrijheid van de toezichthouder. Voorts is een toezichthouder niet verplicht om onder alle omstandigheden schade voor derden te voorkomen. Er is dus naar huidig Nederlands recht geen reden voor bijzondere bezorgdheid als het gaat om de aansprakelijkheid

⁷⁹ Dit lag in de lijn der verwachting na HR 31 mei 2000, NJ 2000, 555, m.nt. Ma. (Verzekeringkamer/Vie d'Or), waarin de Hoge Raad overwoog dat de Verzekeringkamer de plicht had om toezicht te houden op verzekeraars en dat personen die schade lijden door een gebrek aan toezicht de Verzekeringkamer daarvoor aansprakelijk konden stellen.

⁸⁰ “Prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector”: zie Kamerstukken II, 2003-2004, 29 708, nr. 3, p. 29.

van toezichthouders. Deze trend wordt bevestigd in recente lagere rechtspraak.⁸¹

2.1.3.4 Aansprakelijkheid van de “secundaire dader” vs. aansprakelijkheid van de “primaire dader” jegens de benadeelde⁸²

140. Nalaten adequaat toezicht te houden leidt tot aansprakelijkheid wanneer vaststaat dat een gepaste handeling het intreden van schade zou hebben verhinderd. De vraag die ten aanzien van de vaststelling van het causale verband zal rijzen in geval van verzuim, is dus dezelfde als die welke in andere gevallen gesteld wordt, namelijk: zou de schade ook zijn ingetreden indien er wel gehandeld zou zijn (er wel voldoende of correct toezicht zou zijn uitgeoefend)? Is dat het geval, dan zou correct toezicht de schade niet voorkomen hebben en ontbreekt het *condicio sine qua non*-verband.⁸³

141. Deze hypothetische reconstructie van het feitelijke gebeuren, uitgaand van de veronderstelling dat diegene op wie de plicht rustte een gepaste handeling te verrichten, deze hypothetisch ook zou hebben verricht, zal gecompliceerder zijn dan de reguliere *condicio sine qua non*-vraag, omdat in dit geval beoordeeld dient te worden wat hypothetisch gebeurd zou zijn als er wel gehandeld zou zijn op een bepaalde wijze, terwijl alleen duidelijk is dat een handeling achterwege is gebleven.⁸⁴ Soms is het moeilijk om een duidelijke lijn te trekken tussen de verwijtbaarheid van de verzuimde handeling en de veroorzakingsbijdrage in de totstandkoming van de schade.

142. Het is belangrijk om in de kwestie van de aansprakelijkheid voor toezichthouders voor ogen te houden dat het hier steeds gaat om een afgeleide vorm van aansprakelijkheid. De toezichthouder heeft door onvoldoende toezicht te houden niet kunnen voorkomen dat een ondertoezichtgestelde onderneming fouten heeft gemaakt waarvan derden het slachtoffer zijn geworden (bv. de financiële onderneming kan jegens derden niet meer aan zijn verplichtingen voldoen). De tekortkoming die aan de toezichthouder wordt verweten is vaak te herleiden tot een nalaten bij de vervulling van zijn opdracht, in het bijzonder een te passieve houding als reactie op gekende of redelijkerwijze te kennen moeilijkheden bij financiële ondernemingen.

143. Toegepast in de context van de MiFID reglementering betekent de aanpak van de ‘principles based regulation’ dat de gereguleerde entiteiten in de eerste plaats zelf verantwoordelijk zijn om te bepalen hoe ze de op hen toepasselijke beginselen naleven en om

⁸¹ Zie met name Hof Amsterdam 13 september 2007, LJN: BB3533 (Accent Aigu/AFM), waarin het Hof de door de Hoge Raad in *Vie d’Or* ontwikkelde norm en de daarbij behorende gezichtspunten toepast en het vonnis van Rb. Amsterdam 26 januari 2005, LJN: AT3898 (Accent Aigu/AFM) bekrachtigt waarin aansprakelijkheid van de AFM werd afgewezen (zie hierover het Rapport Van Dam, p. 101-102). Zie ook Hof Amsterdam 23 december 2008, LJN: BG9422 (Befra/AFM e.a.), waarin het Hof het vonnis vernietigde van Rb. Amsterdam 14 september 2005, NJ 2005, 535 (BeFra/AFM e.a.). In dit vonnis had de Rechtbank de AFM aansprakelijk gehouden wegens inadequate handhavingstoezicht. Op basis van een andere waardering van de feiten kwam het Hof tot de conclusie dat hiervan geen sprake was en wees het de vordering tegen de AFM af.

⁸² Zie hierover: W. Van Boom en I. Giesen, “Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen”, *NJB* 2001, p. 1675-1685.

⁸³ Giesen (2005), p. 171 e.v.; Van Dam (2006), p. 87 e.v.

⁸⁴ Giesen (2005), p. 172.

maatregelen te treffen die het best passen bij hun specifieke aard en bij de concrete omstandigheden (proportionaliteitsbeginsel).⁸⁵ De gecontroleerde instellingen dienen zelf met name toezicht te houden op de deugdelijkheid van hun bestuur (via interne controle, risk management, compliance en interne audit), en dit alles onder toezicht van de toezichthouder die de eindbeoordeling heeft over de toereikendheid van het resultaat.

144. Primair is het dus niet de toezichthouder die, wanneer er iets mis gaat, de ontstane schade bij derden heeft veroorzaakt, maar de financiële onderneming zelf. De toezichthouder zal echter, als hoofdelijk aansprakelijke secundaire dader (ook wel ‘zijdelingse laedens’ of ‘peripheral tortfeasor’ genoemd) voor dezelfde schade worden aangesproken.⁸⁶

145. De wet bepaalt dat wanneer op twee of meer partijen de verplichting rust tot vergoeding van dezelfde schade, zoals te dezen het geval zal zijn (aansprakelijkheid van de financiële onderneming en aansprakelijkheid van de toezichthouder) die partijen hoofdelijk verbonden zijn (artikel 6:102 BW).

146. Dit betekent dat ieder van hen door de benadeelde kan aangesproken worden en dit voor de volledige schade. Vervolgens zal de medeaansprakelijke die de schade heeft vergoed, regres kunnen nemen op de andere medeaansprakelijken (hierna intern regres genoemd).

147. Daarvoor is niet nodig dat de grondslag van aansprakelijkheid van iedere aansprakelijke persoon dezelfde is: beslissend is of zij aansprakelijk zijn voor dezelfde schade. Hoofdelijke aansprakelijkheid wil zeggen dat de benadeelde iedere aansprakelijke partij (financiële onderneming en toezichthouder) kan aanspreken tot vergoeding van de gehele schade.

2.1.3.5 Mogelijkheden van intern regres tussen de medeschuldenaren

(a) Regres van de financiële onderneming op de toezichthouder?

148. In geval van nalaten zal de bijdrage van de toezichthouder aan de schade van cliënten van financiële ondernemingen vaak minder groot zijn dan die van de financiële onderneming zelf. Dit betekent dat de toezichthouder als zijdelingse laedens, in theorie, veel zonet alle van zijn gedane uitgaven kan verhalen op de primaire aansprakelijke zelf, de financiële onderneming.

149. Verwacht mag worden dat de rechter in een voorkomend geval de grootste causale bijdrage in beginsel zal leggen bij de primaire dader nu de “fout” van de toezichthouder doorgaans als minder zwaar, minder causaal zal worden opgevat.

⁸⁵ Vgl. Background note Draft Regulation 6 februari 2006 van de Europese Commissie, http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/isd/dir-2004-39-implem/reg-backgroundnote_en.pdf

⁸⁶ W. Van Boom en I. Giesen, “Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen”, *NJB* 2001, p. 1675-1685.

150. De wet biedt daartoe ook de ruimte via de maatstaf van de veroorzakingsbijdrage, deze maatstaf staat immers als hoofdregel voorop bij de bepaling van de onderlinge draagplicht⁸⁷ zoals neergelegd in art. 6:101. Op grond van die regeling wordt de omvang van de interne draagplicht tussen hoofdelijke schuldenaren (ieders uiteindelijk te betalen bijdrage aan de schadevergoeding) bepaald door:

- (1) de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schadeveroorzakende gebeurtenis hebben bijgedragen (draagplicht naar de mate van veroorzakingsbijdrage), of,
- (2) de billijkheid, als correctie op de maatstaf onder (1), wanneer de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten (de mate van ieders schuld) of de overige omstandigheden een andere verdeling eisen dan uit de veroorzakingsbijdrage zou volgen.

151. De voornaamste reden om ook de toezichthouder aan te spreken zal hierin gelegen zijn dat de primaire dader niet meer te traceren is of failliet is. Doorgaans zal de toezichthouder ook pas aangesproken worden wanneer de financiële onderneming zelf niet voldoende draagkrachtig is, noch de spaargarantieregeling de volledige schuld van de derde kan compenseren. Daardoor krijgt de interne regresmogelijkheid waarover de toezichthouder theoretisch beschikt tegenover de primaire aansprakelijke, in de praktijk wellicht geen nuttige uitwerking. In dat geval blijft de schade dus bij de toezichthouder liggen, voor zover diens aansprakelijkheid aangenomen wordt.

152. Theoretisch rijst nog de vraag of banken en de beheerders van financiële garantieregelingen ook regres kunnen nemen op de toezichthouder indien zij de volledige schadelast gedragen hebben. Dit hangt af van het soort garantiestelsel. Bij een omslagstelsel kan een bank wettelijk verplicht zijn om bij te dragen. Het gaat dan weliswaar om een wettelijke verplichting maar niet een verplichting tot schadevergoeding aan de benadeelde maar tot bijdragen in de pot van het garantiestelsel. Als uitgangspunt geldt dat de garantiesystemen niet via overheidsgeld, maar door de financiële sector zelf worden gefinancierd (hetzij ex ante door stortingen in een fonds, hetzij ex post wanneer zich een bankinsolventie voordoet). Dit belet niet dat in vele gevallen een overheidsinstantie zich met het daadwerkelijke beheer van het, via private financiële middelen, gespijste fonds zal inlaten. In de mate dat het fonds via subrogatie in de rechten van deposanten treedt waaraan het vergoeding heeft verleend, blijft bijgevolg de vraag open in welke mate deze subrogatoire vordering ook een aansprakelijkheidsvordering jegens de overheid kan inhouden.

153. Wat betreft vorderingen van financiële ondernemingen naar de toezichthouder lijkt deze hypothese echter niet houdbaar: de financiële onderneming kan de eigen tekortkoming (al dan niet ernstig of opzettelijk) in het beleid waarvoor ze zelf de verantwoordelijkheid draagt, niet afwentelen op de overheid wegens de vermeende tekortkoming in het toezicht houden.

⁸⁷ De wet spreekt in dit verband van “draagplichtigheid” of “verplichting tot bijdragen”. Deze termen zien dus op de interne relatie tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren. Dit ter onderscheiding van de term “aansprakelijkheid” die ziet op de externe relatie tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren enerzijds en de schuldeiser anderzijds.

(b) Regresvorderingen tussen toezichhouders onderling?

154. Indien de financiële onderneming insolvent is, zal de benadeelde niet het resultaat van zijn claim tegen de insolvente financiële onderneming (moeten) afwachten, vooraleer op andere vergoedingsmechanismen een beroep te doen (depositobescherming; aansprakelijkheid toezichthouders).

155. Stel dat kan worden aangenomen dat de Belgische en Nederlandse toezichthouder (CBFA en DNB) – ieder vanwege een ernstige schending van de zorgplicht in het kader van gezamenlijk toezicht op een financieel conglomeraat – elk voor eigen forum worden gedaagd door een Franse klant die schade heeft geleden in de vorm van een vermindering van zijn vermogen door ernstige daling van de aandelenkoers. De klant kan dan kiezen wie hij tot betaling aanspreekt. Spreekt hij DNB aan, en wordt DNB effectief door de Nederlandse rechter aansprakelijk geacht, dan dient DNB het volle bedrag van de vergoeding te betalen aan de klant. In dat geval is ook de toezichthouder CBFA bevrijd t.o.v. de gedupeerde klant, in die mate dat diens schade volledig is vergoed. DNB kan dan wel nog zelf een vordering tegen de CFBA instellen voor de Belgische rechter tot verhaal van een deel van de schadelast die DNB (in de verhouding CFBA-DNB ten onrechte) heeft gedragen gezien het aandeel van CFBA in de veroorzaking van de schade. Het gaat dan strikt gezien niet om hoofdelijkheid voor dezelfde schade, aangezien beide toezichthouders niet voor dezelfde rechter (hetzelfde forum) in hetzelfde geding kunnen worden gedaagd. Aan de interne afspraken die op basis van de MoU golden zal in dat verband ook betekenis kunnen toekomen. Indien CFBA de door haar gedane toezeggingen bij de uitoefening van het toezicht niet heeft gehonoreerd en mede daardoor de schade is ontstaan, zal DNB op die basis argumenten vinden om haar regresvordering te ondersteunen. In de mate dat een toezichthouder immuniteit geniet zal een regresvordering niet mogelijk zijn.

2.2. Aansprakelijkheidsrisico's in internationaal verband

156. T.g.v. de toenemende internationalisering van de financiële markten en de toenemende samenwerking tussen toezichthouders in diverse samenwerkingsmodellen rijst de vraag naar de implicaties hiervan voor de bepaling van aansprakelijkheid in geval er iets mis gaat. Het antwoord op deze vraag is van groot belang voor de toezichthouders zelf; rechtsonzekerheid hieromtrent zou tot defensief gedrag kunnen leiden. In de volgende paragrafen worden de factoren besproken die relevant zijn voor de concrete beoordeling door de rechter van de aansprakelijkheid van de Nederlandse toezichthouder in internationaal verband.

2.2.1 Het toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen: verantwoordelijkheden van herkomstland en gastland

157. Een belangrijke vraag in het kader van dit onderzoek is welke buitenlandse belanghebbenden (klanten, beleggers als derde schuldeisers van financiële ondernemingen) de Nederlandse toezichthouders aansprakelijk zouden kunnen stellen wegens gebrekkig financieel toezicht. Met andere woorden, wanneer kan de Nederlandse toezichthouder aansprakelijk worden gehouden, hetzij voor gebrekkig toezicht op diensten verleend in het buitenland door

Nederlandse kredietinstellingen/beleggingsondernemingen, hetzij op activiteiten verricht door bijkantoren van Nederlandse ondernemingen in het buitenland.

158. Dit betreft een vraag naar de regeling van de herkomstland/gastland (“home/host”) verantwoordelijkheden en de vraag in welke mate deze verantwoordelijkheden van invloed kunnen zijn op de aansprakelijkheid van toezichthouders.

159. Met het begrip “home/host verantwoordelijkheden” wordt de bevoegdheidsverdeling en samenwerking tussen herkomstland en ontvangstland (gastland) aangeduid bij de regulering van grensoverschrijdende dienstverlening en vestiging door kredietinstellingen.⁸⁸

160. Elke Europese lidstaat is sinds de tweede Europese Bankrichtlijn⁸⁹ verplicht om de uitoefening van bankwerkzaamheden op zijn grondgebied door een kredietinstelling met vergunning in een andere lidstaat toe te laten.⁹⁰ Dit betekent dat financiële ondernemingen maar in één lidstaat een vergunning hoeven aan te vragen voor het aanbieden van hun diensten in de gehele Europese Unie. Deze onderneming kan haar activiteiten in die andere lidstaat ontplooiën door middel van het vrij verrichten van diensten en het vrije vestigingsrecht via het Europese paspoort (single license). Het principe van de gemeenschappelijke erkenning is gebaseerd op twee belangrijke principes: het principe van de “harmonisatie van minimum standaarden” en het “herkomstlandbeginsel”.

161. Het principe van harmonisatie en, van daaruit, convergentie van toezichtswetgeving ligt aan de basis van de Lamfalussy-wetgevingsstructuur.

162. De regel met betrekking tot het herkomstland/gastland verantwoordelijkheden, die betrekking heeft op de vraag welke toezichthouder (deze van het herkomstland of deze van het gastland) moet instaan voor het toezicht op financiële diensten ontplooid door een financiële onderneming, vertrekt vanuit een eenvoudig denkmodel. De Europese richtlijnen op het gebied van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen kennen de bevoegdheid inzake financieel toezicht in principe op exclusieve basis toe aan de toezichthouder van het herkomstland van de financiële onderneming, m.u.v. het liquiditeitstoezicht dat behoort tot de toezichtstaken van het gastland.

163. Het toezicht op bijkantoren van financiële ondernemingen onder MiFID is echter ondergebracht bij de toezichthouder van het gastland. Omwille van de onduidelijkheden in de desbetreffende MiFID-bepalingen, adviseert CESR dat toezichthouders uit het land van herkomst MoU's afsluiten met de gastland-toezichthouders. Over de geldingskracht van de MoU's in dit verband, en meer specifiek de vraag of dergelijke samenwerkingsprotocollen ook

⁸⁸ M. Tison, *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, (Antwerpen: Intersentia), 1999, nr. 1411-1412, p. 716-717.

⁸⁹ De Tweede Bankrichtlijn kent het recht op vrije vestiging en vrije dienstverlening op grond van een vergunning verkregen in het herkomstland enkel toe aan kredietinstellingen, en onder welbepaalde voorwaarden ook aan gespecialiseerde dochtervennootschappen van kredietinstellingen.

⁹⁰ In toepassing van artikel 43 en artikel 49 EG (artikel 49 en 56 EU-Werkingsverdrag) die het uitgangspunt van vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten vastleggen.

de vraag welke overheid aansprakelijk kan worden gesteld, kan beïnvloeden, wordt hierna ingegaan bij de beschrijving van de specifieke risico-situaties (2.2.2)

164. De toezichthouder in het herkomstland houdt toezicht op haar kredietinstellingen en beleggingsondernemingen met inbegrip van hun activiteiten onder vrije dienstverlening in het buitenland of via een buitenlands bijkantoor. Deze ondernemingen zijn exclusief onderworpen aan de toepasselijke prudentiële wetgeving van het herkomstland.

165. De oprichting van een bancaire dochtervennootschap in een andere lidstaat of de overname van een bancaire onderneming in het buitenland daarentegen staat gelijk met de oprichting van een nieuwe kredietinstelling in het gastland, die integraal aan de wetgeving en het toezicht in het gastland is onderworpen. De dochtervennootschap zal in het gastland derhalve een afzonderlijke bankvergunning moeten aanvragen.

166. Hoewel de richtlijnen hieromtrent niets bepalen,⁹¹ heeft deze allocatie van bevoegdheden tot gevolg dat ook de primaire aansprakelijkheid voor en falen ten aanzien van het prudentieel toezicht op de toezichthouder van het herkomstland rust. Het herkomstlandbeginsel inzake prudentieel toezicht leidt indirect tot een verschuiving van aansprakelijkheid: de deposanten van een bijkantoor van een financiële onderneming met hoofdzetel in een andere lidstaat zullen zich in principe voor een aansprakelijkheidsvordering moeten wenden tot de toezichthouder van de hoofdzetel. Dit verhoogt de waarschijnlijkheid dat in geval van incidenten zoals een faillissement van een financiële onderneming, de gedupeerde cliënten zich tot de toezichthouder van het herkomstland zullen wenden met het oog op schadevergoeding.

167. Zo zullen de Belgische en Duitse klanten van de Rabobank België (bijkantoor te Antwerpen) zich bij problemen moeten wenden tot de Nederlandse toezichthouder te Amsterdam. Deze verschuiving heeft ook implicaties voor de vraag naar de toepasselijke wetgeving en de bevoegde rechter. In het beginsel zal de publieke toezichthouder enkel kunnen gedagvaard worden voor het forum van het herkomstland (zie de IPR kwesties onder 2.4).

2.2.2 Beschrijving van specifieke risico-situaties in internationaal verband

168. In de regel schiet men met het voorgaande reeds een heel eind op. Soms duiken er toch nog problemen op. In het onderhavige onderzoek is, naar aanleiding van verkennende gesprekken met de toezichthouders, onder meer gekeken naar de volgende situaties van toezicht:

- verdeling toezichtstaken in het kader van MiFID
- delegatie van toezichtstaken
- gezamenlijk toezicht/college van toezichthouders
- toezicht op financiële conglomeraten
- toezicht op dual listed ondernemingen

⁹¹ M. Tison, "Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Intersentia, 2003, p. 434.

Ter afronding en nuancering werd eveneens onderzocht hoe vaak risico's op problemen inzake toezicht op bijkantoren in het buitenland, zich naar verwachting zullen voordoen, aan de hand van de evolutie van het aantal bijkantoren van Nederlandse financiële ondernemingen in het buitenland.

(a) Verdeling van toezichtstaken in het kader van MiFID

169. De verdeling van de toezichtstaken tussen de verschillende toezichthouders is in de MiFID richtlijn niet helder geregeld (wie is verantwoordelijk voor wat?). Bij de allocatie van de toezichtsbevoegdheden wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie van vrije dienstverlening en de activiteiten van een bijkantoor. Inzake vrije dienstverlening geldt het herkomstlandbeginsel voor de toepasselijke regelen en het toezicht op de naleving ervan. De beleggingsdiensten en activiteiten die via een bijkantoor worden verricht, worden evenwel aan de regelen van het vestigingsland van het bijkantoor en aan het toezicht door het ontvangstland onderworpen, met het motief dat de toezichthouder van het ontvangstland het dichtst bij het bijkantoor staat en bijgevolg beter in staat is om inbreuken op de (gedrags)regelen op te sporen en vast te stellen.⁹²

170. In het kader van het toezicht op bijkantoren op grond van MiFID wordt het toezicht zowel uitgevoerd door de lidstaat van verblijf als door de lidstaat van herkomst (artikel 32 van de MiFID richtlijn). Samenwerking tussen toezichthouders moet gebaseerd zijn op de principes van "equal standing" met name wederzijdse samenwerking ter goeder trouw, efficiëntie (vermijden van dubbel toezicht) en effectiviteit, zonder dat dit afbreuk kan doen aan de wettelijke verplichtingen van de toezichthouders onder de MiFID richtlijn⁹³, met name:

- Wanneer het onder toezicht staande bijkantoor zijn activiteiten uitvoert in het land van de gewone verblijfplaats van de benadeelde klant, zal de toezichthouder van het ontvangstland moeten instaan voor het toezicht op diens activiteiten (art. 32 (7) MiFID);
- Wanneer de klant zijn gewone verblijfplaats heeft in het herkomstland (waar de zetel van het hoofdkantoor is gesitueerd), zal de toezichthouder van het herkomstland verantwoordelijk zijn;
- Wanneer een casus niet volledig onder de hier geschetste hypothesen kan worden thuisgebracht wordt de vraag wie toezicht houdt beslist van geval tot geval. Daarbij valt onder meer te denken aan de situatie waarbij de klant of belegger geen woonplaats heeft in het land waar het bijkantoor of de hoofdzetel gevestigd is of de situatie waarbij de activiteiten van de onderneming in verschillende landen plaatsvinden bv. via elektronische hulpmiddelen, via outsourcing etc. Met betrekking tot verplichte melding van transacties is deze kwestie opgelost doordat toezichthouders de keuze hebben gekregen hetzij hun transacties melden aan toezichthouder in gastland en aan de in dat land geldende verplichtingen voldoen; hetzij te opteren voor dubbele melding in ontvangst- en

⁹² considerans 32, preambule MiFID.

⁹³ Protocol on the supervision of branches under MiFID (CESR), oktober 2007, te raadplegen op de website van CESR: <http://www.cesr.eu> : "(...) *the arrangements provided for in this Protocol cannot override or modify the legal responsibilities of the Competent Authorities under MiFID(...)*".

herkomstland (art. 25 MIFID);

- Wanneer het niet duidelijk is wie in een bepaald geval toezicht moet uitoefenen blijft de toezichtsverplichting rusten op de toezichthouder uit het herkomst land;

171. Het toezicht op de naleving van de gedragsregelen is op te vatten als een transactioneel toezicht, dat toelaat om sancties of herstelmaatregelen te treffen bij miskenning van de gedragsregelen: de toezichthouder zal door middel van eigen onderzoeken of naar aanleiding van klachten kunnen nagaan of de beleggingsonderneming (systematisch) de op haar toepasselijke gedragsregelen miskent, en in voorkomend geval eisen dat daaraan een einde wordt gesteld. De intrekking van de bedrijfsvergunning door de bevoegde autoriteit is enkel mogelijk bij ernstige en systematische miskenning van de gedragsregelen. Doordat deze sanctie zich op het niveau van de toekenning van de bedrijfsvergunning situeert, komt deze enkel toe aan de bevoegde toezichthouder van het herkomstland, ook indien de ernstige en systematische miskenning zich (eveneens) op het niveau van het bijkantoor voordoet. Mocht enkel het bijkantoor zich aan zulk wangedrag schuldig maken, dan kan een evenredige sanctie wellicht bestaan in de verplichte sluiting van het bijkantoor. Deze mogelijkheid tot intrekking van de bedrijfsvergunning leidt echter niet tot een eigen toezichtsbevoegdheid van het herkomstland ten aanzien van de naleving van de plaatselijke gedragsregelen door het buitenlandse bijkantoor.

172. Casus: Een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde financiële beleggingsonderneming heeft een bijkantoor in Nederland en bedient vanuit dat bijkantoor klanten in Nederland en België. Art. 31 jo. art. 32 lid 7 MIFID bepaalt met betrekking tot het toezicht op beleggingsondernemingen dat de toezichthouder van het gastland verantwoordelijk is voor het toezicht op de activiteiten van het bijkantoor op haar grondgebied met betrekking tot klanten op dat grondgebied. Met betrekking tot de Nederlandse klanten is de Nederlandse toezichthouder dan dus de verantwoordelijke toezichthouder op voorwaarde dat de activiteiten verricht in Nederland de kenmerkende prestatie in de contractuele verhouding uitmaken. De exacte reikwijdte van deze bepaling is niet duidelijk. “Back-office” activiteiten zullen dat karakter niet vertonen. Met betrekking tot klanten die niet op het grondgebied van het bijkantoor verblijven en die dus strictu sensu niet onder deze bepaling vallen, geldt een grijze zone. Wanneer de klant in het land van de hoofdzetel verblijft zal de toezichthouder van dat herkomstland verantwoordelijk zijn voor toezicht op de activiteiten. Voor de vraag welke toezichthouder kan worden aangesproken indien er iets mis gaat zal dus van geval tot geval beslist worden wie de verantwoordelijke toezichthouder is.

173. Omwille van de internationale dimensie waarbinnen het toezicht wordt uitgeoefend is het afbakenen van de respectievelijke toezichtstaken in de tijd niet altijd evident. Eens die inschatting gemaakt, is de internationale dimensie uit het aansprakelijkheidsvraagstuk verdwenen. Wat dan rest is de “gewone” kwestie van behoorlijk toezicht.

(b) Delegatie van toezichtstaken

174. Met betrekking tot de (thans beperkte) mogelijkheden tot delegatie van toezichtstaken lijkt het er op dat deze route in de toekomst vaker zal worden bewandeld in

grensoverschrijdende aangelegenheden. Het delegatiemodel heeft specifieke consequenties op het vlak van mogelijke aansprakelijkheidsrisico's, in vergelijking met andere vormen van samenwerking (in collegeverband) tussen toezichthouders.

175. In het huidige juridische kader is veeleer sprake van assistentie dan van werkelijke delegatie van toezichtstaken.⁹⁴ Zo bepaalt het tweede lid van artikel 1:56 Wft bijv.:

'De toezichthoudende instantie van de andere lidstaat kan voorts de toezichthouder verzoeken bij het bijkantoor gegevens of inlichtingen te verkrijgen die nodig zijn voor de uitoefening van het toezicht op die beheerder, beleggingsonderneming, kredietinstelling, levensverzekeraar of schadeverzekeraar. De toezichthouder geeft aan dit verzoek gevolg, of stelt de toezichthoudende instantie van de andere lidstaat in de gelegenheid om bij het bijkantoor gegevens of inlichtingen te verkrijgen of te doen verkrijgen.'

176. De bepaling maakt het mogelijk dat de Nederlandse aangezochte toezichthouder de verificatie door de verzoekende autoriteit laat verrichten in het kader van de herkomstlandcontrole. Het gaat daarbij dus niet om een echte delegatie van toezicht maar om een voorbereidende c.q. uitvoerende handeling.

177. Door de AFM zijn MoU's afgesloten die uitdrukkelijk voorzien in een overdracht van een (exclusieve) beslissingsbevoegdheid ten aanzien van bepaalde zaken de ondertoezichtgestelde betreffende aan een op grond van het MoU opgericht orgaan.⁹⁵ Ook deze samenwerkingsmodellen kunnen hier onder gebracht worden. De mogelijkheid tot interne delegatie van bevoegdheden aan privaatrechtelijke organen mag immers niet uitmonden in enige beslissingsbevoegdheid voor deze gedelegeerde instanties.⁹⁶

178. In een dergelijk geval van delegatie van materiële toezichtstaken blijft de delegerende toezichthouder extern de verantwoordelijkheid dragen van het gedelegeerde toezicht. De delegatie van taken heeft in de regel geen invloed op de uitoefening van bevoegdheden door toezichthouders.⁹⁷ Algemeen kan gesteld worden dat bij delegatie de delegerende toezichthouder de eindverantwoordelijkheid blijft dragen voor de hem primair toebedeelde taken, onverminderd de mogelijkheden die de delegerende toezichthouder theoretisch heeft om bij schade veroorzaakt door inadequaar toezicht van de zijde van de gedelegeerde overheid, deze laatste tot vergoeding in rechte aan te spreken. Deze moet voor het forum van de buitenlandse overheid worden gebracht. Om die reden zal van een werkelijke delegatie van toezicht geen sprake zijn: toezichthouders willen niet het risico lopen aansprakelijk te worden gesteld voor fouten in het toezicht door een derde begaan, waar zij geen controle op konden uitoefenen.

⁹⁴ M. Tison, "Aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder: conflictenrechtelijke vragen in een Europeesrechtelijke context" in *Van alle Markten Liber Amicorum Eddy Wymeersch* (Antwerpen: Intersentia, 2008), p. 855 e.v.

⁹⁵ Zie in dit verband de positie van het Chairman's Committee in het Memorandum of Understanding on the coordinated regulation, supervision and oversight of the Euronext Group (2002).

⁹⁶ Art. 48 (2) MiFID; M. Tison, "Aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder: conflictenrechtelijke vragen in een Europeesrechtelijke context" in *Van alle markten, Liber Amicorum Eddy Wymeersch* (Antwerpen: Intersentia, 2008), 855 e.v.

⁹⁷ Zie art. 11, par. 3, richtlijn inzake conglomeraten 2002/87/EC; article 48 par. 2, MiFID richtlijn 2004/39/EC.

179. In een voorkomend geval kan de toezichthouder die de bevoegdheid publiekelijk heeft overgenomen niet alleen intern, maar ook jegens derde-gedupeerden aansprakelijk zijn als het toepasselijke recht daartoe inderdaad leiden kan. Welk recht dat is, hangt weer af van waar de schade geleden wordt.

(c) Gezamenlijk toezicht of college van toezichthouders

180. Wanneer het gaat om afspraken in het kader van gezamenlijk toezicht (bv. *ad hoc* protocollen m.b.t. toezicht op financiële conglomeraten zoals de afspraak tussen DNB en CFBA inzake het toezicht op het Fortis conglomeraat in het verleden en de afspraak tussen Luxemburgse, Franse en Belgische toezichthouders inzake Dexia) rijst de vraag wat de status is van dergelijke afspraken.

181. In het kader van de marktevoluties naar grotere banken en internationaal dienstenverkeer zullen dergelijke samenwerkingsakkoorden in belang toenemen.⁹⁸ Door het Basel Comité wordt in het kader van Basel II ook benadrukt dat de organisatie van de prudentiële controle op grote banken geïntegreerd moet gebeuren. Omdat financiële stabiliteit de hoofddoelstelling is van het banktoezicht, moet de controle op grote banken supranationaal geschieden.

182. Inzake de MoU's kan men een onderscheid maken tussen MoU's uitgevaardigd binnen de Lamfalussy comités van toezichthouders en ad hoc MoU's. Het juridisch statuut van de eerste soort afspraken behoort zoals eerder aangeduid tot de categorie van soft law normen. De tweede categorie van normen ad hoc gesloten tussen de individuele toezichthouders beoogt, zeker in causaal verband, toezicht in gezamenlijk verband te organiseren ter implementatie van de "equivalent supervisory practices" zoals uitgewerkt binnen de comités. In het algemeen kan gesteld worden dat het hier gaat om afspraken die toezichthouders tussen elkaar sluiten in het kader van een loyale samenwerking tussen "repeat players" (toezichthouders hebben elkaar nodig om toezicht in een internationale context zo efficiënt en effectief mogelijk vorm te geven en hebben er dus ook belang bij om zich jegens elkaar loyaal en volgens de normen van de goede praktijk op te stellen).

183. Doorgaans wordt in dergelijke protocollen naast de regelen die de taakuitvoering in gemeenschappelijk verband vastleggen, de bepaling opgenomen dat de afspraken gemaakt binnen het college niet bindend zijn voor de individuele toezichthouders en dat derden er geen rechten aan kunnen ontleiden (zie hiervoor). Zoals hierboven reeds opgemerkt vergt dit uitgangspunt toch de nodige nuancering.

184. Aangezien derden geen partij zijn bij de overeenkomst, kunnen zij niet rechtstreeks rechten of verplichtingen putten uit deze overeenkomst. Toch kunnen deze protocols

⁹⁸ Zie in dit verband recent voorstel van EC *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards banks affiliated to central institutions, certain own funds items, large exposures, supervisory arrangements, and crisis management*; "Supervisory arrangements – lessons from the crisis" van de voorzitter van DNB, te raadplegen op de websiste: <http://www.dnb.nl>.

uitwerking krijgen tegenover derden (voor zover kenbaar bv. t.g.v. publicatie in rapporten en jaarverslagen toezichthouders), evenzeer als de normen uitgevaardigd op verschillende “niveaus” van gemeenschapsrecht. Derden mogen er onder omstandigheden op vertrouwen dat de afgesproken normen van toezicht die publieke toezichthouders met elkaar afspreken in acht zullen worden genomen. Hierbij kan verwezen worden naar een voorbeeld (uit een andere context) dat leidde tot een arrest van de Hoge Raad inzake medische aansprakelijkheid. Waar enkele medisch specialisten een behandelingswijze afspraken en in een protocol neerlegden, waren zij daaraan vervolgens gebonden, ook ten opzichte van niet bij die afspraak betrokken patiënt. Omdat het protocol, de eigen onderlinge afspraak, niet gevolgd was, was het ziekenhuis aansprakelijk voor de schade die de patiënt leed.⁹⁹

185. Aan de MoU's komt in beginsel dus ook betekenis toe voor derden. Hoewel het hier dus gaat om interne afspraken tussen toezichthouders onderling, en toezichthouders de eigen taken niet kunnen wijzigen of overdragen, mogen derden er in beginsel op vertrouwen dat de afgesproken normen in acht zullen worden genomen. Afspraken, principes en regels die de toezichthouders onderling voor zichzelf stellen met betrekking tot de invulling van hun taak en beleid (vgl. het dynamisch karakter van het principes based toezichthoudersbeleid) kunnen dus relevant zijn in een aansprakelijkheidscontext wanneer ze geformuleerd zijn voor en kenbaar gemaakt aan derden op een wijze dat deze derden er naar redelijkheid op mogen vertrouwen dat deze normen in acht zullen worden genomen.

186. De externe juridische werking van de toezichtsprotocollen en besluiten genomen binnen colleges van toezichthouders kan als volgt samengevat worden. De toezichthouders kunnen hierdoor geen afbreuk doen aan de formele bevoegdheden van de home/host toezichthouders, maar ze kunnen zich wel jegens derden binden om de binnen een college van toezichthouders genomen beslissingen binnen de grenzen van hun eigen toezichtbevoegdheden ten uitvoer te leggen.

(d) Toezicht op financiële conglomeraten

187. Naast de algemene regeling van de herkomstlandcontrole die mede de bedoeling heeft om de algemene samenwerkingsbepalingen uit de richtlijnen te implementeren, kent de Wft ook nog bijzondere regels voor samenwerking in andere gevallen. DNB kan toezicht op verzoek houden of toestemming verlenen dit zelfstandig te laten uitoefenen door de verzoekende autoriteit in verband met het toezicht op de geconsolideerde basis op een kredietinstelling (art.1:56, derde lid Wft) en op financiële conglomeraten (artikel 1:57 Wft).

188. Dit zal het geval zijn omdat er sprake is van een gezamenlijke verplichting tot toezicht (college van toezichthouders): de Nederlandse toezichthouder zou dan kwetsbaar kunnen zijn door het gebrek aan immuniteitsbeperking dat op hem rust i.t.t. andere toezichthouders, waardoor hij de kans loopt n.a.v. falend toezicht door het college waarvan hij deel uitmaakt de aansprakelijkheidsvorderingen van alle gedupeerden tegen zich gericht te krijgen als solvabele tegenpartij. Voorbeeld in dit verband van college van toezichthouders is het toezicht op Euronext en het toezicht op het afwikkelstelsel. De AFM heeft met de toezichthouders in

⁹⁹ Zie HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 en Giesen (2007), p. 77 e.v.

Frankrijk, België, Portugal en het Verenigd Koninkrijk een MoU gesloten waarin de samenwerking op het gebied van het toezicht op Euronext is geregeld.¹⁰⁰ Het MoU betreft afspraken in het kader van het toezicht op de settlement activiteiten van Euroclear SA/NV die van belang zijn voor de transacties gedaan op de Euronext markten.

189. Hoewel de Europese Commissie de wens heeft geuit het samenwerken via colleges van toezichthouders nog te versterken werd uitdrukkelijk nog geen afbreuk gedaan aan de traditionele taakverdeling tussen toezichthouders.¹⁰¹

190. Een en ander speelt ook een rol bij het al dan niet gezamenlijk (althans gelijktijdig) toezicht van verschillende toezichthouders bij grote fusies of overnames met een internationale dimensie. Een recent voorbeeld is de overname van de Nederlandse onderneming ABN-Amro door een buitenlands consortium waarbij twee buitenlandse ondernemingen een bod uitbrachten. De Nederlandse toezichthouder DNB diende te adviseren m.b.t. een verklaring van geen bezwaar waarbij beleggers druk uitoefenden omwille van zware financiële belangen. Bij een dergelijk gezamenlijk toezicht rijst voornamelijk de vraag, wanneer er iets is misgegaan, wie op welk moment welk toezicht moet uitoefenen. Zodra daar duidelijkheid over bestaat kan het onderzoek naar de aansprakelijkheid van de verschillende betrokken toezichthouder beginnen. Het afbakenen van de toezichtstaken in de tijd is daarbij niet altijd een sinecure. In dergelijke gevallen is de toezichtsuitoefening immers een dynamisch-evolutief proces. In de mate dat ABN-Amro een bank naar Nederlands recht is, wordt ze, voor wat betreft de toezichtsbevoegdheid door de buitenlandse toezichthouders, enkel begrepen in de toezichtssperimeter van het toezicht op geconsolideerde basis ten aanzien van de overnemende financiële instelling. In het geval van de overname van ABN-Amro was de hoofdtoezichthouder op ABN-Amro in eerste instantie DNB, tot aan de verklaring van “geen bezwaar” tegen de overname door Fortis. De buitenlandse toezichthouder van elke overnemer diende in deze context ook na te gaan wat de gevolgen van de overname zijn voor de solvabiliteit van de overnemende onderneming en de groep in zijn geheel. De Nederlandse toezichthouder daarentegen blijft alleen het toezicht uitoefenen op de Nederlandse instellingen, met inbegrip van het “fit and proper” karakter van de controlerende aandeelhouders (dat laatste in samenwerking met de buitenlandse toezichthouder op deze gereguleerde aandeelhouders).¹⁰²

191. Voor zover nodig kan er nogmaals op gewezen worden dat, zelfs indien een aansprakelijkheidsvordering zou worden ingesteld tegen een Nederlandse toezichthouder, dit geenszins impliceert dat dergelijke vordering ook enige kans van slagen zou hebben. Uit het onderzoek-Van Dam blijkt dat daartoe geen verhoogd risico bestaat. Het louter bestaan van zelfs omvangrijke schade is immers niet voldoende om een vordering toe te wijzen. Daarvoor is ook vereist dat een onrechtmatige daad kan worden aangetoond door de benadeelde (bewijs

¹⁰⁰ Memorandum of Understanding tussen AFM en De Nederlandsche Bank en de Financial Services Authority, the Bank of England, de Commissie voor het Bank, Financier- en Assurantiewezen, de Nationale Bank van België, de Autorité des Marchés en de Banque de France, te raadplegen op www.afm.nl.

¹⁰¹ Proposal for a directive for the European Parliament and for the council amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards banks affiliated to central institutions, certain own funds items, large exposures, supervisory arrangements, and crisis management, COM (2008) 602.

¹⁰² Zie art. 15 Bankrichtlijn 2006/48/EG.

van een foutieve gedraging) die toegerekend kan worden aan de schadeverorzaker (causaliteitsvereiste) en dat ook voldaan is aan onder meer het relativiteitsvereiste. Voor het onderzoek naar de wettelijke plichten die op de toezichthouders rusten valt men op heden nog steeds terug op herkomstlandbeginsel. Bij de beoordeling of toezichthouders een voldoende mate van zorg op zich hebben genomen zijn de private afspraken (protocollen) eveneens relevant.

(e) Toezicht op dual listed ondernemingen

192. Het onderzoek beperkt zich tot het prudentiële en gedragstoezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen. Het valt evenwel te verwachten dat een aansprakelijkheidsgeschil zich ook zal ontwikkelen op het gebied van de controle op financiële informatie, met name de goedkeuring van prospectussen en, wellicht in mindere mate, het toezicht op de transparantieplichtingen van genoteerde ondernemingen. Omdat de prospectusaansprakelijkheid buiten het onderzoeksthema valt, zal hierna enkel kort worden ingegaan op de aansprakelijkheidskwestie in de setting van dual listed ondernemingen.

193. Daarbij kan een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de intracommunautaire dimensie (toepassing van de Prospectusrichtlijn en van de Transparantierichtlijn), waarin een stelsel van volkomen wederzijdse erkenning geldt¹⁰³, en, anderzijds, de dual listing in een extracommunautaire context. De dual listing in een extracommunautaire context wordt hierna besproken. De draagwijdte van de wederzijdse erkenning buiten EU-verband is minder verregaand. Wanneer Nederland optreedt als ontvangstland, zijn de aansprakelijkheidsrisico's van de Nederlandse toezichthouder dan ook groter.

194. Op basis van art. 5:9 Wft kan de Autoriteit Financiële Markten goedkeuring van het prospectus verlenen aan een uitgevende onderneming met zetel in een staat die geen lidstaat is indien:

“a. die onderneming het prospectus heeft opgesteld in overeenstemming met de wetgeving van de staat van haar zetel;

b. die onderneming het prospectus heeft opgesteld conform door internationale organisaties van effectentoezichthouders opgestelde internationale standaarden, met inbegrip van standaarden voor de informatievoorziening; en

c. de doorlopende informatievereisten omtrent het bedrijf van de uitgevende onderneming, met inbegrip van informatie van financiële aard, gelijkwaardig zijn aan de voorschriften van de richtlijn prospectus.

Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald wat onder gelijkwaardig in de zin van het tweede lid, onderdeel c, wordt verstaan”

¹⁰³ In EU-verband geldt de regel dat wanneer de toezichthouder van het ontvangstland mag vertrouwen op de beoordeling door de toezichthouder van het herkomstland, de aansprakelijkheid enkel bij deze laatste komt te liggen (zie met name art. 17 Richtlijn 2003/71/EC).

195. Op basis van artikel 5:9, tweede lid Wft kan de AFM - mits voldaan aan de in dit artikellid gestelde voorwaarden - door middel van een lichte toetsing “fast track” overgaan tot de goedkeuring van het prospectus van een reeds in een derde land genoteerde onderneming, en een dual listing in Amsterdam worden verkregen.

196. De fast track procedure is gebaseerd op een risico-analyse waarbij is vastgesteld dat het bepaalde document is onderworpen aan dezelfde regels als de in Europa geldende regels voor het prospectus en dat het document voorwerp is van een zekere mate aan toezicht. De AFM gaat hierbij deels af op de verklaring van de toezichthouder in het derde land dat het desbetreffende prospectus is opgesteld in overeenstemming met de wetgeving van dat derde land.¹⁰⁴ Ook hier speelt het reeds eerder geschetste toezichthouderdilemma (zie hoger onder 1.2.2). Enerzijds moet de toezichthouder snel overgaan tot de goedkeuring van een prospectus. Anderzijds loopt zij het risico aansprakelijk te worden gesteld als zij te weinig actief is bij de uitoefening van het toezicht. Om aan de zorgvuldigheidsverplichting te trachten te voldoen zal de AFM in het kader van deze procedure de uitgevende instelling nog om aanvullende verklaringen met betrekking tot het prospectus vragen zoals een legal opinion en affidavit van de uitgevende instelling inzake compliance van het prospectus met de wetgeving van het derde land.

197. Belangrijk in dit verband zijn de handelsrelaties met de Verenigde Staten. Door de fusie van Euronext en NYSE is Amsterdam een belangrijke plaats voor een tweede listing van een al in New York genoteerde onderneming. Gelet op het steeds verder afnemende aantal bedrijven met een (eerste) notering in Amsterdam zijn dual listings van groot belang voor Nederland als financieel centrum in het algemeen en de positie van de Amsterdamse beurs in het bijzonder.

198. In de situatie van dergelijke dual listed ondernemingen (ondernemingen met beursnoteringen in Nederland en een derde niet-EU land) is het op het eerste zicht niet duidelijk welke toezichthouder uiteindelijk verantwoordelijk is voor bepaalde fouten in het toezicht verricht in die derde staat. Gaat er iets mis dan komen beide toezichthouders in beeld. Dit verhoogt de waarschijnlijkheid dat gedupeerde beleggers zich ook tot de toezichthouder van het ontvangstland wenden met het oog op schadevergoeding. Hier zou theoretisch een verhoogd risico kunnen dreigen voor de Nederlandse toezichthouder, met name wanneer de mede-toezichthouder een aansprakelijkheidsbeperking geniet. Wanneer de mogelijkheid om de buitenlandse toezichthouder aan te spreken mislukt door diens civielrechtelijke immuniteit, zal de Nederlandse toezichthouder niet van gedeelde aansprakelijkheid kunnen profiteren. Dit echter steeds in de veronderstelling dat de Nederlandse toezichthouder effectief aansprakelijk zou kunnen worden gesteld.

199. Waar de vraag naar de mogelijke aansprakelijkheid wordt gesteld, geldt als uitgangspunt de regel dat elke toezichthouder afzonderlijk verantwoordelijk is voor de correcte uitoefening van de hem toebedeelde toezichtstaken.

200. Het zal hierbij dus steeds van belang zijn om de taken van elke toezichthouder goed af te bakenen, zowel intern als extern. Er zal immers worden nagegaan of de toezichthouder een

¹⁰⁴ Een dergelijke verklaring heeft niet in alle gevallen betrekking op alle gedeponeerde documenten ((jaar-)cijfers).

tekortkoming kan worden verweten wat betreft de uitoefening van de hem toevertrouwde of op zich genomen taken. De toezichthouder kan niet de (publiekrechtelijke) bevoegdheid van een andere toezichthouder overnemen, zonder duidelijke wettelijke grondslag hiertoe.

201. De toezichthouder ter plaatse oefent een eigen bevoegdheid uit, met de instrumenten die zijn rechtstelsel hem daartoe biedt en onder toezicht van de (administratieve) rechtbanken van dat land. Wanneer een dergelijk land door het ministerie van financiën vooraf op advies van de AFM is aangewezen als een adequaat toezichtsland, betekent dit dat het toezicht aan dezelfde of vergelijkbare standaarden van de goede praktijk beantwoordt als het toezicht in Nederland (“equivalent supervisory practices”).

202. De Nederlandse toezichthouder kan dan, op basis van het uitgevoerde toezicht in het buitenland, via een short track, mits voldaan aan de vereisten gesteld in artikel 5:9 tweede lid Wft, een vergunning verlenen. De wettelijk voorziene regeling geeft aan dat van de toezichthouder in geen geval verwacht wordt dat hij alle aan het concrete toezicht onderworpen handelingen zelf nog eens opnieuw moet uitvoeren – dit zou immers een ongewenste duplicatie van toezicht uitmaken. Dit heeft evenmin tot gevolg dat de Nederlandse toezichthouder het in dat land gestelde toezicht tot zich neemt of bekrachtigt.

203. Wanneer een interne norm (in casu artikel 5:9, tweede lid Wft) de toezichthouder toelaat om onder voorwaarden snel een vergunning te verlenen, kan de toezichthouder geen fout worden verweten voor zover hij zich heeft beperkt tot de in die wetsbepaling omschreven taken. Uitgangspunt is dat de samenwerkingsmodellen zijn ingegeven door de noodzaak om de efficiëntie en de effectiviteit van het toezicht in een grensoverschrijdende context te optimaliseren (vermijden van dubbel toezicht). Het opnieuw volledig voeren van het onderzoek zou overigens een signaal van wantrouwen in de buitenlandse toezichthouder kunnen geven, wat het succes van verhoogde samenwerking zou kunnen temperen. De vraag zal dus zijn of de Nederlandse toezichthouder de hem krachtens artikel 5:9, tweede lid Wft toebedeelde taken correct heeft uitgevoerd. Dit zal steeds in concreto moeten worden bekeken.

204. In casu zou bij een onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse toezichthouder onder meer worden nagegaan:

- of de Nederlandse toezichthouder is nagegaan of het effectief gaat om een door het ministerie aangeduid adequaat toezichtsland;
- of de Nederlandse toezichthouder is nagegaan of de toezichthouder ter plaatse gecontroleerd heeft of het prospectus is opgesteld in overeenstemming met de wetgeving van haar zetel;
- of de Nederlandse toezichthouder is nagegaan of de toezichthouder ter plaatse gecontroleerd heeft of het prospectus is opgesteld in overeenstemming met de internationale normen inzake de goede toezichtspraktijken “equivalent practices”.

205. De toezichthouder staat dus niet garant voor de correctheid van de informatie opgenomen in het prospectus van de vergunde onderneming. De enige taak van de

toezichthouder is het verlenen van een vergunning, na het uitvoeren van een korte toetsing. Uiteraard zal bij de beoordeling in concreto van het gedrag van de toezichthouder de naleving van de zorgvuldigheidsplicht betrokken worden. Zo zal de toezichthouder bij ernstige tekens van onregelmatigheden of onjuiste gegevens of van ontstentenis van toezicht door de buitenlandse toezichthouder, meer proactief moeten optreden. Met betrekking tot de keuze in optreden en de middelen daartoe, laat de wet aan de toezichthouder een grote beleidsvrijheid, hetgeen betekent dat de rechter met enige terughoudendheid zal toetsen.

206. Overigens zijn in het kader van toezicht op dual listed ondernemingen uit derde landen nog geen rechterlijke uitspraken bekend zodat het hoe dan ook af te wachten valt hoe de rechtspraak de zorgvuldigheidsnorm in een concreet geval betekenis zal geven. Zoals aangeduid heeft de Hoge Raad in het Vie d'Or arrest de norm van de 'behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder' vooropgesteld.

207. Waar het om gaat, is de vraag of de toezichthouder in de concrete situatie van zijn beleidsvrijheid op een behoorlijke en zorgvuldige wijze gebruik heeft gemaakt. Dat zal van geval tot geval in concreto moeten worden bezien. Daarbij zullen de volgende ijkpunten uit de Vie d'Or-uitspraak bij de beoordeling worden betrokken:

- het uitgangspunt is de eigen verantwoordelijkheid van de financiële instelling;
- de toezichthouder beschikt over een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid en dit impliceert een terughoudende toetsing;
- het gaat er niet om of achteraf een andere beslissing beter was geweest maar of de toezichthouder in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen;
- de toezichthouder hoort het belang van cliënten van financiële instellingen in zijn afwegingen te betrekken;
- als de toezichthouder voor een toezichthouderdilemma komt te staan, is van belang in hoeverre hij er zelf toe heeft bijgedragen dat dit dilemma ontstond door zaken op hun beloop te laten;
- de toezichthouder moet zo handelen dat het risico op een deconfiture zo gering mogelijk blijft en niet pas maatregelen treffen bij een onmiddellijk dreigend gevaar;
- de toezichthouder moet nauwkeurig in de gaten houden of zijn maatregelen effectief zijn en anders een andere maatregel nemen.

208. Zeer belangrijk is de motivering die de toezichthouder daarbij aan zijn beslissing geeft, waarmee hij aanduidt (en extern inzichtelijk maakt) op welke wijze hij van zijn beleidsvrijheid gebruik heeft gemaakt.

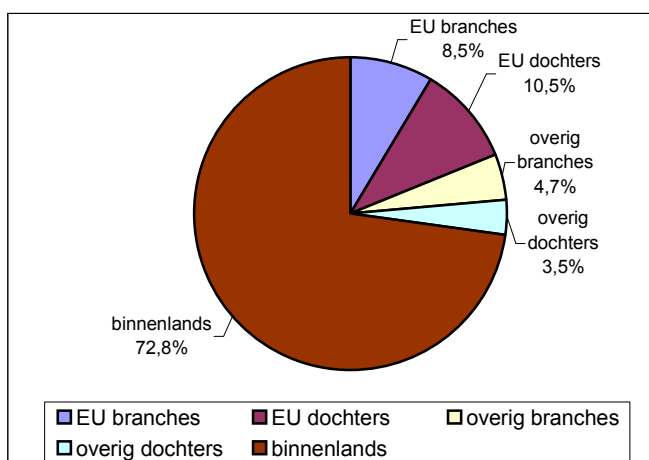
209. Het belang van de zorg- en motiveringsplicht van de financiële toezichthouders bij hun taakinvulling wordt bevestigd in een recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Het betreft een vordering tot schadevergoeding ingesteld door 2 voormalige bankbestuurders tegen de toezichthouders De Nederlandsche Bank en de AFM, die in april 2003 hebben bepaald dat eiser 1 en eiser 2 wegens handel met voorkennis niet langer als bankbestuurder werkzaam mochten zijn. De hoogste bestuursrechter heeft bepaald dat de toezichthouders de besluiten

wegens onvoldoende onderzoek en motivering niet hadden mogen geven, hetgeen in beginsel een fout uitmaakt. Weliswaar is de rechtbank in de civiele procedure die daarop volgt van oordeel dat de toezichthouders in dit geval niet onrechtmatig hebben gehandeld nu beide bankbestuurders door de strafrechter zijn veroordeeld waardoor overtuigend is aangetoond dat beide een gerechtvaardigde verdenking op zich hadden geladen.¹⁰⁵

(f) Afsluitende opmerking m.b.t. het toezicht op bijkantoren in het buitenland

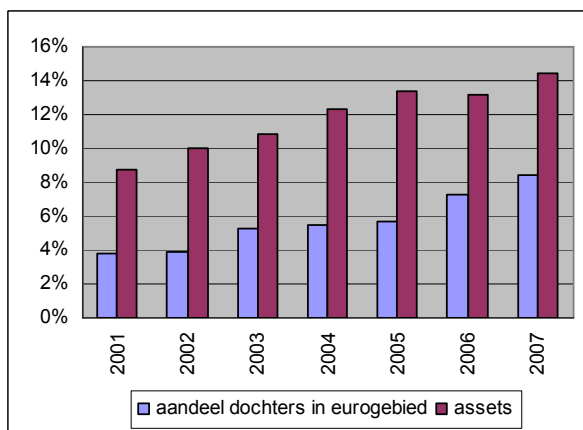
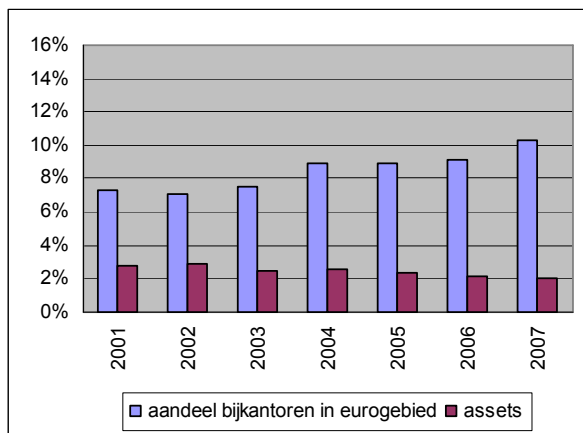
Ter afronding en relativering nog dit. Wat betreft het toezicht op bijkantoren in het buitenland, kan opgemerkt worden dat er een trend waarneembaar is dat enerzijds meer dochterondernemingen dan bijkantoren van Nederlandse ondernemingen in het buitenland ontstaan, en anderzijds er een daling gaande is van het aantal assets van bijkantoren tegenover het aantal assets van dochterondernemingen, alsook een daling in absolute zin (zie onderstaande grafiek). In dit verband lijkt het risico op aansprakelijkstelling vanuit het buitenland (denk aan een cliënt die met een Nederlands bijkantoor in het buitenland zaken heeft gedaan, en vervolgens, wanneer iets mis gaat, een vordering instelt tegen de Nederlandse toezichthouder in Nederland) af te nemen.

Verdeling totale assets kredietinstellingen in EU



Bron: ECB, EU banking structures, okt. 2007

¹⁰⁵ Rechtbank Amsterdam 31 december 2008, LJN: BG9662 (te raadplegen op: <http://www.rechtspraak.nl>).



Bron: ECB, Financial integration in Europe

2.3 Een overzicht van de IPR kwesties: bepaling van het toepasselijk forum en van het toepasselijk recht¹⁰⁶

210. Te verwachten valt dat klanten eerst hun financiële onderneming contractueel aansprakelijk zullen stellen bij schadeverwekkend handelen of nalaten, op grond van de contractuele rechtsverhouding tussen hen beide. Vermoedelijk zal in de contractuele afspraken tussen klant en onderneming een beding van forumkeuze zijn opgenomen en vermoedelijk zal ook in geval van contracten met grensoverschrijdende dimensies een rechtskeuzebeding in de overeenkomst opgenomen zijn (ook in grensoverschrijdende context geldt een beding van forumkeuze; hier speelt art. 3 EVO (binnenkort vervangen door de Rome I-verordening die ziet op contractuele verbintenissen¹⁰⁷). Dit betekent concreet dat de plaats van de bevoegde rechtbank en de keuze van het toepasselijke recht reeds vastliggen vooraleer er een probleem ontstaat. Omdat vrijwillig aangegane contracten de partijen die ze zijn aangegaan tot wet

¹⁰⁶ P. R. Wood, *Conflict of Laws and International Finance* (London: Sweet & Maxwell, 2007), p. 570 e.v.

¹⁰⁷ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb.* EU 2008, L177/6. Rome I zal op 17 december 2009 in werking treden ter vervanging van het EVO (Europees Verdrag van toepassing op verbintenissen uit contract).

strekken, zijn de partijen verplicht zich aan de contractuele bepalingen te houden, in beginsel ook wanneer dit uiteindelijk nadelig blijkt te zijn.

211. Een claim tegen de Nederlandse toezichthouder is steeds een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad. Dit impliceert dat in deze gevallen een keuzebeding inzake forum en toepasselijk recht geen belangrijke rol zal spelen. De rechtsregels van het forum waarvoor de vordering wordt aanhangig gemaakt (doorgaans zullen dit de gerechten zijn van de woonplaats van de benadeelde of van de verweerder) zullen dan de eigen bevoegdheid van het forum en in voorkomend geval ook het toepasselijke recht, bepalen.

2.3.1 Bepaling van het toepasselijk forum: het immuniteitsleerstuk

212. Voor welke rechter kunnen benadeelden hun vordering tot schadevergoeding brengen? Bij de bepaling van de jurisdictie moet worden onderscheiden tussen overheidshandelen als zodanig (“hoheitliches Handeln”, “l'Etat personne publique”) en handelen als privé-persoon (“nicht-hoheitliches Handeln”, “l'Etat personne privée”). De voorbeelden die in ons onderzoek werden aangetroffen wijzen er op dat toezichthoudershandelen steeds moet worden beschouwd als overheidshandelen. Dit strookt met het door ons verrichte literatuuronderzoek.¹⁰⁸ Voor zover het gaat om hun taak tot het verschaffen van toelating tot de markt, treden de toezichthouders steeds op in uitoefening van het publiek gezag. Deze gedachte wordt ook bevestigd door een recente uitspraak van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Rome in dit verband. Een aantal beleggers hadden ingetekend op obligaties met warranten uitgegeven door de vennootschap Uniwear, en geplaatst in België en Italië. Het uitgifteprospectus was goedgekeurd door de CBFA, en onder het stelsel van wederzijdse erkenning eveneens gebruikt voor de plaatsing bij het Italiaanse beleggerspubliek. Na het faillissement van de emittent, stelden een aantal beleggers een vordering tot schadevergoeding in voor een Italiaanse rechtbank tegen zowel de CBFA als de Italiaanse beurstoezichthouder Consob. Bij vonnis van 30 januari 2007 verklaart de rechtbank dat de vordering tegen de CFBA in Italië niet ontvankelijk is. Volgens de rechtbank lijdt het geen twijfel dat de goedkeuring van het prospectus een uitoefening van overheidsgezag inhoudt, en niet louter een uitvoerende handeling die geen uitoefening van soeverein gezag inhoudt.¹⁰⁹

213. Indien een overheidsorgaan, waaronder een financiële toezichthouder, voor een buitenlandse rechter wordt gedagvaard, zal het zich doorgaans beroepen op immuniteit. Het honoreren van een dergelijk verweer betekent dat de rechter de vordering niet ontvankelijk verklaart, c.q. dat hij zich onbevoegd verklaart om van de vordering kennis te nemen. Hierna wordt onderzocht in welke mate deze staatsimmuniteit voor buitenlandse rechtscolleges algemeen geldend is.

¹⁰⁸ Zie in dit verband: J. Kropholler, *Internationales Privatrecht: einschliesslich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004), p. 580-583 (par. 53 IV 7c) ; Y. Loussouarn, P. Bourel, P. De Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, (Paris: Dalloz, 2007), nr. 474 en 480.

¹⁰⁹ Trib. Ord. Roma (civ.) 30 januari 2007, RG26939-2003, besproken door M. Tison, “Aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder: conflictenrechtelijke vragen in een Europeesrechtelijke context” in *Van alle Markten, Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, (Antwerpen: Intersentia, 2008), 855 e.v.

2.3.1.1 Europees Hof voor de Rechten van de Mens

214. Het EHRM stelt voorop dat staatsimmunititeit een inbreuk betekent op het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Volgens de vaste jurisprudentie bij art. 6 is een dergelijke inbreuk alleen gerechtvaardigd als zij een legitiem doel heeft en bovendien proportioneel is.

215. In zijn rechtspraak neemt het EHRM zonder veel problemen aan dat met staatsimmunititeit een legitiem doel wordt gediend, namelijk ‘... *complying with international law to promote comity and good relations between States through respect of another State’s sovereignty*’.¹¹⁰

216. Aan de proportionaliteit stelt het EHRM geen hoge eisen, gezien het grote belang dat volgens het Hof wordt gediend met het beginsel van staatsimmunititeit.¹¹¹

217. In 2001 heeft het EHRM in *Al-Adsani v. United Kingdom* weliswaar opgemerkt dat in geval van marteling een uitzondering op de immunititeit denkbaar is maar het vond dat in het internationale recht nog niet was geaccepteerd dat Staten in dergelijke gevallen geen recht op immunititeit hadden met betrekking tot vorderingen tot vergoeding van schade veroorzaakt buiten het gebied van de forum-staat. In het Verenigd Koninkrijk is deze lijn gevolgd in *Jones v Ministry of Interior of Saudi Arabia*.¹¹²

2.3.1.2 Internationaal gewoonterecht

218. De vraag of een overheidsorgaan zich voor een buitenlandse rechter kan beroepen op immunititeit (sovereign immunity) wordt primair beheerst door het internationaal gewoonterecht.¹¹³ Het internationale beginsel van staatsimmunititeit (sovereign immunity) en de daarop van toepassing zijnde uitzonderingen zijn neergelegd in twee belangrijke verdragen: de United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004) en de European Convention on State Immunity (1972) van de Raad van Europa. In veel landen zijn deze beginselen ook opgenomen in nationale wetgeving.

219. Waar het in het navolgende om gaat, is met name het vaststellen van de uitzonderingen op het beginsel van staatsimmunititeit en of deze uitzonderingen voor de financiële toezichthouder praktische relevantie hebben.¹¹⁴

2.3.1.3 Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004)

220. Dit (nog niet in werking getreden) verdrag stelt de staatsimmunititeit voorop. Hierop wordt vervolgens een belangrijk aantal uitzonderingen geformuleerd:

¹¹⁰ *McElhinney v Ireland* (31253/96); *Fogarty v United Kingdom* (37112/97); *Al-Adsani v United Kingdom* (35763/97).

¹¹¹ *McElhinney v Ireland* (31253/96); *Fogarty v United Kingdom* (37112/97); *Al-Adsani v United Kingdom* (35763/97).

¹¹² *Jones v Ministry of Interior of Saudi Arabia* [2006] UKHL 26.

¹¹³ H. Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

¹¹⁴ Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht P. R. Wood, *Conflict of Laws and International Finance* (London: Sweet & Maxwell, 2007), p. 557 e.v.

- Consent to exercise of jurisdiction (Art. 7-9)
- Commercial transactions (Art. 10)
- Employment contracts (Art. 11)
- Personal injury and damage to property (Art. 12)
- Ownership, possession and use of property (Art. 13)
- Intellectual and industrial property (Art. 14)
- Participation in companies or other collective bodies (Art. 15)
- Ships owned or operated by a State (Art. 16)
- Effect of an arbitration agreement (Art. 17)

De in dit verdrag opgenomen uitzonderingen zijn in diverse nationale wetgevingen terug te vinden.

2.3.1.4 European Convention on State Immunity (1972)

221. Dit Verdrag is van kracht tussen Oostenrijk, België, Cyprus, Duitsland, Luxemburg, Nederland, Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk. De hierin geformuleerde uitzonderingen op staatsimmunitet komen overeen met die in het hierboven genoemde VN verdrag.

- Consent to exercise of jurisdiction (Art. 1-2)
- Contractual obligations to be discharged in the forum State (Art. 4)
- Employment contracts (Art. 5)
- Commercial activities (Art. 6-7)
- Intellectual and industrial property (Art. 8)
- Immovable property in the territory of the State of the forum (Art. 9)
- Property rights arising by way of succession, gift or bona vacantia (Art. 10)
- Personal injury and damage to property (Art. 11)
- Effect of an arbitration agreement (Art. 12)

222. Conclusie is dat het immunitetsleerstuk (statelijke immunitet van jurisdictie in het buitenland) in de context van het financieel toezicht door overheden, algemeen aanvaard is (zelfs indien dat toezicht wordt overgedragen aan een derde entiteit).

2.3.1.5 Europese Unie

(a) EEX-Verordening

223. Op communautair niveau komt hetzelfde probleem via een iets andere route aan de orde, namelijk bij de uitleg van de Brussel I Verordening die van toepassing is op de bevoegdheid van de rechter om van een internationale burgerlijke of handelszaak kennis te nemen.

224. Volgens het Hof is het begrip 'burgerlijke en handelszaken' in (thans) art. 1 van de Brussel I Verordening een autonoom begrip dat moet worden uitgelegd aan de hand van, enerzijds, de doelen en het stelsel van het Executieverdrag (thans de Brussel I Verordening) en, anderzijds,

de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels worden gevonden.¹¹⁵

225. Met “burgerlijke en handelszaken” wordt in de eerste plaats het 'privaatrecht' bedoeld, in tegenstelling met geschillen uit de publiekrechtelijke sfeer, waarop het Executieverdrag geen toepassing vindt. Deze eerste invulling van het begrip laat echter aan duidelijkheid te wensen over, omdat de grens tussen privaat- en publiek recht zeker vanuit Europees perspectief (onderscheid common law-landen/civil law landen) vaag blijft. Deze summa divisio bestaat niet in de common law landen. Daarom werd artikel 1 bij de toetreding van het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken in 1978 gewijzigd om duidelijk te maken dat fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken - die in de common law-traditie eerder tot het privaatrecht behoren - niet tot de burgerlijke en handelszaken gerekend moeten worden.

226. Het is vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie dat vorderingen tegen de overheid niet zijn te beschouwen als burgerlijke of handelszaken indien de overheid optreedt in de uitoefening van het openbaar gezag.¹¹⁶ De regel inzake toepasselijke rechtsmacht zal dus geen rol kunnen spelen inzake toezichthoudesaansprakelijkheid. De nationale rechter zal zich dus onbevoegd moeten verklaren om kennis te nemen van een vordering tot het vaststellen van aansprakelijkheid van een buitenlands overheidsorgaan wegens een beweerdelijke handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag (*acta iure imperi*) op grond van de EEX-verordening. Het Hof bevestigde dit in zijn arrest van 15 februari 2007 (*Lechouritou e.a./Duitsland*), waarin het tevens oordeelde dat ook alle betwistingen n.a.v. gedragingen die een typische overheidstaak uitmaken, uitgesloten zijn.¹¹⁷

227. Hoewel het Hof niet expliciet verwijst naar de beginselen van internationaal recht inzake staatsimmunitet, zal het zich hieraan gebonden achten. Zijn uitleg van de Brussel I Verordening wordt dan ook mede door deze beginselen bepaald.

228. Hierna volgt een overzicht van de het immuniteitsleerstuk in enkele van de onderzochte landen.

(b) Verenigd Koninkrijk

229. Volgens common law kunnen buitenlandse overheden niet worden gedagvaard voor de common law rechtbanken. Hiermee volgt de common law het internationaal publiekrecht.¹¹⁸ Op deze immuniteit bestaan uitzonderingen, aanvankelijk op basis van de common law, later ook op basis van statute, namelijk de State Immunity Act 1978 die deels een codificatie is van

¹¹⁵ EhJ 14 oktober 1976, *LTU*, 29/76, Jur. p. 1541, ov. 3 en 5; EhJ 16 december 1980, *Rüffer*, 814/79, Jur. p. 3807, ov. 7; EhJ 14 november 2002, *Baten*, C-271/00, Jur. p. I-10489, ov. 28; EhJ 15 mei 2003, *Préservatrice foncière TLARD*, C-266/01, Jur. p. I-4867, ov. 20, en EhJ 18 mei 2006, *CEZ*, C-343/04, Jur. I-4557, ov. 22.

¹¹⁶ Zie EhJ 14 oktober 1976, *Jurispr. P.* 1541; EhJ 16 december 1980, *Jurispr.* 3807; EhJ 14 november 2002, *Jurispr.* I-10489; EhJ 15 mei 2003, *Jurispr.* I-4867; EhJ 18 mei 2006, *Jurispr.* I-4557. Zie hierover ook P. Schlosser, “Zum Begriff ‘Zivil- und Handelssachen’ in Art. 1 Abs. 1 EugVÜ, *IPRax* 1981, 154-155.

¹¹⁷ EhJ 15 februari 2007, C-292/05.

¹¹⁸ *The Christina* [1938] AC 485.

de voordien geldende common law regels.¹¹⁹

230. De State Immunity Act van het Verenigd Koninkrijk stelt de hoofdregel van immuniteit voorop (Art. 1) maar geeft hierop diverse uitzonderingen. Het gaat om:

- gevallen waarin bevoegdheid van een Britse rechter is erkend (Art. 2);
- handelstransacties of een contractuele plicht die in het Verenigd Koninkrijk moet worden vervuld (Art. 3);
- een arbeidsovereenkomst gesloten in het Verenigd Koninkrijk of waarbij het werk aldaar moet worden verricht (Art. 4);
- vorderingen met betrekking tot dood, letsel of zaakschade (Art. 5);
- vorderingen met betrekking tot onroerend zaken in het Verenigd Koninkrijk (Art. 6);
- vorderingen met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten geregistreerd of beschermd in het Verenigd Koninkrijk (Art. 7);
- vorderingen tegen een overheidsonderneming of tegen een Brits business partnership waar het overheidsorgaan deel van uitmaakt (Art. 8);
- indien de Staat er mee heeft ingestemd dat een zaak wordt onderworpen aan arbitrage is de Staat niet immuun voor procedures met betrekking tot die arbitrage (Art. 9);
- vorderingen met betrekking diens aansprakelijkheid voor BTW, douanerechten of landbouwtoeslagen of belastingen met betrekking tot onroerend goed dat het voor commerciële doeleinden gebruikt (Art. 11).

231. De immuniteit heeft betrekking op alle buitenlandse staten en hun organen (Art. 14). Zij geldt ook in geval van kwaadwilligheid (*malice*) en ernstige strafbare feiten.¹²⁰

232. Een voorbeeld biedt de zaak *Grovit v. De Nederlandsche Bank*. Eisers in deze zaak waren betrokken bij de Chequepoint Group, die money-transferkantoren exploiteert. Een van de bedrijven van deze groep, Carigna Investments NV, verzocht DNB om in Nederland als geldwisselkantoor te worden geregistreerd. In een fax van 16 juli 2004 verklaarde DNB dat het voornemens was om registratie te weigeren. Deze fax verzond zij naar een ander bedrijf in de Chequepoint Group, Harda Ltd. In de brief noemde DNB als een van de redenen voor haar voornemen om Carigna niet te registreren, dat het management van Chequepoint in meerdere opzichten onbetrouwbaar was. De brief was geschreven op briefpapier van DNB en ondertekend door twee senior medewerkers van de bank. In februari 2005 begonnen eisers voor de High Court in Londen een procedure tegen DNB en de twee medewerkers wegens libel (*smaad*). De High Court (Tugendhat J) wees de vordering af¹²¹ en de Court of Appeal verwierp het hiertegen door eisers ingestelde beroep.¹²²

233. Tugendhat stelde de internationale regel van staatsimmunitet voorop en overwoog dat de

¹¹⁹ *Holland v Lampen-Wolfe* [2000] 1 *WLR* 1573; *Trendtex Trading Corp v Central Bank of Nigeria* [1977] *QB* 529; *I.Congresso del Partido* [1983] 1 *AC* 244.

¹²⁰ Zie voor eventuele uitzonderingen in geval van marteling *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex. P. Pinochet Ugarte (No 3)* [2000] 1 *AC* 147 en *Jones v Ministry of Interior of Saudi Arabia* [2006] *UKHL* 26.

¹²¹ [2006] 1 *WLR* 3323.

¹²² [2007] *EWCA Civ.* 953; [2008] 1 *WLR* 51.

Brussel I Verordening moest worden gelezen in het licht van deze regel. Hij volgde de uitleg van de ECJ in *Verein für Konsumenteninformation/Henkel*,¹²³ namelijk dat het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ moet worden uitgelegd aan de hand van het doel van de Verordening en de algemene beginselen van de nationale stelsels als geheel. Volgens hem geeft het doel van de Verordening geen grond om natuurlijke of rechtspersonen in rechte te betrekken met betrekking tot wat zij hebben gedaan in de uitoefening van de ‘sovereign authority of foreign state’. En omdat het beginsel van staatsimmunitet geldt als algemeen rechtsbeginsel, was zijn conclusie dat de vordering van eisers geen burgerlijke of handelszaak in de zin van de Verordening was.

234. De Court of Appeal verwierp het door eisers ingestelde hoger beroep. In zijn leading speech sloot Dyson LJ aan bij de beslissing van het HvJ in *Lechouritou*. In deze zaak besliste het Hof dat de desbetreffende zaak niet onder de Brussel I Verordening viel. Het hoefde zich daarom niet te buigen over de vraag of de beginselen van staatsimmunitet verenigbaar zijn met Brussel I.¹²⁴ Zijn beslissing komt er op neer dat voor de vraag of er sprake is van een niet van belang is of de gedaagde partij een overheidslichaam is of niet maar of de gedaagde ‘was exercising public powers’ (14). Dat geldt bijvoorbeeld niet voor een leraar maar wel voor een militair.¹²⁵ Omdat de bank en haar medewerkers activiteiten uitoefenden in het kader van hun public law powers was de Brussel I Verordening niet van toepassing en had de High Court rechter de vordering terecht afgewezen.

235. Het Europese Hof van Justitie heeft het huidige recht op dit punt aldus samengevat:

[30] Volgens het Hof leidt deze uitlegging ertoe dat bepaalde rechtsvorderingen of rechterlijke beslissingen buiten het toepassingsgebied van het Executieverdrag vallen wegens factoren die kenmerkend zijn voor de aard van de tussen de procespartijen bestaande rechtsbetrekkingen of van het voorwerp van het geschil (...).

[31] Zo heeft het Hof geoordeeld dat het Executieverdrag weliswaar van toepassing kan zijn op bepaalde geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier, doch dat dit anders is wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid handelt (...).

[32] Op grond van dit beginsel heeft het Hof geoordeeld dat een publiekrechtelijk nationaal dan wel internationaal orgaan, dat belast is met de invordering van bijdragen die een particulier verschuldigd is wegens het gebruik van de installaties en diensten daarvan, krachtens overheidsbevoegdheid handelt, in het bijzonder wanneer dat gebruik verplicht en exclusief is en de hoogte van de bijdragen, de berekeningswijzen en de inningsprocedures eenzijdig aan de gebruikers worden opgelegd (...).

[33] Evenzo heeft het Hof geoordeeld dat het begrip „burgerlijke en handelszaken” in de zin van artikel 1, eerste alinea, eerste volzin, van het Executieverdrag geen rechtsvorderingen omvat die door de voor het beheer van de openbare vaarwateren bevoegde staat tegen de wettelijk aansprakelijke persoon zijn ingesteld teneinde terugbetaling te verkrijgen van kosten wegens opruiming van een wrak in het kader van de uitvoering van een internationale verbintenis, indien deze beheerder dat wrak krachtens overheidsbevoegdheid heeft opgeruimd of doen opruimen (...).

[34] Betwistingen van deze aard vloeien namelijk voort uit een uitoefening van overheidsbevoegdheden door een

¹²³ C-167/00 [2002] Jur. I-8111.

¹²⁴ C-292/05 [2007] Jur. I-1519 (*Lechouritou/Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*).

¹²⁵ Met verwijzing naar respectievelijk C-172/91 [1993] Jur. I-1963 (*Sonntag/Waidmann*); C-292/05 [2007] Jur. I-1519 (*Lechouritou/Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*).

*der partijen bij het geding, omdat daarbij gebruik wordt gemaakt van bevoegdbeden die buiten het bestek vallen van de voor betrekkingen tussen particulieren geldende regels van gemeen recht (...).*¹²⁶

(c) Ierland

236. Het principe van staatsimmunititeit is in Ierland neergelegd in art. 29 s. 3 van de Ierse Grondwet, dat bepaalt dat Ierland de algemeen erkende beginselen van internationaal recht erkent als gedragslijn in zijn verhoudingen met andere staten.

237. Dit beginsel is ook geaccepteerd in de Ierse common law.¹²⁷ Hierop werden, in aansluiting op de Engelse common law, reeds lange tijd uitzonderingen aanvaard ten aanzien van gevallen waarin het overheidslichaam zich vrijwillig aan de jurisdictie van de rechter onderwierp.¹²⁸

(d) Duitsland

238. Op grond van het Duitse recht kunnen noch een buitenlandse staat, noch zijn organen voor de Duitse gerechten worden gedaagd.¹²⁹ Dit geldt voor Duitsland in de eerste plaats op grond van de European Convention on State Immunity 1972 (Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität 1972) (zie ...), waar het partij bij is.

239. Voor zover dit Verdrag en andere Verdragen niet van toepassing zijn, geldt volgens de algemene regels van het internationale recht in de zin van § 25 Grundgesetz¹³⁰ alleen immunititeit in gevallen van hoheitlicher Tätigkeit.¹³¹

240. Dit uitgangspunt is gevolgd in § 20 Gerichtsverfassungsgesetz:

(1) Die deutsche Gerichtsbarkeit erstreckt sich auch nicht auf Repräsentanten anderer Staaten und deren Begleitung, die sich auf amtliche Einladung der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhalten.

(2) Im übrigen erstreckt sich die deutsche Gerichtsbarkeit auch nicht auf andere als die in Absatz 1 (...) genannten Personen, soweit sie nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, auf Grund völkerrechtlicher Vereinbarungen oder sonstiger Rechtsvorschriften von ihr befreit sind.

241. Het begrip “hoheitlicher Tätigkeit”¹³² omvat niet de algemene economische transacties en dus ook niet de activiteiten van een staatsonderneming in de vorm van een zelfstandige rechtspersoon. De grens wordt bepaald door de aard van de (rechts)handeling of de aard van

¹²⁶ C-292/05 [2007] Jur. I-1519 (Lechouritou/Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias).

¹²⁷ Zie William Binchy, *Irish conflicts of law* (Dublin: Butterworths, 1988), p. 173.

¹²⁸ Zie William Binchy, *Irish conflicts of law* (Dublin: Butterworths, 1988), p. 174.

¹²⁹ BGH NJW 1979, 1101; BVerwG NJW 1989, 679; zie von Schönfeld, NJW 1986, p. 2980.

¹³⁰ § 25 Grundgesetz: *‘Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie geben den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.’*

¹³¹ BAG BB 2006, 1392.

¹³² Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers en Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 65. Auflage (München: C.H. Beck, 2007), § 20 GVG N 3; BVerfG NJW 1983, 2766, BGH RR 2003, 1219; BAG NZA 2002, 1416.

de rechtsverhouding en niet door het motief of het doel van de (rechts)handeling.¹³³

2.3.1.6 Onderzochte landen buiten de Europese Unie

(a) De Verenigde Staten

242. Wat de landen buiten de Europese Unie betreft (bv. Verenigde Staten) geldt als algemene regel voor de bepaling van de bevoegde rechtbank dat elk land beslist over zijn eigen bevoegdheid. In de Verenigde Staten wordt bevoegdheid van het eigen forum doorgaans snel aangenomen (zodra voldaan is aan de vereisten van minimum contact, statutory basis en due process).¹³⁴ Het valt te verwachten dat Amerikaanse ingezetenen eerder of uitsluitend hun vordering voor Amerikaanse rechtbanken zullen brengen.

243. De inwerkingtreding van de US Foreign Sovereign Immunities Act 1976, gewijzigd in 1988, maakte een einde aan de situatie waarin immuniteit van buitenlandse staten beperkt werd uitgelegd maar waarin het State Department aan de rechtbank kon suggereren dat de buitenlandse staat immuun was. De rechters volgden deze suggestie meestal. De wet van 1978 erkende het beginsel van immuniteit van buitenlandse staten maar formuleerde daarop een groot aantal uitzonderingen.¹³⁵

244. De immuniteitsregels van de wet zijn ondergeschikt aan de verdragen waarbij de Verenigde Staten partij is. Op grond hiervan zijn met name commerciële overheidsactiviteiten niet aan immuniteit onderworpen. Ondanks het feit dat de State Department niet meer betrokken is bij rechtszaken waarin vreemde staten partij zijn, heeft de President nog altijd de mogelijkheid om in te grijpen in belangrijke zaken van buitenlandse politiek (foreign policy defense).¹³⁶

245. Vereist is dat de entiteit overheidsfuncties uitvoert en dat het onderworpen is aan direct overheidstoezicht. Hierbij worden verschillende normen toegepast. Een ervan is de core function test: beslissend is of de kernfuncties van de gedaagde primair gouvernementeel of commercieel zijn. De andere test is de legal characteristics test: beslissend is of de entiteit onder diens nationale recht in eigen naam kan procederen.¹³⁷

246. Voor commerciële activiteiten is de aard van de activiteit of transactie beslissend en niet

¹³³ Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers en Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 65. Auflage (München: C.H. Beck, 2007), § 20 GVG N 3.

¹³⁴ Relevant artikel CPLR 302 (a) (3): vorderingen tegen buitenlandse ondernemingen: locus damni op voorwaarde dat de verweerder:

“(1) regularly does or solicits business, or engages in any other persistent course of conduct, or derives substantial revenue from goods used or consumed or services rendered in the state or

(2) expects or reasonably should expect the act to have consequences in the state and derives substantial revenue from interstate or international commerce”

¹³⁵ Philip R. Wood, *Conflict of Laws and International Finance* (London: Sweet & Maxwell, 2007), nr. 25-037.

¹³⁶ Zie bijvoorbeeld *Dames & Moore v Reagan*, 101 S Ct. 2972 (1981) en *Charles T Main International Inc v Khuzestan Water & Power Authority*, 651 F 2d 800 (1st Cir 1981).

¹³⁷ Philip R. Wood, *Conflict of Laws and International Finance*, London, Sweet & Maxwell, 2007, nr. 25-038; zie bijvoorbeeld voor de legal characteristics test: *Hyatt Corp v Stanton*, 945 F. Supp 675 (SDNY 1996).

het doel ervan. Dit betekent dat als bijvoorbeeld een lening is bedoeld voor een overheidsdoel dit de activiteit reeds commercieel en niet gouvernementeel maakt. Hetzelfde geldt voor commerciële activiteiten van een centrale bank, zoals het uitgeven van deposito-certificaten of het uitgeven van overheidsobligaties.¹³⁸ *‘When a foreign government acts not as regulator of a market but in the manner of a “private player” within it, the foreign sovereign’s actions are commercial. The issue is whether the particular action that the foreign state performs, whatever the motives behind it, are the type of actions by which a private party engages in trade or traffic or commerce.’*¹³⁹

247. In het uitvoeren van de commerciële activiteit moet er sprake zijn van substantieel contact met de Verenigde Staten. Het plegen van een enkel telefoongesprek is daartoe onvoldoende.¹⁴⁰ Dit is anders onder het Britse recht waar ook jurisdictie bestaat indien de commerciële overheidsactiviteiten geen band hadden met Verenigd Koninkrijk.¹⁴¹

248. Immunititeit wordt niet aangenomen in de volgende gevallen (s. 1605 FSIA):¹⁴²

- indien de buitenlandse staat expliciet of impliciet afstand doet van zijn immunititeit; de staat kan dit ook doen voor haar organen en andere entiteiten;
- indien het gaat om commerciële gedragingen die een voldoende band hebben met de Verenigde Staten;
- indien de Staat er mee heeft ingestemd dat een zaak wordt onderworpen aan arbitrage is de Staat niet immuun voor procedures met betrekking tot die arbitrage (s. 1605(a), toegevoegd in 1988).

(f) Zwitserland

In Zwitserland geldt het Zwitserse IPR-Wetboek. Basisregel is dat de rechtbanken bevoegd zijn van de woonplaats van de verweerder. Wanneer geen buitenlandse rechtbank bevoegd is zijn de Zwitserse colleges bevoegd van de plaats waarmee de zaak een voldoende nauwe band vertoont. In relatie tot Europa geldt in beginsel de Conventie van Lugano (maar hier geldt dezelfde uitzondering als in de EEX-Verordening voor wat betreft vorderingen tegen overheden).¹⁴³

2.3.1.7 Uitzondering: oorlogsmisdrijven

249. De tot nu toe enige bekende uitzonderingen op de regel van immunititeit van jurisdictie voor handelen van een buitenlandse staat zijn te vinden in recente beslissingen van de Italiaanse Corte di cassazione in zaken tegen Duitsland met betrekking tot schadeclaims wegens dwangarbeid en executies tijdens de Tweede Wereldoorlog. Deze serie beslissingen

¹³⁸ Zie bijvoorbeeld *Republic of Argentina v Weltover Inc NC*, 119 L Ed 2d 394 (1992).

¹³⁹ Philip R. Wood, *Conflict of Laws and International Finance*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, nr. 25-039.

¹⁴⁰ *Zedan v Kingdom of Saudi Arabia*, 849 F 2d 1511 (1988). Van voldoende contact met de Verenigde Staten was sprake in *Republic of Argentina v Weltover Inc NC*, 119 L Ed 2d 394 (1992): het aanhouden van rekeningen en het doen van betalingen in New York.

¹⁴¹ Philip R. Wood, *Conflict of Laws and International Finance*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, nr. 25-051.

¹⁴² Philip R. Wood, *Conflict of Laws and International Finance*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, nr. 25-040/25-042.

¹⁴³ De nieuwe Conventie van Lugano verwijst uitdrukkelijk naar de EEX Verordening in zijn preambule en dient in dezelfde zin geïnterpreteerd te worden.

begon met de Ferrini-zaak van 11 maart 2004 en deze zaak effende de weg voor vele andere zaken tegen Duitsland. In de loop van 2008 heeft de Italiaanse cassatierechter in een reeks arresten de Ferrini beslissing bevestigd. Kort gezegd is de Italiaanse rechter van mening dat staatsimmunititeit ophoudt waar oorlogsmisdrijven in het geding zijn. In december 2008 heeft Duitsland voor het Internationaal Gerechtshof in Den Haag een procedure aangespannen tegen Italië.¹⁴⁴ In het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders is deze kwestie als zodanig niet van belang maar zij geeft aan op welk niveau uitzonderingen op de regel van staatsimmunititeit aan de orde zouden kunnen zijn.

2.3.1.8 Rechtsvergelijkende conclusie

250. De immuniteit van een vreemde staat voor een *acta iure imperii* is algemeen aanvaard. Nu een toezichthouder in het buitenland immuniteit geniet op grond van zijn kwalificatie als “vreemde overheid”, kan hij in beginsel niet voor een buitenlands forum worden gedagvaard,¹⁴⁵ tenzij het gaat om gewone commerciële handelingen, dan wel de Staat jurisdictie van de buitenlandse rechtbank erkent (maar dit is uiterst onwaarschijnlijk).¹⁴⁶

251. Uiteraard is het wel mogelijk dat een Nederlandse toezichthouder toch elders gedagvaard wordt. Deze zal zich dan voor de vreemde forum op de onbevoegdheid ervan moeten beroepen en dus (proces)kosten moeten maken. Dat procesrisico bestaat dus wel, maar op het aansprakelijkheidsrisico is het niet van invloed.

252. Dit betekent ook dat het buitenlandse IPR met betrekking tot het toepasselijk recht niet van belang is.

253. Onze conclusie is dat de Nederlandse toezichthouders steeds voor een Nederlands forum moeten worden gedagvaard en het toepasselijke recht wordt dan ook naar Nederlands recht (recht van het forum) bepaald, tenzij de Nederlandse staat afstand zou doen van zijn immuniteit.

2.3.2 Bepaling van het toepasselijk recht: de Nederlandse verwijzingsregels bij onrechtmatige daad

254. Binnen de Europese Unie wordt de vraag naar het toepasselijke recht op rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad vanaf 11 januari 2009 beheerst door de Rome II-verordening¹⁴⁷ waarin de *lex loci damni* wordt aangenomen. De preambule van de Rome II verordening geeft aan dat het materiële toepassingsgebied en de verschillende bepalingen van de verordening zoveel als mogelijk moeten stroken met de EEX-Verordening en het EVO

¹⁴⁴ ICJ, Press Release No. 2008/44, 23 December 2008 (“Germany institutes proceedings against Italy for failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State”).

Zie <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14925.pdf?PHPSESSID=2d2c64986585203be486037f62994076>.

¹⁴⁵ Dit verhindert niet dat een buitenlandse toezichthouder zich op verzoek of vrijwillig zou kunnen voegen in een lopende procedure, net zo goed als een Nederlands toezichthouder dat zou kunnen doen in het buitenland.

¹⁴⁶ C. G. Van Der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, (Deventer: Kluwer, 2005), p. 227 e.v.

¹⁴⁷ De Rome I verordening treedt in werking op 17 september 2009; de Rome II-verordening treedt in werking op 11 januari 2009.

(Rome I-verordening). Deze verdragen vinden qua toepassingsgebied dus uitdrukkelijk aansluiting bij elkaar en zullen naar verwachting ook in dezelfde zin door Europees Hof van Justitie geïnterpreteerd worden.

255. De materiële werkingssfeer van Rome II en EEX geven aan dat de verordeningen niet van toepassing zijn op vorderingen die de aansprakelijkheid van de Staat willen doen vaststellen wegens een handeling of een nalaten gesteld in de uitoefening van het openbaar gezag (“*acta iure imperii*”). Deze uitsluiting staat letterlijk vermeld in artikel 1, 1^e lid Rome II-Verordening.¹⁴⁸ De preambule van de Rome II-Verordening, overweging 9, verduidelijkt dat ook vorderingen tegenover ambtenaren die namens het publiekrechtelijk gezag optreden alsook vorderingen die de aansprakelijkheid willen laten doen vaststellen van publiekrechtelijke overheden, waaronder ook van overheidswege benoemde ambtsdragers, gelden als vorderingen voortvloeiend uit *acta iure imperii* die buiten het materiële toepassingsgebied van de Rome II-Verordening vallen. Gevolg is dat Rome II niet geldt in kwesties van toezichthoudersaansprakelijkheid.

256. Nu er geen communautaire regels van toepassing zijn op de bevoegdheid van de rechter voor het horen van zaken tegen toezichthouders in hun hoedanigheid, is het Nederlandse IPR van toepassing. Naar Nederlands recht geldt de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WODC¹⁴⁹).

257. Het Nederlandse IPR wijst als toepasselijk recht, bij gebreke van een rechtskeuze, voor de bepaling van de aansprakelijkheid in een internationale context aan, aldus artikel 3 WCOD: het recht van de Staat op welk grondgebied de daad plaatsvindt (lid 1). Wanneer een daad schadelijk inwerkt op een persoon, een goed of het natuurlijke milieu op een andere plaats dan in de Staat op wiens grondgebied die daad plaatsvindt, wordt het recht toegepast van de Staat op welks grondgebied die inwerking geschiedt, tenzij de dader de inwerking daar redelijkerwijs niet heeft kunnen voorzien (lid 2); indien dader en benadeelde in dezelfde Staat hun gewone verblijfplaats onderscheidenlijk plaats van vestiging hebben, is in afwijking van het eerste en tweede lid het recht van die Staat van toepassing (lid 3).

258. In de voor dit rapport relevante gevallen is er in beginsel sprake van een meervoudige locus (te weten: een nalaten in Nederland, en intreden van schade elders), zodat in eerste instantie niet lid 1 maar lid 2 van art. 3 WCOD toepasselijk lijkt te zijn. Dat tweede lid kiest bij

¹⁴⁸ Zie over de Rome II-verordening en het materieel toepassingsgebied zoals vastgelegd in artikel 1, 1e lid: C. Nourissat en E. Treppoz, « Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles 'Rome II' », *J.D.I.*, 2003, (7), 29 e.v.; S. Corneloup en N. Joubert (eds.), *Le Règlement communautaire 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Litec, 2008; C. Briere, « Le Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ('Rome II') », *J.D.I.*, 2008, 31 e.v.; G. LEGIER, « Le Règlement 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *J.C.P.*, Ed. G., I, n° 207, 13 e.v.; F. Guerchoun en S. Piedelievre, « Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ('Rome II') », *Gaz. Pal.*, 28-30 octobre 2007, 9 e.v.; G. Wagner, « Die neue RomII-Verordnung », *IPRax*, 2008, 1 e.s.; B. Volders, « Niet-contractuele verbintenissen en Rome II », *T.B.H.* 2008, 12 e.v.

¹⁴⁹ Wet van 11 april 2001, houdende regeling van het conflictenrecht met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad”, *Stb.* 2001, 190.

de aanknopng in beginsel voor het recht van het 'Erfolsort', de 'lex loci damni', in de daarin genoemde gevallen van inwerking op een persoon, goed of het natuurlijke milieu. In de gevallen waarmee we in dit rapport van doen hebben, gaat het om zuivere vermogensschade die zich manifesteert in een ander land dan dat van de handeling (het nalaten toezicht te houden). Dergelijke gevallen kennen dus weliswaar ook een meervoudige locus, maar worden toch niet door art. 3 lid 2 WCOD beheerst, aldus de literatuur, ook niet als die zuivere vermogensschade het directe gevolg is van de daad.¹⁵⁰ Dat aspect van de aanwezigheid van 'directe schade' is normaal gesproken van belang omdat de wetgever verschil gemaakt heeft tussen directe schade en indirecte schade (waarop lid 2 niet van toepassing is);¹⁵¹ in zoverre wordt dus in het kader van artikel 3 lid 2 WCOD geen rekening gehouden met 'afgeleide' schade.¹⁵² Als gezegd, bij zuivere vermogensschade is dat echter in het geheel niet van belang, want art. 3 lid 2 geldt voor die zuivere vermogensschade toch al niet, de bepaling ziet alleen op directe fysieke schade in de in de tekst genoemde gevallen. In andere gevallen geldt lid 2 niet, en geldt dus de hoofdregel van lid 1, de 'lex loci delicti'. Dat betekent dat in beginsel Nederlands recht van toepassing zal zijn bij falend toezicht.

259. Onder de Rome-II-regels, art. 4 met name, zou dit alles wellicht echter anders kunnen uitpakken, zo wordt ook geconstateerd in de literatuur, omdat onder die regels de locus damni wellicht wél mede ziet op directe schade als deze niet een fysiek karakter heeft (en dus zuivere vermogensschade is).¹⁵³ Of dat zo is, is echter tot op heden nog onvoldoende duidelijk, omdat de situatie op Europees vlak onduidelijk is.¹⁵⁴ Een en ander blijkt genoegzaam uit de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 4 april 2008, die wij onderschrijven, en waaruit we daarom iets uitvoeriger citeren:¹⁵⁵

¹⁵⁰ Zie L. Strikwerda, Van 'lex loci delicti' naar 'lex loci damni', *WPNR* 6780 (2008), p. 994 en 997; T&C (Vonken); zie ook het commentaar van A.P.M.J. Vonken op artikel 3 lid 2 WCOD, aant. 2(b) in *Tekst & Commentaar Vermogensrecht* (Kluwer: 2007).

¹⁵¹ TK 1998-1999, 26 608, nr. 3, p. 7.

¹⁵² P. Vlas, F. Ibili, Ontwikkelingen IPR: Onrechtmatige daad (2002-2007), *WPNR* 6755 (2008), p. 383 e.v.

¹⁵³ L. Strikwerda, Van 'lex loci delicti' naar 'lex loci damni', *WPNR* 6780 (2008), p. 996-997. Zie ook zijn conclusie voor HR 4 april 2008, *NJ* 2008, 202, nr. 16: "Opmerking verdient dat de Nederlandse wetgever ten aanzien van de vraag naar het toepasselijke recht op verbintenissen uit onrechtmatige daad bij het uiteenlopen van "Handlungsort" en "Erfolsort" is uitgegaan van de enge opvatting. Zie art. 3 lid 2 van de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad: alleen wanneer "een daad schadelijk inwerkt op een persoon, een goed of het natuurlijke milieu" kan er plaats zijn voor toepassing van de wet van het "Erfolsort". In de MvT (Kamerstukken II 1998/99, 26 608, nr. 3) wordt erop gewezen dat met de woorden "schadelijk inwerkt" in het tweede lid van art. 3 wordt beoogd tot uitdrukking te brengen dat de bepaling niet ziet op louter vermogensschade en dat de gekozen enge formulering samenhangt met de interpretatie die het Hof van Justitie geeft aan "plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan" in art. 5 sub 3 EEX-Verdrag (blz. 7)." Over dat laatste volgt hierna echter meer.

¹⁵⁴ Vgl L. Strikwerda, Van 'lex loci delicti' naar 'lex loci damni', *WPNR* 6780 (2008), p. 996, noot 22, alwaar hij verwijst naar het hierna geciteerde.

¹⁵⁵ Zie diens conclusie voor HR 4 april 2008, *NJ* 2008, 202.

“De “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan” als bedoeld in art. 5 sub 3 ziet volgens het Hof van Justitie in het Kalimijnenarrest (r.o. 24-25) zowel op de plaats waar de schade is ingetreden (het zgn. “Erfolgsort”) als op de plaats van de veroorzakende gebeurtenis (het zgn. “Handlungsort”), zodat op grond van art. 5 sub 3 de verweerder ter keuze van de eiser voor de rechter van de ene dan wel de andere plaats kan worden opgeroepen. In latere uitspraken heeft het Hof van Justitie, bevreesd dat het brede gebaar in het Kalimijnenarrest met betrekking tot de reikwijdte van de bevoegdheid ex art. 5 sub 3 zal leiden tot een uitholling van het algemene beginsel van het forum rei van art. 2, duidelijk gemaakt dat niet te snel mag worden aangenomen dat sprake is van een geval waarin “Erfolgsort” en “Handlungsort” uiteenlopen en aangegeven dat “Erfolgsort” niet zo ruim kan worden uitgelegd dat het iedere plaats omvat waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt (HvJEG 19 september 1995, zek C-364/93, Marinari/Lloyd's Bank, Jur. 1995, p. I-2719, NJ 1997, 52 m.nt. ThMdB, r.o. 14). Het begrip omvat dus niet de plaats waar de gelaedeerde stelt vermogensschade te hebben geleden als gevolg van een door hem geleden, in een andere staat ingetreden aanvankelijke schade (Marinari-arrest, r.o. 21). Zie voorts HvJEG 27 oktober 1998, zek C-51, Réunion Européenne/Spliethoff, Jur. 1998, p. I-6511, NJ 2000, 156 m.nt. PV, en HvJEG 10 juni 2004, zek C-168/02, Kronhofer/Maier, Jur. 2004, p. I-6009, NJ 2006, 335 m.nt. PV. Zie ook HR 21 september 2001, NJ 2002, 254 m.nt. ThMdB en HR 7 december 2001, NJ 2002, 539 m.nt. PV. Moet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie worden afgeleid dat het onderscheid tussen “Handlungsort” en “Erfolgsort” beperkt is tot situaties waarin sprake is van een onrechtmatige gedraging die leidt tot aan personen of zaken toegebrachte fysieke schade en dat bij onrechtmatige gedragingen die leiden tot niet-fysieke schade en zuivere vermogensschade geen ruimte is voor het onderscheid, ook al is deze schade het directe (initiële) gevolg van het schadebrengende feit?

Het Hof van Justitie heeft zich over deze vraag nog niet uitgesproken. In zijn conclusie voor Réunion Européenne-arrest van het Hof van Justitie lijkt A-G Cosmas de opvatting te verdedigen dat ook de plaats waar rechtstreekse vermogensschade is geleden als “Erfolgsort” kan worden aangemerkt. Naar zijn oordeel moet onder “schade” verstaan worden de schade aan het vermogen of aan de persoon van de eiser, die in rechtstreeks en causaal verband staat met het schadebrengende feit, dat wil zeggen de onrechtmatige gedraging die aan de verweerder wordt toegeschreven - en niet de indirecte, latere of door kettingreactie ontstane schade die de eiser stelt te hebben geleden (conclusie onder 48). Ook de plaats van rechtstreekse, niet fysieke schade en zuivere vermogensschade kan volgens A-G Cosmas dus bevoegdheid scheppen. Deze ruime opvatting wordt kennelijk onderschreven door bijv. Th. Rauscher (red.), Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2006, blz. 205, RdNr 86b (S. Leible); M.E. Koppenol-Laforce, NTBR 1996, blz. 44; P. Vlas in zijn NJ-noot onder het Kronhofer-arrest (NJ 2006, 335, onder 4).

Anderen zijn evenwel van mening dat, wil sprake zijn van een uiteenlopen van “Handlungsort” en “Erfolgsort”, in het “Erfolgsort” fysieke schade aan personen of zaken moet zijn ingetreden en dat niet-fysieke en zuivere vermogensschade geen bevoegdheid kunnen scheppen. Deze enge opvatting treft men aan bij bijv. P.F. Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, blz. 82, RdNr 19; Th.M. de Boer in zijn NJ-noten onder het Marinari-arrest (NJ 1997, 52, onder 3) en onder HR 21 september 2001, NJ 2002, 254, onder 3; Duintjer Tebbens, a.w. nr. 59; J.A. Pontier, Onrechtmatige daad, Praktijkreeks IPR, deel 16, 2001, nr. 60, dez., NIPR 2002, blz. 279; L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, 8e dr. 2005, nr. 239.”

260. De Hoge Raad heeft vervolgens prejudiciële vragen gesteld (precies op dit punt) aan het

Europese Hof van Justitie zodat de onduidelijkheid nog bestaat. Dit alles is uiteraard wezenlijk voor de uitkomsten van dit onderzoek, die dus slechts als ‘voorlopig’ en met de nodige voorzichtigheid gebracht kunnen worden. Daarbij komt dan nog dat het heel wel denkbaar is dat in de toekomst de Nederlandse wetgever zal besluiten om, in plaats van de WCOD, straks de regels van de Rome-II-Verordening als Nederlands IPR analoog toe te gaan passen (inclusief dus het discussiepunt zoals net beschreven) op die gevallen die niet direct door de Verordening bestreken worden.¹⁵⁶

261. Gegeven deze twijfels, mede ingegeven doordat de voorgaande uitkomst in strijd lijkt te zijn met het ook door de wetgever beoogde doel om in gevallen van een meervoudige locus uit te komen bij de *lex loci damni*,¹⁵⁷ en gegeven het vertrekpunt dat er momenteel nog geen rechtspraak is die dit buiten twijfel stelt, zullen we conclusies dus slechts met de nodige voorzichtigheid kunnen trekken. Dat klemt te meer nu deze opvatting zou betekenen dat gevallen van zuivere vermogensschade (welke veel voorkomen, al dan niet in combinatie met andere schade), nooit behandeld worden zoals andere gevallen die een meervoudige locus hebben, zodat ook nooit de op vergoeding gerichte *lex loci damni* zou kunnen gelden.¹⁵⁸ Omdat de situatie derhalve nog niet uitgekristalliseerd is, zullen we hierna, in het licht van de te verwachten ontwikkelingen, ook nog de nodige aandacht besteden aan het geval dat niet Nederlands recht maar een buitenlands rechtstelsel als toepasselijk wordt aangewezen.

262. Dat is ook van belang in verband met het volgende. In het voorgaande zijn we ervan uit gegaan dat doorgaans een eventueel schadelijke handeling door een Nederlandse toezichthouder verricht zal worden (inclusief nalaten) in Nederland. Anders kan dat echter zijn in het geval van een handeling verricht door een ‘college van toezichthouders’¹⁵⁹ of in geval van delegatie van toezichtstaken. In geval van delegatie van materiële toezichtstaken blijft de delegerende toezichthouder extern de verantwoordelijkheid dragen van het gedelegeerde toezicht. In voorkomend geval kan de toezichthouder die de bevoegdheid publiekelijk heeft overgenomen ook jegens derde gedupeerden aansprakelijk zijn als het toepasselijke recht daartoe inderdaad leiden kan. Welk materieel recht dat is, hangt weer af van welk aanknopingspunt terug te vinden is in de IPR regeling van het land van herkomst van de toezichthouder.

263. Dit alles is in zoverre relevant dat het in zo’n situatie denkbaar is dat het Nederlandse recht toepasselijk zal zijn op een vordering jegens een Nederlandse toezichthouder vanuit het

¹⁵⁶ Vgl. P. Vlas, F. Ibili, Ontwikkelingen IPR: onrechtmatige daad (2002-2007), *WPNR* 6755 (2008), p. 384.

¹⁵⁷ Zie TK 1998-1999, 26 608, nr. 3, p. 6.

¹⁵⁸ Wanneer wordt uitgegaan van de locus damni, rijst nog het probleem waar de schade zich voordoet, in geval van zuivere (niet-gematerialiseerde) vermogensschade. De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie laat uitschijnen dat in dergelijke gevallen geen toepassing mag gemaakt worden van een “money pocket rule”, dit is de regel waarbij “the damage was suffered in my pocket” (P. Mankowski, “Artikel 5” in *European Commentaries on Private International Law, Brussels I regulation*, (Sellier: 2007), 202, n° 234). De plaats waar de schade zich voordoet zal bij een deconfiture van de onderneming doorgaans de plaats zijn waar de (spaar- of effecten)rekeningen worden aangehouden.

¹⁵⁹ Zoals hierboven reeds werd opgemerkt, komt naar geldend recht aan een college van toezichthouders nog geen beslissingsbevoegdheid toe.

buitenland, bijvoorbeeld omdat een persoon elders financiële zaken heeft gedaan, daarbij van alles mis gaat, en een Nederlandse toezichthouder daarbij bevoegdheden uitoefende of had moeten uitoefenen, gezien diens (zelf ingenomen) positie. Dit soort situaties, die voor het overige een louter interne aangelegenheid zijn, zullen zich in de toekomst vaker voordoen door de stijgende internationalisering van het financiële dienstenverkeer.

264. De vraag of, ten gevolge van het voorgaande, in Nederland de overheidsaansprakelijkheid kan en mag worden beoordeeld volgens een andere wet dan die van de betrokken (hier: Nederlandse) overheid, is door de Nederlandse wetgever niet afzonderlijk geregeld in de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD). In dat verband is er dus geen bewuste keuze door de wetgever gemaakt wat betreft de toepasselijkheid van vreemd recht op de beoordeling van de aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid. In de parlementaire voorbereiding is niet naar deze kwestie verwezen.¹⁶⁰ Wellicht heeft de wetgever hier niet bij stilgestaan. In het verleden kwam het uiterst zelden voor - en dan nog slechts in zeer specifieke sectoren zoals het loodswezen - dat vreemd recht toepasselijk kon zijn op de vraag naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid. Door geen afwijkende regeling te voorzien, heeft de wetgever o.i. impliciet geoordeeld dat ook m.b.t. de vraag naar de aansprakelijkheid van de overheid de gewone verwijzingsregelen dienen gevolgd te worden. Omdat er dus geen speciale "terugwijzingsregel" naar eigen recht is gecreëerd, kan er van uit worden gegaan dat de Nederlandse wetgever de mogelijkheid tot toepassing van vreemd recht op de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid heeft geaccepteerd. Een andere zienswijze is ook denkbaar, maar ligt niet voor de hand omdat de kern van het IPR nu juist is om een rechtstelsel als het toe te passen recht aan te wijzen zodat een uitzondering daarop (de gewone verwijzingsregel heeft toch geen werking) geëxpliciteerd en beargumenteerd zou moeten worden.

265. Wanneer dader en benadeelde bij een onrechtmatige daad in dezelfde staat hun gewone verblijfplaats of hun plaats van vestiging hebben, wordt de onrechtmatige daad in afwijking van de *lex loci delicti* beheerst door het recht van het thuisland (art. 3 lid 3 WODC). Buitenlandse ingezetenen, woonachtig in Nederland, zullen dus steeds Nederlands recht toegepast zien op een vordering tegen de Nederlandse toezichthouder in Nederland.

266. Stel dat de Nederlandse toezichthouder door het nalaten voldoende toezicht te houden op een bijkantoor van de Rabobank te Antwerpen, mede aansprakelijk wordt gehouden voor de schade van de Belgische klanten (en deze niet voldoende gecompenseerd zijn door de depositogarantieregeling in Nederland). Deze klanten kunnen dan vervolgens trachten de Nederlandse toezichthouder te dagvaarden. Er is reeds onderzocht dat de plaats waar gedagvaard zal moeten worden, Nederland is (immuniteitsbeginsel). Wel zou op de vordering Nederlands onrechtmatige daadsrecht van toepassing zijn, aangezien op art. 3 lid 2 WCOD geen acht wordt geslagen bij zuivere vermogensschade.

267. Een ander voorbeeld is dat van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde beleggingsonderneming met een bijkantoor in Nederland dat vanuit dat bijkantoor klanten in Nederland en België bedient. Art. 31 jo. art. 32 lid 7 MIFID bepaalt met betrekking tot het toezicht op beleggingsondernemingen dat de toezichthouder van het gastland verantwoordelijk

¹⁶⁰ Kamerstukken 26 608.

is voor het toezicht op de activiteiten van het bijkantoor op haar grondgebied met betrekking tot klanten op dat grondgebied. Met betrekking tot de Nederlandse klanten is de Nederlandse toezichthouder dan dus de verantwoordelijke toezichthouder op voorwaarde dat de activiteiten verricht in Nederland de kenmerkende prestatie in de contractuele verhouding uitmaken. Stel dat er iets mis gaat. Dan zal de Nederlandse toezichthouder gedagvaard worden in Nederland. Wat betreft de Nederlandse klanten is Nederlands recht van toepassing (en is er dus geen immuniteit)¹⁶¹. Wat betreft Belgische (of andere buitenlandse) klanten zal hetzelfde gelden.

2.4 Analyse van de risico's voor de Nederlandse toezichthouders die de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht in internationaal verband met zich brengt

2.4.1 Zijn aansprakelijkheidsbeperkingen in het nationale recht in strijd met de volledige gelding van het gemeenschapsrecht? De Peter Paul jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie

268. De beperkingen die in verschillende lidstaten op de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling van financiële toezichthouders zijn ingevoerd, zouden kunnen worden ontweken door de grond voor de aansprakelijkstelling rechtstreeks te baseren op het gemeenschapsrecht.¹⁶² Met name kan een staat rechtstreeks aansprakelijk zijn op grond van het gemeenschapsrecht wegens het niet (tijdig of correct) omzetten van gemeenschapsrecht (cf. het Francovich-arrest¹⁶³ en het Brasserie du Pêcheur-arrest¹⁶⁴).

269. Sinds zijn beslissing in Francovich in 1991 heeft het Hof van Justitie in Luxemburg het beginsel van communautaire aansprakelijkheid ontwikkeld.¹⁶⁵ Dit betekent dat een Lid-Staat aansprakelijk kan zijn voor schade die het veroorzaakt door de schending van Europees recht. Deze aansprakelijkheid kan bestaan voor schending van Europees recht door alle geledingen van de Staat: wetgever, bestuur en rechter.¹⁶⁶ Ook schending van Europees recht door toezichthouders zal daarom tot aansprakelijkheid voor de daardoor veroorzaakte schade kunnen leiden.¹⁶⁷

270. Communautaire aansprakelijkheid ligt voor de hand, indien een Lid-Staat een Richtlijn niet tijdig, onvolledig of onjuist implementeert, of een verplichting uit een richtlijn niet nakomt. In het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders valt in het bijzonder te denken aan de Seveso richtlijn die een uitvoerige toezichtplicht oplegt aan de Lid-Staten met betrekking tot inrichtingen met een groot veiligheidsrisico. Voorwaarde is wel dat de richtlijn rechten verstrekt aan individuen.¹⁶⁸

¹⁶¹ Er is geen internationale dimensie meer.

¹⁶² M. Tison, "Aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder: conflictenrechtelijke vragen in een Europeesrechtelijke context" in *Van alle Markten, Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, (Antwerpen: Intersentia, 2008), 855 e.v.

¹⁶³ HvJ 19 november 1991, Andrea Francovich e.a., C-6/90 en C-9/90, te raadplegen op: <http://europa.eu.int>.

¹⁶⁴ HvJ 5 maart 1996, Brasserie du Pêcheur SA, C-46/93 en C-48/93, te raadplegen op op: : <http://europa.eu.int>.

¹⁶⁵ EHvJ 19 november 1991, Zaken C-6/90 and C-9/90, Rep. 1991, I-5357 (Francovich/Italië).

¹⁶⁶ HvJ 30 september 2003, C-224/01, AB 2004, 429, m.nt. RW, JB 2004, 41, m.nt. MC (Köbler/Oostenrijk).

¹⁶⁷ Van Dam (2006), p. 76 e.v.

¹⁶⁸ Van Dam (2006), p. 112.

271. Het Europese Hof van Justitie heeft echter in het Peter Paul-arrest¹⁶⁹ beslist dat lidstaten in hun nationale recht immuniteiten mogen invoeren met betrekking tot de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders, mede gezien de ernstige financiële risico's waaraan toezichthouders blootstaan bij het vervullen van hun publieke taak. Het hof zag in de integratierichtlijnen inzake het banktoezicht geen bepalingen die tot doel hadden rechten toe te kennen aan particulieren, waardoor ze in het gemeenschapsrecht een grondslag zouden vinden om de aansprakelijkheid van de prudentiële toezichthouder in te roepen bij onvoldoende toezicht.

272. De vraag rijst of het Europese hof dezelfde beoordeling zou maken inzake de schending van de MiFID bepalingen die sterk de nadruk leggen op bescherming van beleggers en het toezicht hierop (als eigen finaliteit van de richtlijn). De MiFID richtlijn heeft in die zin gelezen wel degelijk de bedoeling afdwingbare rechten toe te kennen aan particulieren. Mocht de aansprakelijkheid van een toezichthouder (overheid) van een lidstaat voor een gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht met succes worden ingeroepen, dan zou de nationale toezichthouder rechtstreeks op grond van het gemeenschapsrecht de toezichthouder kunnen aanspreken wegens schending van het gemeenschapsrecht. Dergelijke vordering zou de nationale aansprakelijkheidsbeperkingen dan doorkruisen. De Europese Commissie heeft in het kader van de tussentijdse rapporten van de Bankrichtlijn aangegeven dit niet te willen doen.¹⁷⁰ Het effectiviteitsbeginsel en de uniforme gelding van het gemeenschapsrecht zouden de gedachten in de context van de beleggersbescherming een andere richting kunnen geven.

2.4.2 Toepassing van Nederlands recht: risico van aansprakelijkheidsvorderingen vanuit het buitenland

273. Als Nederlands recht op een vordering met een internationale dimensie van toepassing is, hetgeen waarschijnlijk lijkt op basis van de hierboven onder 2.3 uiteengezette denkwijze, kan dat tot extra claims jegens Nederlandse toezichthouders leiden die er zonder die internationale setting niet geweest zouden zijn. Dat de financiële toezichthouders veel in internationaal verband opereren (toezicht op bijkantoren in het buitenland en de specifieke risico-situaties van samenwerking tussen toezichthouders), leidt dan derhalve tot extra risico's. Niettemin zijn die risico's uiteindelijk beperkt, het is belangrijk dat te benadrukken, want de geruststellende conclusies op basis van het rapport Van Dam blijven recht overeind staan. Naar Nederlands recht wordt aansprakelijkheid van een toezichthouder niet snel aangenomen.

2.4.3 De eventuele toepassing van vreemd privaatrecht: beleidsruimte van de Nederlandse rechter

274. De IPR-verwijzingsregels naar Nederlands recht zijn objectieve verwijzingsregels. Ze duiden abstract het nationale recht aan dat van toepassing is voor de beantwoording van de rechtsvraag. In principe moet na verwijzing dus op basis van het aangewezen recht onderzocht worden hoe de aansprakelijkheidsvraag beantwoord moet worden. Inzake de aansprakelijkheid

¹⁶⁹ HvJ 12 oktober 2004, Peter Paul, C-222/02, te raadplegen op <http://europa.eu.int>.

¹⁷⁰ M. Andenas, noot onder House of Lords 18 mei 2000, *Euredia* 2000/3, 403.

van de Nederlandse toezichthouder zullen eventueel de regels inzake de overheidsaansprakelijkheid naar buitenlands recht onderzocht moeten worden. De vraag rijst, wanneer niet de rechtspraak maar de buitenlandse wetgever een eigen stelsel van immuniteitsbeperking heeft uitgeschreven, afwijkend van de normale regels van overheidsaansprakelijkheid, of deze regeling één op één vertaalbaar is voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag met betrekking tot de Nederlandse toezichthouders.

275. De verschillen in aansprakelijkheidsnormen die van toepassing zijn op financiële toezichthouders geven aanleiding tot verschillen in aansprakelijkheidsregimes (d.w.z. in de uitwerking van de wettelijke regels in de rechtspraak). Dat effect is er ongeacht de gemeenschappelijke Europese gedragsplichten die rusten op toezichthouders. Het Europees Hof van Justitie heeft in zijn *Peter Paul* jurisprudentie immers de mogelijkheid onbenut gelaten om, op grond van de grotendeels Europeesrechtelijke wetgeving inzake financieel toezicht en harmonisatie financiële markten, een gemeenschappelijke (uniforme) aansprakelijkheidsnorm af te leiden. Daardoor zullen de nationale verschillen in aansprakelijkheidsregels voor financiële toezichthouders verder blijven bestaan. Dit kan nadelig zijn in die gevallen waarin de Nederlandse overheid en toezichthouders wel nog onderworpen zijn aan het gewone (niet beperkte) aansprakelijkheidsrecht, terwijl de overige toezichthouders elders hieraan al dan niet volledig onttrokken zijn.

276. In hoeverre die situatie daadwerkelijk tot reële extra risico's leidt, is afhankelijk van de vraag wat er gebeurt nadat de Nederlandse rechter als bevoegde rechter (zie hiervoor) constateert dat ofwel Nederlands recht dan wel buitenlands recht op de vordering jegens de toezichthouder van toepassing is. Als Nederlands recht op een dergelijke vordering van toepassing is, hetgeen waarschijnlijk lijkt op basis van het voorgaande, kan dat uiteraard tot extra claims jegens Nederlandse toezichthouders leiden die er zonder die internationale setting niet geweest zouden zijn. Dat de financiële toezichthouders veel in internationaal verband opereren, leidt dan derhalve tot extra risico's. Niettemin zijn die risico's uiteindelijk beperkt, het is belangrijk dat te benadrukken, want de geruststellende conclusies op basis van het rapport Van Dam blijven uiteraard recht overeind staan. Naar Nederlands recht wordt aansprakelijkheid van een toezichthouder niet snel aangenomen.

277. Als eventueel alsnog buitenlands recht van toepassing zou zijn, moet de Nederlandse rechter vervolgens dat buitenlands recht toepassen zodat een naar Nederlands recht inpasbare oplossing kan worden gevonden.¹⁷¹ Is het enkele feit dat het buitenlandse recht (met immuniteit) geldt, gunstig voor de toezichthouder? Dat hangt af van *hoe* de Nederlandse rechter vervolgens het vreemde recht zal toepassen.

278. De Nederlandse rechter zal bij de toepassing van vreemd privaatrecht, dat substantieel afwijkt van het Nederlandse privaatrecht, beleidsafwegingen moeten maken. Om een inhoudelijke oplossing te formuleren voor de hem voorgelegde aansprakelijkheidsvraag zal de

¹⁷¹ Zie hierover en over aanpassing van buitenlands recht; C.G. Van Der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, (Deventer: Kluwer), 2005 en J. Meeusen, *Nationalisme en internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, (Antwerpen: Intersentia), 1997; L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlands internationaal privaatrecht*, (Deventer: Kluwer), 2008.

rechter het gevonden buitenlandse recht soms moeten interpreteren. Er dienen zich vervolgens twee mogelijkheden aan.

279. Ten eerste. Daar waar de immuniteiten geïntegreerd zijn in het reguliere overheidsaansprakelijkheidsrecht lijkt de toepassing van buitenlands recht geen probleem te zijn (bijvoorbeeld in Frankrijk). De Nederlandse rechter past dan het Franse recht, inclusief de immuniteit, toe op de Nederlandse toezichthouder, welke daarvan dus profiteert. In dat geval levert de internationale context geen extra risico's op voor de Nederlandse toezichthouders.

280. Ten tweede. Waar de immuniteitsregeling volledig 'op maat' is gesneden van de eigen toezichthouder en diens taakomschrijving en bevoegdheden (zoals in Duitsland, België, Luxemburg, VK, Ierland, Zwitserland) ligt dit vermoedelijk anders. Hier is de immuniteitsregeling een publiekrechtelijk voorschrift dat van toepassing is op het eigen toezichthoudend overheidslichaam. In beginsel geldt daarom het adagium: *auctor regit actum*. De specifieke immuniteitsregeling is geschreven voor het eigen overheidslichaam en maakt geen deel uit van het algemene (reguliere) recht inzake de aansprakelijkheid van toezichthouders. Betreft het een geschil waarbij een van de partijen een buitenlands overheidslichaam is, dan kan die nationale, publiekrechtelijke immuniteit van de eigen toezichthouder niet zomaar worden "overgedragen" op de buitenlandse toezichthouder. De toepasselijkheid van de publiekrechtelijke immuniteitsregeling moet dan afzonderlijk beoordeeld worden van het door de verwijzingsregel aangewezen toepasselijke rechtstelsel.

281. De (Nederlandse) bevoegde rechter kan vervolgens op verschillende manieren omgaan met de toepassing van een dergelijke (territoriaal gebonden) immuniteitsbeperking in het buitenlands recht. Het meest logisch lijkt ons dat de rechter, bij de toepassing van het buitenlandse aansprakelijkheidsrecht, het gevonden recht in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid van de Nederlandse toezichthouder zodanig uitlegt dat als resultaat volgt dat de publiekrechtelijke immuniteit ook van toepassing is op een buitenlandse (in casu Nederlandse) toezichthouder. Dat buitenlandse stelsel heeft er immers voor gekozen om de toezichthouder van immuniteit te voorzien, en de redenen daarvoor (als men die in een bepaald systeem accepteert) gelden in wezen ook als toezicht vanuit een ander land wordt uitgeoefend.

282. De Nederlandse rechter gaat daarbij dan de keuze van de buitenlandse wetgever eigenlijk een andere betekenis geven dan waarvoor ze was bedoeld. De rechter kan het vreemde publiekrecht (de immuniteit van het eigen overheidslichaam) bij de toepassing van het buitenlandse aansprakelijkheidsrecht dus op indirecte wijze in aanmerking nemen.¹⁷²

283. Het lijkt immers weinig waarschijnlijk dat de Nederlandse rechter van oordeel zal zijn dat de toetsing van het gedrag van de Nederlandse toezichthouder strenger moet zijn dan dat van de buitenlandse collega, volgens de rechtsnormen van diens systeem. De rechter zou, veeleer dan een dogmatische wetstoepassing aan te houden, zich immers ook op het standpunt kunnen stellen dat hij zo goed mogelijk de rechten en plichten van alle partijen moet

¹⁷² De rechter heeft daartoe ook de vrijheid omdat de Hoge Raad niet in de beoordeling van deze feitelijke kwestie treedt.

behartigen, daaronder begrepen de eis recht te doen aan de legitieme verwachtingen van partijen. Hij zou kunnen oordelen dat hij in deze plicht te kort zou schieten mocht hij in de internationale rechtssfeer aan buitenlandse interne publiekrechtelijke normen de werking ontzeggen, rekening houdend met het individuele karakter van de omstandigheden.

284. Het zal duidelijk zijn dat in voorgaande denklijnen de extra risico's van aansprakelijkheid gering zijn. Door toepassing van het buitenlandse recht op de vordering geniet de Nederlandse toezichthouder een (buitenlandse) immuniteit.

285. De Nederlandse rechter zou echter ook kunnen besluiten om vast te houden aan de toepassing van het buitenlandse aansprakelijkheidsrecht zoals dat geldt in het land van herkomst (dus zonder de component van de publiekrechtelijke immuniteit). De juridisch-technische reden daarvoor zou dan zijn dat de immuniteit zoals voorzien in het andere rechtssysteem een louter interne publiekrechtelijke overheidsvoorziening betreft waarvan de Nederlandse toezichthouder niet behoort te profiteren. In die gevallen zal de rechter de lastige denkoefening moeten maken om na te gaan hoe in het betreffende buitenlandse rechtstelsel het onderzoek naar de aansprakelijkheid van de toezichthouder gevoerd zou worden, ervan uitgaande dat daarbij alleen het normale (overheids)aansprakelijkheidsrecht toepassing vindt en niet ook de bijzondere immuniteitsregel (terwijl het enige wat duidelijk is, is dat dit buitenlandse recht niet op de eigen toezichthouder wordt toegepast omwille van diens immuniteit). Als leidraad voor de toepassing van dat buitenlandse recht zou de Nederlandse rechter kunnen bekijken hoe het recht werd toegepast vóór de invoering van de immuniteitsregeling in het betrokken land (doorgaans dateren deze wettelijke ingrepen pas van het laatste decennium).

286. Wat de Nederlandse rechter in een voorkomend geval zal beslissen (er is geen rechtspraak op dit stuk), kan op voorhand, gezien diens beleidsvrijheid, niet met zekerheid worden vastgesteld. Wij achten het echter weinig waarschijnlijk dat de rechter de immuniteiten zoals voorzien in het buitenlandse rechtssysteem niet analoog toepast. Daarbij kan wel opgemerkt worden dat wanneer dat in een specifiek geval anders zou zijn, en, bijkomend, de toezichthouder zou aansprakelijk gesteld worden, de te vergoeden schade betrekkelijk snel groot qua omvang kunnen zijn. Hoewel dit nationaal of internationaal niet anders is, gaat het daardoor toch om een belangrijk risico. Het is onder meer om die reden dat het Basel Comité van Toezichthouders (zie hierna) de aanbeveling deed de potentiële aansprakelijkheid van toezichthouders te beperken.

287. Als er een regel zou bestaan die de rechter zou verplichten tot toepassing van de volledige aansprakelijkheidsregeling (het reguliere aansprakelijkheidsrecht met inbegrip van alle publiekrechtelijke immuniteiten) zoals voorzien door het toepasselijke buitenlandse rechtstelsel, zou de rechtsonzekerheid op dit vlak in elk geval vermeden worden. Het resultaat zou dan zijn dat er gelijke behandeling van alle toezichthouders zou zijn, in die zin dat deze steeds beoordeeld zouden worden volgens de normen van het toepasselijke rechtstelsel (zoals die binnen Europa onderling nog divergerend zijn). Er zouden dan nauwelijks extra risico's bestaan voor de Nederlandse toezichthouder als deze in een internationale setting opereert en buitenlands recht toepasselijk blijkt. Deze wettelijke ingreep lost het "probleem" van de

toepassing van Nederlands recht op vorderingen vanuit de internationale context evenwel niet op.

288. Denkbaar is ook nog, spiegelbeeldig, dat mocht het Nederlandse recht toepasselijk zijn op een toezichthouder in het buitenland, de rechter van het buitenlandse forum niet onverkort Nederlands recht zal toepassen (zonder immuniteiten) maar de openbare orde exceptie zal invoeren zodat de buitenlandse toezichthouders voor wie een immuniteit in het leven is geroepen nooit beoordeeld zal worden volgens de gewone aansprakelijkheidscriteria, ook al is wellicht Nederlands recht toepasselijk. Dat is echter afhankelijk van de beleidskeuze van de buitenlandse rechter, en daar heeft Nederland uiteraard geen vat op.

3. ALGEMENE REGIMES VAN OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR FINANCIËEL TOEZICHT IN DE ONDERZOCHE LANDEN

3.1 Inleiding

289. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders geregeld is in de onderzochte landen. Deze analyse is relevant om een meer concreet beeld te krijgen enerzijds van de motieven die de omringende landen ertoe gebracht hebben om een aansprakelijkheidsbeperking in hun rechtssysteem op te nemen. Anderzijds is de analyse ook van belang voor het geval het Nederlandse recht niet van toepassing zou zijn op de vordering tegen de financiële toezichthouders. De mogelijke aansprakelijkheidsregimes waaraan het handelen van de Nederlandse toezichthouders kan getoetst worden immers geschetst. Er zal daarbij nagegaan worden in hoeverre er verschillende wettelijke normen inzake de aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders bestaan in de diverse EU-landen, Zwitserland en de Verenigde Staten, en voor zover dit te achterhalen valt, wat de achterliggende redenen zijn voor deze verschillende wettelijke normen. Bijzondere aansprakelijkheidsrisico's kunnen het gevolg zijn van het feit dat, wanneer de bij het toezicht betrokken buitenlandse toezichthouders allen van een aansprakelijkheidsimmunititeit genieten, de benadeelden hun pijlen zullen richten op de Nederlandse toezichthouder.

290. Hierna wordt eerst een overzicht gegeven van de regels inzake de algemene (overheids)aansprakelijkheid. De verschillende regimes zelf reeds heel divers; zo zijn rechtstelsels waarin een "Schutznormtheorie"(cf. Duitsland en Nederland) of "duty of care" (cf. Verenigd Koninkrijk en Ierland) geldt in principe reeds beperkter wat betreft de mogelijkheden van een algemene aansprakelijkstelling dan rechtstelsels met een brede aansprakelijkheidsnorm (cf. België, Frankrijk, Luxemburg), waar geen relativiteitsvereiste geldt en "alle" schade voor vergoeding in aanmerking komt.

291. We lichten dat kort toe. "Schutznormen" beperken de omvang van de aansprakelijkheid tot diegenen die onder het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen. Onderzocht moet worden wie de aansprakelijkheidsregeling beoogt te beschermen; slechts diegenen die onder het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen, komen in aanmerking voor een recht op schadevergoeding. Met betrekking tot dit onderzoek zal in rechtstelsels waar de Schutznormtheorie geldt dus eerst onderzocht worden of derden (spaarders en beleggers) onder beschermingsbereik van toezichtsnormen vallen. Naar Duits recht is dat niet het geval; naar Nederlands recht wel.

292. Voor landen waar geen schutznormtheorie geldt, is de strekking van de norm niet relevant voor de vraag wie bij foutief toezicht in aanmerking komt voor vergoeding. In deze landen doet het causaliteitscriterium echter vaak dienst als control mechanisme doordat causaliteit niet makkelijk zal aanvaard worden in gevallen waar de benadeelde niet nauw betrokken is bij de schadeveroorzakende gebeurtenis.

293. Ongeacht de aanwezigheid van een (gekwalficeerde) fout van de toezichthouder, zal in de praktijk in elk van de onderzochte rechtstelsels een aanzienlijke temperende werking uitgaan

op de risico's van aansprakelijkstelling. De benadeelde zal immers moeten aantonen aan de hand van de gangbare causaliteitstheorie dat de schade zich niet of niet in dezelfde mate had voorgedaan zonder de beweerde fout van de toezichthouder. Dit kan voornamelijk tot bewijsmoeilijkheden leiden voor schuldeisers van een gefailleerde financiële onderneming die de toezichthouder nalatigheden of een onvoldoende krachtdadig optreden bij het toezicht op die financiële onderneming verwijten: op de benadeelde rust immers in het algemeen gesproken de bewijslast om aan te tonen dat een zorgvuldig optreden van de toezichthouder de (verdere) verslechtering van de financiële toestand van de onderneming had kunnen tegengaan, hetgeen lastig is.

294. De problematiek van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder is in sommige van de bestudeerde landen al geruime tijd aan de orde: zowel in Frankrijk, Duitsland als het Verenigd Koninkrijk werd de aansprakelijkheid al meermaals voor de rechter ingeroepen. De vrees voor de financiële gevolgen van mogelijke aansprakelijkheid heeft er ook de druk op de wetgever opgevoerd om de toezichthouder geheel of gedeeltelijk aan de normale regels van (overheids)aansprakelijkheid te onttrekken. Deze wil kwam ook tot uitdrukking in de zgn. "core principles" van het Basel comité, uitgewerkt door de in het comité zetelende toezichthouders en vertegenwoordigers van de centrale banken. Core principle 1 benadrukt de nood aan juridische bescherming van de toezichthouders. In the explanatory memorandum wordt toegelicht dat toezichthouders aansprakelijkheidsimmunititeit zouden moeten genieten voor zover het toezicht ter goeder trouw werd uitgeoefend.¹⁷³

295. De kosten van het toezicht worden doorgaans gefinancierd met bijdragen van de ondernemingen wier activiteiten onder toezicht staan.

296. De bijdragen van de onder toezicht gestelde ondernemingen hebben niet tot doel schadevergoedingen te betalen aan potentiële gedupeerden. In geval van een civielrechtelijke veroordeling kan de toezichthouder onder omstandigheden een vordering instellen tegen de betrokken onderneming bij foutief handelen van deze laatste.

¹⁷³ Te raadplegen op: <http://www.bis.org>.

3.2 Landenoverzicht¹⁷⁴

3.2.1 Frankrijk¹⁷⁵

(a) Structuur van het toezicht

297. De structuur van het financieel toezicht in Frankrijk is in 2003 hervormd ter verbetering van de efficiëntie van het toezichtstelsel.¹⁷⁶ De bestaande toezichtstructuren werden als te complex en ook te overlappend ervaren. Het toezicht in Frankrijk wordt uitgeoefend door vier door de Staat opgerichte commissies: de Autorité des Marchés Financiers (AMF), de Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), het Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) en de Commission bancaire (CB).¹⁷⁷

298. Het toezicht op de kredietinstellingen¹⁷⁸ wordt uitgeoefend door het Comité des Etablissements de Crédit et des entreprises d'Investissement. Het toezicht op (her-)verzekeraars wordt uitgeoefend door La Commission de Contrôle des Assurances est chargée du contrôle des entreprises d'assurance, de réassurance et de participations d'assurance. Het prudentieel toezicht op kredietinstellingen wordt uitgevoerd door de Commission Bancaire.¹⁷⁹ De toekenning en eventueel intrekking van een vergunning gebeurt door het CECEI. Voor investeringsondernemingen wordt gedragscontrole uitgevoerd door de Autorité des Marchés financiers (AMF). Voor vermogensbeheerders is de toekenning en intrekking van vergunningen en het doorlopend prudentieel toezicht overgelaten aan de Commission des Opérations de Bourse (COB).¹⁸⁰

299. Momenteel is het ministerie van economie, industrie en financiën aan het onderzoeken hoe de samenwerking te verbeteren tussen de verzekeringstoezichthouder en bankentoezichthouder die momenteel al voor vele zaken samenwerken. Er is ook een wetsvoorstel aanhangig om beide toezichthouders te integreren. Door de huidige intensieve samenwerking tussen beide toezichthouders is het onwaarschijnlijk dat de integratie een belangrijke verandering in het toezicht te weeg zal brengen. Voor het financieel toezicht is de Code monétaire et financier van belang. Deze wet heeft betrekking op financiële diensten en

¹⁷⁴ Zie over de structuur van het toezicht in internationaal verband het recent verschenen rapport van de "Financial regulatory systems working group" van de "Group of Thirty" (Washington, 2008) te raadplegen op: <http://www.group30.org>.

¹⁷⁵ Zie onder meer A. Cerles, "Droit des défaillances bancaires", *Banque et droit* 2003, 93 e.v.; N. Decoopman, "La nouvelle architecture des autorités financières le volet institutionnel de la loi de sécurité financière", *JCP* 2003, 1817 e.v.; V. Bouchard, "Des droits de la défense devant la commission bancaire", *Banque et droit* 2003, p. 9 e.v.; J. Stoufflet, "L'évolution du droit bancaire et financier en France" in *Synthèses de droit bancaire et financier, Liber Amicorum André Bruyneel* (Brussel: Bruylant, 2008), p.575 e.v.

¹⁷⁶ Loi de la sécurité financière nr. 2003-706 van 1 augustus 2003, (*J.O.* juni 2003).

¹⁷⁷ N. Decoopman, "La nouvelle architecture des autorités financières le volet institutionnel de la loi de sécurité financière", *JCP* 2003, 1817 e.v.

¹⁷⁸ Ingesteld door de Loi Bancaire nr. 84-46 van 24 januari 1984; CMF, ar. 612-1 e.v., gewijzigd door Loi de la sécurité financière van 2 juli 1996 en door de wet van 25 juni 1992 (*JO* juni 1992).

¹⁷⁹ Ingesteld door de Loi Bancaire nr. 84-46 van 24 januari 1984; CMF, ar. 612-1 e.v., gewijzigd door Loi de la sécurité financière van 2 juli 1996 en door de wet van 25 juni 1992 (*JO* juni 1992).

¹⁸⁰ L. Martin, *Banques et bourses* (Paris: Montchrestien, 1991), p. 18 e.v.

financiële producten.

(b) Vorderingsmogelijkheden tegen de toezichthouder¹⁸¹

300. In Frankrijk behoren rechtszaken met betrekking tot overheidsaansprakelijkheid tot de bevoegdheid van de administratieve rechtbanken en niet tot die van de civiele rechtbanken. Het toezicht op de Commission des Opérations de Bourse vormt een uitzondering op deze regel: niet de administratieve rechtbanken zijn hier bevoegd maar het Hof van Beroep te Parijs.

301. Afwijkend van de regels in Nederland geldt dat in Frankrijk de aansprakelijkheidsvordering rechtstreeks tegen de Staat moeten worden ingesteld in plaats van tegen de toezichthouders (die geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid met eigen budget hebben). De overheid is rechtstreeks aansprakelijk voor de fouten door de toezichthouders begaan in de uitoefening van het financieel toezicht en draagt de volledige financiële verantwoordelijkheid in geval van foutief toezicht.

302. In Frankrijk geldt, vergelijkbaar met de situatie in Nederland, geen immuniteit of wettelijke beperking ten aanzien van aansprakelijkheid voortvloeiend uit de acties van de financiële toezichthouder. Bij gebreke van een specifieke wettelijke regeling moet de aansprakelijkheid van de Franse toezichthouder naar gemeen overheidsaansprakelijkheidsrecht worden beoordeeld.

303. In Frankrijk wordt de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zeer ruim opgevat: elke fout zonder welke de schade zich niet had voorgedaan, geeft grond tot aansprakelijkheid. De vraag welke belangen de geschonden norm beoogde te beschermen is dus niet relevant. Elk geschonden belang komt voor vergoeding in aanmerking.

304. Voor het aannemen van aansprakelijkheid van de overheid is echter het bewijs van een zware fout ("faute lourde") vereist. De hoogste Franse administratieve rechter, de Conseil d'Etat, heeft van oudsher het standpunt ingenomen dat de door de overheid te vervullen functies dermate complex zijn dat lichte fouten de overheid niet kunnen worden toegerekend. Enkel in geval van zware of opzettelijke fouten is aansprakelijkheid van een overheidslichaam mogelijk.¹⁸²

305. Dit uitgangspunt wordt ook aangehouden bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid bij vermeend gebrekkig toezicht. Bij het onderzoek naar de aard van de fout, wordt in het algemeen aangenomen dat moet worden onderzocht of er een kennelijke inbreuk op de goede toezichtspraktijk kan worden vastgesteld. Dit laatste ter onderscheid van de normale lichte fout waarbij het gaat om de tekortkoming die een redelijk toezichthouder in

¹⁸¹ D. Fairgrieve, K. Belloir, "Liability of the French State for Negligent Supervision of Banks", *European Business Law Review* 1999, p. 17; M. Andenas, D. Fairgrieve, "To Supervise or to Compensate?", in M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Liber amicorum Lord Slynn of Hadley: Judicial Review in International Perspective* (London: Kluwer, 2000); M. Tison, "Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten* (Antwerpen: Intersentia, 2003), p. 400 e.v.

¹⁸² F. Moderne, noot onder Conseil d'Etat 29 december 1978, *D.* 1979, 155.

dezelfde omstandigheden geplaatst, niet zou hebben begaan. De zware fout veronderstelt een duidelijke tekortkoming aan de toezichtstaken in relatie tot de uiteindelijke doelstelling van het toezicht.

306. In tegenstelling tot het merendeel van de toezichthouders binnen Europa zijn de Franse toezichthouders al regelmatig geconfronteerd geweest met aansprakelijkheidsvorderingen. Doorgaans betreft het vorderingen naar aanleiding van het toezicht op kredietinstellingen en in mindere mate het toezicht op beleggingsondernemingen.¹⁸³

307. Een opmerkelijke casus in Frankrijk betreft de (beweerdelijk foutieve) intrekking van de vergunning van de “United Banking Corporation”. Tegen de overheid werden meer dan 80 claims ingediend.¹⁸⁴ Deze zaak gaf aanleiding tot het arrest “Kechichian” van de Conseil d’Etat van 30 november 2001.¹⁸⁵ De vordering werd uiteindelijk afgewezen. Dit is een standaardarrest omdat de Conseil d’Etat de tendens in de lagere rechtspraak om ook bij lichte fout de overheid aansprakelijk te stellen in geval van foutief toezicht¹⁸⁶ blokkeerde. In deze uitspraak bevestigde de Conseil d’Etat uitdrukkelijk de beperking van de aansprakelijkheid van de overheid bij gebrek aan financieel toezicht tot zware fouten.

De motivering van de Conseil d’Etat om de aansprakelijkheid te beperken tot zware fout was kort. De Conseil d’Etat verwees naar het afgeleide karakter van de aansprakelijkheid van de toezichthouder. Er werd op gewezen dat de aansprakelijkheid secundair is en niet in de plaats komt van de (primaire) aansprakelijkheid van de kredietinstellingen zelf tegenover hun depositanten. Om die reden kan alleen een zware fout aansprakelijkheid van de overheid genereren. Het hof gaf geen definitie van het begrip ‘zware fout’ noch maakte het duidelijk wat het verschil is met de gewone lichte fout. In de literatuur wordt het verschil als volgt omschreven: een normale fout is de fout die niet zou zijn begaan door een normaal redelijk voorzichtig toezichthouder geplaatst in dezelfde omstandigheden. De notie grove fout verwijst naar situaties waarin de tekortkoming zo flagrant is dat zelfs een niet-professioneel haar niet zou hebben gemaakt.¹⁸⁷

308. Ook het Hof van Beroep te Parijs, dat de bevoegde rechter is voor vorderingen gericht tegen de Commission des Opérations de Bourse, houdt vast aan het criterium van de grove of opzettelijke fout bij de beoordeling van aansprakelijkheid van de toezichthouder.¹⁸⁸ De Conseil d’Etat heeft deze afwijking van het gewone aansprakelijkheidsrecht nooit

¹⁸³ M. Tison, “Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders” in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten* (Antwerpen: Intersentia, 2003), p. 400 e.v.

¹⁸⁴ TAA Parijs 25 januari 2000, *JCP* 2002, II, 10042. Deze uitspraak werd in beroep hervormd door de Conseil d’Etat.

¹⁸⁵ CA Paris 25 januari 2000, (Kechichian), Req. 93PA01250 (niet gepubliceerd).

¹⁸⁶ CA Paris 30 maart 1999 (El Shikh), *Ajda* 1999.951.

¹⁸⁷ Zie A. Seban in Conseil d’Etat 30 November 2001, *Kechichian*, *Petites Affiches* 2002, No 28, (7), p. 10-11; J.-J. Menuret, noot onder Conseil d’Etat 30 November 2001, *La Semaine Juridique* 2002, Edition Générale., II, No 10042, p. 502.

¹⁸⁸ Cour d’appel Paris 6 aout 1994, *Bull. Joly bourse* 1994, 259, noot J.M. Desachte.

gemotiveerd.¹⁸⁹ In de literatuur wordt op deze aansprakelijkheidsbeperking verdeeld gereageerd.¹⁹⁰ Anders dan bijv. in België is het door deze rechtspraak in Frankrijk niet nodig een (beperkte) aansprakelijkheidsbeperking van de toezichthouder bij wet in te voeren.

(c) Conclusie

309. Het (administratiefrechtelijk) statuut van de toezichthouder en de afwijkende regeling met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid in Frankrijk leiden tot een verregaande immuniteit van de Franse toezichthouders. Omdat de toezichthouder optreedt als orgaan van de overheid is hij zelf niet aansprakelijk voor foutief uitgevoerd toezicht. De overheid zelf is slechts aansprakelijk bij een grove of opzettelijke fout van de toezichthouder. Voor deze verregaande beperking van aansprakelijkheid van de overheid worden nauwelijks motieven vermeld. Het is mogelijk dat de Franse wetgever geen aansprakelijkheidsbeperking heeft ingevoerd omwille van deze voor de toezichthouder gunstige regeling.

310. Een grove fout van de toezichthouder wordt slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aangenomen. Na enkele afwijkende uitspraken van lagere rechters in het verleden, lijkt de rechtspraak nu vast te houden aan het uitgangspunt van de grove fout. Dit betekent dat bij een gewone lichte fout van een toezichthouder de overheid niet kan aangesproken worden tot vergoeding van de schade door de gedupeerde.

3.2.2 België¹⁹¹

(a) Structuur van het toezicht

311. De Belgische toezichthouder, de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA) is in 2004 ontstaan uit de fusie tussen de in 1935 opgerichte Commissie voor het Bank- en Financiewezen en de in 1975 opgerichte Controledienst voor de Verzekeraars. In België werd gekozen voor een geïntegreerde toezichthouder aan wie het prudentieel toezicht werd toevertrouwd op de financiële instellingen, het markttoezicht (toezicht op de informatieverstrekking en op de werking van de financiële markten en het toezicht op het statuut van andere beroepsbeoefenaars binnen de financiële sector (makelaars, agenten en subagenten). De CBFA is een autonome openbare instelling onder een beperkt administratief toezicht van de minister van financiën.

¹⁸⁹ De eerste uitspraken waarin het hof deze aansprakelijkheidsbeperking van de overheid aanvaardde werden geveld in 1960 (Conseil d'Etat 12 February 1960, *Banque* 1960, p. 320, noot X. Marin).

¹⁹⁰ M. Tison, "Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten* (Antwerpen: Intersentia, 2003), p. 400 e.v.

¹⁹¹ A. Bruyneel, "Observations sur le statut légal et le contrôle des établissements de crédit en Belgique" in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet* (Auvergne: L.G.D.J. 2001), 1 e.v.; M. Tison, "Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten* (Antwerpen: Intersentia, 2003), p. 400; "De bescherming van de belegger in het kapitaalmarktrecht: de hobbelige weg naar een Europees ius commune", in *Synthèses de droit bancaire et financier, Liber Amicorum André Bruyneel* (Brussel: Bruylant, 2008), p. 11 e.v.

(b) Vorderingmogelijkheden tegen de toezichthouder

312. In tegenstelling tot het Franse recht – waar dus steeds een aansprakelijkheidsbeperking heeft gegolden voor toezichthouders – werd in België tot 2002 de gewone aansprakelijkheidsnorm toegepast bij de beoordeling van het gedrag van overheidsorganen, waaronder de financiële toezichthouders.¹⁹² In beginsel werden de algemene regels inzake het aansprakelijkheidsrecht op dezelfde wijze toegepast op de overheid als op particulieren.¹⁹³ Ook de criteria voor de beoordeling van de aansprakelijkheid zijn dezelfde. Naar Belgisch recht gaat het om de overtreding van een specifieke wettelijke norm die verplicht om iets te doen of iets niet te doen op een bepaalde manier en om de schending van de algemene maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.¹⁹⁴ De toepassing van de zorgvuldigheidsnorm op de overheid voor handelingen van haar organen (en dus van de personen die er deel van uitmaken) zal vooral problemen opleveren waar de overheid handelt binnen de haar door de wetgever toegekende beleidsvrijheid. Slechts wanneer zij de haar toegekende beleidsvrijheid te buiten gaat, handelt zij onwettig. De rechter mag zich enkel uitspreken over de wettigheid van het overheidshandelen en niet over de opportuniteit ervan.¹⁹⁵

313. De aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder werd in literatuur en rechtspraak in het verleden slechts uitzonderlijk aan de orde gesteld. Een eerste uitspraak in de gepubliceerde rechtspraak stelde de aansprakelijkheid van de toenmalige Bankcommissie aan de orde voor beweerd medeplichtigheid aan wetsontduiking en bevoegdheidsoverschrijding bij de vereffening van de toenmalige Banque de Reports et de Dépôts. De rechtbank aanvaardde het principe dat de burgerlijke aansprakelijkheid van de toezichthouder moet worden beoordeeld op grond van art. 1382 B.W. maar verwierp de vordering ten gronde.¹⁹⁶

314. Naar aanleiding van het frauduleuze faillissement van de bank Max Fischer eind jaren negentig kwam dit thema opnieuw in de belangstelling. In die zaak had de toenmalige toezichthouder op grond van artikel 57 Bankwet bijzondere maatregelen genomen nadat zij had vastgesteld dat zich bij de onderneming ernstige organisatorische lacunes voordeden en de kredietenportefeuille een negatieve koers volgde. Omwille van die verhoogde druk had een van de bestuurders een fraudemechanisme opgesteld dat uiteindelijk tot het faillissement van de bank leidde.

315. In tegenstelling tot wat het geval was in Frankrijk had dat niet tot gevolg dat het aantal aansprakelijkheidsvorderingen tegen de toezichthouder opvallend steeg. Er zijn maar enkele gevallen terug te vinden in de rechtsliteratuur over de afgelopen vijftig jaar. In die periode

¹⁹² Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

¹⁹³ Dit uitgangspunt werd door het Hof van Cassatie voor het eerst erkend in het “Flandria-arrest” (Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193) en is sindsdien niet meer betwist cf Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 744.

M. Tison, “Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders” in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten* (Antwerpen: Intersentia, 2003), p. 400 e.v.

¹⁹⁴ Cf. Cass. 25 oktober 2004, *N.J.W.* 25 oktober 2004, 1316, noot I. Boone.

¹⁹⁵ Zie hierover onder (veel) meer: W. Van Gerven, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid en het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, p. 22-57.

¹⁹⁶ Rb. Brussel 28 juni 1955, *J.T.* 1965, 71 e.v.

werd aansprakelijkheid van de toezichthouder slechts één keer aanvaard.¹⁹⁷ In dat geval nam het hof van beroep de aansprakelijkheid van de Beurscommissie aan ten aanzien van cliënten van een wisselagent, enerzijds op grond van een fout in de uitoefening van haar wettelijke opdracht ten aanzien van een ontslagnemende wisselagent, en anderzijds wegens miskenning van de algemene zorgvuldigheidsplicht (art. 1382 B.W.). Het Hof van Cassatie liet de beslissing in stand. Zoals aangeduid betreft het de enige gepubliceerde zaak waarin de aansprakelijkheid van een financiële toezichthouder in België werd aangenomen.¹⁹⁸

316. Met de hervorming van de toezichtstructuur in de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (WTFS)¹⁹⁹ werd de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders toch beperkt. De gewone regels inzake overheidsaansprakelijkheid zijn op de Belgische toezichthouder sindsdien niet meer van toepassing. Een dergelijke aansprakelijkheidsbeperking werd uiteraard ook nagestreefd door andere (financiële) toezichthouders. De aansprakelijkheid van bedrijfsrevisoren werd eind 2005 ook wettelijk beperkt tot een bedrag van €12 miljoen voor bedrijfsgenoteerde ondernemingen en € 3 miljoen voor de andere ondernemingen. Zij zijn slechts ten belope van deze bedragen (waarvoor zij zich kunnen verzekeren) aansprakelijk, behalve in geval van bedrog of handelingen gesteld met het oogmerk te schaden.²⁰⁰

317. Artikel 68 WTFS voert volgende beperking van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder in:

“De CBFA voert haar opdrachten uitsluitend in het algemeen belang uit. De CBFA, de leden van haar organen en haar personeelsleden zijn niet burgerlijk aansprakelijk voor hun beslissingen, handelingen of gedragingen in de uitoefening van de wettelijke opdrachten van de CBFA behalve in geval van bedrog of zware fout.”

318. In de parlementaire voorbereidingen worden verschillende argumenten genoemd voor de invoering van de aansprakelijkheidsbeperking. De invoering van deze beperking sluit aan bij die in de omringende rechtsstelsels (waarbij uitdrukkelijk naar Duitsland wordt verwezen) en bij aanbeveling 1 uit de “Core Principals for Effective Banking” van het Basel Committee on Banking Supervision, dat uitdrukkelijk refereert aan de noodzaak om de financiële toezichthouder te vrijwaren van aansprakelijkheid voor alle handelingen die te goeder trouw worden verricht in de uitoefening van de toezichtstaken. De bijzondere aard van de taken (hier wordt gedoeld op het feit dat de taken van de financiële toezichthouder de stabiliteit en integriteit van het financiële stelsel beogen te beschermen) en de ermee gepaard gaande risico’s rechtvaardigen een afwijkend aansprakelijkheidsregime. De verantwoordelijkheid van de financiële toezichthouder kan niet in de plaats treden van die van de onder toezicht staande

¹⁹⁷ Cass. 9 oktober 1975, R.C.J. B. 1976, 165.

¹⁹⁸ M. Tison “Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders” in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, (Antwerpen: Intersentia, 2003), 397.

¹⁹⁹ Wet betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten van 2 augustus 2002, B.S. 4 september 2002.

²⁰⁰ Art. 17 Wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, gecoördineerd op 30 april 2007, B.S. 24 mei 2007.

ondernemingen. De Belgische overheid zou anders de verantwoordelijkheid voor fouten, begaan door private ondernemingen moeten dragen.

319. In de literatuur wordt, net zoals in de omliggende landen, kritiek geformuleerd op een dermate vergaande immunisering van aansprakelijkheid.²⁰¹ Dit zou een ongerechtvaardigd onderscheid tussen categorieën van toezichthouders in het leven roepen die alle bijzondere toezichtstaken hebben.

320. Voorts geldt dat de “core principles” van het Basel Comité geen bindende voorschriften zijn en dat deze normen uitgaan van toezichthouders zelf, die zijn verenigd in het Basel Comité.

321. Artikel 68 WTFS bepaalt dat de CBFA enkel aansprakelijk is in geval van bedrog of zware fout. Voor gewone lichte fouten kan de toezichthouder niet aansprakelijk gesteld worden. Wat het onderscheid is tussen de gewoon “lichte” fout en de “zware” fout is een feitenkwestie die aan de beoordeling van de rechter wordt overgelaten nu de wetgever hieromtrent geen specifieke aanwijzingen heeft gegeven. Net als naar Frans recht zijn er dus geen wettelijke criteria vastgelegd om te beoordelen in welke categorie de verweten gedraging thuishoort. De wettelijke regeling laat onverlet dat er nog steeds aansprakelijkheidsvorderingen worden ingediend tegen de CBFA. Twee recente uitspraken kunnen hier als voorbeeld worden uitgehaald. Een eerste uitspraak betreft een zaak voorgelegd aan de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel van 11 mei 2007.²⁰² Door een gedupeerde belegger werd na het faillissement van de beleggingsonderneming een vordering ingesteld tegen de CFBA, wegens het in stand houden van een schijn van kredietwaardigheid. De betrokken kredietinstelling “Caisse de change et de crédit M. Kitoskis de Boutselis-Warlet et Cie.” trad in België op via een vergunning verleend door het Belgische ministerie van financiën. De gedupeerde belegger had op een obligatie ingetekend op 19 januari 1996 voor een bedrag ter waarde van 100.167 USD met looptijd van een jaar en tegen interestvoet van 5,75%. Voor het einde van de looptijd ging de uitgever van de obligatie failliet. De CFBA werd in rechte aangesproken tot vergoeding van de schade. De CFBA werd verweten niet tijdig maatregelen te hebben genomen om te verhinderen dat (de bestuurders van de) onderneming illegale activiteiten uitoefenden op het ogenblik van de inschrijving op de obligatie, en wegens het in stand houden van een schijn van kredietwaardigheid, omdat de beleggingsonderneming in het bezit was van de vereiste ministeriële vergunning. De rechtbank wees de vordering af omdat het verlenen van een vergunning door het ministerie van financiën geen taak is van het CFBA en voorts omdat tussen de ingeroepen nalatigheid van het CFBA en de schade elk causaal verband ontbreekt nu de schade uitsluitend te wijten is aan de lichte zinnigheid van de inschrijver die besliste in te schrijven op een obligatie zonder enig onderzoek te doen naar de uitgevende vennootschap.

322. Doordat in deze zaak geen fout van de toezichthouder werd aanvaard, hoefde de rechter zich ook niet te buigen over het karakter van de fout (alhoewel deze beoordeling doorgaans samen gebeurt).

²⁰¹ M. Tison, “Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders” in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, (Antwerpen: Intersentia, 2003), 397.

²⁰² T.B.H. 2009, 73.

323. Hoe zal een onderzoek naar de aard van de fout naar Belgisch recht dan wel geschieden? Het onderscheid tussen lichte en zware fout komt ook in andere wetgeving voor, zoals in artikel 18 Wet Arbeidsovereenkomsten en in artikel 530 Wetboek van Vennootschappen. De rechter zou bij de ruim ontwikkelde jurisprudentie over die bepalingen kunnen aankopen om de norm in de toezichtsregeling invulling te geven. Traditioneel zoekt de Belgische (Franstalige) rechter voor de invulling van begrippen ook inspiratie bij de Franse rechtspraktijk. De Franse jurisprudentie inzake de grove fout zou dus wellicht ook nuttige inspiratie kunnen bieden.

324. Een tweede zaak betreft de reeds vermelde vordering tegen de CFBA ingesteld vanuit gedupeerde aandeelhouders in Italië. Zoals reeds vermeld werd deze vordering niet onvankelijk verklaard op grond van de overheidsimmunititeit (vgl. randnr. 190).²⁰³

(c) Conclusie

325. In België is de financiële toezichthouder niet aansprakelijk voor een gewone lichte fout. In tegenstelling tot Frankrijk volgt dit niet uit de jurisprudentie inzake overheidsaansprakelijkheid maar uit de tussenkomst van de wetgever die een aansprakelijkheidsbeperking invoerde voor de CFBA in de wet financieel toezicht. Als motief voor de invoering van een aansprakelijkheidsbeperking gaf de wetgever aan zich te laten leiden door de regelgeving in de omliggende landen, door de Core Principles van het Basel Comité en door het bijzondere risico waaraan toezichthouders bloot staan. Er is evenwel geen verschil merkbaar in de rechtspraktijk. Zowel voor als na de wetswijziging worden incidenteel vorderingen ingesteld tegen de CFBA maar deze worden doorgaans worden afgewezen.

3.2.3 Duitsland²⁰⁴

(a) Structuur van het toezicht

326. Ook in Duitsland is er sprake van één geïntegreerde toezichthouder. De Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFIN) is opgericht in 2002. BAFIN is een onafhankelijk overheidslichaam dat onder toezicht staat van het ministerie van financiën. BAFIN is daardoor onafhankelijk van het federale budget. BAFIN kan niet civielrechtelijk worden aangesproken, en riskeert daarom geen schadeclaims.

²⁰³ Trib. Ord. Roma (civ.) 30 januari 2007, RG26939-2003, aangehaald door M. Tison in M. Tison, "Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, (Antwerpen: Intersentia, 2003), p. 434.

²⁰⁴ Zie hierover C. Witz, *Le droit allemand*, Paris, Dalloz, 2001, p. 183 e.v.; Kümpel, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2000, p. 2214 e.v.; M. Tison "Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, (Antwerpen: Intersentia, 2003), 397.

(b) Vorderingsmogelijkheden tegen de toezichthouder

327. In Duitsland dient de aansprakelijkheid van toezichthouders gebaseerd te worden op § 839 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Dit artikel bepaalt dat een schadeplicht van de overheid slechts bestaat indien schade is ontstaan uit een tegenover derden bestaande ambtsplicht. Op grond van de Schutznormtheorie²⁰⁵ kan de gedupeerde zich enkel als "derde" in de zin van § 839 BGB opwerpen wanneer de verzuimde ambtsplicht ertoe strekt het belang van de gedupeerde te beschermen. De overheid kan dus alleen aansprakelijk worden gesteld door derde benadeelden indien haar taak ertoe strekt om de individuele belangen van derden te beschermen.

Met betrekking tot dit laatste criterium vertoont de Duitse feitenrechtspraak een belangrijke evolutie. Tot in de jaren zeventig van vorige eeuw was de rechtspraak van oordeel dat de toepasselijke toezichtswetgeving (toenmalige Kreditwesengesetz) enkel was ingesteld in het algemeen belang.²⁰⁶ Dit betekende dat cliënten geen vordering konden instellen naar aanleiding van fouten verricht bij het toezicht. Hetzelfde gold voor de in 1961 in werking getreden Bankwet. Het Bundesgerichtshof bevestigde deze visie m.b.t. het toezicht op verzekeringsinstellingen en kredietinstellingen.²⁰⁷ In 1979 ging het Bundesgerichtshof echter volledig om. Op basis van een gedetailleerde analyse van de Bankenwet van 1961 en van de doelstellingen van het financieel toezicht in deze wetgeving oordeelde het Hof dat de Bankenwet tot doelstelling had individuele rekeninghouders te beschermen. Daardoor konden ook particulieren de toenmalige Duitse financiële toezichthouder aanspreken bij gebrekkig toezicht. Omdat het prudentiële toezicht geïnterpreteerd werd als krediteurenbescherming kwam deze vordering enkel toe aan rekeninghouders; niet aan de bank zelf een ook niet aan de aandeelhouders of andere concurrerende financiële ondernemingen²⁰⁸ Deze rechtspraak lokte veel kritiek uit in de literatuur. De vrees was dat de mogelijkheid voor rekeninghouders om aansprakelijkheidsvorderingen in te stellen er uiteindelijk toe zou leiden dat de overheid zou moeten instaan voor faillissementen van banken.²⁰⁹ In een latere fase werden de voorwaarden voor aansprakelijkheid uitgewerkt. Het Bundesgerichtshof sloot aan bij de norm van de ruime beleidsvrijheid van de toezichthouder bij de taakuitoefening, waarbij de rechter niet mag treden in de beoordeling van de beleidskeuzen en enkel kan ingrijpen wanneer er sprake is van een duidelijke tekortkoming van de toezichthouder. Zoals dit het geval is in Nederland leidde deze rechtspraak er toe dat de jurisprudentie zeer terughoudend was en slechts uitzonderlijk aansprakelijkheid werd aangenomen.

328. Naar aanleiding van voormelde rechtspraak van het Bundesgerichtshof paste de Duitse wetgever de wetgeving aan door een amendering van de Kreditwesengesetz in 1984.

²⁰⁵ Bundesgerichtshof 31 March 1960, *Neue Juristische Wochenschrift* 1960, p. 1005; zie ook K. Bender, "Die Amtspflichten des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen gegenüber einzelnen Gläubigern eines Kreditinstituts", *Neue Juristische Wochenschrift* 1978, p. 622.

²⁰⁶ Oberlandesgericht Bremen, 13 November 1952, *Neue Juristische Wochenschrift* 1953, p. 585.

²⁰⁷ Bundesgerichtshof 24 januari 1972, *NJW* 1972, 577.

²⁰⁸ Bundesgerichtshof 15 maart 1984, *Neue Juristische Wochenschrift* 1984, p. 2691; E. Habscheid, Staatshaftung für fehlsame Bankenaufsicht?, (Bielefeld: Giese King), 1988, p. 42 e.v.

²⁰⁹ E. Schwark, "Individualansprache Privater aus wirtschaftsrechtlichen Gesetzen", *Juristenzeitung* 1979, p. 673-674.

329. Als gevolg van deze wijziging bepaalde de wet voortaan dat de toezichthouder zijn taken enkel uitoefent in het algemeen belang. Doel van de wet was te voorkomen dat particuliere cliënten vorderingen zouden instellen tegen de toezichthouder. Dezelfde bepaling werd toegevoegd aan de regelgeving inzake toezicht op beleggingsondernemingen en op verzekeraars. In § 4 lid 4 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FDAG) is bepaald dat de toezichthouder het toezicht uitsluitend in het algemeen belang verricht. Bij de recente hervorming van de toezichtswetgeving bleven deze bepalingen ongewijzigd.

330. De financiële toezichthouder (BAFIN) geniet derhalve immunititeit, nu voor hem door de bepaling van § 4 lid 4 FDAG per definitie geldt dat er geen sprake is van een tegenover derden bestaande ambtsplicht zoals vereist in § 839 BGB.

331. In de literatuur werd de kritiek opgeworpen dat een volledige immuniteitsbeperking niet geldig zou zijn met EU recht en intern recht (art. 34 van de Duitse Grondwet voorziet in een vergoeding door de staat voor schade verricht door haar ambtenaren en organen).²¹⁰

332. Naar aanleiding van de onderhandelingen over de eerste Bankrichtlijn had de Duitse overheid voorgesteld om een algemene aansprakelijkheidsbeperking van de toezichthouder tegenover derden op te nemen in de EU-wetgeving. De Europese Commissie ging hiermee niet akkoord omdat ze geen beperkingen in de nationale aansprakelijkheidsstelsels wou invoeren.²¹¹

333. Zonder dit hier verder uit te werken kan opgemerkt worden, dat ook Van Dam in zijn rapport aanvoert dat algehele immunititeit van aansprakelijkheid strijdigheid met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) kan opleveren.²¹²

(c) Conclusie

334. De Duitse wetgever heeft het aansprakelijkheidsrisico voor de Duitse toezichthouder geneutraliseerd, ook al waren de gevolgen van de rechtspraak in dit verband heel beperkt en trad de rechtspraak zeer terughoudend op bij de beoordeling van de toezichthoudersaansprakelijkheid. Opmerkelijk is dat de immunititeit van de Duitse toezichthouder zeer ver gaat. Het gaat hier namelijk om een algehele immunititeit. Evenals in België worden de financiële toezichthouders dus door een ingrijpen van de wetgever uit het algemene aansprakelijkheidsregime getild met dit verschil dat dit in Duitsland leidt tot algehele immunititeit van de financiële toezichthouder.

²¹⁰ M. Andenas, noot onder House of Lords 18 mei 2000, *Enuredia* 2000/3., 403.

²¹¹ M. Andenas, noot onder House of Lords 18 mei 2000, *Enuredia* 2000/3, 403.

²¹² Van Dam (2006), p. 113 e.v.

3.2.4 Verenigd Koninkrijk²¹³

(a) Structuur van het toezicht

335. De Financial Services Authority (FSA) is opgericht als een onafhankelijke overheidsorgaan door de Financial Services and Markets Act 2000, die van kracht werd in december 2001. De FSA is ontstaan door samenvoeging van de verschillende commissies van toezicht die voorheen toezicht uitoefenden. Naast de FSA speelt ook de Bank of England een belangrijke rol in het financiële toezicht: de Bank of England ziet vooral toe op stabiliteit van de markten en van de munt. De samenwerking tussen beide en de aflijning van ieders taken wordt geregeld in de MoU of Understanding between HM Treasury, the Bank of England and the Financial Services Authority.²¹⁴

(b) Vorderingmogelijkheden tegen de toezichthouder²¹⁵

336. Een eerste belangrijke uitspraak waarin de aansprakelijkheid van toezichthouders naar Engels recht aan de orde was, is een uitspraak van de Privy Council in een zaak waarin de aansprakelijkheid van de toezichthouder te Hong Kong aan de orde werd gesteld naar aanleiding van een bankfaillissement.²¹⁶ The Privy Council oordeelde dat een zorgplicht (duty of care) met betrekking tot de belangen van de cliënten van de onder toezicht gestelde ondernemingen alleen kon worden aangenomen indien sprake was van voldoende nabijheid (proximity) tussen de toezichthouder en de cliënten van de gefailleerde onderneming. Volgens de Privy Council strekte het toezicht in Hong Kong niet tot bescherming van die belangen; de beperkte toezichtsmiddelen van de toezichthouder lieten geen doorlopend toezicht toe op de financiële ondernemingen.

337. Ook uit latere jurisdictie bleek dat het zeer lastig was om de financiële toezichthouder aansprakelijk te stellen. In de praktijk werden namelijk aansprakelijkheidsclaims (jegens financiële toezichthouders) gebaseerd op de common law tort 'tort of negligence', waarvoor de volgende vereisten gelden:

1. er moet sprake zijn van een duty of care (zorgplicht);
2. er moet sprake zijn van een breach of duty (schending van die zorgplicht)
3. er moet sprake zijn van consequential damage (schade is te wijten aan de schending).

338. Aan het vereiste van duty of care kon in de gevallen dat toezichthouders aansprakelijk gesteld werden, niet voldaan worden. Dit omdat een duty of care een voldoende mate van 'proximity' (nauwe relatie) tussen veroorzaker en benadeelde vereist, en daarnaast het aannemen van een duty of care 'fair, just and reasonable' moet zijn. Met name de voldoende

²¹³ G. Penn, *Banking supervision. Regulation of the UK banking sector under the Banking Act 1987* (London: Butterworths, 1989). 22; C. Proctor, "Financial regulators – risks and liabilities", *JIFBL* 2002, 15 e.v.; M. Tison, "Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, (Antwerpen: Intersentia, 2003), 427 e.v.

²¹⁴ Te raadplegen op: <http://www.bankofengland.co.uk/financialstability/mou.pdf>.

²¹⁵ Zie onder meer D. Singh, "Misfeasance in public office: the case of banking supervision and BCCI", in *European Financial Services Law* 1999, p. 128 e.v.

²¹⁶ Yuen Kun Yeu a.o. vs A-G of Hong Kong, Privy Council 10 juni 1987 [1988] AC 175.

mate van 'proximity' stond in de gevallen dat financiële toezichthouders aansprakelijk werden gesteld aan een veroordeling in de weg, daar aan deze eis pas voldaan is indien er sprake is van een dagelijkse controle van de toezichthouder op het bestuur van de onderneming.

339. Evenals in België en Duitsland greep ook de wetgever in het Verenigd Koninkrijk in, met de bedoeling het aansprakelijkheidsrisico voor financiële toezichthouders uit te sluiten in gevallen van niet-opzettelijke schadeveroorzakende handelingen. Daartoe werd in de Banking Act van 1987 een bepaling ingevoegd die een aansprakelijkheidsvordering tegen de Bank of England uitsloot, behalve in het geval van kwade trouw. Een soortgelijke beperking van aansprakelijkheid voor de andere financiële toezichthouders werd ingevoerd in de Financial Services Act 1986.²¹⁷

340. De Financial Services and Markets Act, zoals gewijzigd in 2000, beperkt thans de aansprakelijkheid van de FSA tot "acts in bad faith" en tot handelingen in strijd met de Human Rights Act 1998. Van een handeling (of nalaten) "in bad faith" (te kwader trouw) is sprake indien zich één van onderstaande gevallen voordoet:

1. de 'public officer' handelde met de bedoeling schade toe te brengen aan de benadeelde;
2. de 'public officer' handelde in de wetenschap dat hij:
 - (a) zijn bevoegdheid overschreed en
 - (b) dat door deze handeling de benadeelde schade zou kunnen lijden.

(c) Conclusie

341. De toezichthouder in het Verenigd Koninkrijk is door een tussenkomst van de wetgever alleen aansprakelijk in geval van kwade trouw of schending van een grondrecht. Net als in Duitsland is deze wetswijziging ingegeven door de wens om het aansprakelijkheidsrisico te neutraliseren, hoewel de rechtspraak zeer terughoudend was ten aanzien van de aansprakelijkheid en het aantal vorderingen tegen de toezichthouder zeer beperkt was.

3.2.4 Ierland

(a) Structuur van het toezicht

342. Ierland heeft zijn toezichtstructuur gewijzigd in 2003. Ook in Ierland is gekozen voor het geïntegreerde toezichtsmodel. De Ierse toezichthouder (the Irish Financial Services Regulatory Authority) is geconcipieerd als een onderdeel van de Centrale Bank van Ierland met eigen bevoegdheden en eigen beslissingsbevoegdheid. De centrale bank onderging een naamsverandering naar de "Central Bank and Financial Services Authority".

(b) Vorderingsmogelijkheden tegen de toezichthouders

343. De situatie in Ierland is grotendeels vergelijkbaar met de situatie in het Verenigd Koninkrijk. In 1997 werd in de Central Banking Act 1987 een aansprakelijkheidsbeperking

²¹⁷ Zie s. 187 Financial Services Act 1986.

ingevoerd (sectie 25A) waarin het volgende wordt bepaald:

“The [Central] Bank or any employee of the [Central] Bank or any member of its board or any authorised person or authorised officer appointed by the [Central] Bank for the performance of its statutory functions shall not be liable for damages for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of any of its statutory functions under this Act unless it is shown that the act or omission was in bad faith”.

344. De Ierse wetgever heeft derhalve inspiratie gezocht bij het Britse stelsel van toezichthoudersaansprakelijkheid, met als doel risico's inzake aansprakelijkheid van de toezichthouder te neutraliseren. De aansprakelijkheid van de Ierse toezichthouder is beperkt tot gevallen van kwade trouw. In de literatuur en de gepubliceerde jurisprudentie werden geen rechtszaken in dit verband aangetroffen.

(c) Conclusie

345. Het stelsel van de Ierse toezichthoudersaansprakelijkheid sluit aan bij dat van de toezichthoudersaansprakelijkheid in het Verenigd Koninkrijk. Opmerkelijk is dat de Ierse wetgever pro-actief is opgetreden met het oog op het vermijden van potentiële aansprakelijkheidsclaims.

3.2.5 Luxemburg²¹⁸

(a) Structuur van het toezicht

346. In Luxemburg werd de “Commission de surveillance du secteur financier” (CSSF) opgericht door middel van de Wet van 23 december 1998 *Portant création d’une commission de surveillance du secteur financier*²¹⁹ Voordien werd het toezicht op de banken uitgevoerd door het Institut Monétaire Luxembourgeois (IML).

347. De genoemde commissie heeft rechtspersoonlijkheid en geniet financiële autonomie. Het gaat om een geïntegreerde toezichthouder die het prudentieel toezicht combineert met het toezicht op de markten.

(b) Aansprakelijkheidsvorderingen tegen de toezichthouder

348. De wetgever heeft in art. 20 van de Wet van 23 december 1998 *Portant création d’une commission de surveillance du secteur financier* (CSSF) een aansprakelijkheidsbeperking ingevoerd voor de prudentiële toezichthouder. Voordien gold er wel een mogelijkheid om de IML aansprakelijk te stellen; een aansprakelijkheidsvordering tegen de staat was niet mogelijk.

²¹⁸ E. De Lhoneux en M. Cromlin, "Luxembourg", in *Banking Supervision in the European Community*, Brussel, Editions de l'ULB, A. Elvinger, "Histoire du droit bancaire et financier luxembourgeois", in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg* (Brussel: Larcier, 1994), vol. 1, (3), p. 44-45; M. Tison, "Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders" in M. Tison, C. Van Acker en J. Cerfontaine (eds.) *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, (Antwerpen: Intersentia, 2003), 431 e.v.

²¹⁹ Mém. A. – 112 24 december 1998, p. 2895; doc.parl. 4469.

Naar aanleiding van de implementatie van de Tweede Bankrichtlijn en met de BCCI-zaak voor ogen, heeft de wetgever beperkingen ingevoerd op de mogelijkheden van kredietinstellingen en cliënten om de toezichthouder aansprakelijk te stellen. Deze aansprakelijkheidsbeperkingen zijn vervolgens overgenomen in de Wet van 23 december 1998. Conform de Duitse wetgeving en jurisprudentie bepaalt deze wet dat de doelstelling van het toezicht uitsluitend gericht is op het algemeen belang en dat het toezicht niet strekt tot bescherming van de belangen van de ondertoezicht gestelde ondernemingen, hun cliënten of derden.²²⁰

349. Vervolgens legt de wet de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de toezichthouder vast: deze kan enkel door onder toezicht gestelde ondernemingen, hun cliënten of derden worden aangesproken wanneer de schade het gevolg is van “une négligence grave dans le choix et l’application des moyens mis en oeuvre pour l’accomplissement de la mission de service public de la Commission.” (vrije vertaling: *een ernstige tekortkoming in de keuze en het gebruik van de middelen ingezet om de toezichtstaak in het algemeen belang te behartigen*).

350. Het Luxemburgse recht kent, net als het Belgische recht, een ruime aansprakelijkheidsnorm waarbij in beginsel geen beperkingen gesteld worden aan de kring van gerechtigden (cf. Duits, Engels en Nederlands recht). De bepaling dat het toezicht enkel is ingesteld in het algemeen belang, heeft een minder verregaande strekking dan in het Duitse stelsel. Enkel bij gewone toezichtsfout kunnen gedupeerde derden geen vordering instellen tegen de toezichthouder (cf. Belgisch en Frans recht).

351. De notie “ernstige tekortkoming” kan ook niet gelijkgesteld worden met de notie “bad faith” in het Engelse en Ierse recht. De notie sluit ook eerder aan bij het Franse en Belgische begrip “zwarte fout” waarbij het gaat om een tekortkoming die zelfs een niet professioneel in dezelfde omstandigheden niet zou hebben begaan.

352. Dit alles impliceert dan weer dat het aansprakelijkheidsregime voor financiële toezichthouders in Luxemburg grotendeels vergelijkbaar is met het Franse en Belgische recht (zie hierboven).

(c) Conclusie

353. De financiële toezichthouder is naar Luxemburgs recht niet aansprakelijk in geval van een gewone lichte fout. De voorwaarden waaronder de Luxemburgse toezichthouder aansprakelijk kan worden gesteld zijn grosso modo dezelfde als die gelden voor de Belgische toezichthouder en de Franse overheid. De wetswijziging in Luxemburg eind jaren negentig kwam, in het licht van de BCCI-zaak voort uit de wens om aansprakelijkheidsprocedures tegen de toezichthouder bij gewoon toezichtsfalen te voorkomen.²²¹ Bij de wetswijziging vormde het reeds eerder

²²⁰ “La surveillance exercée par la Commission n’a pas pour objet de garantir les intérêts individuels des entreprises ou des professionnels surveillés ou de leurs clients, mais elle se fait exclusivement dans l’intérêt public.”

²²¹ Alhoewel deze zaak wel een casus met internationale dimensie is, blijkt niet dat de aansprakelijkheidsbeperking is ingevoerd n.a.v. risico’s in de grensoverschrijdende context.

ingevoerde Duitse stelsel een inspiratiebron.²²² In tegenstelling tot het Duitse recht werd echter geen algehele aansprakelijkheidsimmunititeit ingevoerd.

3.2.6 Verenigde Staten

(a) Structuur van het toezicht²²³

354. De Verenigde Staten kent een zeer complex systeem van toezicht met veel concurrentie tussen de toezichthouders. Voor het banktoezicht zijn vier of meer organisaties actief, voor een deel federaal en voor een deel op het niveau van de staten met overlappende bevoegdheden. Het effectentoezicht is hoofdzakelijk federaal georganiseerd (Securities and Exchange Commission; SEC) maar er zijn ook op het niveau van de staten afzonderlijke effectencommissies actief (de securities commissions). Voor het toezicht op de afgeleide producten andere dan effecten (zoals grondstoffen, financiële futures en opties) is de federale CFTC bevoegd (Commodities Futures Trading Commission). Het toezicht op verzekeraars vindt plaats op niveau van de staten (er zijn 50 toezichthouders in deze sector).

355. De verschillende toezichthouders hanteren uiteenlopende benaderingen. De CFTC gaat voornamelijk te werk via het principe van de principles based regulation. De effectentoezichthouders gaan voornamelijk te werk via het principe van de rule based regulation. De tanende concurrentiepositie van de Amerikaanse markten in termen van grote internationale beursnoteringen wordt deels toegeschreven aan overregulering in de Verenigde Staten. De voormalige Amerikaanse Minister van Financiën Paulson heeft in zijn verslag van maart 2008 waarin hij een voorstel ontwikkelde tot hervorming en vereenvoudiging van het Amerikaanse toezichtlandschap,²²⁴ verwezen naar de benadering van de CFTC als model voor het effectentoezicht van de SEC. Een andere aanbeveling is om de twee markttoezichthouders te laten fuseren tot een agentschap dat een serie overkoepelende beginselen zou moeten aannemen met betrekking tot beleggersbescherming, marktintegriteit en risicobeperking.²²⁵

(b) Vorderingsmogelijkheden tegen toezichthouders

356. Het elfde Amendement van de Grondwet van de Verenigde Staten voorziet in een juridische immunititeit voor de federale staat en voor de individuele staten. Individuele staten

²²² De Belgische wetgever greep pas later in, met name pas in 2002.

²²³ H. E. Jackson, Variation in the intensity of financial regulation: preliminary evidence and potential implications, 24 *Yale J. Regulation* 253 (2007); J.R. Barth e.a., A cross-country analysis of Bank supervisory Framework and Bank performance, 12 *Fin. Markets, Inst. & Instruments* 67 (May 2003); United States Department of the Treasury, Blueprint for a modernized financial regulatory structure, (maart 2008), te raadplegen op: <http://www.treas.gov/offices/domestic-finance/regulatory-blueprint>.

²²⁴ United States Department of the Treasury, Blueprint for a modernized financial regulatory structure, (maart 2008), te raadplegen op: <http://www.treas.gov/offices/domestic-finance/regulatory-blueprint>.

²²⁵ United States Department of the Treasury, Blueprint for a modernized financial regulatory structure, (maart 2008), te raadplegen op: <http://www.treas.gov/offices/domestic-finance/regulatory-blueprint>.

kunnen niet worden gedagvaard voor een federale rechter.²²⁶ Wel kunnen zij in hun eigen staat worden gedagvaard.

357. Deze algemene immuniteit is in de loop der jaren afgezwakt. Claims tegen een staat zijn nu mogelijk indien dit geen inbreuk maakt op de bevoegdheden van de wetgevende en de uitvoerende macht en indien het gedrag van een staat niet kan worden beoordeeld op grond van een zorgplicht.²²⁷ De immuniteiten en de beperkingen hiervan spelen op drie niveaus: federaal, staat en lokaal (gemeenten).

b.1 Aansprakelijkheid Federale Staat

358. In 1946 werd de Federal Tort Claims Act (FTCA) van kracht die een algemene basis gaf voor rechtszaken tegen de federale overheid in federale rechtbanken. Het uitgangspunt is dat de federale overheid aansprakelijk is voor haar onzorgvuldige gedragingen maar hierop bestaat een belangrijk aantal specifieke uitzonderingen.²²⁸

359. In FTCA claims vindt geen jury trial plaats.²²⁹ Alleen de federale overheid en haar vertegenwoordigers (agents) kunnen worden gedagvaard; ambtenaren genieten persoonlijke immuniteit.²³⁰ Het toepasselijk recht is het recht van de staat waar de onzorgvuldige gedraging van de federale overheid plaatsvond; vereist is dat de desbetreffende ambtenaar handelde in het kader van zijn taak.²³¹ Punitive damages kunnen niet worden toegewezen en de verschuldigde rente begint pas te lopen vanaf de dag van de rechterlijke uitspraak.²³² Voorts kan de federale overheid niet risico-aansprakelijk zijn.²³³

360. Andere uitzonderingen op de algemene aansprakelijkheid van de federale overheid zijn gedragingen met betrekking tot het al dan niet handhaven van een wettelijke regel en beleidsmatige gedragingen ('the exercise of a discretionary function').²³⁴

361. Met betrekking tot het al dan niet handhaven van een wettelijke regel geldt de immuniteit alleen voor de handhaving als zodanig en niet voor onzorgvuldige gedragingen die worden begaan tijdens de handhaving (bijvoorbeeld het onzorgvuldige rijgedrag van de handhavende ambtenaar). De federale overheid kan niet aansprakelijk worden gehouden indien zij verzuimt

²²⁶ US Constitution, Amendment XI: 'The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state.'

²²⁷ D.B. Dobbs, *The law of Torts*, WestThomson 2000, p. 694.

²²⁸ 60 Stat. 843. De bepalingen zijn terug te vinden op diverse plaatsen in de United States Code.

²²⁹ 28 U.S.C.A. § 2402.

²³⁰ Dobbs, p. 695.

²³¹ 28 U.S.C.A. § 1364(b)(1) en 28 U.S.C.A. § 1364(b)(2).

²³² 28 U.S.C.A. § 2674.

²³³ 28 U.S.C.A. § 1346 spreekt over een gedraging die 'negligent or wrongful' is en volgens de Supreme Court sloot dit 'strict liability' van de federale overheid uit: *Laird v. Nelms*, 406 U.S. 797, 92 S.Ct. 1899, 32 L.Ed.2d 499 (sonic boom).

²³⁴ 28 U.S.C.A. § 2680; Dobbs, p. 696 e.v.

om regels vast te stellen ter voorkoming van schade of inden zij regels vaststelt die schadelijke gevolgen hebben.²³⁵

362. In gevallen waarin er sprake is van beleidsvrijheid is de federale overheid immuun voor aansprakelijkheid. Zij is dus ook niet aansprakelijk indien zij misbruik maakt van haar beleidsvrijheid. Voorbeelden zijn het al dan niet reguleren van een financiële onderneming en het al dan niet uitvoeren van veiligheidsinspecties.²³⁶ De rechtvaardiging voor deze immuniteit ligt in het beginsel van de scheiding der machten.²³⁷

363. De vraag wat wel en niet tot de beleidsvrijheid (en dus tot de immuniteit van de federale overheid) behoort is onderwerp van een uitvoerige jurisprudentie. Aanvankelijk was het onderscheid 'planning-operational' van belang maar dit onderscheid is door de Supreme Court verworpen in de Berkovitz-zaak.²³⁸ Hierin ontwikkelde het een twee-stappen-test: had de overheid ruimte voor het maken van een keuze en, indien dit het geval is, hing deze keuze dan af van 'decisions grounded in social, economic, and political policy'? Deze ruime inperking van de overheidsaansprakelijkheid is in de literatuur op veel kritiek gestuit maar de federale rechters passen haar zelfs toe in gevallen waarin grondrechten aan de orde zijn, zoals bij het uitvaardigen van een aanhoudingsbevel van de verkeerde persoon.²³⁹

364. Regulering vormt een belangrijke categorie van gevallen van beleidsvrijheid waarin de federale overheid wordt beschermd door middel van een immuniteit. Regulering van en toezicht op financiële ondernemingen (en het gebrek hieraan) kan investeerders miljoenen kosten maar deze zijn vormen van overheidsgedrag die vallen onder de immuniteitsbescherming.²⁴⁰

365. Buiten de immuniteitsbescherming vallen situaties waarin de federale overheid keuzes maakt op basis van veiligheidsstandaards of veiligheidsdoelen. Zij is daarom aansprakelijk gehouden voor het onzorgvuldig gedrag van motorrijtuigen, het onzorgvuldig toezicht op het vliegverkeer, de onzorgvuldige behandeling van gevangenen en het onzorgvuldig onderhoud van overheidseigendommen.²⁴¹ Andere uitspraken passen minder goed in deze lijn, zoals de beslissing dat de onzorgvuldige bloedcontrole door het leger een beleidsaangelegenheid was, zodat de federale overheid niet aansprakelijk was voor het veroorzaken van HIV en AIDS bij soldaten als gevolg van transfusies met besmet bloed.²⁴²

²³⁵ Dobbs, p. 697.

²³⁶ Zie respectievelijk *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315, 111 S.Ct. 1267, 1274, 113 L.Ed.2d 335 (1991) en *United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense*, 467 U.S. 797, 104 S.Ct. 2755, 81 L.Ed.2d 660 (1984).

²³⁷ Dobbs, p. 698.

²³⁸ *Berkovitz by Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531, 108 S.Ct. 1954, 100 L.Ed.2d 531 (1988); Dobbs, p. 699.

²³⁹ Dobbs, p. 700.

²⁴⁰ *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315, 111 S.Ct. 1267, 1274, 113 L.Ed.2d 335 (1991).

²⁴¹ Dobbs, p. 702.

²⁴² *C.R.S. v. United States*, 11 F.3d 791, 797 (8th Cir. 1993). Zie voor andere voorbeelden Dobbs, p. 703.

In het kader van de Madoff-fraude zaak zou een vordering zijn ingesteld tegen de SEC op grond van het feit dat de SEC naliet op te treden ondanks veelvuldige waarschuwingen over de financiële gezondheid van de onderneming.²⁴³

b.2 Aansprakelijkheid individuele staten

366. In de individuele staten geldt dat ongeveer 30 staten de algemene immuniteit hebben afgeschaft maar deze in specifieke situaties handhaven. Een tweede groep staten werkt omgekeerd: deze handhaven de algemene immuniteit maar hebben haar voor specifieke gevallen afgeschaft. Alabama, South Dakota en Wisconsin kennen bijvoorbeeld nog altijd een zeer ruime immuniteit van de staat.²⁴⁴

367. Daarnaast bestaan er nog diverse verschillen tussen de individuele staten die niet bijdragen aan de overzichtelijkheid van het totaalbeeld. Zo bestaan er in sommige staten bijzondere rechtbanken voor claims tegen de staat en moet in andere staten de claim worden ingediend bij een administratief orgaan in plaats van bij een rechter.

368. Waar uitzonderingen op de immuniteit bestaan, hebben deze vrijwel uitsluitend betrekking op aansprakelijkheid voor personen- en zaakschade, zoals bijvoorbeeld veroorzaakt door verkeersongevallen, slecht onderhouden staatseigendommen, gevaarlijke wegen en medische fouten. In staten die in beginsel aansprakelijkheid van de staat aanvaarden, lopen de uitzonderingen grotendeels parallel met die in de Federal Tort Claims Act. Dit laatste komt er veelal op neer dat er geen aansprakelijkheid bestaat voor beleidsmatige gedragingen (zie hierboven).²⁴⁵

369. Tenslotte geldt, dat ook als de overheid geen wettelijke immuniteit geniet, de public duty doctrine in de weg kan staan aan aansprakelijkheid. Dit is het geval indien de wettelijke plicht slechts het algemene publiek beschermt en niet een speciale groep personen. Wanneer dit het geval is, is een kwestie van wetsuitleg. Op deze public duty doctrine bestaan weer allerlei uitzonderingen. Ook is in diverse gevallen waarin de wettelijke plicht niet strekt tot bescherming van een individu, een claim op grond van 'common law' mogelijk.²⁴⁶

370. Zowel bij de public duty doctrine als bij het beginsel van immuniteit gaat het om een uitwerking van het beginsel van de scheiding der machten. Hoewel dit op verschillende wijze tot uitdrukking wordt gebracht, komt een en ander er in de kern van de zaak op neer dat de rechter de beslissing over de besteding van overheidsgelden (allocation of resources) dient over te laten aan de wetgevende en de uitvoerende macht.²⁴⁷

²⁴³ Zie <http://www.lohud.com/apps/pbcs.dll/article?AID=/20090123/BUSINESS01/901230382&template=printart>.

²⁴⁴ Dobbs, p. 716.

²⁴⁵ Dobbs, p. 717.

²⁴⁶ Dobbs, p. 724 e.v.

²⁴⁷ Dobbs, p. 727.

(c) Conclusie

Net zoals dat het geval is in Duitsland, kunnen de Amerikaanse financiële toezichthouders en de Amerikaanse overheid niet worden aangesproken tot vergoeding van schade veroorzaakt door een foutieve taakuitoefening.

3.2.7 Zwitserland²⁴⁸

(a) Structuur van het toezicht

371. Ook het Zwitserse toezichtsmodel is geëvolueerd van een functioneel model naar een geïntegreerd model. Tot eind 2008 werd het financieel toezicht uitgeoefend door de Commission federale des banques. Het toezicht op private verzekeraars was toevertrouwd aan l'Office fédéral des assurances privées. Daarnaast was er een toezichthouder belast met toezichtstaken in het kader van de witwaswetgeving (l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (AdC LBA)).

372. Sinds 1 januari 2009 zijn deze drie toezichtsorganen geïntegreerd in een nieuw toezichtsorgaan: de Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), met aparte rechtspersoonlijkheid.²⁴⁹ De nieuwe organisatie is een van de overheid onafhankelijke toezichthouder geworden, die wel nog onder toezicht staat van het federale parlement.²⁵⁰

373. Hoewel Zwitserland geen EU-lidstaat is, heeft het verschillende EU-richtlijnen aangenomen teneinde te verzekeren dat de Zwitserse banken hetzelfde "level playing field" genieten als de Europese toezichthouders. Nochtans wordt het herkomstlandbeginsel niet gehanteerd voor niet-EU ondernemingen : een bijkantoor van een Zwitserse bank dient een lokale bankvergunning te bezitten. Ook kan zij zich niet op de vrije vestiging van het bijkantoor beroepen.

(b) Vorderingmogelijkheden tegen de toezichthouder

374. De aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder voor schade veroorzaakt door een gebrekkig toezicht was tot voor kort geregeld in de Loi sur la Responsabilité de la Confédération en viel, zoals het geval was in Frankrijk, onder de regeling van de overheidsaansprakelijkheid. Voormelde wet bepaalt dat de overheid schade toegebracht door haar personeelsleden aan derden moet vergoeden. De aansprakelijkheid van de overheid is enkel in het geding wanneer de schade veroorzaakt werd in de uitoefening van de

²⁴⁸ A. Héritier Lachat en A. Hirsch, "L'évolution du droit bancaire et financier suisse", in *Synthèses de droit bancaire et financier, Liber Amicorum André Bruyneel* (Brussel: Bruylant, 2008), p.593 e.v.; P. Cooke, "Some reflections arising from comparisons between the Swiss and other Banking supervisory systems" in *50 ans de surveillance fédérale des banques* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985), p. 139 e.v.; A. Grisel, "La commission fédérale des banques sous le regard du juriste", in *50 ans de surveillance fédérale des banques* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985), p. 151 e.v.

²⁴⁹ Opggericht door de Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA, aangenomen door de federale kamers op 22 juni 2007.

²⁵⁰ Art. 21 Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers.

overheidstaak (dit wordt ruim opgevat) en wanneer zij het gevolg is van een fout in het toezicht (art. 3 al. 1 LCRF). Een persoonlijke fout van degene die de toezichtstaken uitvoerde, is niet vereist. Aangezien het hier gaat om vage normen werd de aansprakelijkheidsnorm waaraan de handelingen van de overheid wordt getoetst, ontwikkeld in de rechtspraak. Er geldt een strenge causaliteitsvereiste.

375. Ambtenaren kunnen niet rechtstreeks worden aangesproken door derden. Wel kunnen zij door de overheid worden aangesproken wanneer deze vergoeding heeft moeten uitkeren aan derden naar aanleiding van hun fout (regresvordering). De staat kan de schade op hen slechts verhalen in geval van opzet of een grove fout (Art 7 LRCF).²⁵¹

376. In het verleden is de Zwitserse toezichthouder in een aantal zaken verweten niet tijdig te zijn opgetreden. Het bevoegde Tribunal Fédéral heeft deze vordering steeds afgewezen, omdat het bewijs van een fout van de toezichthouder niet kon worden geleverd.²⁵² Voor een fout van de toezichthouder is vereist dat de overtreding van de toezichtswetgeving een vorm van machtsoverschrijding of van rechtsmisbruik oplevert. Meer in het algemeen wordt de onrechtmatigheid in het Zwitsers aansprakelijkheidsrecht omschreven als de inbreuk op een geschreven of ongeschreven norm die de belangen van een benadeelde beschermt. In die zin begrepen hanteert het Zwitserse recht ook een “Schutznormtheorie”.²⁵³

377. Nu de nieuwe toezichthouder een van de overheid onderscheiden onafhankelijke rechtspersoon is, rijst de vraag of de wetgever in een analoge aansprakelijkheidsbeperking heeft voorzien voor de nieuwe toezichthouder. Het antwoord is bevestigend: artikel 19 lid 2 van de Loi sur la surveillance des marchés financiers voorziet dat de FINMA en haar organen enkel kunnen aansprakelijk worden gesteld in volgende gevallen:
“A. elles ont violé des devoirs essentiels de fonction; et B. L’assujetti n’a pas causé les dommages en violant ses obligations.”

Het lijkt er op neer te zullen komen dat de FINMA enkel aansprakelijk is bij een tekortkoming aan essentiële toezichtsplichten, op voorwaarde dat de benadeelde niet (mee) de schade heeft veroorzaakt. Wanneer de FINMA effectief zou aansprakelijk worden gesteld, dienen de kosten van de vergoeding (en alle procedurekosten) te worden afgetrokken van haar begroting. Wanneer het toegekende budget niet zou volstaan om de volledige kosten te voldoen, kan de benadeelde partij een bijkomende vordering instellen tegen de overheid.²⁵⁴

²⁵¹ A. Grisel, “La commission des banques sous le regard du juriste”, in *50 ans de surveillance fédérale des banques*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag 1985, 164-165.

²⁵² X, “Responsabilité de la Confédération pour l’activité de la Commission fédérale des banques”, *JdT* 1993, I, 55 e.v.

²⁵³ Zie hierover C. Witz, *Le droit allemand*, Paris, Dalloz, 2001, p. 188 e.v.

²⁵⁴ Art. 19 Sect. 1 a Wet 14 maart 1958.

(c) Conclusie

Qua structuur van aansprakelijkstelling sloot de Zwitserse regeling tot voor kort aan bij het Franse systeem: de overheid was aansprakelijk voor fouten van zijn organen en personeelsleden. In de nieuwe regeling is de FINMA als onafhankelijk overheidslichaam zelf aansprakelijk voor haar onrechtmatige daad. Wat betreft het karakter van de fout wordt aangeknoopt bij een tekortkoming aan een “essentiële toezichtsplicht”. Deze omschrijving lijkt aan te sluiten bij de zware fout zoals omschreven naar Frans en Belgisch recht. Er geldt nog steeds een strenge causaliteitsvereiste.

3.3 Algemene conclusies

378. In alle onderzochte landen gelden hetzij op grond van wetgeving, hetzij op grond van jurisprudentie, beperkingen teneinde het aansprakelijkheidsrisico van de financiële toezichthouders te verminderen en soms zelfs te elimineren.

379. Opvallend is, dat in géén van de onderzochte landen de aansprakelijkheidsbeperking werd ingevoerd in verband met het internationale aansprakelijkheidsrisico. Uit onderzoek van de gepubliceerde rechtspraak en navraag bij de desbetreffende nationale toezichthouders blijkt ook dat zij met dergelijke claims nog niet geconfronteerd zijn, of dat deze claims in het buitenland zijn afgewezen op grond van de staatsimmunititeit. Het valt overigens niet uit te sluiten dat dergelijke claims in de toekomst wel zullen ingesteld worden..

380. Uit de rechtsvergelijkende analyse van de verschillende rechtstelsels kan worden vastgesteld dat de tussenkomst van de wetgever is ingegeven door de navolgende overwegingen van binnenlands belang.

381. De belangrijkste aanleiding voor de invoering van een immunititeit voor de financiële toezichthouder in de nationale rechtstelsels was de jurisprudentie in de betrokken landen, ook al was deze beperkt en behandelden de rechtbanken dergelijke claims met grote terughoudendheid. Hoewel het risico dus klein was, konden de gevolgen van aansprakelijkheid zeer omvangrijk zijn. Om rechtsonzekerheid te vermijden hebben de wetgevers willen uitsluiten dat bij toezichtsfalen de nationale toezichthouder kan worden aangesproken.

382. Een belangrijk argument voor de invoering van een immunititeit voor de financiële toezichthouder in de nationale rechtstelsels lag in de speciale taken die de toezichthouder in het algemeen belang uitvoert. De financiële toezichthouder beoogt namelijk stabiliteit en integriteit van het financiële stelsel en dus de nationale economie te beschermen. De ermee gepaard gaande risico's op omvangrijke schadeclaims zouden een afwijkend aansprakelijkheidsregime rechtvaardigen in het kader van het algemeen belang.

383. Ook is als argument aangevoerd dat de invoering van deze beperking aansluit aan bij de evolutie in andere rechtstelsels en bij de aanbevelingen van het Basel Committee on Banking Supervision die uitdrukkelijk refereren aan de noodzaak om de financiële toezichthouder te vrijwaren van aansprakelijkheid voor alle handelingen die te goeder trouw worden verricht in

de uitoefening van de toezichtstaken.

384. Gemeenschappelijke kritiek in de (rechtsliteratuur in de) onderzochte landen is dat er geen voldoende grondslag is voor een dermate verregaande hervorming van het aansprakelijkheidsrecht (wijziging van de voorwaarden van aansprakelijkheid). Daarbij aansluitend is er de kritiek dat er geen redelijke rechtvaardiging is om de categorie van financiële toezichthouders anders te behandelen dan andere toezichthouders en dan andere maatschappelijke actoren.

385. Uit het onderzoek blijken de volgende verschillen tussen de aansprakelijkheidsnormen in de onderzochte landen. In geen van de onderzochte landen is de toezichthouder aansprakelijk voor een gewone lichte fout bij de uitvoering van het toezichthouderstaken en de keuzes in zijn beleid. In Frankrijk, België, Luxemburg en Zwitserland is voor de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder een zware fout vereist. In wezen zal de aansprakelijkheidsbeoordeling in deze landen dus overeenkomsten vertonen met de aansprakelijkheidsbeoordeling in Nederland, waar, zo blijkt uit de Vie d'Or rechtspraak en het rapport Van Dam, evenmin snel aanleiding zal zijn om tot aansprakelijkheid te komen. De toezichthouder in het Verenigd Koninkrijk en Ierland zijn alleen bij "bad faith" aansprakelijk. In Duitsland en de Verenigde Staten geniet de financiële toezichthouder volledige immuniteit: zelfs in geval van opzet kan de toezichthouder niet aangesproken worden.

4. OVERZICHT VAN DE VERPLICHTE GARANTIEREGELINGEN: SPAARGARANTIESYSTEMEN, BELEGGERSCOMPENSATIESYSTEMEN, VERZEKERINGS- EN VRIJWARINGSREGELINGEN

386. In het vorige hoofdstuk werd de mogelijkheid voor benadeelden bestudeerd om hun schade vergoed te zien via een aansprakelijkheidsvordering tegen de financiële toezichthouder (met alle mogelijkheden en beperkingen die in dat geval gelden, gezien vanuit het recht van de onderzochte landen). Daarnaast bestaan ook andere bronnen van schadevergoeding voor benadeelden (sociale en private verzekeringen, schadefondsen, en andere compensatiemogelijkheden).

387. In het kader van dit onderzoek wordt hierna vooral aandacht besteed aan de depositogarantieregeling en de beleggersgarantieregeling. Dit zijn onder impuls van de Europese wetgever ontwikkelde alternatieve vergoedingssystemen, die los staan van het aansprakelijkheidsrecht, en die tot doel hebben de schade van de benadeelde te vergoeden bij deconfiture van de financiële instelling, los van een onderzoek naar een fout van de betrokken actoren. Door hun Europese origine is het stelsel van de garantieregelingen in de lidstaten uniform. Deze regelingen kunnen de effecten verzachten van een deconfiture van een financiële onderneming die ondanks financieel toezicht niet kon worden voorkomen. Daarna komen ook kort de mogelijkheden tot verzekering/vrijwaring van toezichthouders aan bod.

4.1 Spaargarantieregeling en beleggerscompensatieregeling

388. De richtlijn inzake de depositogarantiestelsels²⁵⁵ en beleggerscompensatieregeling²⁵⁶ stelt een geharmoniseerd minimumniveau vast voor verplichte depositogaranties en beleggerscompensatie in de EU-lidstaten. Het voornaamste doel van deze richtlijnen is de stabiliteit van het bankwezen te beschermen en depositanten en beleggers te beschermen. Bovendien waarborgen deze instrumenten het vertrouwen in de financiële ondernemingen. Het nadeel van het systeem is dat het (althans vanuit rechtseconomisch oogpunt) de concurrentie verstoort en de ondernemingen aanzet tot het nemen van meer risico's. Het zou ook roekeloos gedrag bij de cliënten kunnen bevorderen (cliënten zouden zich geen zorgen maken over de kwaliteit van hun bank). In ieder geval is het verstrekken van een deposito- of beleggersgarantie enkel zinvol in geval van geïsoleerde problemen bij een relatief kleine financiële onderneming. Het depositogarantiesysteem strekt enkel tot bescherming van rekeninghouders; aandeelhouders en beleggers kunnen er niet van genieten. Laatstgenoemden kunnen wel profiteren van de beleggerscompensatieregeling, mits zij voldoen aan de daarvoor geldende voorwaarden. Klanten die bij een financiële instelling zowel beleggingsproducten als geld op rekeningen aanhouden, kunnen beide garanties met elkaar combineren.

389. De traditionele aanpak van het prudentiële toezicht is gebaseerd op nationale autonomie. De globalisering van de financiële markten maakt deze benadering goeddeels illusoir. Landen hebben niet langer volstrekt autonoom hun eigen financiële lot in handen. De recente financiële crisis illustreert dit: de crisis in de markt van rommelhypotheeklen in de Verenigde

²⁵⁵ Richtlijn 94/19/EG (PB L 135 van 31.5.1994).

²⁵⁶ Richtlijn 97/9/EG (PB L 84 van 26.3.1997).

Staten sleurde wereldwijd de hele financiële sector mee. Door de Europese Raad van Ministers werd in antwoord op de bankencrisis opgeroepen tot een verdergaande samenwerking tussen toezichthouders en een verdere convergentie van de toezichtpraktijken. Ook werd de dekkingsgraad van de depositogarantiesystemen belangrijk verhoogd. De Raad besloot op 8 oktober 2008 om gedurende een jaar de depositogarantieregeling op te trekken naar een spaarbescherming per individuele rekening ter waarde van minimaal € 50.000.²⁵⁷ Binnen Nederland is het depositogarantiestelsel opgetrokken per individuele rekening tot € 100.000.²⁵⁸ Het beleggersgarantiestelsel bleef ongewijzigd.

390. Als uitgangspunt geldt dat de spaar- en beleggersgarantiesystemen niet via overheidsgeld, maar door de financiële sector zelf worden gefinancierd, hetzij ex ante door stortingen in een fonds (beleggersgarantieregeling), hetzij ex post wanneer zich een bankinsolventie voordoet (depositogarantieregeling).

391. De home/host beginselen die tussen lidstaten gelden voor de taakverdeling inzake het financiële toezicht gelden ook voor de garantieregeling. De garantieregeling van een onderneming in het moederland geldt dus ook voor haar bijkantoren in andere lidstaten maar niet voor de dochters. Hierdoor kan het voorkomen dat een bijkantoor in een bepaalde lidstaat een garantie biedt die hoger of lager is dan het bedrag dat door de nationale wetgeving van de ontvangstaats wordt voorgeschreven. Hierna worden beide regelingen beschreven.

392. In relatie tot het toezicht op verzekeraars ontbreken soortgelijke regels. Slechts 13 EU lidstaten beschikken over een soort garantiestelsel maar er bestaan grote verschillen in toepassingsgebied en dekking.²⁵⁹ In mei 2008 publiceerde de Europese Commissie een Consultation Paper waarin verschillende opties ter consultatie worden voorgelegd.²⁶⁰ Op een stakeholdersbijeenkomst in juni 2008 bleken financiële ondernemingen welwillend tegenover VGS (structuurfonds) te staan. Het feit dat Solvabiliteit II een belangrijke bijdrage gaat leveren aan het voorkomen van het in werking treden van een garantiefonds zal hieraan niet vreemd zijn. De verwachting is dat de Commissie over enige tijd met een Groenboek zal komen. De kosten van een VGS zijn bescheiden.²⁶¹ Na Solvabiliteit II zullen deze kosten nog verder kunnen dalen, zodat deze snel opwegen tegen de opbrengst: een groter vertrouwen in de markt.

²⁵⁷ Council Conclusions-Ecofin Council of 7 October 2008 ("Immediate response to financial turmoil"), 13930/08.

²⁵⁸ Besluit van 12 oktober 2008, houdende regels met betrekking tot verscheidene bijzondere prudentiële maatregelen, het beleggerscompensatie- en het depositogarantiestelsel op grond van de Wet op het financieel toezicht (Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft), Staatsblad 2008 507.

²⁵⁹ Oxera, *Insurance Guarantee Schemes in the EU. Comparative analysis of existing schemes, analysis of problems and evaluation of options*, 2007, te raadplegen op: http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/guarantee_schemes_en.pdf.

²⁶⁰ Markt 2508/08, Brussels, 7 May 2008.

²⁶¹ Volgens het Oxera-Rapport, p. 116 minder dan 0.1% van de bruto premies.

4.1.1 Spaargarantieregeling

(a) Deelnemende banken aan de spaargarantieregeling

393. Onder het Nederlandse depositogarantiestelsel vallen de in Nederland gevestigde banken die een vergunning hebben van DNB, alsmede hun bijkantoren in de lidstaten. De banken die gevestigd zijn in andere landen van de Europese Unie, Noorwegen, IJsland of Liechtenstein en die in Nederland vanuit een bijkantoor werken, vallen onder het depositogarantiestelsel in hun land van herkomst.

394. Indien de garantiebedragen elders hoger zijn, is er geen probleem. In gevallen waar de garantie elders lager is, is het gastland ertoe gehouden om ervoor te zorgen dat het bijkantoor vrijwillig kan deelnemen aan het daartoe opgerichte erkende depositogarantiestelsel ter aanvulling van de garantie die reeds bestaat op grond van zijn deelneming aan het garantiestelsel in het herkomstland en dat in ieder geval niet lager mag zijn dan Europees minimum. Het gaat hier om het zogenaamde voorzien van “topping-up-faciliteiten” aan bijkantoren van buitenlandse ondernemingen die hun dekking wensen aan te vullen.²⁶² Momenteel zijn discussies gaande om deze verplichtingen bij het herkomstland in plaats van bij het gastland te leggen.

395. Als het depositogarantiestelsel in het land van herkomst een beperktere dekking kent dan het Nederlandse depositogarantiestelsel, bestaat voor deze bijkantoren dus de mogelijkheid om aanvullend deel te nemen aan het Nederlandse depositogarantiestelsel. Banken die gevestigd zijn in andere landen van de Europese Unie, Noorwegen, IJsland of Liechtenstein en die in Nederland vanuit een bijkantoor werken, vallen onder het depositogarantiestelsel in hun land van herkomst. Dat depositogarantiestelsel moet op grond van Europese regels thans minimaal een bedrag van € 50.000 per persoon per instelling garanderen. Als de dekking van het depositogarantiestelsel in het land van herkomst lager is dan de dekking van het Nederlandse depositogarantiestelsel (thans € 100.000), kan het bijkantoor aanvullend deelnemen aan het Nederlandse depositogarantiestelsel. Dit betekent dat wanneer een dergelijke bank betalingsproblemen krijgt, de gedupeerde rekeninghouder mogelijk uitkeringen van twee toezichthouders ontvangt. Voor banken die niet gevestigd zijn in de Europese Unie, Noorwegen, IJsland of Liechtenstein en die in Nederland vanuit een bijkantoor werken, gelden afwijkende regels.

(b) Voorwerp van de spaargarantieregeling

396. Onder het depositogarantiestelsel valt alleen het geld op rekeningen (lopende rekeningen, spaarrekeningen of bijzondere rekeningen zoals termijndeposito's). Aandelen of obligaties aan toonder vallen hier dus niet onder. Of achtergestelde deposito's onder het garantiestelsel vallen, moet per geval beoordeeld worden.

²⁶² Art. 4 lid 2 Richtlijn 94/19/EG.

397. Alleen rekeninghouders kunnen een beroep doen op het depositogarantiestelsel. Effectenbezitters en aandeelhouders zijn van het beschermingsbereik uitgesloten. Destijds is op EU-niveau de politieke keuze gemaakt om alleen ‘kleine spaarders’ (particulieren en kleine ondernemingen) te laten profiteren van dit systeem.²⁶³

(c) Modaliteiten van de spaargarantieregeling

398. Sinds 1994 zijn de lidstaten verplicht om te zorgen dat voor rekeninghouders minimaal € 20.000 per rekeninghouder wordt uitbetaald in geval van insolventie van een bank.²⁶⁴ Binnen de EU lopen de garantiebedragen sterk uiteen. In Nederland is het minimumbedrag na het faillissement van Van der Hoop Bankiers in 2005 verhoogd naar (feitelijk) € 38.000.²⁶⁵ Binnen de EU was Nederland hiermee opgeschoven naar de subtop (Report on the minimum guarantee level of Deposit Guarantee Schemes Directive 94/19/EC, p. 9).

399. De richtlijn stelde aanvankelijk de volgende minimumvereisten: de deposito's worden gegarandeerd tot een bedrag van € 20.000; het dekkingspercentage moet minstens 90% van totale deposito bedragen tot het minimumgarantiebedrag van € 20.000 en de minimale reikwijdte van de dekking is in bijlage 1 bij de richtlijn vastgesteld aan de hand van een lijst van mogelijke uitsluitingen.

400. Naar aanleiding van het uitbreken van de financiële crisis heeft de Europese Commissie in oktober 2008 de minimum limieten van de depositogarantieregeling opgetrokken tot € 50 000 met directe ingang, met het oog op het (herstel van het) vertrouwen in de markt en een grotere stabiliteit op de financiële markten.

401. Tegen 31 december 2010 moet deze limiet opgetrokken zijn tot € 100.000.²⁶⁶ Nederland garandeert de deposito's in ieder geval tot oktober 2009 tot € 100.000. Vermoed kan worden dat voor de tussenliggende periode van een jaar de gedekte bedragen niet zullen wijzigen (verminderen). De kenmerken van de huidige nieuwe regeling zijn dat er maximaal € 100.000 per persoon per instelling wordt gegarandeerd (in het geval van een en/of rekening van twee personen geldt dit maximum per persoon) en dat nog steeds enkel particulieren en kleine ondernemingen aanspraak kunnen maken op deze regeling.

402. In Nederland zorgt DNB voor de vaststelling en betaling van de uitkeringen door het Nederlandse garantiestelsel. Nadat DNB heeft uitgekeerd, slaat zij het door haar betaalde bedrag om over de deelnemende financiële ondernemingen naar rato van hun bedrijfsomvang. De verhoging van de financiële garantie komt voor rekening van de financiële

²⁶³ Een kleine groep particulieren is uitgesloten van het depositogarantiestelsel. Onder deze groep vallen onder andere de bestuurders van de bank met betalingsproblemen, mensen die een belang hebben van vijf procent of meer in die bank of de directe familie van die personen. Ook bepaalde ondernemingen zijn uitgesloten van het depositogarantiestelsel, zoals financiële ondernemingen en overheden.

²⁶⁴ Richtlijn 94/19/EG van 30 mei 1994 inzake depositogarantiestelsel en (Deposit Guarantee Directive 1994 en Richtlijn 97/9/EG van 3 maart 1997 inzake beleggerscompensatiestelsels.

²⁶⁵ Brief Minister van Financiën van 21 maart 2006 (Kamerstukken II 2005/06, 30 300 (XB, nr. 30).

²⁶⁶ Tenzij uit een impact studie zou blijken dat deze limieten niet haalbaar zijn en harmonisatie tussen de lidstaten op dat vlak niet wenselijk.

ondernemingen.²⁶⁷

403. Het Nederlandse depositogarantiestelsel keert in principe binnen drie maanden na ontvangst van de aanvraag uit. Deze termijn is een Europese regel die dus ook geldt voor depositogarantiestelsels in andere EU-landen, Noorwegen, IJsland en Liechtenstein. In bijzondere gevallen kan de termijn worden verlengd.

4.1.2 Beleggersgarantieregeling

(a) Wet giraal effectenverkeer (Wge)

a.1 Schets van de wettelijke regeling

404. Beleggers zijn beschermd tegen een faillissement van de beleggingsinstelling doordat op grond van de Wet giraal effectenverkeer (Wge) effecten in bewaring worden gegeven bij Euroclear, een organisatie waarbij de banken zijn aangesloten. Hierdoor vallen effecten (bijvoorbeeld binnenlandse aandelen en obligaties en gestructureerde producten) buiten het vermogen van de bank en blijven zij dus buiten een eventueel faillissement van de beleggingsinstelling. Wel loopt de belegger een debiteurenrisico op de uitgevende instelling van het financiële product.

a.2 Wijziging wet giraal effectenverkeer

405. In januari 2009 is aan de Tweede Kamer een voorstel tot wijziging van de Wge aangeboden. Deze wijziging heeft twee hoofddoelstellingen. Op dit moment is alleen sprake van bescherming van de belegger in geval van faillissement van de instelling (de zogenaamde Wge-bescherming) wanneer aan twee voorwaarden is voldaan:

- (i) er moet sprake zijn van Wge-effecten, zijnde effecten waarvan het centraal instituut heeft bepaald dat zij tot een verzameldepot en een girodepot kunnen behoren.
- (ii) deze Wge-effecten moeten worden aangehouden op rekeningen van bij het centraal instituut aangesloten instellingen.

406. De voorgestelde wijzigingen zullen er toe leiden dat de bescherming wordt uitgebreid naar vrijwel alle effecten in de zin van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Daarnaast zal de bescherming niet alleen toekomen aan klanten van bij het centraal instituut aangesloten instellingen maar ook aan klanten van andere intermediairs. Door deze wijziging zullen aparte bewaarbedrijven overbodig worden voor de bescherming van beleggers.²⁶⁸

²⁶⁷ De Minister van Financiën kan het bedrag eenzijdig aanpassen. Alleen in het geval van het faillissement van de online Icesave-spaarbank zal Financiën éénmalig de kosten op zich nemen.

²⁶⁸ Kamerstukken 31 830.

(b) Beleggerscompensatiestelsel²⁶⁹

b.1 Deelnemende financiële ondernemingen aan de beleggersgarantieregeling

407. De beleggersgarantieregeling beschermt particulieren en "kleine" ondernemingen²⁷⁰ die, op grond van een beleggingsdienst, geld of financiële instrumenten (bijvoorbeeld effecten of opties) hebben toevertrouwd aan een vergunninghoudende bank of beleggingsonderneming ten belope van een minimum bedrag (vandaag: € 20.000). Het beleggerscompensatiestelsel dekt vorderingen met betrekking tot effecten die niet in de verzameldepots van Euroclear vallen en die niet via een bewaarbedrijf bewaard worden, zoals opties, futures en andere derivaten. De beleggersgarantieregeling biedt vaak geen soelaas bij faillissement van een onderneming, omdat de effecten vaak buiten het vermogen van de onderneming worden geplaatst (cf. faillissement Van de Hoop Bankiers).

408. Alle Nederlandse banken en beleggingsondernemingen die een vergunning hebben van DNB of de AFM vallen onder het Nederlandse beleggerscompensatiestelsel.

409. Voor Nederlandse bijkantoren van in de EU en Noorwegen, IJsland en Liechtenstein gevestigde banken en beleggingsondernemingen geldt het beleggerscompensatiestelsel in het land van herkomst. Binnen de EER geldt een richtlijn waarin is afgesproken dat minimaal een bedrag van € 20.000 gegarandeerd moet zijn. Daarbij mag een land bepalen dat er een eigen risico van 10% is.

410. Bijkantoren in Nederland van banken en beleggingsondernemingen uit de EER kunnen kiezen voor aanvullende deelname aan het beleggerscompensatiestelsel als hun eigen beleggerscompensatiestelsel een beperktere dekking heeft.

411. In Nederland gevestigde bijkantoren van buitenlandse banken of beleggingsondernemingen die hun zetel niet in de EER hebben, kunnen kiezen voor (aanvullende) deelname aan het Nederlandse beleggerscompensatiestelsel. Dit kan wanneer op hen geen beleggerscompensatiestelsel van toepassing is waarvan de dekking gelijkwaardig is aan de binnen de EER geldende minimumregels. Buitenlandse financiële ondernemingen vallen niet onder het Nederlandse beleggingscompensatiestelsel waardoor de dekking andermaal beperkt is.

²⁶⁹ De Europese Commissie heeft op 9 februari 2009 aangekondigd dat zij een hervorming van het beleggerscompensatiestelsel voorbereidt: zie bericht op: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/isd/investor_en.htm.

²⁷⁰ Professionele marktpartijen en professionele beleggers, zoals banken, verzekeraars, pensioenfondsen, overige ondernemingen en overheidslichamen, kunnen geen beroep doen op het beleggerscompensatiestelsel. Een van de motieven is daarbij dat het gaat om sterke marktpartijen; zij moeten zelf beoordelen of zij hun beleggingen laten uitvoeren door een solide bank of beleggingsonderneming.

b.2 Voorwerp van de beleggersgarantieregeling

412. Het beleggerscompensatiestelsel garandeert een bedrag van maximaal € 20.000 per persoon per instelling. Vorderingen (in geld of effecten) die verband houden met het verrichten van bepaalde (beleggings)diensten in aanmerking voor vergoeding. Het gaat daarbij om geld of effecten van een belegger die in verband met die (beleggings)diensten gehouden worden en die, ingeval een bank of beleggingsonderneming niet in staat is aan haar verplichtingen jegens de cliënten-beleggers te voldoen, niet aan de belegger kunnen worden teruggegeven. Schade ten gevolge van beleggingsverliezen geleden op financiële instrumenten (cf. aandeelhouders van Fortis en ING) zelf komt niet voor vergoeding in aanmerking, waardoor de bescherming maar beperkt is.

b.3 Financiering van de beleggersgarantieregeling

413. Voor beleggingsondernemingen is er een beleggerscompensatiefonds waaruit in eerste instantie wordt geput voor de omslag. DNB betaalt de uitkeringen onder het beleggerscompensatiestelsel, welke zo veel mogelijk vergoed worden uit het beleggerscompensatiefonds. Als het fonds ontoereikend is, slaat DNB het meerdere om over de deelnemers in het stelsel, naar rato van hun bedrijfsomvang. Beleggingsondernemingen zijn verplicht jaarlijks een bijdrage te leveren aan het compensatiefonds.

4.2 Private verzekering en vrijwaring

4.2.1 Verzekering van aansprakelijkheid door toezichthouders

414. In binnen- en buitenland is het regel dat de overheid haar eigen aansprakelijkheid niet verzekert. De kosten van aansprakelijkheid komen voor rekening van het budget van het ministerie of van dat van de toezichthouder binnen de ministeriële begroting voor zover deze toezichthouder een dienst van de overheid is.

415. In Nederland hebben de financiële toezichthouders eigen rechtspersoonlijkheid. De Nederlandsche Bank is een naamloze vennootschap waarvan de aandelen in handen van de Staat zijn, terwijl de AFM een stichting is. Beide toezichthouders zijn bestuursorgaan in de zin van art. 1:1. Zij zijn tevens ZBO. In dit soort gevallen is het van belang om een voorziening te treffen voor het dekken van de kosten van aansprakelijkheid, hetzij door het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering, hetzij op andere wijze.

416. Zowel DNB als de AFM beschikken over een vrijwaring van de Nederlandse Staat. Als gevolg hiervan vrijwaart de Staat beide toezichthouders voor aansprakelijkheidsclaims boven een eigen risico van 10% van de toezichtbegroting. Het eigen risico zelf wordt door de toezichthouders doorbelast aan de ondertoezichtstaande marktpartijen. Het staat de toezichthouders vrij het eigen risico te verzekeren. DNB heeft hier geen gebruik van gemaakt; de AFM heeft ongeveer de helft van het eigen risico verzekerd (de premies van de verzekering worden eveneens doorbelast aan de sector).²⁷¹ Globaal dekt de verzekering schadegevallen tot

²⁷¹ Kamerstukken II, 1995-1996, 24 843, nr 1, p. 12.

€ 4.5000.000 per aanspraak en per kalenderjaar met een eigen risico van € 500.000 per aanspraak.

417. Eén van de door de Minister van Justitie overgenomen aanbevelingen in het Rapport-Van Dam (2006) was om

‘met name voor de nieuwe toezichthouders met rechtspersoonlijkheid de voor- en nadelen van een aansprakelijkheidsverzekering of een andere dekking van hun aansprakelijkheidsrisico te onderzoeken. Een belangrijk onderdeel van een dergelijk arrangement kan een aansprakelijkheidsverzekering zijn maar een gemengd systeem waarin de landelijke overheid participeert is ook denkbaar. Een voorbeeld daarvan is het financiële arrangement bij DNB en AFM.’

418. Zowel DNB als de AFM beschikken over een vrijwaring van de Nederlandse Staat. Als gevolg hiervan vrijwaart de Staat beide toezichthouders voor aansprakelijkheidsclaims boven een eigen risico van 10% van haar toezichtbegroting. Dit eigen risico wordt door de toezichthouders doorbelast aan de onder toezicht staande marktpartijen. Het staat de toezichthouders vrij het eigen risico te verzekeren. DNB heeft hier geen gebruik van gemaakt; de AFM heeft ongeveer de helft van het eigen risico verzekerd (de premies van de verzekering worden eveneens doorbelast aan de sector). AFM beschikt ook nog over private verzekeringsdekking

419. Uit het Rapport-Van Dam (2006) bleek dat met het opkomen van de nieuwe (markt)toezichthouders de vraag naar verzekering van aansprakelijkheid in binnen- en buitenland actueel is geworden, omdat door het op afstand van de overheid plaatsen van de nieuwe toezichthouders de financiële dekking van schadeclaims niet meer vanzelfsprekend is. Voor deze zelfstandige toezichthouders is het hebben van financiële dekking voor het aansprakelijkheidsrisico van cruciaal belang.

420. Hierna volgt een niet-uitputtend overzicht op basis van de bevindingen in andere landen uit het rapport-Van Dam.

België

421. De Belgische CBFA is niet verzekerd voor haar aansprakelijkheid omdat geen adequate verzekeringsdekking voorhanden zou zijn op de markt voor dit soort risico.

Duitsland

422. In Duitsland verzekeren overheden hun aansprakelijkheid niet. Uitzonderingen hierop zijn niet bekend. Wel zijn er ter aanvulling van de depositogarantieregeling private garantieregelingen ingericht door de verschillende verenigingen van banken die een additionele bescherming bieden.²⁷²

²⁷² Het gaat om: the Association of German Banks; the Association of German Public Sector Banks; the German Savings Banks Association; the Association of German Cooperative Banks; the German Investment and Asset Management Association; and the German Insurance Association.

England and Wales

423. Afgezien van enkele kleine gemeenten verzekeren veel overheidslichamen hun eigen aansprakelijkheid. Dit geldt echter niet voor de Financial Services Authority.

Frankrijk

424. In Frankrijk heeft de Autorité des Marchés Financiers rechtspersoonlijkheid maar zij beschikt niet over een aansprakelijkheidsverzekering. Van belang is voorts dat op 8 september 2005 de Franse Conseil d'Etat (Raad van State) heeft geadviseerd dat slechts ZBO's (autorités administratives indépendantes) met rechtspersoonlijkheid de consequenties van hun aansprakelijkheid moeten dragen. Wel zou de Franse Staat aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld in geval van insolventie van de betrokken ZBO. Dat is een constructie die enige verwantschap heeft met die in Nederland met betrekking tot de AFM.

4.2.2 Verzekering aansprakelijkheid financiële ondernemingen

425. Het lijkt niet goed denkbaar dat het risico niet meer te kunnen voldoen aan de eigen verplichtingen jegens cliënten voor verzekering in aanmerking komt. De toezichthouders die hierover bevestigd werden bevestigden dit.

4.3 Conclusie

426. Wanneer zich een probleem voordoet bij een financiële instelling zal het systeem van de spaargarantie- en beleggersgarantieregelingen aan kleine spaarders en beleggers de mogelijkheid bieden om voor (een deel van) hun verliezen te worden gecompenseerd. De spaargarantieregeling is momenteel voor de banken in Nederland en hun EU-bijkantoren opgetrokken tot € 100.000 (de minimum standaard binnen Europa is momenteel € 50.000); de beleggersgarantieregeling blijft beperkt tot € 20.000 voor die ondernemingen. Alle ondernemingen in de sector betalen mee aan dit systeem. Zij geldt, inclusief de minimumlimieten, voor heel Europa zodat op dat vlak van een geharmoniseerde regeling kan worden gesproken. De verplichte spaar- en depositogarantiesystemen zullen de effecten van een deconfiture die ondanks het financieel toezicht niet kon worden voorkomen, opvangen tot aan de gewaarborgde limieten, zodat in zoverre van een potentiële aansprakelijkstelling van de toezichthouder door de kleine spaarders/beleggers geen sprake zal zijn. De institutionele spaarders, beleggers en financiële ondernemingen kunnen niet genieten van deze regeling. De toezichthouders in Nederland zijn tegen aansprakelijkheidsvorderingen gedeeltelijk beschermd door een door de overheid verstrekte vrijwaring. Het (resterende) aansprakelijkheidsrisico van de toezichthouders is niet verzekerd bij DNB; wel bij AFM.²⁷³

²⁷³ Onzeker is of het risico in de toekomst, naar aanleiding van de financiële crisis, nog verder verzekerd zal kunnen worden.

5. EMPIRISCH ONDERZOEK

5.1 Resultaten van de bevraging van de toezichhouders

427. Uit een (schriftelijke en mondelinge) bevraging²⁷⁴ van de toezichhouders in de omringende landen bleek dat toezichhouders nog maar nauwelijks geconfronteerd zijn geweest met aansprakelijkheidsvorderingen. In de meerderheid van de gevallen betrof het vorderingen ingesteld door gedupeerde klanten van kredietinstellingen en investeringsondernemingen die failliet waren verklaard. Tot op dit ogenblik heeft de rechtspraak nog nooit de aansprakelijkheid van de huidige toezichhouders in één van de onderzochte landen aanvaard.

428. De Engelse toezichthouder (FSA) meldt ons bevreesd te zijn in de toekomst aansprakelijk te kunnen worden gesteld op grond van de Francovich-rechtspraak wegens schending van een bepaling van gemeenschapsrecht (vgl. nr. 288). Dit zou het beperkte stelsel van aansprakelijkheidsmogelijkheden doorbreken.

429. De FSA maakt melding van een vijftal aansprakelijkheidsclaims die tegen haar zijn ingesteld. In drie gevallen kwam het niet tot een rechtszaak, vermoedelijk omdat de eisers zich realiseerden dat de kansen op succes gering zouden zijn. In de andere gevallen werd de vordering niet gegrond verklaard.

430. De bevroegde toezichthouders melden ons tevens dat ze nog maar zelden of nooit geconfronteerd geweest zijn met een vordering met internationale dimensie.

431. De Belgische toezichthouder maakt echter melding van de eenmalige betrokkenheid in een geschil met een internationale dimensie. De Belgische toezichthouder is namelijk betrokken geweest bij een aansprakelijkheidsvordering ingesteld door intekenaars op Uniwear-obligaties in Italië. De rechtbank is niet toegekomen aan een aansprakelijkheidsbeoordeling omdat de vordering niet ontvankelijk werd verklaard (zie het vonnis van de rechtbank te Rome van 30 januari 2007 dat besproken is onder randnr. 269).

432. Tegen de Nederlandse toezichthouder is eerder in het Verenigd Koninkrijk een aansprakelijkheidsvordering ingesteld in de Grovit-zaak (hiervoor al besproken, zie randnr. 252). Ook deze vordering is niet-ontvankelijk verklaard wegens onbevoegdheid van de buitenlandse rechter.

433. DNB liet voorts weten de afgelopen jaren zes aansprakelijkheidsclaims te hebben ontvangen van particulieren waarvan en één claim door een onder toezicht gestelde onderneming. In de meerderheid van de gevallen gaat het om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens vermeend inadequaat toezicht. In de andere gevallen gaat het om vermeende onrechtmatige besluitvorming. De toezichthouder heeft telkens aansprakelijkheid van de hand gewezen. In geen van de gevallen waarin reeds een uitspraak voorligt (vijf van de

²⁷⁴ De schriftelijke vragen die aan de toezichhouders in de enquête werden voorgelegd zijn toegevoegd aan de bijlagen (6.2.1).

zes) werd DNB aansprakelijk gesteld.

434. De Franse toezichthouder AFM maakte ons melding van 7 aansprakelijkheidsprocedures die de afgelopen jaren tegen de Franse overheid werden ingesteld wegens vermeend gebrekkig toezicht van de AFM. Slechts in een geval ging het daarbij om een gedupeerde belegger; de overige gevallen betreffen allen de onder toezicht gestelde ondernemingen en in een geval betrof het een vordering van een auditor. De gevorderde vergoedingen varieerden in grootte van € 200.000 tot € 50 mio. In de meerderheid van de gevallen is de vordering afgewezen bij gebrek aan bewijs van grove fout. In één geval werd wel degelijk de machtsoverschrijding door AFM vastgesteld, maar de vordering is afgewezen bij gebrek aan bewijs van schade. (Toelating om verdere transacties te verrichten op de markt was ingetrokken geweest door AFM. De gevorderde schadevergoeding bedroeg ca. € 15 mio).

435. De National Futures Association (NFA) is een zelfregulerende commissie die toezicht houdt op de financiële futures onder toezicht van de federale CFTC. Ook deze zelfregulerende commissies genieten aansprakelijkheidsbeperking in de Verenigde Staten (cf. *Barbara v. N.Y. Stock Exch., Inc.*, 99 F.3d 49 (2d Cir. 1996); *Sparta Surgical Corp. v. NASD*, 159 F.3d 1209, 1215 (9th Cir. 1998); voor zover het gaat om het uitoefenen van overheids-toezicht (cf. *In Re: Series 7 Broker Qualification Exam Scoring Litigation* 548 F.3d 110 (DC Cir. 2008)). De immuniteit strekt zich niet uit tot commerciële activiteiten (zie onder meer *Weissman v NASD* 500 F.3d. 1293 (11th Cir 2007)).

436. De NFA is in de Verenigde Staten nog maar zelden geconfronteerd geweest met een aansprakelijkheidsprocedure. In dergelijke gevallen wordt nooit gekozen voor een schikking. De NFA betracht de grootte openheid en maakt melding van dergelijke vorderingen op haar website. De NFA (Verenigde Staten) verwijst naar een vijftal aansprakelijkheidsclaims die de laatste jaren tegen haar zijn ingesteld, waarvan vier door particulieren en één door een onder toezicht staande onderneming. Vier werden afgewezen en één nog hangende is. Ten gronde is de NFA nog nooit aansprakelijk gesteld. De NFA is nog niet geconfronteerd geweest met een vordering met een internationale dimensie.

437. Uit de bevraging van de toezichthouders bleek dat deze toch enigszins bevreesd zijn voor claims met een internationale dimensie. Vooral wanneer ze in het buitenland gedagvaard zouden worden, omdat ze er dan niet zeker van zouden durven zijn of de rechter van dat buitenlandse forum hun aansprakelijkheidsimmunititeiten zou laten doorwerken. Of dat zo zal lopen, hangt uiteraard in eerste instantie af van de bevoegdheidsregels van dat forum, maar onze analyse hiervoor laat zien dat in de door ons onderzochte landen de opvatting heerst dat een buitenlandse overheid alleen voor de gerechten in de eigen staat gedaagd kan worden, zodat aan de voormelde vrees weinig gewicht heeft te worden toegekend.

438. In het kader van het toezicht op financiële conglomeraten benadrukten de toezichthouders het belang van het voorstel van de EU commissie tot goedkeuring van een richtlijn om voor de grensoverschrijdende financiële groepen te werken aan een versterking van de ‘colleges’ van toezichthouders. Graag voetnoot: welk richtlijnvoorstel? Deze colleges zijn een flexibel instrument dat de lasten en de kosten van het toezicht moet kunnen beperken,

zonder afbreuk te doen aan de vereisten en de groeiende complexiteit inzake toezicht op internationaal actieve financiële groepen.

439. Een punt van zorg van de Nederlandse toezichthouders is het risico veelvuldig in een aansprakelijkheidsprocedure te worden betrokken. In het licht van de huidige crisis waarbij de solvabiliteit en liquiditeit van veel financiële ondernemingen onder druk is komen te staan, zijn gedupeerden meer geneigd om rechtstreeks de financiële toezichthouder (overheid) aan te spreken omdat vermoed wordt dat deze de “deepest pockets” heeft. Onafhankelijk van de uitkomst van dergelijke procedures, zijn aan deze claims zelf al hoge kosten (van o.a. juridische bijstand) verbonden. De werkingskosten voorzien dergelijke uitgaven niet en zijn niet toereikend om deze kosten te dekken. Het is ondenkbaar om deze kosten om te slaan om de onder toezicht gestelde ondernemingen. Ultiem zal de overheid deze kosten dus moeten dragen. Ook wordt de kans dat verzekeringsdekking voor het eigen risico nog beschikbaar zal blijven in de toekomst in het licht van deze evoluties twijfelachtig geacht. Evenwel kan opgemerkt worden dat dit risico niet vermindert door een aansprakelijkheidsbeperking in te voeren. Ook in landen als België en het Verenigd Koninkrijk waar een aansprakelijkheidsbeperking geldt, worden nog rechtszaken aangespannen. De discussie zal dan eerder gevoerd worden over de aard van de fout (zware of lichte toezichtsfout). Om het risico op aansprakelijkheidsbeperking uit te sluiten zou moeten overgegaan worden tot een algehele immuniteit (ook bij opzet) hetgeen niet past binnen het Nederlandse rechtssysteem en overigens wellicht strijdig zou zijn met het grondrecht op toegang tot de rechter (ar. 6 EVRM).

5.2 Resultaten van de enquête bij financiële ondernemingen

440. De opdrachtgever heeft de onderzoekers verzocht om mede in de beschouwing te betrekken de vraag in hoeverre de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders van invloed zou kunnen zijn op de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland voor ondernemingen.. Naast de interviews met enkele toezichthouders is door middel van een enquête de vraag getoetst in hoeverre de mogelijke aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder in een land van invloed zou kunnen zijn op het vestigingsbeleid van (financiële) ondernemingen. In elk van de onderzochte landen (België, Frankrijk, Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Zwitserland, Verenigde Staten) zijn in dat kader enquêtes uitgezet²⁷⁵ die peilden naar de diverse factoren die van belang waren voor die ondernemingen bij de keuze van een vestigingsplaats. Hierbij is onderzocht in hoeverre het vestigingsbeleid van de onderneming wordt beïnvloed door de volgende rubrieken:

- algemeen imago Nederland
- infrastructuur
- vestigingsplaats
- arbeidswetgeving
- belasting
- wetgeving en reglementen
- marktinnovaties
- marktcondities

²⁷⁵ Per land betrokken in het onderzoek werden 50 enquêtes uitgezet.

- levenskwaliteit

441. De rubriek ‘wetgeving en reglementen’ bevatte ook een vraag naar de eigen mogelijke aansprakelijkheid en een vraag naar de mogelijkheid om eventueel de toezichthouder aan te kunnen spreken. Deze vragen werden bewust ingebed in deze bredere rubriek om zo te voorkomen dat de vraagstelling zelf de ondernemingen op een bepaald spoor zou zetten of bewust zou maken van wellicht niet eerder onderkende mogelijkheden. Bovendien kon op deze wijze een eerder gebruikte vragenlijst bestaande uit dezelfde rubrieken grotendeels gevolgd en benut worden en zouden de resultaten vergeleken kunnen worden.

442. De enquêtes werden door het overgrote deel van de ondernemingen niet beantwoord (zie het overzicht in tabel 1 hierna). Verschillende ondernemingen antwoorden ons niet aan het onderzoek te zullen deelnemen omdat ze vanuit het buitenland geen zicht hebben op de vestigingsstructuur in Nederland.

443. Ten aanzien van de wel verkregen resultaten – slechts 17 - kunnen we kort zijn, ook omdat daaruit geen harde conclusies te trekken vallen.²⁷⁶ Uit de antwoorden van de aangezochte ondernemingen bleek enerzijds dat zij de mogelijkheid om aansprakelijk te worden gesteld door particulieren en/of toezichthouders als realistisch inschatten (zie hierna in tabel 2 onder F4) en hoger inschatten dan de kans op regres op de toezichthouders (zie hierna tabel 2 onder F5). Onmiskienbaar bleek dan weer dat de mogelijkheid om de toezichthouder al dan niet aansprakelijk te stellen geen factor is die van invloed is in het kader van het vestigingsklimaat van die ondernemingen (zie hierna in tabel 3): het gaat om de op twee na minst belangrijke factor. Het toezichtsbeleid zou wel een factor kunnen zijn die van invloed is op de vestigingskeuze van ondernemingen, zo lieten toezichthouders ons weten.

²⁷⁶ De volledige resultaten van de bevraging zijn terug te vinden in de bijlagen onder 6.2.2.

444. Tabel 1: Aantal respondenten per land

1. Aantal financiële ondernemingen dat is aangeschreven
2. Aantal financiële ondernemingen die de enquête hebben ingevuld
3. Aantal financiële ondernemingen die afzagen van deelname

	1	2	3
Nederland	50	7	43
Duitsland	50	1	49
België	50	5	45
Verenigd Koninkrijk	50	3	47
Frankrijk	50	0	50
Zwitserland	50	0	50
Luxemburg	50	0	50
Ierland	50	0	50
Verenigde Staten	50	1	49

445. Aan de ondernemingen werd gevraagd om, per rubriek, elk van de volgende vestigingsfactoren een cijfer te geven van 1 tot 10, waarbij 1 'extreem slecht' is; 5 'gemiddeld' en 10, 'uitstekend'. De gegevens zijn anoniem verwerkt door aan elke respondent een nummer te geven. Naast het nummer staat de vestigingsplaats van de respondent vermeld.

446. Tabel 2: wetgeving en reglementering

- F.1. Setting up a business (e.g. business law)
- F.2. Possibilities of guidance by financial supervisors
- F.3. Compulsory contributions to deposit/insurance guarantee funds and the possibilities of the fund to claim recourse from your company
- F.4. Chances of being held liable towards clients or third parties
- F.5. Possibilities to claim recourse from financial supervisors in case of financial losses due to a liability claim

Resultaten	F.1	F.2	F.3	F.4	F.5
Onderneming 1 NL	9	9	9	9	9
Onderneming 2 NL	8	8	8	10	4
Onderneming 3 NL	7	8	8	8	6
Onderneming 4 NL	7	7	8	8	6
Onderneming 5 NL	7	6	8	8	8
Onderneming 6 NL	7	7	8	7	4
Onderneming 7 NL	6	8	8	8	7
Onderneming 8 BE	7	8	8	7	7

Onderneming 9 BE	7	7	7	6	6
Onderneming 10 BE	7	7	7	7	7
Onderneming 11 BE	8	8	7	7	7
Onderneming 12 BE	8	8	6	7	7
Onderneming 13 VS	7	7		7	
Onderneming 14 VK	8	7	6	7	6
Onderneming15 VK	6	8	8	8	6
Onderneming16 VK	8	7			
Onderneming17 DUI	7	8	7	7	
Gemiddeld	7,3	7,5	7,5	7,6	6,4

447. **Tabel 3: Overzicht van de belangrijkste vestigingsfactoren**

- J.1. General (image/location)
- J.2. Infrastructure
- J.3. Business sites
- J.4. Labor
- J.5. Taxation
- J.6. Rules and regulations
- J.7. Innovation
- J.8. Market
- J.9. Quality of life

	J.1	J.2	J.3	J.4	J.5	J.6	J.7	J.8	J.9
onderneming1 NL	4	8	5	6	7	2	3	1	9
onderneming2 NL	9	5	7	2	1	3	4	6	8
onderneming3 NL	2	3	5	4	7	8	6	1	9
onderneming4 NL	6	5	7	1	2	8	3	4	9
onderneming5 NL	8	7	2	5	6	9	4	1	3
onderneming6 NL	4	3	5	1	2	8	7	5	9
onderneming7 NL	4	5	3	6	1	7	9	2	8
onderneming8 BE	2	3	1	4	5	8	6	7	9
onderneming9 BE	1	2	7	3	9	8	9	6	5
onderneming10 BE	1	2	3	9	4	5	8	7	6
onderneming11 BE	6	2	1	4	3	5	7	9	8
onderneming12 BE	2	3	8	4	6	5	9	1	7
onderneming13 VS	7	5	8	3	2	6	9	1	4
onderneming14 VK	6	4	3	2	8	9	7	1	5
onderneming15 VK	5	7	4	2	3	9	8	5	6
onderneming16 VK	3	4	5	1	9	8	6	2	7
onderneming17 DUI	8	4	6	5	3	2	7	1	9

Gemiddeld	4,6	4,2	4,7	3,6	4,6	6,5	6,6	3,5	7,1
Volgorde	5	3	6	2	4	7	8	1	9

6. BIJLAGEN

6.1 Juridisch kader Nederland

Uit: Cees van Dam, Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid (London: British Institute of International and Comparative Law, 2006) (partim:Hoofdstuk 6: Juridisch kader Nederland)

- 6.1 Wettelijke grondslag aansprakelijkheid van toezichthouders
 - 6.1.1 Onrechtmatige daad: art. 6:162 BW
 - 6.1.2 Vereisten voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad
 - 6.1.3 Bijzondere rol van overheid en toezichthouder
 - 6.1.4 Rechtsvorm toezichthouders niet bepalend voor aansprakelijkheidsnorm
 - 6.1.5 Invulling aansprakelijkheidsnorm
 - 6.1.6 Beleidsvrijheid
- 6.2 Invloed andere rechtsgebieden op aansprakelijkheid
 - 6.2.1 Inleiding
 - 6.2.2 Bestuursrecht
 - 6.2.3 Europees recht
 - 6.2.4 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
- 6.3 Voor welke gedragingen kan toezichthouder aansprakelijk zijn?
- 6.4 Aansprakelijkheid voor besluiten
- 6.5 Aansprakelijkheid jegens degenen op wie toezicht wordt gehouden
- 6.6 Aansprakelijkheid voor openbare mededelingen
 - 6.6.1 Inleiding
 - 6.6.2 Rechtspraak
 - 6.6.3 Conclusie
- 6.7 Aansprakelijkheid jegens derden
 - 6.7.1 Inleiding
 - 6.7.2 Algemeen en bijzonder toezichtsfalen
 - 6.7.3 Wettelijke toezicht- en handhavingsplichten
 - 6.7.3.1 Inleiding
 - 6.7.3.2 Europees recht
 - 6.7.3.3 Nationaal recht
 - 6.7.4 Mensenrechtelijke toezicht- en handhavingsplichten
 - 6.7.4.1 Inleiding
 - 6.7.4.2 Artikel 2 (recht op leven)
 - 6.7.4.3 Artikel 3 (recht op bescherming tegen onmenselijke en vernederende behandeling)
 - 6.7.4.4 Artikel 8 (recht op privé-leven)
 - 6.7.4.5 Conclusie

- 6.7.5 Ongeschreven toezicht- en handhavingsplichten:
beginselplicht tot handhaving
 - 6.7.5.1 Inleiding
 - 6.7.5.2 Formuleringsplicht handhavingsplicht
 - 6.7.5.3 Verhouding tot het Europese recht
 - 6.7.5.4 Verhouding tot het EVRM
 - 6.7.5.5 Rode draad: bekendheid met het risico
- 6.8 Relativiteit
- 6.9 Causaliteit
- 6.10 Eigen schuld
- 6.11 Hoofdelijke aansprakelijkheid
- 6.12 Aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad
- 6.13 Samenvatting

Juridisch kader Nederland

6.1 Wettelijke grondslag aansprakelijkheid van toezichthouders

6.1.1 Onrechtmatige daad: art. 6:162 BW

448. In dit onderzoek gaat het om de aansprakelijkheid van toezichthouders die een publieke taak vervullen, namelijk toezichthouden op de naleving en handhaving van regelgeving. In zoverre staat de toezichthouder voor het aansprakelijkheidsrecht gelijk met de overheid. Om te bezien wat het juridisch kader van de toezichthoudersaansprakelijkheid is, dient de blik dus te worden gericht op de regels voor overheidsaansprakelijkheid.

449. De aansprakelijkheid van de overheid is in het Burgerlijk Wetboek niet apart geregeld. Het uitgangspunt van de wetgever is geweest, dat de bepalingen van titel 6.3 in beginsel ook op de overheid van toepassing zijn. Dit betekent dat de overheid niet alleen aansprakelijk kan zijn op grond van art. 6:162 (foutaansprakelijkheid) maar ook op grond van een regel van risico-aansprakelijkheid. In het bijzonder valt dan te denken aan de art. 6:170 (ondergeschikten), 6:172 (vertegenwoordigers), 6:173 (gebrekkige roerende zaken), 6:174 (gebrekkige opstallen), 6:175 (gevaarlijke stoffen), 6:179 (dieren) en 185 WVV (motorrijtuigen). Art. 6:174 (aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen) raakt de overheid in het bijzonder in haar hoedanigheid van wegbeheerder.

450. De meeste van de hierboven vermelde bepalingen zijn voor de aansprakelijkheid van de toezichthouder niet van belang. Voor deze aansprakelijkheid zullen, naast de algemene bepaling van art. 6:162, enkel de art. 6:170 (aansprakelijkheid voor ondergeschikten) en art. 6:172 (aansprakelijkheid voor vertegenwoordigers) een rol spelen. Deze twee laatste bepalingen houden weliswaar een risico-aansprakelijkheid voor de toezichthouder in maar deze risico-aansprakelijkheid geldt alleen indien de ondergeschikte of de vertegenwoordiger een fout (een toerekenbare onrechtmatige daad) heeft begaan. Uiteindelijk is voor de aansprakelijkheid van de toezichthouder dus steeds een fout van de toezichthouder zelf of van diens ondergeschikte of vertegenwoordiger vereist. Dit hoofdstuk richt zich op de aansprakelijkheid van de toezichthouder op grond van een fout, d.i. een toerekenbare onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW, omdat deze voor de praktijk veruit het meest belangrijk is.

6.1.2 Vereisten voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

451. Teneinde een toezichthouder aansprakelijk te houden op grond van onrechtmatige daad gelden vijf vereisten. Deze vloeien voort uit art. 6:162 lid 1: 'Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.'²⁷⁷

452. In de eerste plaats moet komen vast te staan dat de toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld. Dit kan op drie manieren: door inbreuk te maken op het recht van een ander, door

²⁷⁷ Zie over de vereisten onrechtmatigheid en toerekening onder meer Van Dam (2000), nr. 801 e.v.

te handelen in strijd met een wettelijke bepaling of door te handelen in strijd met het ongeschreven recht (art. 6:162 lid 2). Met name de laatste twee mogelijkheden zijn voor dit onderzoek van belang. Voor toezichthouders gelden vele wettelijke voorschriften, niet alleen ten aanzien van hun bevoegdheden maar ook ten aanzien van hun verplichtingen. Indien een toezichthouder zijn wettelijke bevoegdheid overschrijdt of indien hij een wettelijke verplichting niet nakomt, pleegt hij een onrechtmatige daad. Een toezichthouder kan ook een onrechtmatige daad plegen door te handelen in strijd met het ongeschreven recht. Dit is het geval indien hij zich gedraagt in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze laatste onrechtmatigheidscategorie speelt bij de toezichthoudersaansprakelijkheid een belangrijke rol (par. 6.7).

453. In de tweede plaats dient een onrechtmatige daad aan de toezichthouder te kunnen worden toegerekend. Ook dit kan op drie manieren: op grond van schuld, de wet en de verkeersopvattingen (art. 6:162 lid 3). Voor de toezichthouder zijn met name de eerste en de laatste mogelijkheid van belang.²⁷⁸ Toerekening op grond van schuld is de regel: dat betekent dat vereist is dat de toezichthouder wist of behoorde te weten dat zijn gedraging in strijd was met het geschreven of ongeschreven recht. Een uitzondering op deze regel geldt in het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders voor vernietigde besluiten. Indien een toezichthouder een vergunning weigert en daarmee in strijd handelt met het geschreven of ongeschreven recht, is daarmee de toerekening in beginsel gegeven. Zie over deze toerekeningsgrond par. 6.4.

454. Het derde vereiste is dat de geschreven of ongeschreven norm die door de toezichthouder is geschonden strekt tot bescherming van de schade die door de benadeelde is geleden (art. 6:163 BW). Dit is het zogenaamde relativiteitsvereiste dat onder bepaalde omstandigheden toezichthouders bescherming lijkt te kunnen bieden tegen aansprakelijkheid. Zie over het relativiteitsvereiste par. 6.8.

455. Ten vierde is vereist dat de benadeelde schade heeft geleden. Dit kan zowel personenschade (dood of letsel), zaakschade, als puur financiële schade zijn. Welke schade voor vergoeding in aanmerking komt en in welke omvang is geregeld in afdeling 6.1.10 BW (art. 6:95-110).

456. Ten slotte dient er een causaal verband te worden vastgesteld tussen de onrechtmatige gedraging van de toezichthouder enerzijds en de schade die de benadeelde heeft geleden anderzijds. Dit causaliteitsvereiste kan in veel gevallen een belemmering zijn voor het toewijzen van een schadevergoedingsclaim. Indien het causaal verband ontbreekt, betekent dit dat, ook al heeft een toezichthouder een onrechtmatige daad gepleegd, hij niet aansprakelijk is, omdat zijn gedraging niet in (voldoende) causaal verband met de schade staat. Zie hierover par. 6.9.

²⁷⁸ Toerekening op grond van de wet ziet op de toerekening van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming op grond van art. 6:165 BW. Hoewel de toepassing van een dergelijke toerekeningsgrond niet geheel ondenkbaar is in geval van toezichthoudersaansprakelijkheid, zal zij in de praktijk geen rol van betekenis spelen.

6.1.3 Bijzondere rol van overheid en toezichthouder

457. De aansprakelijkheid van de overheid heeft een betrekkelijk jonge oorsprong. In de eerste helft van de twintigste eeuw was de overheid alleen aansprakelijk voor haar gedragingen indien zij had gehandeld als een particulier persoon. Zij was niet aansprakelijk voor schade die zij aan derden toebrengt in haar publiekrechtelijke gedragingen. In zoverre was de overheid immuun voor aansprakelijkheid.²⁷⁹ In 1924 besliste de Hoge Raad in het Ostermann-arrest echter dat overheden ook aansprakelijk kunnen zijn voor schade die zij toebrengen aan anderen bij de uitoefening van haar publieke taken.²⁸⁰

458. De rechtspraak heeft in de afgelopen eeuw het beroep van de overheid op haar bijzondere rol in het maatschappelijk verkeer steeds minder gehonoreerd en is als uitgangspunt gaan hanteren, dat de overheid zich in beginsel net zo zorgvuldig en oplettend moet gedragen als burgers, instellingen en bedrijven. Deze ontwikkeling past bij een overheid die ook zichzelf steeds minder als bijzonder is gaan zien en zich meer en meer presenteert als een bedrijfsmatig geleide organisatie en als een aan burgers en bedrijven gelijkwaardige partner. Voor de overheid geldt derhalve in beginsel een gewone foutaansprakelijkheid. Het verwondert daarom niet dat in de literatuur en de jurisprudentie ten aanzien van de aansprakelijkheid van toezichthouders aansluiting wordt gezocht bij een professionele standaard: de redelijk handelende toezichthouder (zie par. 6.1.5).

459. Enerzijds kan de bijzondere rol van de overheid een argument vormen om aansprakelijkheid te verscherpen. Hierbij speelt het gelijkheidsbeginsel een prominente rol. Het gaat hier om wat ook wel wordt genoemd het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques': de lasten die gemoeid zijn met overheidsactiviteiten die in het algemeen belang worden verricht, mogen niet in onevenredige mate ten laste komen van individuele burgers of bedrijven.²⁸¹ In de rechtspraak is deze ontwikkeling met name tot uitdrukking gekomen bij de aansprakelijkheid van de overheid voor schade als gevolg van bestuurlijke en strafvorderlijke activiteiten en voor schade als gevolg van gebrekkige regelgeving en besluiten. Feitelijk gaat hier onder het mom van art. 6:162 een aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad schuil.²⁸² Zie over de rechtmatige overheidsdaad par. 6.12.

460. Anderzijds kan de bijzondere rol van de overheid juist leiden tot een minder strenge aansprakelijkheid indien zij terecht een beroep doet op de haar toekomstige beleidsvrijheid ('policy', 'pouvoir discrétionnaire' en 'das freie Ermessen'); zie hierover par. 6.1.6.

6.1.4 Rechtsvorm toezichthouders niet bepalend voor aansprakelijkheidsnorm

461. Toezichthouders zijn niet altijd een publiekrechtelijk overheidsorgaan. De publiekrechtelijke taak wordt in diverse gedaanten uitgevoerd: als ambtelijke dienst (IvG), als ZBO (Opta, NMa) of

²⁷⁹ Asser-Hartkamp III, nr. 281-284; Van Maanen en De Lange (2000), p. 19 e.v. Zie ook Van Dam (2000), nr. 608.

²⁸⁰ HR 20 november 1924, *NJ* 1925, 89 (Ostermann).

²⁸¹ Van Dam (2000), nrs. 813 en 918.

²⁸² Van Dam (2000), nr. 814 en 918.

als privaatrechtelijke rechtspersoon (DNB, AFM; beide zijn tevens ZBO).

462. De bedoeling van veel toezichthouders, met name de markttoezichthouders, is dat zij op afstand staan van de regering en parlement. Op deze wijze wordt voorkomen dat de toezichthouders worden beïnvloed door politieke druk, met name in individuele zaken.

463. Het feit dat toezichthouders op afstand van de (centrale) overheid staan en soms een privaatrechtelijke rechtspersoon zijn, laat onverlet dat zij een publieke taak vervullen, namelijk het toezicht houden op de naleving van regelgeving. In die zin zijn zij enigszins vergelijkbaar met het Openbaar Ministerie, al hebben toezichthouders in beginsel geen strafrechtelijke bevoegdheden (zie echter art. 89c Mw waarover par. 3.4).

464. Aangenomen wordt dat de rechtsvorm waarin de toezichthouder is gegoten niet beslissend is voor de inhoud van de aansprakelijkheidsnorm.²⁸³ Te meer niet, nu de keuze voor de ene of de andere vorm niet gebaseerd lijkt op een consistente overheidsvisie op dit punt maar eerder op de (toevallige) voorkeur van het verantwoordelijke departement.

465. Beslissend voor de invulling van de aansprakelijkheidsnorm voor de toezichthouder is de inhoud van de taak van de toezichthouder. Kort gezegd komt dit er op neer dat de toezichthouder (markttoezichthouder, gemeentelijke toezichthouder) aansprakelijk is indien deze zijn toezichthoudende taak niet adequaat heeft vervuld. In de terminologie van art. 6:162 betekent dit dat moet worden vastgesteld dat de toezichthouder toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Over de vraag op welke wijze dat kan worden vastgesteld, gaat de navolgende paragraaf.

6.1.5 Invulling aansprakelijkheidsnorm

466. De invulling van de norm van art. 6:162 BW (par. 6.1.2) in het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders heeft, na enige aarzeling, de pennen in de literatuur inmiddels in ruime mate in beweging gebracht. Een eenduidige norm die concreet aangeeft in welke gevallen een toezichthouder toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld valt daar echter niet uit af te leiden. Vrij algemeen wordt aangenomen dat een dergelijke norm ook niet te vinden is: de vraag of een toezichthouder toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld hangt zozeer van de concrete omstandigheden van het geval af, dat voor de meeste gevallen slechts enkele algemene richtlijnen en gezichtspunten kunnen worden geformuleerd. Deze paragraaf bevat hiervan een beknopt overzicht.

467. Van Rossum heeft een aantal gezichtspunten geformuleerd waar de rechter bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van de toezichthouder rekening dient te houden, namelijk (1) de aard van het toezicht dat wordt uitgeoefend, (2) het doel van het toezicht, (3) de bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt, (4) de voldoende benutting van het toezichtsinstrumentarium, en (5) het voldoen door de toezichthouder aan zijn onderzoeksplicht. De verdere invulling van de gedragsnorm voor toezichthouders dient volgens haar te lopen via -

²⁸³ Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 191-192. Betoogd is dat het gebruik van een privaatrechtelijke rechtspersoon voor het uitoefenen van overheidstoezicht oneigenlijk gebruik van het privaatrecht is: Kortmann en Janssen (1998), p. 106 e.v.; Van der Grinten, Kortmann en Perrick (1996), p. 1; Van Rossum, oratie (2001), p. 9.

wat zij noemt - publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht: (1) de toezichthouder doet in principe onderzoek naar iedere misstand wanneer een redelijk vermoeden van niet-naleving van wettelijke regels bestaat; (2) wanneer uit onderzoek blijkt dat wettelijke regels worden overtreden moet corrigerend worden opgetreden; (3) het optreden van de toezichthouder moet berekenbaar zijn, de burger en de onder toezicht gestelde moeten weten waar zij aan toe zijn. Tenslotte zijn ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetssteen voor het handelen van de toezichthouder.²⁸⁴

468. Van Dijk noemt een aantal gezichtspunten die deels parallel lopen met die van Van Rossum. Hij concretiseert de gezichtspunten onder meer door te stellen dat hoe verdergaand de onderzoeksplicht is, des te eerder aansprakelijkheid kan worden aangenomen. Ook legt hij een verband tussen het doel van het toezicht en aansprakelijkheid: 'Het doel van het toezicht betekent dat gekeken moet worden in hoeverre het toezicht is gerelateerd aan het punt waarop het toezicht heeft gefaald. Betrof het voorkomen van een dergelijk falen juist een kernpunt van dat doel dan zal aansprakelijkheid eerder aan de orde komen. Eén, zo niet hét, kerndoel van de wetgeving betreffende toezicht op verzekeraars is bijvoorbeeld het zoveel mogelijk waarborgen dat verzekeraars hun verplichtingen jegens verzekerden kunnen nakomen en solvent zijn. Als zij dan toch failliet gaan en de toezichthouder gefaald heeft is dat een belangrijk gezichtspunt voor aansprakelijkheid.' Van Dijk wijst in dit verband voorts op de beleidsvrijheid van de toezichthouder: hoe meer beleidsvrijheid, des te minder snel aansprakelijk.²⁸⁵

469. Beide schrijvers, en ook anderen, bepleiten daarnaast om de aansprakelijkheidsnorm in te vullen met behulp van de kelderluik-criteria. Deze criteria zijn afkomstig uit het kelderluik-arrest van de Hoge Raad en worden algemeen gezien als de criteria voor het vaststellen van de onrechtmatigheid van een gedraging op grond van het ongeschreven recht.²⁸⁶ Deze criteria komen er op neer dat de rechter voor het onrechtmatigheidsoordeel moet worden gelet op de mate van waarschijnlijkheid waarmee kan worden verwacht dat een ander de benodigde oplettendheid en voorzichtigheid zal betrachten, op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen. Hoewel het Kelderluik-arrest over een geval van gevaarstelling ging, laten deze criteria zich door hun algemene karakter ook breder toepassen en laten zij zich volgens Van Dijk ook naadloos inpassen in een meer publiekrechtelijke setting. Hij ziet deze criteria als toespitsingen van de eerste twee van Van Rossum's publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht.²⁸⁷

470. In de literatuur is daarnaast bepleit om, met name ten aanzien van markttoezichthouders voor de aansprakelijkheidsnorm aansluiting te zoeken bij die beroepsbeoefenaren.²⁸⁸ Deze norm houdt in dat beslissend is of de toezichthouder zich heeft gedragen als een redelijk handelend en

²⁸⁴ Van Rossum, oratie (2001), p. 14 e.v en 22 e.v.

²⁸⁵ Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 192.

²⁸⁶ HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (Kelderluik); Van Rossum (2005), p. 64 e.v.; Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 192; Giesen (2005), p. 115 e.v. Zie over de kelderluik-criteria in algemene zin Van Dam (2000), nr. 801 e.v. en toegepast ten aanzien van toezichthouders: Van Dam (2002), p. 50-58. Zie voorts Giesen, *A&V* 2002, p. 102 e.v.

²⁸⁷ Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 193.

²⁸⁸ Zie Giesen, *A&V* 2002, p. 101; Giesen (2005), p. 106-111; Wessels (1999), p. 129-144.

een redelijk bekwaam toezichhouder.²⁸⁹ Van Dijk en Van Rossum hebben betoogd dat deze norm niet passend is, omdat de inhoudelijke taak van een toezichthouder geheel verschillend is van die van een dienstverlener. Ook de grondslag van zijn activiteiten is anders, namelijk zuiver publiekrechtelijk, terwijl een dienstverlener zijn diensten veelal verleent op basis van een civielrechtelijke overeenkomst. Deze schrijvers kiezen voor een meer publiekrechtelijke invulling van de norm, hetgeen betekent dat zij, overigens in uiteenlopende zin, rekening wensen te houden met het publiekrechtelijke karakter van het toezicht bij de bepaling van aansprakelijkheid.²⁹⁰

471. Ter relativering van deze discussie kan worden opgemerkt dat zij met name betrekking heeft op het etiket van de aansprakelijkheidsnorm. Achter elk van deze etiketten gaan diverse elementen (gezichtspunten) schuil waar de rechter bij het vaststellen van aansprakelijkheid rekening moet houden.²⁹¹ Deze verschillende elementen vormen bij iedere auteur een complex geheel en het is niet duidelijk of de diverse etiketten voor aansprakelijkheidsnormen in de praktijk tot uiteenlopende uitkomsten of juist tot overeenstemmende uitkomsten zullen leiden.

472. Wat van deze discussie ook zij, de rechtspraak lijkt het etiket van de 'redelijk handelend toezichthouder' tot uitgangspunt te nemen bij het beantwoorden van de vraag of een toezichthouder toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld.²⁹²

6.1.6 Beleidsvrijheid

473. In veel gevallen zal het overheidslichaam ter afwering van aansprakelijkheid een beroep doen op de bestuurlijke beoordelings- en beleidsvrijheid.²⁹³ Dit verweer hangt in de eerste plaats samen met het beginsel van de scheiding der machten: het is niet de bedoeling dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten: zaken die sterk met politiek beleid zijn verweven worden door de rechter hooguit marginaal getoetst. In de tweede plaats hangt dit verweer nauw samen met de beperkte financiële middelen van het overheidslichaam. Bij besteding van de beperkte overheidsmiddelen moet steeds een afweging worden gemaakt tussen de verschillende belangen en mogelijkheden en dat deze afweging en de daarop gebaseerde keuzes voor een belangrijk deel van beleidsmatige, c.q. politieke aard zijn. Aldus is in dit soort gevallen voor toetsing door de rechter slechts beperkt ruimte.

474. Het is dus van belang om vast te stellen wanneer sprake is van beleid. In de praktijk is dit onderscheid tussen beleid (policy) en uitvoering (operation) echter vaak moeilijk te maken. Uit het Bussluis-arrest volgt, dat ten aanzien van gedragingen ter uitvoering van beleidsmatige

²⁸⁹ HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 (Speeckaert/Gradener).

²⁹⁰ Van Dijk, *NTBR* 2003/4, p. 191; Van Rossum (2001), p. 14.

²⁹¹ Zie ook Giesen (2005), p. 108-111.

²⁹² Zie onder meer Rb. Amsterdam 7 juni 2000, *JOR* 2000, 153 (Nusse Brink); Rb. Den Haag 13 juni 2001, *NJ* 2001, 445 (Stichting Vie d'Or/Stichting Pensioen- en Verzekeringskamer); Hof Den Haag 27 mei 2004, *NJ* 2004, 470, *JOR* 2004, 206, m.nt. Van Ravels en Van Andel (Stichting Vie d'Or/Stichting Pensioen- en Verzekeringskamer); Rb. Amsterdam 14 september 2005, *NJ* 2005, 535 (Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.).

²⁹³ Zie over beleidsvrijheid vanuit een bestuursrechtelijk oogpunt onder meer Van Kreveld (1983); Duk, *RM Themis* 1988, p. 156 e.v. en Ten Berge (2001), p. 249 e.v.

gemaakte keuzes, in beginsel de normale toetsing aan art. 6:162 geldt.²⁹⁴ De gemeente Diemen besloot om een bussluis te maken op een vrije busbaan, teneinde ander verkeer van deze baan te weren. Personenauto's die de sluis passeerden, vielen in een gat. Hoewel dit gat niet erg diep was, vielen binnen een tijdbestek van een paar maanden maar liefst 40 auto's in dat gat. Eén van de slachtoffers, een taxichauffeur, stelde de gemeente Diemen aansprakelijk voor zijn schade. Diemen verweerde zich met de stelling dat beslissingen met betrekking tot het ontwerp en de uitvoering van de bussluis beleidsbeslissingen waren die slechts marginaal dienden te worden getoetst. De Hoge Raad besliste dat het besluit om een bussluis op een vrije busbaan aan te leggen om ander verkeer daar te weren een beleidsbeslissing was. De veiligheid van de bussluis was daarentegen een kwestie van uitvoering en hier was een volledige toetsing mogelijk zoals die ook in andere gevallen van personenschade mogelijk was. Hoewel Diemen een groot aantal veiligheidsmaatregelen had genomen, besliste de Hoge Raad dat deze maatregelen niettemin onvoldoende waren en dat Diemen haar zorgplicht derhalve had geschonden.

475. Indien het niet gaat om de uitvoering van beleid maar om het beleid zelf, staat voorop dat een overheidslichaam ook dan niet immuun is voor aansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid bestaat dan een aantal grondslagen.²⁹⁵

476. Een overheidslichaam handelt onrechtmatig, indien het in zijn beleid een bevoegdheid misbruikt of indien het in redelijkheid niet tot zijn beslissing kon komen.²⁹⁶

477. Voorts kan het beleidsmatig gedrag van de overheid worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Als een overheidslichaam handelt in strijd met deze beginselen, handelt het onrechtmatig.²⁹⁷ Enkele van deze beginselen zijn gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht. In zoverre is er dan sprake van de schending van een wettelijke plicht. Er is in dit opzicht echter nauwelijks verschil tussen schending van een wettelijke plicht en de schending van een ongeschreven norm. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben onder meer betrekking op de verboden van 'détournement de pouvoir', van willekeur en van misbruik van bevoegdheid, het beginsel van 'fair play' en verplichting om gelijke gevallen gelijk te behandelen, beslissingen te motiveren en om zorgvuldig en betrouwbaar te zijn.²⁹⁸ In dit verband kan ter illustratie onder meer worden verwezen naar de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet financieel toezicht (Wft) waar wordt opgemerkt:

'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. (...) Wanneer eenmaal is gekozen voor het gebruik van bevoegdheden inzake toezicht en handhaving, dan zal moeten worden voldaan aan de algemene beginselen van

²⁹⁴ HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (Bussluis).

²⁹⁵ Ondanks deze toetsingsmogelijkheden, is het aantal gevallen waarin beleidsmatig gedrag van de overheid onrechtmatig werd geacht relatief gering: Asser-Hartkamp III, nr. 290b-290d; HR 29 maart 1940, NJ 1940, 1128 (Heldenkermis); HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202 en 204 (Landsmeer); HR 12 maart 1971, NJ 1971, 265 (Westerschouwen).

²⁹⁶ Asser-Hartkamp III, nr. 290d.

²⁹⁷ Asser-Hartkamp III, 1998, nr. 290a e.v.

²⁹⁸ Zie Van Maanen en De Lange (2000), p.. 58 e.v.

*behoorlijk bestuur.*²⁹⁹

478. Ten slotte vormt beleidsvrijheid geen rechtvaardiging voor het schenden van fundamentele rechtsbeginselen of fundamentele rechten. Zie hierover uitvoerig par. 6.7.4.

479. Een goede illustratie van de wijze waarop de rechtspraak het element van de beleidsvrijheid in het kader van het aansprakelijkheidsrecht op verschillende wijze kan vormgeven, is de Vie d'Or zaak. In deze zaak ging het om gedupeerde Vie d'Or beleggers die schadevergoeding vorderden van de Verzekeringskamer, de Staat en accountants wegens inadequaat toezicht voorafgaand aan ondergang Vie d'Or. De rechtbank overwoog:

*'Van onrechtmatig handelen van de Verzekeringskamer is (...) sprake, indien moet worden vastgesteld dat de Verzekeringskamer - in de gevallen waarin haar op grond van de Wtv beleidsvrijheid toekomt - niet in redelijkheid tot een door haar genomen beslissing heeft kunnen komen, dan wel niet in redelijkheid heeft kunnen nalaten van een haar toegekende bevoegdheid gebruik te maken, alsmede - in de gevallen waarin zij op grond van de Wtv gehouden is onder bepaalde omstandigheden een bepaalde beslissing te nemen - ten onrechte tot een bepaalde beslissing is gekomen, dan wel ten onrechte heeft nagelaten een bepaalde beslissing te nemen.'*³⁰⁰

Op grond van deze norm concludeerde de rechtbank dat de Verzekeringskamer jegens de beleggers niet onrechtmatig had gehandeld.

480. Het Hof koos een minder terughoudende lijn voor het toetsen van het door de Verzekeringskamer uitgeoefende toezicht:

'De vraag of het optreden van de Verzekeringskamer beantwoordt aan hetgeen van een redelijk handelend toezichthouder gevergd mag worden, moet van geval tot geval beantwoord worden aan de hand van alle relevante omstandigheden. Daarbij is het weliswaar zo dat bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden die door de wet aan de Verzekeringskamer zijn toegekend de Verzekeringskamer een zekere beleidsvrijheid heeft (zoals bij de vraag of een stille bewindvoerder zal worden benoemd op grond van het bepaalde in art. 34 lid 3 of 4 Wtv) en dat de rechter met die beleidsvrijheid rekening zal moeten houden, maar dit betekent niet dat het optreden van de Verzekeringskamer slechts marginaal mag worden getoetst. Ook in gevallen waarin aan de Verzekeringskamer beleidsvrijheid toekomt, is de maatstaf of de Verzekeringskamer als een redelijk handelend toezichthouder heeft gehandeld en die toetsing is een volledige toetsing op zorgvuldigheid en niet een marginale.'

481. Op grond van deze norm concludeerde het Hof dat de Verzekeringskamer, op grond van wat hij in de loop van 1991 wist, eind november 1991 een stille bewindvoerder had moeten benoemen, en dat de Verzekeringskamer niet had gehandeld zoals van redelijk toezichthouder mocht worden verwacht. Ten tijde van het afronden van dit onderzoek was deze zaak in cassatie aanhangig bij de Hoge Raad.

²⁹⁹ Kamerstukken II, 2003/2004, 29 708, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 29 e.v.

³⁰⁰ Rb. Den Haag 13 juni 2001, NJ 2001, 445 (Stichting Vie d'Or/Stichting Pensioen- en Verzekeringskamer); Hof Den Haag 27 mei 2004, NJ 2004, 470, JOR 2004, 206, m.nt. Van Ravels en Van Aniel (Stichting Vie d'Or/Stichting Pensioen- en Verzekeringkamer). Zie ook Hof Amsterdam 9 juli 1998, NJ 1998, 882 en HR 31 mei 2000, NJ 2000, 555, m.nt. Ma. Zie voorts Rb. Amsterdam 7 juni 2000, JOR 2000/153 (Nusse Brink).

482. Deze zaak is tevens een goede illustratie van het reeds in de Inleiding aangeduide toezichthouderdilemma (par. 1.2.2): een toezichthouder kan zowel schade veroorzaken, c.q. niet voorkomen door te actief zijn bij toezicht en handhaving maar ook juist te weinig actief te zijn. Indien de Verzekeringskamer zou hebben ingegrepen had dit bekend kunnen worden en wegens het gevaar van discontinuïteit schade kunnen veroorzaken voor de bestaande polishouders, terwijl een ingrijpen anderzijds juist schadevoorkomend of schadebeperkend zou kunnen zijn voor toekomstige polishouders.³⁰¹

483. Ten slotte is van belang dat de beleidsvrijheid van een toezichthouder in het algemeen groot is als het gaat om het zogenaamde algemene toezicht maar dat deze vrijheid is beperkt in gevallen van bijzonder toezicht. Zie hierover en over dit onderscheid par. 6.7.2.

6.2 Invloed andere rechtsgebieden op civiele aansprakelijkheid

6.2.1 Inleiding

484. Het civiele aansprakelijkheidsrecht ondergaat groeiende invloed van andere rechtsgebieden. In het bijzonder op het gebied van de aansprakelijkheid van overheden en toezichthouders beïnvloeden drie rechtsgebieden het aansprakelijkheidsrecht: het bestuursrecht, het Europees recht en de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Het is daarom niet meer mogelijk om de aansprakelijkheid van de toezichthouder op grond van onrechtmatige daad (zie par. 6.1) te isoleren van deze drie andere rechtsgebieden.

6.2.2 Bestuursrecht

485. Het belangrijkste juridische werkkader voor toezichthouders is niet het civiele recht maar het bestuursrecht. Het bestuursrecht voorziet toezichthouders van bevoegdheden en middelen om toezicht te houden en te handhaven. De aansprakelijkheid van toezichthouders wordt in sterke mate door dit bestuursrechtelijke kader beïnvloed. Zo kan een toezichthouder alleen maar verplicht zijn om toezicht te houden of te handhaven indien hij daartoe de wettelijke bevoegdheid bezit. En hij kan alleen maar toezicht houden en handhaven met de instrumenten die het bestuursrecht hem ter beschikking stelt. De belangrijkste instrumenten zijn in dit verband de reparatoire sancties (herstelsancties) van de bestuursdwang (afdeling 5.3 Awb) en de bestuurlijke last onder dwangsom (afdeling 5.4 Awb) en de punitieve sanctie (bestraffende sanctie) van de bestuurlijke boete.³⁰² Het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht zal hoofdstuk 5 Awb, inzake bestuurlijke handhaving, herzien en aanvullen. Het voorstel beoogt de bepalingen over bestuursdwang en bestuurlijke last onder dwangsom te herzien en het hoofdstuk aan te vullen met algemene bepalingen over handhaving en een regeling over de bestuurlijke boete (ontwerp-titel 5.4).³⁰³

³⁰¹ Zie ook Van Rossum (2005), p. 29.

³⁰² Zie hierover onder meer Verhey en Verheij (2005), p. 253 e.v.; Van Buuren, Jurgens en Michiels (1999); Nuyten en Affourtit (2004), p. 47-61.

³⁰³ Kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, nr 1-4.

486. Een andere belangrijke samenhang tussen bestuursrecht en aansprakelijkheidsrecht ligt in de vaste rechtspraak dat een in rechte vernietigd besluit een toerekenbare onrechtmatige daad van het overheidsorgaan, c.q. de toezichthouder impliceert. Dit betekent dat indien een toezichthouder een vergunning verstrekt of weigert, dan wel een ander besluit neemt, bijvoorbeeld om te handhaven dan wel te gedogen, en de rechter oordeelt dat dit besluit in strijd is met het geschreven of ongeschreven recht, daarmee vaststaat dat de toezichthouder een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd.

487. Anderzijds, indien de belanghebbende geen bezwaar indient tegen het besluit, dan wel indien zijn bezwaar of beroep door de rechter ongegrond worden verklaard, verkrijgt het besluit formele rechtskracht. Dit betekent dat de civiele rechter er van uit moet gaan dat het besluit rechtmatig was. Een schadevergoedingsactie op die grond is dan in principe niet meer mogelijk (zie nader par. 6.4).

488. De bevoegdheid van toezichthouders om toezicht te houden en te handhaven wordt bepaald door het bestuursrechtelijk kader waaraan zij zijn onderworpen. Daartoe aangewezen medewerkers van toezichthouders beschikken in beginsel over de bevoegdheden van afdeling 5.2 Algemene wet bestuursrecht (Toezicht op naleving), voor zover deze niet zijn uitgesloten in bijzondere wetgeving. De bevoegdheden waarover toezichthouders beschikken zijn die tot het betreden van plaatsen (art. 5:15), het vorderen van inlichtingen (art. 5:16) alsmede de inzage van zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17). Treedt een toezichthouder op zonder daartoe bevoegd te zijn of overschrijdt hij deze of maakt hij er op onzorgvuldige wijze gebruik van, dan kan hij voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk worden gehouden.

6.2.3 Europees recht

489. Sinds zijn beslissing in *Francovich* in 1991 heeft het Hof van Justitie in Luxemburg het beginsel van communautaire aansprakelijkheid ontwikkeld.³⁰⁴ Dit betekent dat een Lid-Staat aansprakelijk kan zijn voor schade die het veroorzaakt door de schending van Europees recht. Deze aansprakelijkheid kan bestaan voor schending van Europees recht door alle geledingen van de Staat: wetgever, bestuur en rechter.³⁰⁵ Ook schending van Europees recht door toezichthouders zal daarom tot aansprakelijkheid voor de daardoor veroorzaakte schade kunnen leiden.

490. Communautaire aansprakelijkheid ligt voor de hand, indien een Lid-Staat een Richtlijn niet tijdig, onvolledig of onjuist implementeert, of een verplichting uit een richtlijn niet nakomt. In het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders valt in het bijzonder te denken aan de Seveso richtlijn die een uitvoerige toezichtplicht oplegt aan de Lid-Staten met betrekking tot inrichtingen met een groot veiligheidsrisico. Voorwaarde is wel dat de richtlijn rechten verstrekt aan individuen. Zie Hoofdstuk 10 (Communautair recht), in het bijzonder par. 10.3.

³⁰⁴ EHvJ 19 november 1991, Zaken C-6/90 and C-9/90, Rep. 1991, I-5357 (*Francovich/Italië*).

³⁰⁵ HvJ 30 september 2003, C-224/01, AB 2004, 429, m.nt. RW, JB 2004, 41, m.nt. MC (*Köbler/Oostenrijk*).

6.2.4 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

491. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens beschermt burgers tegen inbreuken op onder meer leven, gezondheid en de persoonlijke levenssfeer. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg heeft op basis van deze verdragsbepalingen zogenaamde positieve verplichtingen voor overheden gecreëerd. Die verplichtingen impliceren dat de overheid onder bepaalde omstandigheden het leven, de gezondheid en het privé-leven van burgers actief moet beschermen, zelfs indien deze door derden worden bedreigd. Deze positieve verplichtingen zijn in het bijzonder van belang in het kader van toezicht op en handhaving van de naleving van veiligheids- en milieuvoorschriften. Ten aanzien van markttoezichthouders is het niet uitgesloten dat de bescherming van het recht van eigendom (Artikel 1 Eerste Protocol) een rol gaat spelen maar daar is tot op heden nog geen duidelijkheid over. Zie over deze positieve verplichtingen en over de invloed van het EVRM op de aansprakelijkheid van toezichthouders par. 6.7.4 en Hoofdstuk 9 (EVRM).

6.3 Voor welke gedragingen kan toezichthouder aansprakelijk zijn?

492. Net als andere overheidslichamen kunnen toezichthouders op vele wijzen aansprakelijk zijn. Ten aanzien van inadequaat handhavingstoezicht zijn er in beginsel vier categorieën te onderscheiden:

- a. een toezichthouder neemt een besluit
Hierbij valt te denken aan het nemen van een handhavingsbesluit, een gedoogbesluit, het verlenen van een vergunning of het weigeren van een vergunning. Een dergelijk besluit van de toezichthouder kan in strijd zijn met de wet of met het ongeschreven recht (algemene beginselen van behoorlijk bestuur). Indien een dergelijk besluit door de rechter wordt vernietigd wordt de toezichthouder geacht een toerekenbare onrechtmatige daad te hebben begaan en is hij in beginsel aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. Indien tegen een dergelijk besluit geen bezwaar of beroep wordt aangetekend, dan wel het bezwaar en beroep worden verworpen, verkrijgt het besluit formele rechtskracht. Zie hierover par. 6.4.
- b. een toezichthouder verstrekt informatie aan het publiek
Hierbij valt met name te denken aan informatie verstrekt aan het publiek omtrent toezicht en handhavingbeleid, zoals persberichten, waarbij bedrijven of personen op wie toezicht wordt gehouden schade lijden. Zie hierover par. 6.6.
- c. een toezichthouder houdt onvoldoende toezicht, dan wel handhaaft de regels onvoldoende
Er zijn dan twee mogelijkheden: (1) de toezichthouder handelt in strijd met het geschreven recht (wettelijke verplichtingen tot het houden van toezicht of tot handhaving); (2) de toezichthouder handelt in strijd met het ongeschreven recht. Zie hierover par. 6.7.

d. een toezichthouder houdt te voortvarend toezicht, dan wel handhaaft de regels te voortvarend

Ook hier zijn er twee mogelijkheden: (1) de toezichthouder handelt in strijd met het geschreven recht (hij heeft bijvoorbeeld geen bevoegdheid om op te treden of hij overschrijdt de hem toekomende bevoegdheid); (2) de toezichthouder handelt in strijd met het ongeschreven recht. Zie hierover par. 6.7.

493. Deze verschillende gevallen van mogelijke aansprakelijkheid zullen hieronder nader worden geanalyseerd (par. 6.4-6.7). Aansprakelijkheid van toezichthouders verschilt namelijk niet van overheidsaansprakelijkheid in het algemeen.

494. Uiteraard zijn er meer manieren waarop een toezichthouder een aansprakelijkheidsrisico loopt. Daarbij valt allereerst te denken aan schending van het vertrouwelijkheidsbeginsel. Toezichthouders beschikken niet zelden over vertrouwelijke informatie; indien deze informatie ‘op straat’ komt te liggen en dit te wijten is aan onzorgvuldigheid van de toezichthouder kan deze voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk zijn. Hiervan zijn in de jurisprudentie geen gevallen bekend.

495. Ten tweede kan een toezichthouder ‘zijn boekje te buiten gaan’ doordat hij bevoegdheden die hij heeft overschrijdt of zich bevoegdheden aanmeet die hij niet heeft. Twee voorbeelden kunnen dit illustreren. Het eerste betreft een geval waarin voor de toezichthouder een wettelijke grondslag voor zijn bevoegdheid ontbrak en zijn handelen derhalve in strijd met het legaliteitsbeginsel was.

496. In 1981 schreven de gezamenlijke Hoofdinspecteurs van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid een brief aan alle artsen in Nederland, onder meer inhoudende dat artsen slechts dan drugsverslaafden mochten behandelen, *‘indien de patiënt woonachtig is in een gedeelte van het land waar een gespecialiseerde instelling niet aanwezig is, dan wel te weinig opvangcapaciteit heeft of onvoldoende kan beantwoorden aan de specifieke vraag om hulp van de patiënt.’* Een Groningse arts hield zich niet aan de in deze zogenaamde Methadonbrief neergelegde ‘richtlijnen’. Vervolgens schreef de Inspecteur van de Volksgezondheid aan de Groningse apothekers om niet tot levering van medicijnen over te gaan indien het voorschrijfgedrag van de arts afweek van de richtlijnen in de Methadonbrief. De arts vorderde in kort geding een verklaring dat Inspectie onrechtmatig jegens hem had gehandeld. De president van de rechtbank wees deze vordering toe maar het Hof wees haar af. In cassatie maakte de Hoge Raad korte metten met de handelwijze van de Inspectie: ‘Aan geen wetsbepaling kunnen de Hoofdinspecteurs van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid de bevoegdheid ontlenen zelfstandig werkzame artsen bindende voorschriften te geven met betrekking tot de wijze waarop dezen hun praktijk hebben uit te oefenen. De Methadonbrief kan dan ook niet anders worden begrepen dan als een – gezaghebbend – advies, tot het opvolgen waarvan de artsen slechts dan rechtens waren gehouden indien en voor zover het daaraan niet gevolg geven zou opleveren een handeling als bedoeld in art. 1 Medische Tucht wet dan wel een strafbaar feit.’³⁰⁶

497. Het tweede geval illustreert dat waar twee toezichthouders toezicht houden op

³⁰⁶ HR 27 juni 1986, NJ 1987, 898, m.nt. MS (Rauwerda/Staat).

aanverwante terreinen, zorgvuldig dient te worden vastgesteld wie welke bevoegdheden heeft.

498. Op 20 en 21 februari 2003 kocht Accent Aigu, een professioneel handelaar in effecten, op de Amsterdamse effectenbeurs aandelen Ahold en nam optieposities in met het aandeel Ahold als onderliggende waarde. Op 20 februari 2003 nam de bestuursvoorzitter van Ahold tweemaal telefonisch contact op met de voorzitter van de AFM en stelde deze in kennis van grote financiële problemen en consolidatieperikelen van Ahold en de (boekhoud)fraude bij het bedrijf. Op 24 februari 2003 deed Ahold vóór opening van de beurshandel een persbericht over een en ander uitgaan, waarop de koers van het aandeel met 63% daalde.

499. Accent Aigu stelde de AFM aansprakelijk voor het door haar geleden verlies op de waarde van de aandelen. Zij stelde daartoe dat de AFM onvoldoende had gereageerd op de evidente niet-naleving door Ahold van het voorschrift van artikel 28h Fondsenreglement (de verplichting van een beursgenoteerde onderneming om de beurs over koersgevoelige informatie te informeren). De AFM had daarmee volgens Accent Aigu haar zorgplicht geschonden, haar onderzoeksplicht verzaakt en haar bevoegdheden om toezicht te houden ten onrechte niet benut. In het bijzonder had AFM Euronext een aanwijzing moeten geven op grond van art. 6 lid 1 van de Wet toezicht effectenverkeer 1995. Omdat AFM na het verkrijgen van de informatie van Ahold niet ingreep en de beurshouder Euronext niet informeerde, werd de beurshandel in de aandelen Ahold niet stilgelegd terwijl de koersen op dat moment al lang niet meer in overeenstemming waren met de werkelijkheid.

500. De rechtbank wees de vordering af en overwoog daartoe: 'Bij de beoordeling van de vraag of AFM na ontvangst van de telefonische informatie van Ahold op donderdag 20 of uiterlijk op vrijdag 21 februari 2003 tot actie had moeten overgaan, geldt als uitgangspunt dat AFM geen directe toezichthoudende taak heeft op de nakoming van de verplichting van een beursgenoteerde vennootschap tot openbaarmaking van koersgevoelige informatie. Het directe toezicht is opgedragen aan Euronext. De omstandigheid dat AFM aan Euronext op grond van artikel 6 lid 1 WTE 1995 een aanwijzing kan geven wanneer AFM vaststelt dat een beursgenoteerde instelling zich niet houdt aan de beursregels, maakt dit niet anders. Dit volgt uit de memorie van toelichting bij artikel 6 lid 1 WTE, waarin is opgenomen: *“De zelfregulering van de erkende effectenbeurzen brengt met zich dat bij de beurzen het primaat berust ter zake van het optreden tegen effectenuitgevende instellingen die de voor hen geldende beursregels overtreden. Het feit dat thans een aanwijzingsrecht voor de Minister (lees: AFM, rb.) wordt geïntroduceerd, doet daaraan niet af. De positie van AFM als toezichthouder in de tweede lijn in zaken als deze werkt door bij de beoordeling van de vraag of AFM onmiddellijk na het eerste of tweede telefoontje van Ahold tot actie had moeten overgaan. (...). AFM was na het telefoontje van Ahold niet verplicht om zelfstandig een onderzoek in te stellen om vast te stellen of Ahold in strijd handelde met haar verplichting tot onmiddellijke openbaarmaking van koersgevoelige informatie. Van een onderzoeksplicht van AFM, als door Accent Aigue bepleit, kan in een situatie als de onderhavige, gelet op de beperkte rol van AFM in deze, geen sprake zijn. (...). AFM had zelf bij Euronext kunnen checken of Ahold Euronext had geïnformeerd. Een rechtens relevant verwijt dat AFM dit op donderdag 20 en vrijdag 21 februari 2003 achterwege heeft gelaten, kan AFM echter niet worden gemaakt. AFM mocht erop vertrouwen dat Ahold, wier directievoorzitter tegenover AFM had bevestigd dat hij zich bewust was van Aholds verplichtingen uit hoofde van artikel 28h Fondsenreglement en mede gelet op de reputatie die Ahold als beursfonds genoot, eigener beweging Euronext zou benaderen. AFM behoefde dat niet te checken. Ook uit het*

feit dat een openbare kennisgeving uitbleef en de handel in het beursfonds Abold niet werd stilgelegd behoefde AFM op de bewuste twee dagen niet af te leiden dat Abold had nagelaten om Euronext in te lichten. Er bestond immers - zoals wordt bevestigd door Euronext tegenover de Adviescommissie Fondsenreglement in de hiervoor onder 1.f. bedoelde procedure - een aanmerkelijke kans dat het vragen en verkrijgen door Abold van uitstel van openbaarmaking onder de omstandigheden niet geleid zou hebben tot stillegging van de handel in het beursfonds Abold. De vordering is derhalve niet toewijsbaar en het verweer omtrent de schade en causaliteit, kan verder onbesproken blijven.³⁰⁷

501. Ook indien een toezichthouder over een bepaalde bevoegdheid beschikt, is dit geen vrijbrief om daarmee te doen en laten wat hij wil. Art. 5:13 Awb bepaalt in dit verband: *'Een toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkernijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.'* Dit betekent onder meer dat zijn optreden proportioneel moet zijn in het licht van het doel dat hij daarmee wil bereiken. Ook overigens dient hij uiteraard de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.³⁰⁸

6.4 Aansprakelijkheid voor besluiten

502. Bij de toezicht- en handhavingsplicht van de overheid gaat het om (1) er op toezien dat vergunningplichtige bedrijven aan hun vergunningplicht voldoen en dat zij de vergunningvoorwaarden naleven; (2) het handhaven van de naleving van de vergunningvoorwaarden. Voorafgaand aan deze toezicht- en handhavingsplicht staat de verplichting van het overheidsorgaan om aan een vergunningplichtige op de juiste gronden een vergunning met de juiste voorwaarden te verlenen.

503. In dit verband geldt, dat de onrechtmatigheid van een besluit (zoals een milieuvergunning, een handhavings- of een gedoogbesluit) primair langs bestuursrechtelijke weg dient te worden vastgesteld. Vernietigt de bestuursrechter een dergelijk besluit, dan heeft dit rechterlijk oordeel bindende kracht en wordt het overheidslichaam dat het besluit nam geacht onrechtmatig te hebben gehandeld. Deze onrechtmatige daad kan op grond van de verkeersopvattingen worden toegerekend (art. 6:162 lid 2 en 3).³⁰⁹

504. Een voorbeeld is een geschil tussen de Gemeente Enschede en Gerridzen Bouwmaterialen BV. Begin jaren negentig deelde de gemeente aan Gerridzen mee dat zij het bedrijf, dat niet beschikte over de juiste milieuvergunningen en niet paste in het geldende bestemmingsplan, diende te verplaatsen. De Gemeente zegde bestuursdwang aan en Gerridzen ging vervolgens op zoek naar een andere locatie. Inmiddels was het bestuursdwangbesluit door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State vernietigd.

505. In een civiele procedure vorderde Gerridzen van de Gemeente schadevergoeding voor de kosten van de verplaatsing van zijn bedrijf. De rechtbank wees de vordering af maar in appel

³⁰⁷ Rb. Amsterdam 26 januari 2005, LJN: AT3898, rolnummer 274706 / H 03.2583 (CS) (Accent Aigu/Autoriteit Financiële Markten).

³⁰⁸ Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male (2002), p. 427.

³⁰⁹ Zie in het bijzonder HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669, m.nt. JAB (St. Oedenrode/Driessen) en HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112, m.nt. CJHB (Van Gog/Nederweert).

overwoog het Hof dat Gerridzen geslaagd was in het aantonen van het causaal verband tussen zijn schade en de onrechtmatige gedraging van de gemeente (het nemen en handhaven van het bestuursdwangbesluit dat nadien is vernietigd door de Afdeling Bestuursrechtspraak): vast was komen te staan dat Gerridzen zijn bedrijf had verplaatst als gevolg van de aangezegde bestuursdwang. Het Hof veroordeelde de gemeente Enschede tot het betalen van ruim € 1,4 miljoen schadevergoeding aan Gerridzen.³¹⁰

506. Indien het besluit niet in een administratieve procedure is aangevochten (of tevergeefs is aangevochten), dient de burgerlijke rechter in een civiele procedure er van uit te gaan dat het besluit, zowel voor wat betreft de wijze van totstandkoming als voor de inhoud in overeenstemming is met de toepasselijke wettelijke voorschriften en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In deze gevallen komt de burgerlijke rechter dus niet meer toe aan een zelfstandig inhoudelijk oordeel over de (on)rechtmatigheid van het besluit.³¹¹ Dit is het beginsel van de formele rechtskracht.³¹²

507. De leer van de formele rechtskracht heeft te maken met het tot stand brengen van een praktische bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en administratieve rechter. De Hoge Raad heeft daarover opgemerkt, dat voorkomen moet worden dat de burgerlijke rechter inzake vragen waarover ook de administratieve rechter moet oordelen, tot een ander oordeel komt dan deze. Tevens dient te worden voorkomen dat de burgerlijke rechter zich moet begeven in vragen die tot het typische werkterrein van de administratieve rechter behoren. Bovendien wordt aldus vermeden dat partijen voor de civiele rechter moeten strijden over een geschil dat reeds door de administratieve rechter is beslecht in een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang.³¹³

508. In de Enschede zaak overwoog de Rechtbank Den Haag dat de eisers geen beroep hadden ingesteld tegen de verleende vergunning en wijzigingsvergunning op grond van de Wet milieubeheer en dat de beroepen die anderen hadden ingesteld niet tot vernietiging van de vergunning hadden geleid. Die besluiten hadden daarom volgens de rechtbank formele rechtskracht, niet alleen jegens degenen die beroep hadden kunnen instellen maar jegens alle benadeelden.³¹⁴

509. De vraag of het beginsel van de formele rechtskracht op deze manier in dit soort zaken moet worden toegepast is omstreden. Onder andere Koeman beantwoordt de vraag

³¹⁰ Hof Arnhem 23 november 2004, rolnummer 02/236 (Gerridzen Bouwmaterialen/Enschede). Ten tijde van het afronden van dit onderzoek liep tegen dit arrest het cassatieberoep.

³¹¹ Asser-Hartkamp (2002), nr 273. Dit beginsel werkt alleen bij bestuursrechtelijke besluiten en niet bij feitelijke gedragingen. Voor deze gedragingen geldt een wijze van toetsing die hieronder aan de orde komt (par. 6.7). Zie voorts ABRvS 15 januari 1998, *JB* 1998, 36, m.nt. Van der Linden (Stuiver/Waterschap Friesland) en ABRvS 1 september 2004, *AB* 2004, 369, m.nt. De Gier (Loswal Nieuwegein).

³¹² Asser-Hartkamp III, nr. 273 e.v. en in het bijzonder Mok en Tjittes, *RM Themis* 1995, p. 383 e.v.

³¹³ HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112, m.nt. CJHB (Van Gog/Nederweert); Asser-Hartkamp III, nr. 274.

³¹⁴ Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004, 69, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Vuurwerkkramp Enschede I) en Rb. Den Haag 9 november 2005, 02-2319, LJN AU5877 (Vuurwerkkramp Enschede II).

bevestigend, andere schrijvers zijn voorzichtiger of beantwoorden de vraag ontkennend.³¹⁵ In de literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat het beginsel van de formele rechtskracht alleen kan worden tegengeworpen aan degenen die belanghebbenden waren bij het besluit en dus bevoegd waren om tegen het besluit bezwaar en beroep aan te tekenen.³¹⁶ Dat zijn in beginsel slechts de geadresseerden van het besluit en derden die door het besluit rechtstreeks en persoonlijk in hun belang zijn getroffen.³¹⁷ Zie over het belanghebbende-begrip par. 7.3.4.

510. Het nut van het beginsel van de formele rechtskracht is dat zij leidt tot een efficiënte taakverdeling tussen bestuursrechter en civiele rechter. Op deze wijze wordt voorkomen dat over hetzelfde feitencomplex en over soortgelijke vragen voor verschillende rechters dient te worden geprocedeerd. De grenzen van de toepassing van dit beginsel liggen derhalve daar waar efficiëntie in redelijkheid niet meer als rechtvaardig kan worden betiteld.³¹⁸

511. Op dit beginsel van formele rechtskracht bestaan nauwelijks uitzonderingen. De twee doorgaans door de Hoge Raad genoemde uitzonderingen betreffen ten eerste het geval waarin het overheidsorgaan de rechtzoekende op het verkeerde been heeft gezet over de aan te wenden rechtsmiddelen en deze daardoor de bestuursrechtelijke weg niet (tijdig) heeft benut en ten tweede het geval waarin de rechtzoekende en het overheidsorgaan het eens zijn over de onrechtmatigheid van het besluit. Voorts geldt dat het beginsel van de formele rechtskracht in beginsel niet in de weg staat aan een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatig optreden van de overheid voorafgaande aan de totstandkoming van het besluit, bijvoorbeeld het door onjuiste inlichtingen wekken van het vertrouwen dat in een bepaalde zin zou worden beschikt.³¹⁹

512. Een andere belangrijkste uitzondering volgt uit de Kühne & Heitz beslissing van het Europese Hof van Justitie: het beginsel van de formele rechtskracht moet wijken indien dit voor de 'volle werking' van het Europese recht noodzakelijk is. Dit kan zich voordoen indien door latere jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat een besluit van een bestuursorgaan in strijd is met het ten tijde van het nemen van het besluit geldende Europese recht. Het bestuursorgaan is dan gehouden om zijn besluit opnieuw te onderzoeken. Voor deze verplichting heeft het Hof van Justitie overigens wel een aantal randvoorwaarden gesteld die de reikwijdte van de uitspraak enigszins beperkt.³²⁰ Zo geldt een dergelijke plicht alleen indien het besluit formele rechtskracht heeft gekregen doordat de rechter een beroep daartegen heeft afgewezen. In een dergelijk geval kan in beginsel ook de Staat aansprakelijk worden gehouden

³¹⁵ Koeman, *Volkskrant* 19 maart 2001; Giesen (2005), p. 84-85; Van Dam, 2002, p. 41; Van Maanen, *NJB* 2004, p. 791. Zie ook Schlössels (2003), p. 515-545.

³¹⁶ Van der Does en Snijders (2001), nr 6d; Van der Meulen (2001), p. 23.

³¹⁷ Koetsier e.a. (1992).

³¹⁸ Zie bijvoorbeeld B.J. Schueler, *Milieu & Recht* 2001, p. 202; Van Ettekoven en Schueler (2003), p. 155-175; Van Maanen (2004), p. 45-66; Schlössels (2004), p. 67-85; Albers, *NTBR* 2005, p. 483-484; Giesen (2005), p. 83-84; Van Dam (2002), p. 52.

³¹⁹ HR 16 mei 1986, *AB* 1986, 573, m.nt. FHvdB, *NJ* 1986, 723, m.nt. MS (Heesch/Van den Akker); HR 2 februari 1990, *NJ* 1993, 635, m.nt. MS (Bolsius); HR 18 juni 1993, *AB* 1993, 504, m.nt. FHvdB, *NJ* 1993, 642, m.nt. MS (Sint-Oedenrode/Van Aarle); Asser-Hartkamp III (2002), nr 273 en 274a.

³²⁰ HvJ 13 januari 2004, C-453/00, *AB* 2004, 58, m.nt. RW, *JB* 2004, 42, m.nt. NV (Kühne & Heitz/Produktschap voor Pluimvee en Eieren).

wegens schending van het Europese recht door de rechter.³²¹

6.5 Aansprakelijkheid jegens degenen op wie toezicht wordt gehouden

513. De toezichthouder kan niet alleen aansprakelijk zijn jegens derden (bijvoorbeeld bezoekers van een brandgevaarlijk gebouw of de polishouders van een failliet gegane levensverzekeringsmaatschappij) maar ook jegens degenen op wie hij toezicht houdt. Dit kan op diverse wijzen gebeuren.

514. In de eerste plaats kan een toezichthouder, in het bijzonder een gemeente (Bouw- en Woningtoezicht), aansprakelijk zijn jegens een vergunninghouder voor schade die wordt veroorzaakt door een onjuiste beoordeling van de vergunningaanvraag of inadequaat toezicht op het bouwproces. In het algemeen is de rechter echter niet geneigd om aan te nemen dat een gemeente een vergunninghouder tegen zijn eigen fouten of vergissingen moet beschermen.³²² Alleen indien de gemeente ernstige fouten maakt bij het beoordelen van de vergunningaanvraag of bij het toezicht kan zij voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk zijn.

515. Bij de bouw van een woning met praktijkruimte werd afgeweken van het krachtens de bouwvergunning in acht te nemen vloerpeil. Bouw- en Woningtoezicht had dit geconstateerd maar niet uitdrukkelijk gezegd dat de bouw niet mocht worden voortgezet. Toen de bouwwerkzaamheden om die reden later toch moesten worden stilgelegd, hield de rechtbank de gemeente jegens de vergunninghouder aansprakelijk voor de vertragingsschade. De bouwwerkzaamheden hadden immers ongestoord voortgang kunnen vinden wanneer het juiste vloerpeil meteen was aangegeven en goedgekeurd.³²³

516. Eind jaren tachtig oordeelde Hof 's-Gravenhage over de aansprakelijkheid van een gemeente jegens de vergunningaanvrager voor schade door ernstige scheurvorming aan een gebouw als gevolg van de gekozen funderingsmethode. In de lijn van het Vijzelstraat-arrest³²⁴ overwoog het Hof dat de gemeente in het algemeen niet jegens de aanvrager aansprakelijk is voor niet ontdekte fouten in diens bouwplan. Dit is anders indien de gemeente met betrekking tot het bouwtoezicht in zeer ernstige mate zou zijn tekortgeschoten. Te denken valt dan volgens het Hof aan het over het hoofd zien van een zodanige zwakte in de ontworpen constructie dat gevaar voor plotselinge instorting zou bestaan. Daarvan was in het onderhavige geval geen sprake.³²⁵

517. Een andere manier waarop de toezichthouder een aansprakelijkheidsrisico loopt jegens degenen op wie hij toezicht houdt, is indien hij te voortvarend is met toezicht en handhaving ten einde riskante situaties voor derden te voorkomen. Te denken valt in dit verband aan het

³²¹ HvJ 30 september 2003, C-224/01, *AB* 2004, 429, m.nt. RW, *JB* 2004, 41, m.nt. MC (Köbler/Oostenrijk).

³²² Aldus ook Van Rossum (2005), p. 45-49; Albers, *NTBR* 2005, p. 484. Zie voorts Rb. Leeuwarden 19 november 1997, *BR* 2000, p. 159, m.nt. Moesker (Sint Nicolaasga); Rb. Maastricht 22 januari 2003, LJN AF4026 (Keermuur).

³²³ Rb. Roermond 23 december 1982, *BR* 1983, 533 (Onjuist peil).

³²⁴ Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964, 228 (Vijzelstraat).

³²⁵ Hof 's-Gravenhage 7 februari 1989, *BR* 1989, 637, m.nt. H.C.W.M. Moesker.

intrekken van een vergunning, omdat niet aan de vergunningvoorwaarden wordt voldaan. In een dergelijk geval kan de claim omvangrijk zijn indien de (voormalige) vergunninghouder schade lijdt doordat hij zijn bedrijf moet sluiten. In deze situaties hangt het aansprakelijkheidsrisico vooral samen met het feit dat een besluit van een toezichthouder tot sluiting (dan wel tot het toepassen van bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom), dat door de administratieve rechter wordt vernietigd automatisch een toerekenbare onrechtmatige daad van die toezichthouder oplevert. De vraag of een schadeclaim dan kan worden toegewezen, hangt er van af of komt vast te staan dat de vergunninghouder schade heeft geleden en dat deze in causaal verband staat met het vernietigde besluit. Zie de in par. 6.4 beschreven zaak Gerridzen/Enschede.

518. Ook markttoezichthouders kunnen worden geconfronteerd met een claim van een natuurlijke of een rechtspersoon die onder toezicht staat. Te denken valt aan een zaak van de Stichting Toezicht Effectenverkeer, de voorganger van de Autoriteit Financiële Markten, waarin Rechtbank en Hof oordeelden dat de STE onrechtmatig had gehandeld door iemand op ontoereikende gronden als ongeschikt te kwalificeren voor een bestuursfunctie bij een effecteninstituting.³²⁶ In de hierop volgende schadestaatprocedure kon de betrokkene zijn schade echter onvoldoende onderbouwen en werd zijn vordering afgewezen.³²⁷

6.6 Aansprakelijkheid voor openbare mededelingen

6.6.1 Inleiding

519. Toezichthouders verstrekken informatie aan het publiek over hun activiteiten. Deze informatie betreft onder meer de wijze waarop de toezichthouder toezicht houdt. Daarbij wordt ook informatie gegeven over individuele bedrijven, bijvoorbeeld, zoals de NMa pleegt te doen, over het feit dat tegen een bepaald bedrijf een onderzoek is gestart. Deze informatie wordt doorgaans verstrekt door middel van persberichten, die vervolgens in de media worden gepubliceerd, al dan niet nadat de redactie het bericht heeft bewerkt.

520. Het is duidelijk dat dergelijke informatie voor bedrijven die met naam en toenaam zijn genoemd tot schade kan leiden, zoals reputatieschade, omzetverlies e.d.

521. Daar tegenover staat het belang van de toezichthouder om het publiek te waarschuwen tegen bepaalde instellingen die de wet overtreden (preventie). Hiermee kan de toezichthouder bovendien aan het publiek duidelijk maken dat hij alert is om onjuist gedrag van onder toezicht gestelde bedrijven aan te pakken. Aan de voormalige directeur-generaal van de NMa is de quote toegeschreven dat hij het persbeleid gebruikte om de NMa als nieuwe organisatie 'op de kaart te zetten'.

522. Een verdergaand gebruik van pers en media kan plaatsvinden in het kader van 'naming and shaming'. Een toezichthouder kan in de pers bekend maken welke bedrijven zich (al dan

³²⁶ Rb. Amsterdam 12 januari 2000, rolnummer H 98.0197 en Hof Amsterdam 8 november 2001, rolnummer 0521/00.

³²⁷ Rb. Amsterdam 17 november 2004, rolnummer 279282/HA ZA 03-3243 (AMS).

niet stelselmatig) schuldig maken aan het overtreden van regels.

523. Het communiceren door de toezichthouder met het publiek door middel van de media levert een spanningsveld op dat tot een aantal gepubliceerde uitspraken heeft geleid, met name inzake het persbeleid van de NMa en de Opta.

6.6.2 Rechtspraak

Hof 's-Gravenhage 24-02-2005, LJN: AS9694 (Accell Group/Staat)

524. In deze zaak ging het om een persbericht en een jaarverslag van de NMa. In het persbericht meldde de NMa dat het rapport had opgemaakt tegen vier met name genoemde fietsenfabrikanten en twee met name genoemde branchorganisaties wegens een redelijk vermoeden van prijsafspraken en het uitwisselen van concurrentiegevoelige gegevens. Het persbericht besloot als volgt: 'De NMa maakt rapport op bij een redelijk vermoeden van een overtreding van de Mededingingswet. De betrokken fietsfabrikanten en brancheorganisaties kunnen nu op het rapport reageren. Daarna stelt de NMa definitief vast of er sprake is van een overtreding en zo ja, of er een boete en/of een last onder dwangsom wordt opgelegd.' In het jaarverslag 2002 werd een mededeling gedaan in dezelfde trant als die van het persbericht.

525. Accel cs stelde dat onder meer de in het persbericht en het jaarverslag vermelde uitlatingen van de NMa onrechtmatig waren jegens haar en haar schade hadden berokkend. De rechtbank wees de vordering af maar het Hof vernietigde dit vonnis. Het hof kwam tot de slotsom dat de NMa met de publicatie van het persbericht, gelet op inhoud en timing, onvoldoende rekening had gehouden met de belangen van Accel cs. Het betrof verdenkingen waarop Accell nog niet had kunnen reageren; de onschuldpresumptie van art. 6 EVRM diende hier in overweging te worden genomen en dit was onvoldoende gebeurd. Dit was onzorgvuldig en mitsdien onrechtmatig. De NMa had er ook rekening mee moeten houden dat nuances in het persbericht (het ging 'slechts' om een redelijk vermoeden van schuld) in de mediaberichten verloren zouden gaan. De betreffende inhoud van het jaarverslag was eveneens onzorgvuldig jegens Accel cs, nu daarin met naam en toenaam op zeer stellige wijze diverse overtredingen van de Mw werden gepresenteerd. Onvoldoende kwam daarbij tot uiting dat het slechts verdenkingen betrof.

Hof 's-Gravenhage 29 september 2005, LJN: AU3524 (Leemhuis/Staat):

526. Deze zaak ging onder andere om een aantal persberichten uitgegeven door het Openbaar Ministerie inzake de vervolging - in het kader van het zogenaamde Clickfondsonderzoek - van het Amsterdamse effectenhuis Leemhuis wegens verdenking van al dan niet aan het bestaan van coderekeningen en/of frontrunning gerelateerde commune en belastingdelicten. De persberichten bevatten onder meer de volgende passages: 'Uit het onderzoek is de verdenking ontstaan dat deze organisatie zich bezighoudt met misbruik voorwetenschap, steekpenningen, heling, oplichting, valsheid in geschrift en belastingfraude. Het onderzoek is een half jaar geleden gestart naar aanleiding van bij de FIOD binnengekomen informatie. De verdenking is allereerst dat vanaf 1985 bij drie commissionairs transacties zijn verricht voor cliënten die

alleen onder codenaam bekend zijn. Vaak gaat het hierbij om transacties waarbij de herkomst van de financiering niet te achterhalen is. Uit onderzoek is gebleken dat de houders van de coderekeningen een groot belang hebben bij het niet bekend worden van hun identiteit. Veel van deze transacties zijn waarschijnlijk uitgevoerd in strijd met interne regels van commissionairs en de Beurs. Bij deze transacties zijn grote winsten gerealiseerd maar ook zijn grote verliezen geleden. Daarnaast is de verdenking dat is gehandeld in effecten met misbruik van voorwetenschap. De voorwetenschap heeft in deze zaak niet zozeer te maken met kennis omtrent een bepaald bedrijf. De wetenschap heeft hier vooral betrekking op informatie over op handen zijnde effectentransacties in bepaalde fondsen.'

527. De rechtbank wees de vordering van Leemhuis af en het Hof bekrachtigde dit vonnis. Volgens het Hof was niet komen vast te staan dat de fout in het rechtshulpverzoek enig gevolg had gehad, zodat schade voor Leemhuis door onjuistheden in dat rechtshulpverzoek niet kon worden aangenomen. Het strafrechtelijk vervolgen van een verdachte ten aanzien van wie een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit bestaat, geeft in beginsel geen aanspraak op vergoeding van schade jegens de Staat. Gezien dit criterium had de rechtbank voorts terecht overwogen dat uit het oordeel van de strafrechter in het vonnis van 22 juni 2001 niet rechtstreeks voortvloeide dat er sprake was van een onrechtmatige daad die op grond van artikel 6:162 BW tot schadevergoeding aan Leemhuis moest leiden. Van de onschuld van Leemhuis was niet gebleken zodat ervan moest worden uitgegaan dat de verdenking aan de in artikel 27 Sv neergelegde maatstaf beantwoordde en dat de strafvorderlijke maatregelen op grond van die verdenking niet onrechtmatig waren. Voor het oordeel dat de rechter-commissaris de beslissing tot het openen van het gerechtelijk vooronderzoek niet weloverwogen, althans op grond van ondeugdelijke informatie, had genomen, was geen grond. Niet kon worden gezegd dat geen redelijk handelend officier van justitie gebruik zou maken van de bevoegdheid om onderbewindstelling te vorderen. Ook de mededelingen van de officier van justitie tijdens de onderbewindstellingszitting hadden niet tot toewijzing van de gevorderde onderbewindstelling geleid. Voorts kon niet worden geoordeeld dat het handelen van de Staat zodanig disproportioneel was, dat dit onrechtmatig jegens Leemhuis was. Het hof ging er met de rechtbank vanuit dat de aanhouding en daarmee ook de huiszoekingen, buiten toedoen van de Staat de aandacht van de pers en publiek hadden gekregen. Anders dan Leemhuis aanvoerde, was er geen plicht voor het openbaar ministerie om met het informeren van het publiek te wachten totdat het een completer beeld van de zaak had. Ten slotte kon volgens het hof niet worden geoordeeld dat de persberichten van 24, 25, 27 en 28 oktober 1997, waarop Leemhuis de onrechtmatige daad grondde, onjuiste of onnodig veel informatie inhielden.

Gerechtshof's-Gravenhage 14 april 2005, LJN: AT3883 (KPN/Staat)

528. In dit geding ging het om een perscampagne van de Opta rond 1 augustus 2002 waarin het publiek werd geïnformeerd dat kon worden overstapt op een andere vaste telefonie aanbieder (een CPS: Carrier Pre Select) voor lokale gesprekken en ^{dat h}et maken van een goede keuze de consument - afhankelijk van zijn/haar belgedrag - per jaar een besparing tussen 50 en € 100 kan opleveren op de totale telefoonkosten. Naar het oordeel van het hof werd hiermee bij de consument de indruk gewekt dat iedere consument bij een goede keuze van een

leverancier van lokale telefoondiensten een jaarlijkse besparing van - afhankelijk van zijn/haar belgedrag - € 50 tot € 100 en ten minste € 50 kan verkrijgen. Op grond van een aantal feitelijke overwegingen kwam het Hof tot de conclusie dat het persbericht en de begeleidende advertentie in die zin onjuist waren. De vraag was echter of dit ook onrechtmatig was.

529. Het Hof overwoog dat Opta tot 19 mei 2004 niet tot taak had om informatie bekend te maken over aanbieders van openbare elektronische communicatiewerken maar dat dit Opta evenmin was verboden. Voorts overwoog het Hof: 'Het gaat hier om uitingen van een zelfstandig bestuursorgaan, dat gelet op de naam en het optreden naar buiten door het publiek zal worden beschouwd als onafhankelijk overheidsorgaan en tevens als "autoriteit". Daardoor zal het publiek aan de uitingen/informatie van OPTA meer gezag toekennen en daarop eerder vertrouwen dan op uitingen van een commerciële onderneming. (...) Als overheidsorgaan, onder meer belast met toezicht op de naleving van de bepalingen van de Telecommunicatiewet, behoorde OPTA bij haar informatieverstrekking zeer zorgvuldig tewerk te gaan. Hoewel niet iedere onjuiste uiting van een overheidsorgaan als onrechtmatig is aan te merken, is het hof van oordeel dat in dit geval gelet op het voorgaande het persbericht in samenhang met de advertentie onjuist is voor zover daarin de indruk wordt gewekt dat iedere consument bij een goede keuze van een leverancier van lokale telefoondiensten een jaarlijkse besparing van € 50 tot € 100 en ten minste € 50 kan verkrijgen en dat de lokale gesprekskosten ongeveer 60% van de totale binnenlandse gesprekskosten uitmaken. Gelet op het vorenstaande acht het hof deze publicaties in zoverre, mede rekening houdend met voormelde belangen van partijen, onrechtmatig.'

530. Het arrest behelsde slechts een verklaring voor recht dat Opta onrechtmatig had gehandeld en hield geen beslissing in over een eventuele verplichting van Opta om de schade te vergoeden die door deze onrechtmatige gedraging was veroorzaakt.

6.6.3 Conclusies

531. Uit deze rechtspraak kan globaal het volgende worden afgeleid:³²⁸

- mededelingen mogen bij het publiek geen onjuiste indruk over feiten te wekken;
- toezichthouders worden door het publiek als 'autoriteiten' worden beschouwd en het zal aan uitlatingen van toezichthouders meer gezag toekennen en daarop eerder vertrouwen dan op commerciële ondernemingen;
- in het persbeleid moet er rekening mee worden gehouden dat persberichten door de media worden gefilterd en dat fijnere nuances niet altijd worden doorgegeven aan het publiek;
- bij mededelingen van de toezichthouder over overtredingen door 'onder toezicht staande bedrijven' is de onschuldpresumptie van belang (artikel 6 EVRM) en dient het beginsel van hoor en wederhoor te worden toegepast.

³²⁸ Zie ook Rb. Den Haag 21 augustus 2002, LJN: AE 7365 (Thermae/Staat): persbericht inzake waarschuwing tegen mogelijk gevaarlijke legionellabacterie in thermaalbadcomplex. De rechtbank achtte de handelwijze van in casu de Inspectie Gezondheidsbescherming Waren en Veterinaire Zaken niet onrechtmatig.

6.7 Aansprakelijkheid jegens derden

6.7.1 Inleiding

532. Toezichthouders kunnen niet alleen aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van onrechtmatige besluiten, zij kunnen ook aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van tekortkomingen in toezicht en handhaving. Ten aanzien van de aansprakelijkheid van de toezichthouder voor inadequaat handhavingstoezicht gelden geschreven en ongeschreven regels. Voor wat betreft de geschreven regels geldt dat in het laatste decennium in de wetgeving zowel voor landelijke als voor lokale toezichthouders taakstellingsbepalingen zijn opgenomen. De opname van deze taakstellingsbepalingen hangen voor wat betreft de lokale toezichthouders samen met de rampen in Volendam en Enschede maar de ideeën hierover dateren al van voor die gebeurtenissen. Zie par. 6.7.3.

533. Voor wat betreft het ongeschreven recht volgen aanwijzingen voor de aansprakelijkheid van toezichthouders uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en die van de Raad van State. Het Europese Hof ontwikkelde in het kader van het EVRM de zogenaamde positieve verplichtingen op basis waarvan toezichthouders een verplichting hebben om in te grijpen indien er sprake is van een daadwerkelijk en onmiddellijk risico voor het leven of gezondheid van personen. Zie par. 6.7.4. De Raad van State ontwikkelde vanaf de jaren negentig de zogenaamde beginselplicht tot handhaving. Deze komt er op neer dat een toezichthouder in beginsel dient te handhaven, tenzij er goede redenen zijn om dit niet te doen. Schending van deze bestuursrechtelijke beginselplicht is van groot belang voor het vaststellen van aansprakelijkheid. Immers, iemand (een toezichthouder) handelt onrechtmatig indien deze een geschreven of een ongeschreven norm schendt (art. 6:162 BW). Zie par. 6.7.5.

534. Alvorens op deze indicaties voor aansprakelijkheid in te gaan, zal nu eerst kort worden stilgestaan bij het onderscheid tussen algemeen en bijzonder toezichtsfalen, dat voor de aansprakelijkheid van toezichthouders van groot belang is. Zie par. 6.7.2.

6.7.2 Algemeen en bijzonder toezichtsfalen

535. Zoals in par. 1.2.2 reeds werd aangegeven, is het inmiddels gebruikelijk om een onderscheid te maken tussen algemeen en bijzonder toezichtsfalen.³²⁹ Algemeen toezichtsfalen ziet op de situatie dat een toezichthouder onvoldoende heeft gedaan om overtredingen op te sporen. Bijzonder toezichtsfalen heeft betrekking op de situatie dat een toezichthouder onvoldoende heeft gedaan om hem bekende overtredingen aan te pakken. De meeste gevallen van aansprakelijkheid voor inadequaat handhavingstoezicht gaan over bijzonder toezichtsfalen. Twee voorbeelden van gevallen waarin het ging om algemeen toezichtsfalen illustreren dat hier slechts zeer beperkte aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders liggen. Een voorbeeld op het terrein van gezondheid en veiligheid betreft de Boeddha zaak.

536. Bij een brand in chinees restaurant Boeddha in Hilversum in 1988 verspreidde het vuur zich razendsnel langs het plafond en vielen er doden en gewonden. Enkele van de gewonden

³²⁹ Zie reeds Van Boom en Giesen, NJB 2001, p. 1679. Zie voorts Giesen (2005), p. 23 met verdere verwijzingen.

stelden de Gemeente Hilversum aansprakelijk voor hun schade. Zij voerden daartoe aan dat het restaurant in 1983 voor het laatst was gecontroleerd en dat de Gemeente niet had gecontroleerd of een aanvankelijk geplande verbouwing had plaatsgevonden en of deze op brandveilige wijze was uitgevoerd. Het Hof overwoog dat in dit geval noch art. 71 van de Brandveiligheidsverordening, noch enige andere bepaling van deze verordening, de Gemeente verplichtte tot ingrijpen indien de rechthebbende op een inrichting de in deze bepaling verplicht gestelde kennisgeving niet had gedaan. Het door de Gemeente gevoerde beleid, zoals dit door haar was toegelicht, noopte niet tot actief ingrijpen in het onderhavige geval. Het Hof zocht de verplichting van de Gemeente dus in de wet (de door de Gemeente zelf opgestelde verordening) en in het door de Gemeente zelf gevoerde beleid.³³⁰

537. Een voorbeeld op het terrein van het financiële toezicht is de BeFra-zaak.

Het ging in deze zaak om een door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) ingeschreven cliëntenremisier³³¹ die optrad als beherend vennoot van een groot aantal commanditaire vennootschappen waarin steeds één particuliere belegger stille vennoot was. In die hoedanigheid opende zij bij banken rekeningen, gaf zij banken effectenorders en sloot zij met banken vermogensbeheerovereenkomsten. Aan de bankrekeningen werden door de (bestuurder van de) beherend vennoot onrechtmatig gelden en/of effecten onttrokken. De beleggers (de stille vennoten) stelden de banken en de Autoriteit Financiële Markten aansprakelijk voor de schade die zij leden door deze onrechtmatige onttrekking.

538. Een cliëntenremisier kan zonder vergunning als effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder diensten aanbieden indien hij de AFM in kennis stelt van zijn voornemen om dergelijke diensten aan te bieden onder opgave van een programma van werkzaamheden, en de identiteit van de beleidsmakers. De rechtbank overwoog hieromtrent:

‘Met AFM is de rechtbank van oordeel dat dit samenstel van regels zich eerst en vooral richt tot de cliëntenremisier. Wie zich aan de voorschriften houdt, is vrijgesteld. AFM heeft hierin geen actieve rol. Dit neemt echter niet weg dat een behoorlijke uitoefening van de toezichthoudende taak meebrengt dat AFM in geval van duidelijke signalen van (dreigende) overtreding van de effectenwet- en regelgeving (bijvoorbeeld optreden zonder vergunning als vermogensbeheerder) passende maatregelen dient te nemen. Van dergelijke duidelijke signalen was naar het oordeel van de rechtbank in oktober 1998 nog geen sprake. De enkele omstandigheid dat BeFra destijds heeft volstaan met het overleggen van haar statuten (en niet afzonderlijk opgave heeft gedaan van een programma van werkzaamheden en de identiteit van haar beleidsmakers) kan niet als een duidelijk signaal van (dreigende) overtreding van de effectenwet- en regelgeving worden aangemerkt. Hetzelfde geldt voor de enkele omstandigheid dat de statutaire doelomschrijving van BeFra meer diensten bestrijkt dan een cliëntenremisier kan en mag aanbieden en verrichten. Alleen bij actief onderzoek door AFM zou het (dreigende) optreden als orderremisier of vermogensbeheerder aan het licht zijn gekomen. AFM heeft onweersproken aangevoerd dat voor

³³⁰ HR 22 juni 2001, AB2237, C99/265HR (Restaurant Boeddha). Dit lijkt een niet geheel juiste benadering, omdat onrechtmatigheid immers ook kan voortvloeien uit het ongeschreven recht (art. 6:162 lid 2 BW). Zie par. 6.7.5.

³³¹ Een cliëntenremisier is een tussenpersoon die cliënten aanbrengt bij een effecteninstelling of een beleggingsinstelling. Een cliëntenremisier mag geen effectenorders van klanten doorgeven of uitvoeren en geen geld van klanten onder zich houden. Ook mag hij geen klanten aanbrengen bij andere cliëntenremisiers. Hij is verplicht om zich bij de AFM te registreren; zie www.afm.nl.

*zo'n onderzoek, gelet op de noodzakelijke prioriteitstelling en de in 1998 beperkte omvang van haar organisatie, geen ruimte was.*³³²

539. Deze overweging betekent dat de vordering op grond van algemeen toezichtsfalen niet slaagde, omdat er nog niet voldoende concrete aanwijzingen waren voor niet naleving van de regels door BeFra. In een later stadium was daar wel sprake van en ging het niet meer om algemeen maar om bijzonder toezichtsfalen. Op deze laatste grond slaagde de vordering van de benadeelden wel (zie par. 6.7.5.5).

540. Aansprakelijkheid van een toezichthouder wegens algemeen toezichtsfalen zal niet snel worden aangenomen. Daarvoor bestaan ten minste twee redenen. In de eerste plaats zal de rechter in een dergelijk geval het toezichtbeleid van de toezichthouder marginaal toetsen, omdat de inhoud van het toezicht- en handhavingsplan veelal tot diens beleidsvrijheid behoort. Met dit plan maakt de toezichthouder een keuze op welke wijze hij zijn schaarse middelen wil inzetten ter uitvoering van zijn toezichthoudende taak. Meer in het algemeen zal hij daarbij afwegingen maken ten aanzien van het belang van ingrijpen bij tijdelijke dan wel structurele regelovertradingen en bij geringe dan wel fundamentele regelovertradingen. Tevens zal hij rekening houden met de concreetheid van de klachten en de effecten van zijn ingrijpen, enzovoort.³³³ Dit wordt geïllustreerd met beide bovenstaande zaken. In dergelijke gevallen handelt de toezichthouder alleen dan onrechtmatig indien hij misbruik maakt van zijn bevoegdheid, bij de afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot zijn beleidskeuze had kunnen komen, of zijn besluit in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.³³⁴

541. Ten tweede is in dit soort gevallen het vaststellen van het causaal verband tussen het algemene toezichtsfalen en de uiteindelijke schade problematisch. Zie voor een illustratie hiervan de Vie d'Or zaak in par. 6.1.6.

6.7.3 Wettelijke toezicht- en handhavingsplichten

6.7.3.1 Inleiding

542. De wet verstrekt aan overheidsorganen, toezichthouders daaronder begrepen, bevoegdheden ten einde hun taak adequaat te kunnen uitoefenen maar kende tot voor kort niet een uitdrukkelijke verplichting om toezicht te houden en te handhaven. Sinds het midden van de jaren negentig is de wetgever er echter in toenemende mate toe overgegaan om taakstellingsbepalingen in de wet op te nemen die impliceren dat een toezichthouder in beginsel verplicht is tot het houden van toezicht en tot handhaving.

543. Indien een toezichthouder een wettelijke plicht tot het houden van toezicht of het handhaven van regels schendt, handelt hij daarmee in beginsel onrechtmatig. Indien een

³³² Rb. Amsterdam 14 september 2005, NJ 2005, 535 (Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.).

³³³ Van Rossum (2005), p. 37.

³³⁴ Asser-Hartkamp III (2004), nr 290b e.v.

schadeclaim wordt gebaseerd op deze onrechtmatigheidsgrond kan de vordering niet worden toegewezen indien de norm niet strekt tot bescherming van de belangen van de eiser (zie par. 6.8: relativiteit). Daarnaast dient te komen vaststaan dat de onrechtmatige gedraging in causaal verband staat met de schade (zie par. 6.9: causaal verband).

6.7.3.2 Europees recht

544. Een wettelijke verplichting tot het houden van toezicht vloeit op Europees niveau voort uit de twee Seveso-richtlijnen.³³⁵ Deze richtlijnen zijn uitgevaardigd na de ontsnapping van een grote en uiterst giftige dioxinewolk uit een chemische fabriek in Seveso, Italië, in 1976. Zij beogen zware ongevallen te voorkomen en de gevolgen van zware ongevallen voor mens en milieu te beperken. De Seveso II-richtlijn heeft betrekking op elk bedrijf waar zoveel gevaarlijke stoffen aanwezig zijn, dat er een risico op een zwaar ongeval bestaat.³³⁶ De Richtlijn bevat niet alleen verplichtingen voor de exploitant maar ook voor de nationale autoriteiten. Deze dienen het beleid inzake de preventie en beheersing van zware ongevallen te integreren in het ruimtelijk ordeningsbeleid, in het bijzonder met het oog op de afstand tussen het bedrijf en woongebieden (art. 12 Richtlijn 96/82). Voorts moeten zij aan de potentiële betrokkenen periodiek (minimaal eens in de vijf jaar) rampenvoorlichting geven (art. 13). Van groot belang is tenslotte de verplichting van de autoriteiten op grond van art. 18 van de Richtlijn om een inspectie- en controlesysteem op te zetten dat voorziet in minimaal jaarlijkse planmatige en systematische controles van de desbetreffende inrichtingen. Daarbij moet in het bijzonder aandacht worden besteed aan de technische, organisatorische en bedrijfskundige systemen.

545. Op grond van de Seveso II-Richtlijn rust dus op de verantwoordelijke autoriteiten de verplichting tot het houden van toezicht. Niet nakoming van die verplichting kan leiden tot aansprakelijkheid jegens degenen die daardoor personen- of milieuschade lijden. De implementatietermijn voor de tweede Seveso-richtlijn verstreek op 3 februari 1999. Voor zover een Lid-Staat de Richtlijn niet volledig heeft geïmplementeerd, bestaat het risico van communautaire aansprakelijkheid.³³⁷

546. Meer in het algemeen rust op een Lid-Staat in beginsel de verplichting om de naleving van de regels van het Europese recht te handhaven, al geniet de Lid-Staat hierbij een zekere beleidsvrijheid, zowel ten aanzien van de intensiteit als de middelen van handhaving. Zie hierover 5.7.5.3 en meer uitvoerig Hoofdstuk 10.

³³⁵ Richtlijn 82/501 van 24 juni 1982, Pb 1982, L 230/1 82/501 betreffende de risico's van zware ongevallen bij bepaalde industriële activiteiten, nadien gewijzigd en uiteindelijk vervangen door Richtlijn 96/82 van 9 december 1996, Pb. 1997, L 10 betreffende de beheersing van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken; zie hierover onder meer Heukels en Ten Cate (2001), p. 296 e.v.

³³⁶ Art. 2 Richtlijn 96/82; die voor de omschrijving van gevaarlijke stoffen art. 3 lid 4 van de Richtlijn. S.E. Fireworks in Enschede viel ten tijde van de vuurwerkcramp nog niet onder de reikwijdte van deze richtlijn. Met de op stapel staande wijziging van de richtlijn, die mede door de vuurwerkcramp werd geïnitieerd, zal dat wel het geval zijn. Zie Document 501PC0624, Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 96/82/EC van 9 december 1996 d.d. 18 februari 2002.

³³⁷ Van Dam (2000), nr. 606-607.

6.7.3.3 Nationaal recht

547. Reeds geruime tijd geldt er volgens art. 18.2 Wet milieubeheer een wettelijke zorgplicht tot handhaving. Het eerste lid van deze bepaling luidt aldus:

Het bestuursorgaan dat bevoegd is een vergunning (...) voor een inrichting te verlenen, heeft tot taak:

- (a) zorg te dragen voor de bestuursrechtelijke handhaving van het met betrekking tot de inrichting bij of krachtens de betrokken wetten bepaalde;*
- (b) gegevens over de inrichting te verzamelen en te registreren;*
- (c) klachten te behandelen.'*

548. De zorgplicht tot handhaving impliceert het verzamelen en registreren van informatie en het behandelen van klachten. Geruime tijd leidde deze bepaling een geïsoleerd bestaan omdat andere Nederlandse wetgeving niet zo'n wettelijke handhavingzorgplicht bevatte. Het spreekt voor zich dat het iets ongerijms had dat voor milieuregels wel een wettelijke handhavingplicht gold en voor regels ter bescherming van de fysieke veiligheid van personen niet, zoals bij brandveiligheidsvoorschriften.

549. Inmiddels zijn er in diverse wetten taakstellingsbepalingen opgenomen inzake toezicht en handhaving. Ten aanzien van lokale toezichthouders (gemeenten) valt hierbij in het bijzonder te denken aan de Woningwet, de Wet milieubeheer en de Wet ruimtelijke ordening. Zie bijvoorbeeld het voorgestelde art. 100 Woningwet dat bepaalt dat Burgemeester en wethouders zorgdragen voor de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde in de Woningwet. In het huidige art. 100 Woningwet is nog neutraal bepaald dat het gemeentebestuur 'voorziet' in het bouw- en woningtoezicht. Zie hierover par. 2.3.5.

550. Ten slotte geldt dat, voor zover de wet geen handhavingplicht kent, een dergelijke plicht thans in beginsel voortvloeit uit het ongeschreven recht (zie par. 6.7.5).

6.7.4 Mensenrechtelijke toezicht- en handhavingplichten

6.7.4.1 Inleiding

551. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft op basis van de bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens zogenaamde positieve verplichtingen voor Staten gecreëerd. Dit betekent dat de Staat zich niet alleen moet onthouden van gedragingen die een gevaar zijn voor het leven of het welzijn van zijn burgers maar ook dat hij onder omstandigheden verplicht is om het leven en het welzijn van burgers te beschermen tegen dergelijke gedragingen van derden.

552. Deze positieve verplichtingen hebben de rol van het EVRM bij overheids- en toezichthoudersaansprakelijkheid sterk in belang doen toenemen. Zij betekenen dat op de overheid (de toezichthouder daaronder begrepen) een handhavingplicht kan rusten indien zij weet of behoort te weten dat het leven van personen door een normovertreding gevaar loopt (Artikel 2), dat personen slachtoffer worden van een onmenselijke behandeling door derden,

zoals indien de kinderbescherming onvoldoende optreedt tegen ernstige vormen van kinderverwaarlozing, - mishandeling of –misbruik (Artikel 3) of dat personen ernstig en langdurige schade lijden doordat milieuregels niet worden gehandhaafd (Artikel 8).

553. Deze positieve verplichtingen raken tot nu toe alleen toezichthouders op de naleving van veiligheids-, gezondheids- en milieuvorschriften. Markttoezichthouders worden voornamelijk niet door deze positieve verplichtingen geraakt. Het is echter niet uitgesloten dat een dergelijke verplichting in de toekomst wordt aangenomen in het kader van Artikel 1 Eerste Protocol EVRM, dat het recht op eigendom beschermt. Dit begrip heeft in het Verdrag een ruime betekenis en kan ook rechten omvatten.

6.7.4.2 Artikel 2 (recht op leven)

554. Een positieve verplichting van de overheid of een toezichthouder om burgers te beschermen tegen levensgevaarlijke situaties is in een aantal arresten aan de orde geweest.³³⁸ Uit deze gevallen kan worden afgeleid dat een voorwaarde voor schending van het recht op leven (Artikel 2 EVRM) is dat de overheid, c.q. de toezichthouder op de hoogte was of had behoren te zijn van het concrete gevaar dat de betrokkene liep.

555. In de Osman zaak ging het om een situatie waarin de politie er niet in was geslaagd om tijdig een potentiële crimineel op te sporen, hoewel zij bekend was met diens identiteit alsmede met die van het potentiële slachtoffer. Het EHRM oordeelde dat in casu de positieve verplichting tot bescherming burgers tegen levensgevaar (Artikel 2) niet was geschonden, omdat ‘... *the applicants have failed to point to any decisive stage in the sequence of the events leading up to the tragic shooting when it could be said that the police knew or ought to have known that the lives of the Osman family were at real and immediate risk.*’³³⁹

556. In de Öneriyildiz zaak ging het om een methaangasexplosie op een Turkse vuilnisbelt waar zich in de loop der jaren een illegaal maar gedoogd woongebied had ontwikkeld. De plaatselijke autoriteiten waren van de gevaarlijkheid van de situatie op de hoogte door middel van rapporten. Het EVRM overwoog met betrekking tot Artikel 2: ‘... *the Turkish authorities at several levels knew or ought to have known that there was a real and immediate risk to a number of persons living near the Ümraniye municipal rubbish tip. They consequently had a positive obligation under Article 2 of the Convention to take such preventive operational measures as were necessary and sufficient to protect those individuals (...), especially as they themselves had set up the site and authorized its operation, which gave rise to the risk in question.*’ Op deze gronden oordeelde het Hof dat Turkije Artikel 2 EVRM had geschonden en gehouden was om aan Öneriyildiz en anderen schadevergoeding te betalen: € 29,000 voor materiële schade (inclusief kosten van rechtsbijstand) en € 33,750 voor immateriële schade. Laatstgenoemd bedrag werd ook toegekend aan zijn drie volwassen zonen

³³⁸ Artikel 2 EVRM: ‘1. Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet. 2. De beroving van het leven wordt niet geacht in strijd met dit artikel te zijn geschied ingeval zij het gevolg is van geweld, dat absoluut noodzakelijk is: a. ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld; b. teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand, die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen; c. teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken.’

³³⁹ EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134, m.nt. EAA (Osman/Verenigd Koninkrijk).

die het ongeluk ook hadden overleefd.³⁴⁰ Het argument van de Turkse Staat dat Öneriyildiz zich illegaal in buurt van vuilnisbelt had gevestigd, werd door het Hof afgewezen. Het enkele feit dat de autoriteiten geen toestemming hadden verleend om in de nabijheid van de vuilnisbelt te wonen is niet afdoende om te voldoen aan de verplichting van art. 2 EVRM tot bescherming van het recht op leven.³⁴¹

6.7.4.3 Artikel 3 (recht op bescherming tegen onmenselijke en vernederende behandeling)

557. De zaak Z/Verenigd Koninkrijk ging om een geval van ernstige kinderverwaarlozing waartegen de plaatselijke kinderbeschermingsautoriteiten onvoldoende optraden. Het Hof oordeelde dat hier sprake was van een schending van de positieve verplichting die voortvloeit uit art. 3 EVRM om personen te beschermen tegen onmenselijke en vernederende behandeling. De autoriteiten hadden jarenlang geen maatregelen genomen, terwijl zij reeds lange tijd op de hoogte waren van het feit dat in het desbetreffende gezin kinderen ernstig verwaarloosd werden: *‘The obligation on High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken in conjunction with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals (...). These measures should provide effective protection, in particular, of children and other vulnerable persons and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge.’*³⁴² Ook voor de schending van de positieve verplichting die voortvloeit uit Artikel 3 EVRM (recht op bescherming tegen vernederende behandeling)³⁴³ is een vereiste dat de autoriteiten op de hoogte waren of hadden behoren te zijn van de situatie waarin de benadeelden zich bevonden.

6.7.4.4 Artikel 8 (recht op privé leven)

558. Uit Artikel 8 EVRM³⁴⁴ vloeien eveneens positieve verplichtingen voort voor overheden en toezichthouders om het privé-leven van burgers te beschermen, in casu in het bijzonder tegen aantasting van het leefmilieu. Een drietal beslissingen illustreert wat de reikwijdte van de rechtspraak van het EHRM is. Net als bij de positieve verplichtingen van Artikel 2 en 3 is een voorwaarde voor schending dat de autoriteiten wisten of hadden kunnen weten van de aantasting van het privé-leven.

559. In López Ostra tegen Spanje ging het om de bouw van illegale zuiveringsinstallatie op 12

³⁴⁰ EHRM 30 November 2004, Case 48939/99 (Öneriyildiz/Turkijke), § 171-175.

³⁴¹ EHRM 30 november 2004 (Öneriyildiz/Turkijke).

³⁴² EHRM 10 mei 2001 (Z. e.a./Verenigd Koninkrijk), NJB 2001, p. 1310, nr. 29.

³⁴³ Artikel 3 EVRM: *‘Niemand mag worden onderworpen aan foltering en aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.’*

³⁴⁴ Artikel 8 EVRM: *‘1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’*

meter van de woning van klaagster. Dit veroorzaakte stankoverlast en gezondheidsklachten. Het EHRM overwoog dat ernstige milieuvervuiling kan leiden tot een inbreuk op art. 8 EVRM, omdat op de Staat de positieve verplichting rust om het privé- en gezinsleven effectief te beschermen. Bij de beoordeling of de overheid deze positieve verplichting al dan niet op de juiste wijze is nagekomen, geniet de Staat een zekere beleidsvrijheid bij de afweging van enerzijds economische belangen en het recht op privé-leven van burgers anderzijds. Indien echter geen redelijke afweging ('fair balance') tussen de belangen is gemaakt, levert dat een schending van het EVRM op. In casu was dit laatste het geval.³⁴⁵

560. Een vergelijkbare beslissing leverde de zaak Moreno Gómez tegen Spanje. Deze zaak ging over geluidsoverlast die werd veroorzaakt door bars en discotheken die zich vlakbij woning van klaagster hadden gevestigd. Dit leidde tot slapeloosheid en gezondheidsklachten van klaagster. De gemeente wist dat het geluidsniveau onacceptabel was en dat limieten werden overschreden. Het EHRM overwoog dat de ernst (gedurende de nacht en ver boven gestelde limieten) en de duur van de geluidsoverlast onder deze omstandigheden schending van art. 8 EVRM opleverden. De gemeentelijke maatregelen tegen overlast zouden in principe afdoende zijn geweest maar zij had zelf herhaaldelijk bijgedragen aan niet naleven van de regels.³⁴⁶

561. Ten slotte is de zaak Hatton tegen het Verenigd Koninkrijk van belang.³⁴⁷ Hierin ging het om geluidsoverlast veroorzaakt door nachtvluchten op Heathrow. Dit leidde tot slaapstoornissen en gezondheidsklachten van omwonenden. De claim van omwonenden dat Artikel 8 was geschonden werd echter door de Grote Kamer van het EHRM afgewezen, omdat het oordeelde dat het Verenigd Koninkrijk een 'fair balance' had gevonden tussen de economische en algemene belangen enerzijds en de belangen van de onwonenden anderzijds. Hierbij kan een rol hebben gespeeld dat het nachtvluchtenschema rechtmatig was en dat de daarin gestelde normen werden nageleefd.

6.7.4.5 Conclusie

562. Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat een toezichthouder op de naleving van veiligheids- en milieuregels aan minimum eisen van toezicht en handhaving moet voldoen. Indien hij op de hoogte is van een zeer gevaarlijke situatie, in het bijzonder indien dit een illegale situatie betreft, dat wil zeggen een situatie die in strijd is met veiligheids- en vergunningsvoorschriften, dient hij actief in te grijpen. Met name indien gedurende enige tijd niet wordt ingegrepen in een dergelijke situatie – er wordt al dan niet bewust 'gedoogd' – leidt dit in beginsel tot een schending van het EVRM.

563. Uit deze minimum voorwaarden die door het EHRM worden gesteld, vloeit tevens voort dat een immuniteit voor aansprakelijkheid voor deze categorie toezichthouders niet mogelijk is zonder schending van het EVRM. Zie voorts onder par. 6.7.5.4.

564. Ten slotte kan uit de rechtspraak van het EVRM worden afgeleid dat de beleidsvrijheid

³⁴⁵ EHRM 9 december 1994 (López Ostra/Spanje).

³⁴⁶ EHRM 16 november 2004 (Moreno Gómez/Spanje), *AB* 2004, nr. 453, m.nt. Barkhuysen.

³⁴⁷ EHRM 8 juli 2003 (Hatton/Verenigd Koninkrijk).

van het overheidslichaam haar grenzen daar vindt, waar de gevaren te groot zijn om ze op hun beloop te laten. Is een overheidstoezichthouder op de hoogte van een gevaarlijke situatie, dan is hij in beginsel verplicht om actief te worden en maatregelen te nemen. Daarbij kan hij dan nog een zekere beleidsvrijheid genieten ten aanzien van de wijze waarop hij actief wordt en welke maatregelen hij neemt. Naarmate het te bestrijden gevaar groter is, zal de beleidsvrijheid echter verder afnemen en dient hij effectieve maatregelen te nemen om het gevaar te keren.

6.7.5 Ongeschreven toezicht- en handhavingsplichten: beginselplicht tot handhaving

6.7.5.1 Inleiding

565. Hoewel in de jaren negentig wellicht de indruk kon bestaan dat in Nederland een 'beginselplicht tot gedogen' gold, is dat in elk geval thans geenszins meer de norm. De Afdeling Rechtspraak van de Raad van State heeft aan het eind van de jaren negentig in het bestuursrecht voor overheden een 'beginselplicht tot handhaving' ontwikkeld. Deze beginselplicht is geen absolute plicht want het bestuursorgaan kan die plicht terzijde schuiven. Maar het bestuursorgaan moet dit wel voldoende motiveren.³⁴⁸ Schending van deze bestuursrechtelijke verplichting door een overheidslichaam impliceert dat het overheidslichaam in civielrechtelijke zin in beginsel onrechtmatig heeft gehandeld.

566. In de ontwikkeling van de beginselplicht tot handhaving heeft de kabinetsnota 'Gedogen in Nederland' uit 1996 een belangrijke rol gespeeld. In die nota werd uitvoerig ingegaan op de grenzen aan het gedogen en op de plicht tot handhaving. Voorts werden richtlijnen geformuleerd waaraan een handhavings- en gedoogbeleid dient te voldoen. Volgens de nota was gedogen slechts in uitzonderingsgevallen aanvaardbaar mits tevens beperkt in omvang en/of tijd. In een drietal situaties kan gedogen evenwel gerechtvaardigd of soms zelfs geboden zijn, namelijk indien (1) handhaving leidt tot aperte onbillijkheden; (2) het achterliggende belang evident beter wordt gediend met gedogen; (3) een zwaarderwegend belang gedogen rechtvaardigt.³⁴⁹

567. De nota dateert uit 1996, dat wil zeggen ruim voordat de rampen plaatsvonden die de vraag naar de aansprakelijkheid van de toezichthoudende overheid hebben opgeroepen. Enerzijds maakt dat duidelijk dat de nota in de praktijk (nog) niet voldoende serieus werd genomen. Anderzijds geeft het aan, dat de normen in de nota geen reactie zijn op de rampen maar zijn opgeschreven in een rustig politiek klimaat.

568. De conclusie van het kabinet naar aanleiding van het rapport van de commissie-Alders inzake de cafébrand in Volendam ligt in het verlengde van de kabinetsnota uit 1996:

'Burgers, ondernemers, instellingen en overheden dienen zich te houden aan veiligheidseisen die worden gesteld in wet- en regelgeving. Van gemeenten mag een actief toezichts- en handhavingsbeleid worden verwacht als het gaat

³⁴⁸ Zie onder meer Afd. Bestuursrechtspraak RvS 2 februari 1998, AB 1998, 181, m.nt. FM; Afd. Bestuursrechtspraak RvS 18 juni 1998, AB 1999, 28, nt. J. Struiksma; Afd. Bestuursrechtspraak RvS 12 februari 1999, AB 1999, 321, nt. JSt. Zie voorts Van Buuren, Jurgens en Michiels (1999), p. 111 e.v.

³⁴⁹ Kamerstukken II, 1996-1997, 25 085, nr. 2, p. 9 en 35-40.

om brandveiligheid.³⁵⁰

569. De bestuursrechtelijke norm - in beginsel handhaven – heeft voor het overheidslichaam ook betekenis op civielrechtelijk gebied. Met andere woorden: voor het niet-handhaven zal het overheidslichaam zwaarwegende argumenten moeten aanvoeren. Ontbreken die argumenten, dan handelt het overheidslichaam in beginsel onrechtmatig.

6.7.5.2 Formuleringsplicht

570. De Raad van State heeft zich in de loop der jaren bediend van diverse omschrijvingen van de beginselplicht tot handhaving. Aanvankelijk stond het discretionaire karakter van de handhavingsbevoegdheid voorop: dit impliceerde een afweging van de in aanmerking komende belangen.³⁵¹

571. De beginselplicht tot handhaving werd geïntroduceerd in het midden van de jaren negentig. Aanvankelijk stond ook daarin nog een afweging van belangen centraal en daarmee een discretionaire bevoegdheid van het bestuur.³⁵² In latere jurisprudentie werd de beginselplicht aangescherpt door de overweging dat alleen in bijzondere gevallen van het bestuursorgaan kan worden verlangd dat het afziet van handhavend optreden.³⁵³

572. Deze aanscherping heeft de vraag opgeroepen of er met betrekking tot handhaving nog wel sprake is van beleidsvrijheid bij het betrokken bestuursorgaan. Enerzijds wordt betoogd dat handhaving een kerntaak van de overheid is en de rechtsstaat valt of staat met handhaving. Anderzijds wordt naar voren gebracht dat het ook bij handhaving om een belangenafweging gaat waarbij het te handhaven belang en het algemene handhavingsbelang een belangrijk gewicht in de schaal leggen maar niet tot een quasi-verplichting tot handhaving leiden. Deze grotendeels dogmatische en in de praktijk bepaald subtiele discussie is op dit moment onbeslist.³⁵⁴ Waar het om gaat is dat de beleidsvrijheid is ingesnoerd door de grote waarde die aan het belang van handhaving wordt gehecht en daarmee de motiveringsplicht van het bestuur waarom in een concreet geval niet tot handhaving wordt overgegaan is verzwaaard.

573. In 2004 heeft de Afdeling Rechtspraak een nieuwe formulering gekozen voor de beginselplicht tot handhaving. Deze luidt als volgt: ‘Gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het

³⁵⁰ Kamerstukken II, 2000-2001, 27 575, nr. 5, p. 7.

³⁵¹ Zie bijvoorbeeld ARRvS 29 augustus 1978, *Gst.* 6528, 5.

³⁵² Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 mei 1997, *Gst.* 7071, 8, m.nt. Teunissen.

³⁵³ Zie ook Verhey en Verheij (2005), p. 286-287, die wijzen op het, tot voor kort bestaande, verschil in benadering tussen de beide kamers van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State: in bouwzaken was de Afdeling strenger dan de milieukamer.

³⁵⁴ Zie bijvoorbeeld Albers, *Gst.* 2004, 7206, p. 233 e.v., die concludeert dat de beleidsvrijheid van het bestuur is ingeperkt door de jurisprudentie inzake de beginselplicht. Daarentegen is bijvoorbeeld Vermeer, *JB Plus* 2001, p. 76 e.v. van mening dat op grond van de meeste wettelijke bepalingen handhaven een bevoegdheid is en geen verplichting, ook na de introductie van de beginselplicht in alle gevallen een belangenafweging dient plaats te vinden. Zie ook Gundelach en Michiels (2004), p. 17, alsmede Hennekens en Michiels, *RM Themis* 2001, p. 250 e.v.; Bakker en Bastein, *NTB* 2004, p. 333 e.v.

bestuursorgaan dat bevoegd is om bestuursdwang met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.³⁵⁵

574. De beginselplicht tot handhaving impliceert dat handhaving voor het bestuursorgaan het uitgangspunt dient te zijn. Gezien het slot van de formulering van de Raad van State bestaat er weliswaar een niet te verwaarlozen ruimte om van handhaving af te zien maar in een dergelijk geval rust op het bestuursorgaan een motiveringsplicht waarom het daartoe in een concreet geval heeft besloten. Verhey en Verheij noemen hierbij ook de mogelijkheid dat, gezien de beperkte financiële middelen van de toezichthouder en de geringe omvang van het probleem, handhaving geen prioriteit heeft.³⁵⁶

575. Hoe heet de soep van de beginselplicht tot handhaving wordt gegeten is omstreden. Wat hiervan ook zij, er is geen sprake van een absolute plicht want er zijn volgens deze regel gevallen waarin van handhaving kan worden afgezien. Om een kwantitatieve indruk te geven: indien een bestuursorgaan niet wenst te handhaven maar een belanghebbende derde om handhaving verzoekt, wordt 55% van de beslissingen tot weigering van handhaving geschorst of vernietigd.³⁵⁷

576. Indien een bestuursorgaan (toezichthouder) in strijd handelt met de beginselplicht tot handhaving, zal dit een belangrijke indicatie zijn dat deze onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van art. 6:162 BW. Is aan deze voorwaarde voldaan, dan staat aansprakelijkheid van de toezichthouder nog geenszins vast. Vereist is daarnaast namelijk dat de onrechtmatige gedraging in causaal verband staat met de schade. In de praktijk is dat niet altijd eenvoudig vast te stellen (par. 6.9).

6.7.5.3 Verhouding tot het Europese recht

577. Op een Lid-Staat rust in beginsel de verplichting om de naleving van de regels van het Europese recht te handhaven. Dat betekent dat autoriteiten van de Lid-Staten (zoals toezichthouders) het nodige moeten doen om te verzekeren dat rechten die burgers aan het Europese recht ontnemen daadwerkelijk kunnen worden gehandhaafd. Wel geniet de Lid-Staat hierbij een zekere beleidsvrijheid, zowel ten aanzien van de intensiteit als de middelen van handhaving.³⁵⁸

578. Een goede illustratie van de grenzen van de beleidsvrijheid van een Lid-Staat bij het vervullen van zijn Europeesrechtelijke verplichtingen is de zogenaamde aarbeien-zaak. In deze zaak ging het om de nalatigheid van de Franse autoriteiten om op te treden tegen gewelddadige

³⁵⁵ ABRvS 21 juli 2004, *AB* 2004, 293, m.nt. J. Struiksma; ABRvS 11 augustus 2004, *AB* 2004, 444, m.nt. F.R. Vermeer; ABRvS 18 augustus 2004, *AB* 2004, 424, m.t. RW.

³⁵⁶ Verhey en Verheij (2005), p. 288.

³⁵⁷ Gundelach en Michiels (2004), p. 55-56.

³⁵⁸ EHvJ 21 september 1989, C-68/88, Jur. 1989. 2965 (Griekse maïs).

acties van boeren en actievoerders tegen de invoer van landbouwproducten uit andere Lid-Staten. Vrachtwagens werden tegengehouden, ladingen vernietigd, chauffeurs geïntimideerd en supermarkten die niet-Franse producten verkochten werden bedreigd en aan hun uitgestalde goederen werd schade toegebracht. Deze acties vonden regelmatig plaats gedurende een decennium en vanaf 1993 was de campagne direct gericht op de import van aardbeien uit Spanje. De Commissie daagde de Franse Republiek voor het Europese Hof van Justitie in Luxemburg.

579. In zijn beslissing overwoog het EHvJ dat Artikel 30 EG vereist dat Lid-Staten zich niet slechts onthouden van het nemen van maatregelen die een belemmering van de handel vormden maar ook, in verbinding met Artikel 5 EG, om alle noodzakelijke en passende maatregelen te nemen om te verzekeren dat die fundamentele vrijheid op hun grondgebied wordt gerespecteerd. In dit verband genieten Lid-Staten zonder twijfel een zekere beleidsvrijheid om te beslissen welke maatregelen het meest passend zijn om de belemmeringen voor het vrij verkeer van goederen in een gegeven geval te elimineren. Hoewel het Hof niets af wilde doen aan de moeilijkheden voor de autoriteiten om met deze situaties om te gaan, kon het niet anders concluderen dan dat, in aanmerking genomen dat frequentie en ernst van de incidenten, de maatregelen van de Franse regering overduidelijk inadequaaf waren om de vrijheid van de intra-communautaire handel in landbouwproducten op zijn grondgebied te garanderen.³⁵⁹

6.7.5.4 Verhouding tot het EVRM

580. De beginselplicht tot handhaving ten aanzien van veiligheidsnormen vindt onder bepaalde omstandigheden tevens een basis in art. 2, 3 en 8 EVRM, indien sprake is van een reële en directe bedreiging van het recht op leven, de gezondheid of het leefmilieu.³⁶⁰ Het louter opstellen van normen ter bescherming van de in deze bepalingen neergelegde rechten is onvoldoende. De Verdragsstaten hebben de verplichting om dergelijke normen zelf te respecteren en ook deugdelijk te handhaven ten opzichte van derden die daarop inbreuk maken.³⁶¹

581. De uitzondering op de beginselplicht tot handhaving kan met art. 8 lid 2 EVRM in verband worden gebracht. Op grond van de rechtspraak bij deze bepaling moet sprake zijn van een fair balance tussen de betrokken belangen.³⁶² In het Nederlandse recht geldt een vergelijkbare uitzondering op de beginselplicht tot handhaving (behalve in geval van concreet uitzicht op legalisatie) indien handhavend optreden onevenredig is in vergelijking met de daarmee te dienen belangen (zie par. 6.7.5.2).

³⁵⁹ EHvJ 9 december 1997, C-265/95, Jur. 1997, I-6959 (Commission v France).

³⁶⁰ Zie Alink, EVRM-report, Hoofdstuk 8, alsmede T. Barkhuysen, noot onder EHRM 16 november 2004, *AB* 2004, 453, nr. 3.

³⁶¹ Zie Alink, EVRM-report; T. Barkhuysen, noot onder EHRM 16 november 2004, *AB* 2004, 453, nr. 2.

³⁶² Zie Alink, EVRM-report; T. Barkhuysen, noot onder EHRM 16 november 2004, *AB* 2004, 453, nr. 3.

6.7.5.5 Rode draad: bekendheid met het risico

582. Indien een toezichthouder bekend is met een serieus risico is zijn beleidsvrijheid om al dan niet te handhaven beperkt. In het kader van zijn algemene handhavingstoezicht heeft hij een aanzienlijke vrijheid om zijn toezicht en handhavingsplannen te trekken. Zodra hij echter concrete kennis van een bijzonder risico verkrijgt is zijn beleidsvrijheid beperkt en wel des te sterker naar mate het bijzondere risico tot potentieel grotere schade kan leiden (zie par. 6.7.2). In een dergelijk geval zal handhavend optreden niet snel onevenredig zijn in vergelijking met de daarmee te dienen belangen en doet de uitzondering op de beginselplicht tot handhaving zich dus niet voor (zie par. 6.7.5.3). Dit kan worden geïllustreerd met het Oudewater-vonnis van de Voorzieningenrechter in Utrecht, het vonnis van de Rotterdamse rechtbank in de CMI zaak en het vonnis van de Amsterdamse rechtbank in de Befra-zaak.

583. In de Oudewater-zaak ging het om bouwwerkzaamheden die werden verricht zonder de daartoe vereiste vergunningen. Als gevolg van de bouwwerkzaamheden verzakten delen van de woning en de schuur van de in de nabijheid van het bouwperceel wonende eiser. De omwonenden hadden tegenover de gemeente herhaaldelijk hun bezorgdheid uitgesproken over de werkzaamheden, waaronder heiwerkzaamheden, en verzocht om handhavend op te treden maar de gemeente liet dit na. De Voorzieningenrechter stelde voorop dat in het algemeen het niet toepassen van een bevoegdheid (in dit geval: de werkzaamheden stilleggen), nog geen onrechtmatige gedraging van de gemeente opleverde: *‘Met de gemeente is de voorzieningenrechter van oordeel (...), dat het hebben van een bevoegdheid nog niet met zich meebrengt, dat het niet gebruiken daarvan, in een situatie waarin dat had gekund, aansprakelijkheid met zich meebrengt in geval de kans dat schade optreedt zich verwezenlijkt. Eerst indien sprake is geweest van een in zeer ernstige mate tekortschieten, opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven adviezen en/of een in redelijkheid geboden meer intensieve controle, kan aanleiding bestaan een overheidsorgaan, in dit geval een gemeente, aansprakelijk te achten wegens het niet gebruiken van zijn bevoegdheid. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter geven de bijzondere feiten en omstandigheden in de deze zaak echter aanleiding de gemeente aansprakelijk te achten. (...) Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter had de gemeente onder de gegeven omstandigheden, nu zij genoegzaam door [eisers] was gewaarschuwd, van haar bevoegdheid de bouw stil te leggen, gebruik moeten maken. Dat zij dit niet heeft gedaan, dient gelet op voornoemde feiten en omstandigheden als een in ernstige mate tekortschieten te worden beschouwd. In dit oordeel wordt mede betrokken de mate waarin het voor gemeente voorzienbaar moet zijn geweest, of behoorde te zijn, dat de schade zou opgetreden’.*³⁶³

De CMI-zaak speelde zich af in de Rotterdamse haven. Bij op- en overslagbedrijf CMI vonden tussen mei 1995 en februari 1996 controles plaats door de DCMR Milieudienst Rijnmond namens de gemeente Rotterdam. Hierbij bleek dat diverse voorschriften met betrekking tot brandpreventie en andere veiligheidsvoorschriften werden overtreden. De gemeente dreigde met het opleggen van een last onder dwangsom maar daadwerkelijke handhaving bleef achterwege. Eind februari 1996 brak brand uit bij CMI waarbij opgeslagen goederen, onder andere van Caldic Chemie, verloren gingen. Caldic stelde naast CMI de gemeente Rotterdam

³⁶³ Vrzngnr. Utrecht 26 augustus 2003, JB 2003/304, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Oudewater). Dit criterium (‘in zeer ernstige mate tekortschieten’) wijkt af van wat in de literatuur in het algemeen wordt verdedigd en is daarin ook bekritiseerd (par. 6.1.5); zie bijvoorbeeld ook Van Rossum, p. 76. Het is echter de vraag of dit andere etiket ook per definitie tot andere uitkomsten leidt. In elk geval was dat in de onderhavige zaak onwaarschijnlijk.

en de DCMR Milieudienst Rijnmond aansprakelijk.

De rechtbank stelde voorop: *'Bij de beantwoording van de vraag of gedaagden in deze gehandeld hebben in strijd met bedoelde verplichting en aldus sprake is van onrechtmatig handelen dient als maatstaf of gedaagden, als de met de handhaving belaste overheidslichamen, in redelijkheid konden beslissen te volstaan met de mate van handhaving die zij hebben betracht. Een onrechtmatige daad kan aan de overheid worden toegerekend indien zij het risico kende of behoorde te kennen en het risico had kunnen of behoren te vermijden.'*

Vervolgens overwoog de rechtbank: *'... dat het gezien de grote hoeveelheid gevaarlijke stoffen die CMI in strijd met de vergunningsvoorwaarden had opgeslagen en gezien ook de locatie van de loodsen, te weten direct naast een ander bedrijfsterrein en dicht tegen een woonwijk aan, het risico van het ontstaan van ernstige schade groot was. Gezien de bekendheid met de niet-naleving van de vergunningsvoorwaarden door CMI en het risico van ernstige schade, was een actief toezicht en ingrijpen met gebruikmaking van de bestaande bevoegdheden geboden. Hierbij zij nog opgemerkt dat kennis die bij een onderdeel van het overheidslichaam aanwezig was (in dit geval [werknemer]) aan het gehele overheidslichaam (in dit geval DCMR en de gemeente) kan worden toegerekend. Door telkenmale niet in te grijpen in een situatie die volgens DCMR zelf als een gevaarsituatie werd aangemerkt en te kiezen voor overleg, eerst intern met de verschillende bestuursdiensten en vervolgens met CMI en het risico van het ontstaan van ernstige schade te laten voortbestaan in plaats van af te dwingen dat CMI zich aan de vergunningsvoorwaarden hield, handelde DCMR, en daarmee ook de gemeente, in strijd met haar wettelijke plicht krachtens artikel 18.2 van de Wet Milieubeheer en daarmee onrechtmatig.'*³⁶⁴

584. Zie voor de feiten in de Befra-zaak hiervoor, par. 6.7.2. De rechtbank wees de vordering af voor zover het ging om algemeen toezichtsfalen. Volgens de rechtbank sloeg het algemeen toezicht echter om in bijzonder toezicht nadat de AFM een brief had ontvangen waarin BeFra meldde dat zij 'als beherend vennoot van diverse beleggingscommanditaire vennootschappen' een rekening had geopend bij Friesland Bank Securities. Vervolgens schreef AFM aan BeFra: *'U bent nu ook in ons register opgenomen als cliëntenremisier voor de onderstaande effecten- en/of beleggingsinstelling(en). Wij verzoeken u, indien u deze nog niet aan ons heeft toegezonden, een kopie van de overeenkomst die u met de betreffende effecten- en/of beleggingsinstelling(en) bij wie u cliënten aanbrengt aan ons over te leggen.'* De rechtbank overwoog dat de brief van Befra onmiskenbaar duidde *'...op (dreigend) optreden, door BeFra, als orderremisier en/of vermogensbeheerder. AFM had daarop alert dienen te reageren. Zij heeft het echter gelaten bij een enkel verzoek om toezending van een kopie van de overeenkomst die BeFra met FBS had gesloten. Zij heeft geen nadere actie ondernomen, ook niet toen die kopie uitbleef. AFM heeft aldus haar toezichthoudende taak niet naar behoren uitgeoefend en heeft daarmee met ingang van 1 mei 1999 onrechtmatig gehandeld jegens de stille vennoten.'*³⁶⁵

585. Bij de vraag of een toezichthouder aansprakelijk is wegens inadequaat handhavingstoezicht speelt het kennisvereiste of het voorzienbaarheids criterium dus een zeer belangrijke rol.³⁶⁶ Zodra de toezichthouder op de hoogte geraakt van een onrechtmatige

³⁶⁴ Rb. Rotterdam 26 mei 2004, NJF 2004, 508 (Caldic Chemie BV/Rotterdam). Ten tijde van het afronden van dit rapport diende deze zaak in appel bij Hof Den Haag.

³⁶⁵ Rb. Amsterdam 14 september 2005, NJ 2005, 535 (Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.). Zie ook Rb. Amsterdam 7 juni 2000, JOR 2000, 153, m.nt. Frielink.

³⁶⁶ Zie bijvoorbeeld ook HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319, nt. ARB (Waterschap West-Friesland/Kaagman) inzake de verplichtingen van het waterschap om te reageren op binnengekomen klachten.

situatie met kans op ernstige schade, dient deze in beginsel handelend op te treden. Dit impliceert niet per definitie dat hij ook handhavend moet optreden. Maar hij dient wel adequaat te reageren door, binnen de marges van zijn beleidsvrijheid, een onderzoek in te stellen en zo nodig maatregelen te treffen. Hij is daarmee nog niet aansprakelijk maar hij kan zich niet meer verweren met de onbekendheid van het risico; bovendien rust op hem dan in beginsel de bewijslast dat op adequate wijze op de informatie is gereageerd.³⁶⁷ Doet een toezichthouder in een dergelijke situatie niets, dan zal dit al snel als onrechtmatig worden beschouwd.³⁶⁸

586. In het wettelijk kader wordt dit voorzienbaarheids criterium veelal ondergebracht bij het toerekeningsvereiste van art. 6:162 lid 3 BW: een onrechtmatige daad kan aan de overheid worden toegerekend indien zij het risico kende of behoorde te kennen en het risico had kunnen of behoren te vermijden.³⁶⁹

587. Ten aanzien van de aan de toezichthouder toe te rekenen kennis geldt in het algemeen dat kennis die aanwezig is bij een onderdeel van de toezichthouder (bijvoorbeeld de brandpreventie-ambtenaar) aan het gehele overheidslichaam (de gemeente) kan worden toegerekend.³⁷⁰

6.8 Relativiteit

588. Tot wie strekt de eventuele aansprakelijkheid van een toezichthouder zich uit? Met andere woorden: tot wiens bescherming strekt de norm dat een toezichthouder zich als een redelijk handelend toezichthouder moet gedragen? Het gaat hier om de juridische vraag naar de relativiteit van de aansprakelijkheidsnorm. Artikel 6:163 Burgerlijk Wetboek bepaalt dienaangaande: *‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’*

589. Deze bepaling is aldus geformuleerd dat er een vermoeden geldt dat de geschonden norm strekt tot bescherming van de benadeelde, omdat deze strekking slechts bij uitzondering zal ontbreken.³⁷¹ Het is bovendien vaak moeilijk zo niet onmogelijk om de strekking van een wettelijke norm uit de parlementaire geschiedenis af te leiden, omdat aansprakelijkheidsaspecten daarin nu eenmaal weinig aan de orde plegen te komen, dan wel te worden gesteld. Overigens kan de kring van beschermde derden doorgaans ook worden bepaald door het antwoord op de vraag in wiens belang een toezichthouder optreedt. Hierbij gaat het om de doelen die met het

³⁶⁷ Van Dam (2000), nr. 915.

³⁶⁸ Zie bijvoorbeeld Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 193. ‘Verder lijkt mij van belang of de toezichthouder op de hoogte was van een reëel en onmiddellijk probleem bij een onder toezicht gestelde, waartegen onverwijld moet worden opgetreden of voor moet worden gewaarschuwd.’ Zie ook Van Rossum (2005), p. 62: ‘Zijn die omstandigheden aanwezig – bekendheid met een concrete (dreiging van) niet naleving of als er sterke aanwijzingen zijn (klachten, waarschuwingen) dat regels worden overtreden waardoor het risico op het ontstaan van ernstige schade zich voordoet – dan is actief toezicht en eventueel ingrijpen vereist. Stilzitten wordt dan al snel als onrechtmatig nalaten gekwalificeerd.’ Zie voorts Koeman (2004); Giesen (2005), p. 118-119.

³⁶⁹ Zie over deze kennen- en kunnen-vereisten Van Dam (2000), nr. 901 e.v.

³⁷⁰ Tjittes (2001); Van Dam (2000), nr. 915.

³⁷¹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 634 e.v.

instellen van een toezichthouder worden nagestreeft. Over dat doel zal de wet of de parlementaire geschiedenis in veel gevallen wel enige informatie bevatten.

590. Een klassiek voorbeeld van de toepassing van het relativiteitsvereiste is het Tandartsen-arrest. Het ging hierin om tandartsen die een beunhaas-tandarts die in hun buurt werkte een verbod tot het uitoefenen van zijn praktijk wilden doen opleggen. Zij betoogden dat de beunhaas zich onrechtmatig gedroeg door de tandheelkunde uit te oefenen zonder te voldoen aan de vereisten die voortvloeien uit de Wet op de Tandheelkunde. Deze grond werd door de rechter als ondeugdelijk beschouwd, omdat de Wet op de Tandheelkunde er toe strekte patiënten te beschermen in hun gezondheidsbelangen en niet om andere tandartsen te beschermen in hun economische belangen.³⁷²

591. Een voorbeeld van de toepassing van het relativiteitsvereiste in het kader van toezicht is het Duwbak Linda arrest.³⁷³ Een duwbak die bij een door de Staat (Scheepvaartinspectie) voorgeschreven keuring was goedgekeurd zonk en veroorzaakte schade aan andere schepen. De eigenaren van deze schepen vorderden schadevergoeding van (onder andere) de Staat. De vraag waar het in deze zaak om ging, was of de wettelijk regeling waarop de scheepskeuringen waren gebaseerd, strekte tot bescherming van benadeelden zoals de eigenaren van de beschadigde schepen. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend door te overwegen dat de in casu toepasselijke normen niet mede strekten tot bescherming van het individuele vermogensbelang. De Hoge Raad kwam tot deze conclusie op basis van de gegevens verstrekt in de conclusie van AG Spier inzake de geschiedenis van de herziene Rijnvaartakte en het Reglement Onderzoek Schepen op de Rijn. De AG had geconcludeerd dat uit deze wetsgeschiedenis onvoldoende steun is te putten voor de stelling dat voldaan is aan het relativiteitsvereiste.

592. Deze conclusie en daarmee ook de beslissing van de Hoge Raad lijken echter op gespannen voet te staan met art. 6:163. Uit deze bepaling volgt, dat uit de wettelijke regel of regeling moet kunnen worden afgeleid dat de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals benadeelde die heeft geleden. Onvoldoende is dat uit de wettelijke regeling niet blijkt dat de norm wel strekt tot bescherming van de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. In de Toelichting Meijers werd in dit verband opgemerkt:

De moeilijkheid is nl. dat, indien in een bijzondere wet een verplichting wordt omschreven, de wetgever slechts zelden uitdrukkelijk aangeeft, in hoeverre degenen die ten gevolge van een schending van die verplichting schade lijden, aan dat wetsvoorschrift in verband met de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek omtrent onrechtmatige daad een aanspraak op schadevergoeding ontleen. Om die reden zou een regel volgens welke aan een benadeelde bij een wetsovertreding alleen een aanspraak op schadevergoeding toekomt indien positief zou blijken dat zulks de strekking van het overtreden wetsvoorschrift was, in de rechtspraktijk grote bezwaren opleveren. Vandaar dat het ontwerp bepaalt dat in het algemeen de benadeelde die voorzienbare schade heeft geleden ten gevolge ener overtreding van een wettelijke plicht, aan die overtreding een aanspraak op vergoeding van zijn schade ontleent,

³⁷² HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (Tandartsen I).

³⁷³ HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67, AB 2005, 127, m.nt. FvO (Duwbak Linda). Kritisch over het arrest zijn onder meer Hartlief en Tjittes, NJB 2004, p. 1583; Giesen (2005), p. 168-170.

tenzij, negatief, blijkt dat het overtreden wetsvoorschrift niet die strekking heeft.³⁷⁴

593. Het is vooralsnog niet duidelijk hoe verreikend de beslissing van de Hoge Raad in het Duwbak Linda-arrest is en in hoeverre deze redenering ook van toepassing is op andere gevallen van toezichthoudersaansprakelijkheid. Of dat het geval is, zal echter in belangrijke mate afhangen van de wetgeving en de parlementaire geschiedenis daarvan waarin een toezichthouder in het leven is geroepen.

594. Voorts is van belang dat de Hoge Raad lijkt te benadrukken dat de eisers in dit geval vermogensschade leden. Dit sluit wellicht niet uit dat indien derden bij het ongeluk met de duwbak om het leven zouden zijn gekomen of gewond zouden zijn geraakt (personenschade) zij wel binnen het beschermingsbereik van de regelingen zouden vallen.

595. Een andere zaak waarin het relativiteitsvereiste aan de orde kwam is het Peter Paul arrest van het Hof van Justitie. Het ging hierin om cliënten van een bank in Duitsland die hun inleg hadden verloren nadat de bank failliet was gegaan. Zij claimden schadevergoeding van de Duitse banktoezichthouder. Deze toezichthouder verrichtte zijn werkzaamheden echter, zo was expliciet in de wet vastgelegd, in het algemeen belang en niet in het individuele belang van de cliënten van de bank. Het Hof van Justitie achtte deze wettelijke regeling niet in strijd met het communautaire recht. Zie par. 10.4.

596. Voor wat betreft de Nederlandse situatie bepaalt art. 1:7 lid 1 Wft: 'Prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector.' In de Memorie van Toelichting wordt daarbij het volgende opgemerkt:

*'De prudentiële toezichtregels beogen het risico van faillissement te verkleinen, zonder 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. 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.'*³⁷⁵

597. Uit deze passage kan worden opgemaakt dat het prudentieel toezicht door DNB, net als

³⁷⁴ Van Zeven en Du Pon (1981), p. 632.

³⁷⁵ Kamerstukken II, 2003–2004, 29 708, nr. 3, p. 29. In gelijke zin reeds de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet toezicht effectenverkeer (Wte), Kamerstukken II, 1998-1999, 21 038, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 3-4 en de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet financiële dienstverlening (Wfd), Kamerstukken II, 2003-2004, 29 507, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 7. Er is hier dus sprake van een reeds lang gevestigde opvatting bij de wetgever. In het verlengde hiervan ligt Rb. Amsterdam 7 juni 2000, JOR 2000, 153 (Van den Broek/Vereniging voor de Effectenhandel), waarin de rechtbank overwoog dat de toezichtplicht van de voorloper van de AFM strekte tot bescherming van de belangen van beleggers, inclusief die van professionele beleggers.

het gedragstoezicht door de AFM, niet slechts in het algemeen belang wordt verricht maar ook in het belang van bankcrediteuren, beleggers en polishouders. Dat betekent dat de norm om goed toezicht te houden strekt tot bescherming van deze personen in de zin van art. 6:163 BW. Zoals gezegd impliceert de verplichting tot het houden van prudentieel toezicht echter niet een garantieplicht om te zorgen dat een bank of verzekeraar nooit failliet gaat.

598. Een relativiteitsverweer is in feitelijke instanties overigens niet aan de orde geweest in de Vie d'Or zaak waarin het ging om het prudentiële toezicht op een levensverzekeraar door de Verzekeringkamer (die in 2004 met DNB is gefuseerd).

6.9 Causaliteit

599. Is eenmaal vastgesteld dat een toezichthouder toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld, dan komt de vraag aan de orde of er tussen de normschending door de toezichthouder en de schade van de benadeelde causaal verband bestaat. Daarbij is het met name de vraag welke rol de omkeringsregel hier kan spelen.³⁷⁶ Normaal gesproken dient de benadeelde te bewijzen dat er causaal verband is tussen zijn schade en de onrechtmatige gedraging van de aansprakelijk gestelde persoon. De omkeringsregel geeft aan dat het onder bijzondere voorwaarden aan de aansprakelijk gestelde persoon is om aannemelijk te maken dat de schade ook zonder zijn onrechtmatige gedraging zou zijn ontstaan.

600. In het Dicky Trading arrest formuleerde de Hoge Raad de omkeringsregel in algemene bewoordingen als volgt:

*'... indien, (...) door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.'*³⁷⁷

601. Deze regel riep door de algemene formulering diverse vragen op, hetgeen de Hoge Raad in het TFS/NS-arrest tot de volgende overweging bracht:

'Deze met de "omkeringsregel" aangeduide rechtspraak behoeft, blijkens daarover in de doctrine gerezene vragen, verduidelijking. Ter toelichting en uitwerking van deze regel waarvan de toepassing niet is beperkt tot een duidelijk afgebakende groep van gevallen, diene het volgende.

(i) In de vorenvermelde rechtspraak wordt tot uitdrukking gebracht dat in de daarin bedoelde gevallen op grond van een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel, een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv. (art. 177 oud) in dier voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van: conditio sine qua non-verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het

³⁷⁶ Akkermans (2002).

³⁷⁷ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, nt. WMK (Dicky Trading II). Zie voorts HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (Rebecca Visser); HR 24 december 1999, NJ 2000, 428, nt. HJS (Gouda/Lutz) en HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, nt. DA (Unilever/Dikmans); HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524, nt. JBMV (Ter Hofte/Oude Monnik); HR 23 november 2001, NJ 2002, 386; HR 23 november 2001, NJ 2002, 387.

ontstaan van de schade wordt aangenomen tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst - waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt - dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.

(ii) Voor het maken van de in (i) bedoelde uitzondering is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.

(iii) In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.

Voor de toepassing van voormelde regel is dus blijkens het vorenstaande vereist dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.

Opmerking verdient nog dat het hier bedoelde vermoeden zich niet zonder meer uitstrekt tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt.³⁷⁸

602. Toegepast op de aansprakelijkheid van toezichthouders zou dit betekenen dat vast moet komen te staan dat sprake is geweest van een gedraging van een toezichthouder die in strijd is met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar met betrekking tot het ontstaan van schade.

603. Gezien de algemene onduidelijkheid die over de omkeringsregel bestaat, verbaast het niet dat omstreden is of deze regel in gevallen van inadequaat handhavingstoezicht kan worden toegepast. Albers ziet voor deze regel een belangrijke rol weggelegd, terwijl Giesen betoogt dat, gezien de ratio van de omkeringsregel deze in dit soort gevallen in beginsel niet van toepassing zal zijn.³⁷⁹ De ratio van de omkeringsregel is volgens laatstgenoemde gelegen in een structurele bewijsnood die bij bepaalde categorieën van normen bestaat en die de effectiviteit van die norm ondergraaft. Dit structurele element van de bewijsnood wordt niet als een noodzakelijk vereiste gezien door Akkermans, die van mening is dat de omkeringsregel de benadeelde ook in incidentele gevallen van bewijsnood tegemoetkomt.³⁸⁰ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, die sterk de nadruk legt op de specifieke bescherming die de norm beoogt te bieden, kan een dergelijke beperking ook niet worden afgeleid.

604. De door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ontwikkelde beginselplicht tot handhaving (zie par. 6.7.5), lijkt in algemene zin niet een dergelijke norm in te houden. De norm strekt niet zonder meer tot het voorkomen van schade. In specifieke omstandigheden kan dit echter anders zijn. Indien bijvoorbeeld niet wordt opgetreden tegen een brandgevaarlijke inrichting waar veel publiek pleegt te komen, is verdedigbaar dat de toezichthouder in strijd handelt met een norm (handhaven), die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar met betrekking tot het ontstaan van schade (door dood en letsel).³⁸¹

³⁷⁸ HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 (TFS/NS). In gelijkkluidende zin HR 29 november 2002, NJ 305, m.nt. DA (Kastelein/Achtkarspelen).

³⁷⁹ Albers, NTB 2004, p. 209; I. Giesen, 2005, p. 211.

³⁸⁰ Akkermans (2002), p. 132.

³⁸¹ Kortmann, O&A 2004, p. 188.

605. Voorts kan van belang zijn welk handhavingsmiddel had behoren te worden toegepast. Betoogd kan worden dat het ten onrechte niet toepassen van bestuursdwang eerder tot een toepassing van de omkeringsregel aanleiding kan geven dan het ten onrechte niet opleggen van een last onder dwangsom.³⁸²

606. De omkeringsregel ten aanzien van het causaal verband is in de jurisprudentie nog niet aan de orde gekomen ten aanzien van de aansprakelijkheid van toezichthouders. Wel heeft de Hoge Raad zich in het duwbak Linda arrest uitgesproken over het met de causaliteit, en dus ook met de omkeringsregel, samenhangende vereiste van de relativiteit (zie par. 6.8). Aan de causaliteitsvraag, en dus aan de omkeringsregel, komt men niet meer toe indien is vastgesteld dat de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de geleden schade. In het duwbak Linda arrest overwoog de Hoge Raad dat de geschonden norm (onzorgvuldig keuren) niet strekt tot bescherming van derden die daardoor vermogensschade lijden. Met andere woorden: de norm strekt niet tot het voorkomen van dat specifieke gevaar.

607. De conclusie is, dat de omkeringsregel in gevallen van inadequaat handhavingstoezicht in bijzondere gevallen van toepassing kan zijn, namelijk indien de handhavingsnorm strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar met betrekking tot het ontstaan van schade. Of dit zo is, zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval.

6.10 Eigen schuld

608. In de betrekkelijk uitzonderlijke gevallen dat toerekenbaar onrechtmatig handelen van een toezichthouder wordt vastgesteld en tevens wordt vastgesteld dat de door de benadeelde geleden schade met dit handelen in voldoende causaal verband staat, kan de toezichthouder zich verweren met een beroep op eigen schuld van de benadeelde. Dit vloeit voort uit art. 6:101 BW. Dit verweermiddel van de toezichthouder geeft aan dat het feit dat een toezichthouder toezicht moet houden en moet handhaven de benadeelde niet van zijn eigen verantwoordelijkheid ontslaat om oplettend te zijn ten aanzien van zijn eigen belangen. Indien hij niet voldoende oplet en zijn eigen belangen onvoldoende waarneemt, kan dit hem als eigen schuld worden toegerekend en dient hij in beginsel een deel van zijn schade zelf te dragen.

609. Dit betekent bijvoorbeeld dat consumenten en investeerders gehouden blijven om op te letten met wie ze financiële transacties sluiten en onder welke voorwaarden. Doen ze dat niet, dan kunnen ze eigen schuld krijgen tegengeworpen en kan hun recht op schadevergoeding worden gereduceerd of zelfs vervallen.³⁸³ Te denken valt aan situaties waarin de consument over voldoende informatie beschikte om beslissingen te nemen.

610. Een voorbeeld kan wederom worden ontleend aan de BeFra-zaak (zie voor de feiten par. 6.7.2) waarin de rechtbank met toepassing van art. 6:101 oordeelde, ‘... dat een deel van de schade aan de stille vennoten zelf toegerekend dient te worden. Dit oordeel berust op de volgende omstandigheden. Er is niet gebleken dat de banken enige aanleiding hadden om er rekening mee te houden dat BeFra/ [voorzitter] zich

³⁸² Kortmann, *O&A* 2004, p. 188.

³⁸³ Zie hierover onder meer Van Boom, *NTBR* 2003, p. 555 e.v.

aan frauduleuze handelingen schuldig zouden maken. De keuze voor de onderhavige beleggingsvorm en de keuze voor BeFra als beherend vennoot is door de stille vennoten zelf gemaakt en de Banken hebben daarbij niet geadviseerd. Tenslotte hebben de stille vennoten geen of onvoldoende controle uitgeoefend op de administratieve verwerking van hun inleg en de wijze waarop BeFra daarmee omging. Deze omstandigheden geven de rechtbank aanleiding om 2/3 (tweederde) van de schade aan de Banken toe te rekenen en de overige 1/3 (eenderde) aan de stille vennoten zelf.³⁸⁴

611. Indien daarentegen bijvoorbeeld een toezichthouder over vertrouwelijke informatie beschikte met betrekking tot onrechtmatig handelen van een financiële aanbieder en de consument niet over die informatie kon beschikken, zal een eigen schuld verweer jegens de consument op die grond niet kunnen worden gehonoreerd.

612. Ook op het terrein van veiligheid en gezondheid dient men oplettend te blijven en kan bijvoorbeeld in een situatie waarin de bouwvoorschriften zijn overtreden en de toezichthouder daarop onvoldoende toezicht heeft gehouden, de benadeelde eigen schuld treffen in geval hij zelf onvoldoende oplet.

613. Een voorbeeld in dit kader is het Astrid Sterkenburg-arrest.³⁸⁵ De 14-jarige Astrid Sterkenburg viel uit het zolderraam van een vakantieboerderij in Ruurlo, omdat dit zolderraam een krachtens de gemeentelijke bouwverordening voorgeschreven beveiliging tegen doorvallen miste. Ruim een maand voor het ongeval had de controlerend ambtenaar van Bouw- en Woningtoezicht van de gemeente Ruurlo een bezoek gebracht aan de vakantieboerderij en geconstateerd dat de eigenaar op de zolder twee slaapkamers had gebouwd, waarvoor hij geen bouwvergunning had aangevraagd. De controlerend ambtenaar had bij die gelegenheid niet aan de eigenaar meegedeeld dat de ramen van de slaapkamers dienden te worden voorzien van een doorvalbeveiliging. In zijn rapport aan B. en W. vermeldde de ambtenaar niettemin, dat de boerderij voldeed aan de eisen van de Bouwverordening. Het Hof overwoog: *‘De ramen behoeften dringend correctie. Zij vormden een kenbaar gevaarlijke situatie, ter voorkoming waarvan het betreffende veiligheidsvoorschrift is gegeven. (...) Ook de gemeente, respectievelijk haar ambtenaar, hadden ernstig rekening te houden met de alleszins reële mogelijkheid dat (ook) kinderen - in het bijzonder op de zolderkamers - zouden logeren of verblijven en daarmee met de aanmerkelijke kans dat kinderen bij stoeien of spelen in vakantiestemming zich zodanig zouden gedragen dat een ongeval als te dezen heeft plaatsgevonden zich zou kunnen voordoen.’* Het Hof oordeelde tenslotte dat de eigenaar van de vakantieboerderij eveneens aansprakelijk was jegens Astrid en dat de eigen schuld van Astrid in beide gevallen 50% bedroeg.³⁸⁶

6.11 Hoofdelijke aansprakelijkheid

614. Indien op een (rechts)persoon inadequaaf (veelal ‘te voortvarend’) handhavingstoezicht wordt gehouden, kan hij daarvoor de toezichthouder aansprakelijk stellen. In beginsel doet

³⁸⁴ Rb. Amsterdam 14 september 2005, NJ 2005, 535 (Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.).

³⁸⁵ Hof Amsterdam 9 augustus 1990, BR 1991, 308, m.nt. H.C.W.M. Moesker (Astrid Sterkenburg/Ruurlo).

³⁸⁶ Ten aanzien van dit laatste kan worden opgemerkt, dat dit hoge percentage zich niet goed verhoudt tot de latere jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de eigen schuld van kinderen. Zie Van Dam (2000), nr. 824.

zich het probleem van de hoofdelijke aansprakelijkheid dan niet voor.³⁸⁷

615. Dit is anders indien derden de toezichthouder aansprakelijk stellen voor inadequaate handhavingstoezicht. In een dergelijk geval zal er vaak een ander zijn (degene op wie toezicht dient te worden gehouden) die tevens aansprakelijk kan zijn voor de schade. Veelal zullen laatstgenoemden zelfs in veel directere mate betrokken zijn geweest bij het ontstaan van de schade. De toezichthouder kan zich met dit argument echter niet verweren ten opzichte van de benadeelden indien hij zelf door inadequaate handhavingstoezicht onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld. Jegens de benadeelden zijn alle mede-veroorzakers immers hoofdelijk verbonden voorzover het gaat om dezelfde schade; de benadeelden kunnen elk van hen voor het volledige bedrag aanspreken (art. 6:102 lid 1 eerste zin). In de onderlinge verhouding (in het kader van het regres) kan wel rekening worden gehouden met de mate waarin de hoofdelijk aansprakelijke partijen aan de schade hebben bijgedragen (art. 6:102 lid 1 tweede zin).

616. In de praktijk is de mogelijkheid van regres door het overheidslichaam jegens de directe veroorzaker echter beperkt, indien de schade zo omvangrijk is dat noch de verzekeringsdekking van de desbetreffende (rechts)persoon, noch diens vermogen toereikend is om deze schade te vergoeden. Bij de rampen zoals in Volendam en Enschede, en het faillissement van La Vie d'Or zou het er dus op kunnen neerkomen dat de toezichthouder toch het leeuwendeel van de schade draagt. Zie over de alternatieven voor hoofdelijkheid par. 8.3.4.

6.12 Aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad

617. Hierboven (par. 6.4) kwam reeds het verschijnsel aan de orde dat sommige vormen van overheidsaansprakelijkheid, in het bijzonder de aansprakelijkheid voor vernietigde regelgeving en besluiten, in feite een verkapte vorm van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad zijn. Het overheidsorgaan heeft niet steeds een echte onrechtmatige daad gepleegd maar deze wordt als het ware geconstrueerd. De achterliggende gedachte is het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten: individuen dienen niet onevenredig de lasten te dragen van maatregelen die in het algemeen belang worden getroffen.

618. Een belangrijke categorie gevallen wordt hier gevormd door de jurisprudentie inzake huiszoekingen bij verdachten die op het moment van de huiszoeking als verdachte golden maar achteraf niets met de zaak te maken bleken te hebben. In die gevallen gaat de Hoge Raad uit van de constructie, dat de aanvankelijk aanwezige rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden (een redelijk vermoeden van schuld) achteraf gezien is komen te vervallen en het optreden daarom geacht moet worden alsnog onrechtmatig te zijn.³⁸⁸ Van toerekening is vervolgens sprake, omdat de Staat met het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardig-

³⁸⁷ Zie over hoofdelijkheid Asser-Hartkamp I (2004), nr 88 e.v., alsmede in algemene zin Van Boom (1999).

³⁸⁸ HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794, nt. C.J.H.B. (Staat/B) en HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92 (Joemman/Staat).

gingsgrond rekening had te houden.³⁸⁹ Doordat zware eisen worden gesteld aan de onschuld van de verdachte³⁹⁰ en een beroep op diens eigen schuld in ruime mate mogelijk is,³⁹¹ is deze overheidsaansprakelijkheid in de praktijk overigens niet zo verstrekkend.

619. Een expliciete aansprakelijkheid uit rechtmatige daad heeft de Hoge Raad tot nu toe niet geaccepteerd. Laatstelijk wees de Hoge Raad een dergelijke mogelijkheid af in een zaak die voor het onderhavige onderzoek een goede illustratie biedt. Het ging om een TBS-er die tijdens een onbegeleid verlof aan een burger schade had toegebracht. De Hoge Raad besliste dat alleen aansprakelijkheid van de Staat jegens deze burger bestaat (en deze dus alleen onrechtmatig handelt) indien komt vast te staan dat de Staat niet tot het verlenen van onbegeleid verlof had mogen besluiten in verband met het nog steeds bestaande en onaanvaardbare risico dat betrokkene door zijn stoornis gevaar voor de persoon of de goederen van anderen zou kunnen opleveren. In casu was daar geen sprake van en de vordering tegen de Staat leed daarom schipbreuk.³⁹²

620. Aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad behoort volgens de Hoge Raad in een dergelijk geval geen toepassing vinden, omdat de door de benadeelde geleden schade niet een rechtstreeks gevolg is van het verlenen van onbegeleid verlof, doch van het onrechtmatig handelen van de directe veroorzaker (de TBS-er). Het leerstuk van de onevenredige schade past alleen bij op zichzelf rechtmatig optreden van de overheid dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg heeft dat derden daardoor schade lijden waardoor zij in vergelijking met andere burgers of instellingen onevenredig worden getroffen. Daarvan is hier geen sprake. Een belangrijke reden daarvoor is dat het hier niet gaat ‘... om een geval waarin de Staat met het oog op het algemeen belang een besluit heeft genomen dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg had dat de nadelige gevolgen daarvan op onevenredige wijze ten laste van een beperkt aantal betrokkenen komen. Dat het verlenen van onbegeleid verlof tot gevolg heeft dat een persoon door de onderbreking van zijn detentie de mogelijkheid verkrijgt aan een ander ernstige schade toe te brengen, is een risico dat in het maatschappelijk verkeer in het algemeen door ieder die met hem in aanraking kan komen, wordt gelopen. Indien het risico zich heeft verwezenlijkt, betreft het meestal, zoals hier, een individuele burger die daardoor (ernstig) nadeel lijdt, terwijl anderen dit lot bespaard blijft. Deze ongelijkheid vloeit voort uit het feit dat [verweerster] het slachtoffer is geworden van de misdragingen van [betrokkene 1] en niet uit het feit dat de verlening van het verlof aan [betrokkene 1] meebrengt dat [verweerster] onevenredig getroffen wordt in vergelijking met andere, niet getroffen burgers.’

621. Wat er ook zij van deze redenering, zij kan in beginsel evenzeer worden toegepast op die gevallen waarin schade is veroorzaakt door iemand op wiens doen en laten een toezichthouder toezicht houdt. Als dat juist is, ligt het niet voor de hand om te verwachten dat de Hoge Raad bereid is om in dit soort gevallen een aansprakelijkheid op grond van het gelijkheidsbeginsel te accepteren. Aansprakelijkheid voor rechtmatige daad is in dit verband dus niet aan de orde. Voor aansprakelijkheid van de toezichthouder is derhalve beslissend is of deze zelf een

³⁸⁹ HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794, nt. C.J.H.B. (Staat/B); HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 (Joemman/Staat).

³⁹⁰ HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99, nt. A.R.B. (B.H./Amsterdam-Staat) en HR 13 november 1998, NJ 1999, 100, nt. A.R.B. (Granaria Beheer-Schouten Commodities/Staat).

³⁹¹ HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761, VR 1994, 56 (Joemman/Staat).

³⁹² HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K.).

onrechtmatige daad pleegde door inadequaat handhavingstoezicht.

622. Een vergoeding op grond van het gelijkheidsbeginsel kan wel worden verstrekt op basis van een expliciete wettelijke regeling. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de planschadevergoeding op grond van de Wet op de Ruimtelijk Ordening en in de Onteigeningswet. Voor toezichthouders op de naleving van regelgeving gelden dergelijke wettelijke verplichtingen uit rechtmatige daad echter niet. Wel kunnen vergoedingen op grond van de wet, zoals op grond van de Wet tegemoetkoming rampen, van belang zijn voor de positie van de benadeelde: hij kan zijn schade langs deze weg (deels) verhalen en is (in zoverre) niet afhankelijk van een geslaagde vordering op grond van onrechtmatige daad jegens de toezichthouder. Zie par. 7.5.3.

6.13 Samenvatting

623. Toezichthouders kunnen slechts aansprakelijk zijn indien zij door een toerekenbare onrechtmatige daad schade hebben veroorzaakt. Bij het vaststellen van de toerekenbare onrechtmatige daad wordt rekening gehouden met het feit dat een toezichthouder een publiekrechtelijke taak uitoefent en daarbij een zekere mate van beleidsvrijheid geniet. In kwesties die tot het beleid van de toezichthouder behoren gaat de rechter niet op diens stoel zitten. De beleidsvrijheid van de toezichthouder wordt met name begrensd door het feit dat hij zich moet houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht en het EVRM.

624. De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder kan niet worden losgezien van bestuursrechtelijke, Europeesrechtelijke en mensenrechtelijke regels. Dat maakt dit terrein minder overzichtelijk maar de invloeden zijn onontkoombaar als gevolg van de internationale verplichtingen die Nederland in dit verband is aangegaan.

625. Toezichthouders lopen ten aanzien van verschillende gedragingen een aansprakelijkheidsrisico, waarbij verschillende aansprakelijkheidsnormen kunnen gelden en waarbij bovendien de omvang van de beleidsvrijheid kan verschillen.

- Indien een toezichthouder een besluit neemt (bijvoorbeeld een vergunning weigert) dat later door de rechter wordt vernietigd, heeft hij daarmee zonder meer een toerekenbare onrechtmatige daad begaan en is hij aansprakelijk voor de schade die daardoor is veroorzaakt.
- Heeft een toezichthouder een openbare mededeling gedaan (bijvoorbeeld over het feit dat een tegen een brancheorganisatie een onderzoek is gestart wegens een redelijk vermoeden van prijsafspraken), dan hangt zijn aansprakelijkheid af van de formulering van het persbericht en de wijze waarop dit door de media kan worden weergegeven.
- Heeft een toezichthouder onvoldoende gehandhaafd (bijvoorbeeld het naleven van de voorschriften van een bouwvergunning), dan hangt zijn aansprakelijkheid af van de ernst van het gevaar dat door de niet naleving wordt veroorzaakt; bij een niet direct en onmiddellijk gevaar kan ook de beleidsvrijheid van de toezichthouder een rol spelen.

626. De toezichthouder loopt zowel de kans om aansprakelijk te worden gesteld door degenen op wie hij toezicht houdt als door derden indien dezen schade lijden door inadequaat

handhavingstoezicht. Ten aanzien van het laatstgenoemde risico dient een onderscheid te worden gemaakt tussen algemeen toezichtsfalen (kort gezegd: het niet opsporen van riskante situaties) en bijzonder toezichtsfalen (kort gezegd: het niet aanpakken van bekende riskante situaties). Het algemene toezicht ligt grotendeels binnen de beleidsvrijheid van de toezichthouder: indien deze een redelijk toezicht- en handhavingsplan heeft en dit adequaat uitvoert zal de rechter veelal geen ruimte hebben om op grond van algemeen toezichtsfalen een onrechtmatige daad van de toezichthouder te construeren (nog afgezien van het feit dat indien hij al tot deze conclusie zou komen het causaal verband met de schade doorgaans verre van eenvoudig is vast te stellen).

627. Meer recent heeft de wetgever in diverse wetten taakstellingsbepalingen ten aanzien van het algemene toezicht- en handhavingsbeleid in de wet opgenomen, in het bijzonder op het gebied van milieu en bouwen. Op grond van het Europese recht gelden op grond van de Seveso-richtlijnen verplichtingen tot het houden van toezicht op inrichtingen met een bijzonder groot veiligheidsrisico. De rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft voorts geleid tot positieve verplichtingen voor de overheid ten aanzien van situaties die een direct en onmiddellijk gevaar voor iemands leven, menselijke waardigheid en gezondheid inhouden. In dergelijke gevallen zal deze positieve verplichting in beginsel inhouden dat dient te worden ingegrepen en dat de geldende regels dienen te worden gehandhaafd.

628. Het voorgaande wordt gereflecteerd in de door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ontwikkelde 'beginselplicht tot handhaving' die er op neerkomt dat een bestuurorgaan in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift in beginsel moet handhaven. Dit is slechts anders onder bijzondere omstandigheden, met name indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat of het handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

629. Deze ontwikkelingen hebben de beleidsvrijheid van de toezichthouder ingeperkt maar met name in gevallen waarin er sprake is van een bijzonder risico dat bij de toezichthouder bekend is. In een dergelijk geval dient de toezichthouder actief te zijn door eventueel een nader onderzoek in te stellen en – naarmate de omvang van het risico groter is – bestuursrechtelijk in te grijpen door de gevaarlijke situatie te (doen) beëindigen.

630. Indien een toezichthouder toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld betekent dit nog geenszins dat hij ook voor de schade aansprakelijk is. In de eerste plaats dient de door de toezichthouder geschonden (wettelijke) norm te strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (relativiteitsvereiste). In het Duwbak Linda arrest heeft de Hoge Raad gesuggereerd dat dit vereiste een dam op kan werpen tegen te omvangrijke aansprakelijkheid van de toezichthouder.

631. Ten tweede dient vast komen te staan dat schade van de benadeelde in causaal verband staat met de toerekenbare onrechtmatige daad van de toezichthouder. Dit is in de praktijk niet altijd eenvoudig aan te tonen, terwijl het onzeker is of de zogenaamde omkeringsregel (die de

benadeelde tegemoet komt in zijn moeilijkheden om causaal verband aan te tonen) in dit soort gevallen van toepassing is.

632. In de derde plaats kan de eventuele aansprakelijkheid van de toezichthouder worden verminderd indien er sprake is van eigen schuld van de benadeelde. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de financiële toezichthouder onvoldoende toezicht heeft gehouden op de onrechtmatige verkoop van een bepaald financieel product en de koper van deze producten tegelijkertijd verwijtbaar onoplettend is geweest.

633. De toezichthouder kan aansprakelijk zijn voor schade terwijl tevens anderen voor diezelfde schade aansprakelijk zijn. Te denken valt aan het zojuist gegeven voorbeeld waarin niet alleen de financiële toezichthouder maar ook de verkoper van het financiële product aansprakelijk is jegens de benadeelde. In een dergelijk geval kan de benadeelde beide aansprakelijke personen voor het geheel van zijn schade aansprakelijk houden (met een eventuele aftrek voor het percentage van zijn eigen schuld). Tussen de beide aansprakelijke personen wordt de schade verdeeld naar rato van ieders veroorzakingsaandeel. In theorie zal het leeuwendeel van de schade moeten worden gedragen door de verkoper van het financiële product maar in de praktijk kan het zijn dat deze geen verhaal biedt. In een dergelijk geval wordt de schade geheel of althans grotendeels gedragen door de toezichthouder.

634. Aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad speelt in het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders geen rol van betekenis.

635. Uit het voorgaande blijkt dat het aansprakelijkheidsrecht geen wondermiddel is voor benadeelden en alleen al om die reden geen Angstgegner voor toezichthouders behoeft te zijn. De benadeelde moet doorgaans vele hoge horden overwinnen teneinde een toerekenbare onrechtmatige daad van een toezichthouder ten aanzien van toezicht en handhaving te kunnen vaststellen. Ook in gevallen waarin een dergelijke toerekenbare onrechtmatige daad wordt vastgesteld, kunnen het ontbreken van relativiteit en causaliteit uiteindelijk leiden tot een afwijzing van de schadevergoedingsvordering.

636. Uit het bovenstaande volgt tevens dat een redelijk handelend toezichthouder geen reëel aansprakelijkheidsrisico loopt. De rechter stelt aan de kwaliteit van toezicht en handhaving geen extreem hoge eisen en houdt rekening met de beleidsvrijheid van de toezichthouder. Voorts is een toezichthouder niet verplicht om schade voor derden onder alle omstandigheden te voorkomen. In deze zin bestaat er een belangrijke parallel tussen de rechterlijke standaard van de 'redelijk handelend toezichthouder' en de eigen professionele standaard van de toezichthouders. Zie ook Hoofdstuk 4. Alleen bij de strengere aansprakelijkheid voor vernietigde besluiten is de drempel voor onrechtmatigheid lager maar in deze gevallen levert het causaal verband tussen het besluit en de schade voor de benadeelde vaak de nodige problemen op.

6.2 Enquêtes

6.2.1 Enquête bij toezichthouders

I. Claims for damages without an international dimension

- 1.1 How many times did you receive a claim for damages for inadequate supervision and enforcement from a claimant domiciled in your country:
c) by clients of financial companies and/or investors?
a) by financial companies (recourse claims)?
b) by other supervisors?
Comment: This question only deals with claims that are to be taken seriously regardless of whether they were founded or not.
- 1.2 What kind of cases were this? What were the facts of each case?
Comment: A short summary of the basic facts will suffice.
- 1.3 What was the amount of damages claimed?
Comment: The question only deals with the amount claimed regardless of whether this amount was justified.
- 1.4 In which cases did you pay the claimant an amount of money and on which ground? How much did you pay the claimant and what was the amount he had claimed?
Comment: This question only relates to cases in which you paid the claimant an amount regardless of whether you were liable or not.
- 1.5 In case you did not pay the full amount claimed, what was the reason for this?
Comment: For example, the claimant's contributory negligence, lack of evidence for certain heads of damage, etc.
- 1.6 In which cases did you dismiss the claim and on which ground?
- 1.7 In which cases did the claimant start legal proceedings?
In which cases dismissed the court his claim?
In which cases did the court (partially) award his claim? What was the amount awarded and what was the amount claimed?

II. Claims for damages with an international dimension

- 2.1 How many times did you receive a claim for damages for inadequate supervision and enforcement from a claimant not domiciled in your country:
a) by clients of financial companies and/or investors?
b) by financial companies (recourse claims)?
c) by other supervisors?
Comment: this question only deals with claims that are to be taken seriously, regardless of whether they were founded or not.
- 2.2 What kind of cases were this? What were the basic facts of each case?
- 2.3 What was the amount of damages claimed?
Comment: the question only deals with the amount claimed regardless of whether this amount was justified.
- 2.4 In which cases did you pay the claimant an amount of money and on which ground? How much did you pay the claimant and what was the amount he had claimed?
Comment: This question only relates to cases in which you paid the claimant an amount regardless of whether you were liable or not.
- 2.5 In case you did not pay the full amount claimed, what was the reason for this?
Comment: For example, the claimant's contributory negligence, lack of evidence for certain heads of damage, etc.
- 2.6 In which cases did you dismiss the claim and on which ground?
- 2.7 In which cases did the claimant start legal proceedings?
In which cases dismissed the court his claim?
In which cases did the court (partially) award his claim? What was the amount awarded and what was the amount claimed?
- 2.8 Can you please indicate in which respect you adapted your policy after you received a claim for damages for inadequate supervision and enforcement from a claimant not domiciled in your country?
Comment: This question deals with the issue whether a claim for damages has impact on the regulator's policy. The question also relates to cases in which the case was one of the reasons for a policy change.
- 2.9 Can you give one or more examples of cases in which you refrained from supervising or enforcing or, alternatively chose to supervise or enforce because of the fear for a damages claim from a claimant not domiciled in your country?
- 2.10 Do you have the impression that liability rules applying to regulators have impact on the choice of a financial company's domicile?

6.2.2 Enquêtes financiële ondernemingen

De respondenten hadden volgende vestigingsplaats:

- Onderneming 1: Nederland
- Onderneming 2: Nederland
- Onderneming 3: Nederland
- Onderneming 4: Nederland
- Onderneming 5: Nederland
- Onderneming 6: Nederland
- Onderneming 7: Nederland
- Onderneming 8: België
- Onderneming 9: België
- Onderneming 10: België
- Onderneming 11: België
- Onderneming 12: België
- Onderneming 13: Verenigde Staten
- Onderneming 14: Verenigd Koninkrijk
- Onderneming 15: Verenigd Koninkrijk
- Onderneming 16: Verenigd Koninkrijk
- Onderneming 17: Duitsland

Aan de ondernemingen werd gevraagd om, per rubriek, elk van de volgende vestigingsfactoren een cijfer te geven van 1 tot 10, waarbij 1 'extreem slecht' is; 5 'gemiddeld' en 10, 'uitstekend'. Hierna worden de geïnventariseerde resultaten van het onderzoek weergegeven per vraag.

A. GENERAL

1. Image/reputation of the Netherlands abroad
2. The country's international orientation
3. Geographical position (in relation to customers and suppliers in Europe)
4. Presence of mainports (e.g. Schiphol Airport/Port of Rotterdam)
5. The living and working environment (quality of life)
6. The country's stability (political, social and economic)

Resultaten	A.1	A.2	A.3	A.4	A6	A6
Onderneming 1	9	9	8	9	7	7
Onderneming 2	10	8	8	8	8	10
Onderneming 3	7	8	8	8	8	9
Onderneming 4	9	8	8	8	8	10
Onderneming 5	8	9	8	8	7	7
Onderneming 6	9	9	8	8	7	9

Onderneming 7	9	8	8	8	8	9
Onderneming 8	8	8	8	9	9	9
Onderneming 9	8	8	8	8	7	9
Onderneming 10	8	7	6	7	8	8
Onderneming 11	9	8	8	9	9	9
Onderneming 12	8	8	8	8	7	9
onderneming 13	8	8	8	8	7	7
Onderneming 14	8	8	8	7	8	9
Onderneming 15	7	9	9	9	8	9
Onderneming 16	8	10	8	7	8	10
Onderneming 17	8	8	7	8	7	8
Gemiddeld	8,3	8,3	7,9	8,1	7,7	8,7

B. INFRASTRUCTURE

1. Accessibility/mobility
2. Capacity and quality of the physical infrastructure (road/rail/waterways)
3. Capacity and quality of the IT-infrastructure
4. Utilities (e.g. electricity, water, telecom)

Resultaten	B.1	B.2	B.3	B.4
Onderneming 1	4	4	6	7
Onderneming 2	9	9	9	9
Onderneming 3	5	4	8	9
Onderneming 4	6	6	8	9
Onderneming 5	6	6	6	7
Onderneming 6	6	6	7	6
Onderneming 7	6	5	8	8
Onderneming 8	6	6	8	8
Onderneming 9	6	6	6	7
Onderneming 10	7	6	7	7
Onderneming 11	1	1	8	8
Onderneming 12	7	6	7	8
Onderneming 13	6	5	7	6
Onderneming 14	9	9	8	7
Onderneming 15	7	7	8	8
Onderneming 16	7	9	8	
Onderneming 17			8	8
Gemiddeld	6,1	5,9	7,5	7,6

C. BUSINESS SITES

1. Availability and quality of office space
2. Cost of office space
3. Availability and quality of industrial parks
4. Cost of industrial parks
5. Crime prevention and safety issues

Resultaten	C.1	C.2	C.3	C.4	C.5
Onderneming 1	8	6	7	6	6
Onderneming 2	8	2	5	2	8
Onderneming 3	8	8	8	8	8
Onderneming 4	8	8	8	7	7
Onderneming 5	8	7			5
Onderneming 6	8	8	7	7	7
Onderneming 7	8	6	6	6	7
Onderneming 8	8	7	8	8	7
Onderneming 9	7	6	7	7	7
Onderneming 10	7	6	8	8	7
Onderneming 11	8	5	8	5	6
Onderneming 12	7	7	7	6	5
Onderneming 13	7	7			6
Onderneming 14	7	5	7	5	6
Onderneming 15	7	7	8	8	8
Onderneming 16	8	9			
Onderneming 17	6	6			6
Gemiddeld	7,5	6,5	7,2	6,4	6,6

D. LABOR

1. Availability of labor
2. Quality of labor
3. Cost of labor
4. Productivity and working ethics
5. Multilingualism of employees
6. Speed and simplicity of dealing with labor laws (hiring and firing, working hours and conditions)

Resultaten	D.1	D.2	D.3	D.4	D.5	D.6
Onderneming 1	8	8	6	7	8	7
Onderneming 2	9	9	4	8	10	10
Onderneming 3	7	8	6	7	9	4
Onderneming 4	7	9	6	7	9	6
Onderneming 5	6	6	6	6	7	5
Onderneming 6	8	8	6	8	8	4
Onderneming 7	7	8	5	7	8	5
Onderneming 8	7	8	6	6	8	6
Onderneming 9	5	8	6	7	8	7
Onderneming 10	7	8	7	8	8	7
Onderneming 11	7	8	5	8	8	5
Onderneming 12	7	6	5	6	8	6
Onderneming 13	6	8	7	7	9	6
Onderneming 14	9	9	4	6	9	2
Onderneming 15	7	8	6	7	8	7
Onderneming 16	7	9	7	8	10	6
Onderneming 17					10	
Gemiddeld	7,1	8	5,8	7,1	8,5	5,8

E. TAXATION

1. Corporate tax
2. Taxation of expatriates
3. Customs and duties
4. Ruling policy
5. Tax authorities' attitude towards business

Resultaten	E.1	E.2	E.3	E.4	E.5
Onderneming 1	8	6	5	6	5
Onderneming 2	10	8	8	10	10
Onderneming 3	7	7	7	8	8
Onderneming 4	8	8	8	7	7
Onderneming 5	5	7	7	8	6
Onderneming 6	8	6	7	6	6
Onderneming 7	9	8	7	7	9
Onderneming 8	8	8	7	8	8
Onderneming 9	5	6	6	7	7
Onderneming 10	7	7	7	7	7
Onderneming 11	7	7	6	8	8
Onderneming 12	8	7	5	7	7
Onderneming 13	7	7	7	7	6
Onderneming 14	7	7	6	2	3
Onderneming 15	7	6	6	6	6
Onderneming 16					
Onderneming 17	7			7	8
Gemiddeld	7,4	7	6,6	6,9	6,9

F. RULES & REGULATIONS

1. Setting up a business (e.g. business law)
2. Possibilities of guidance by financial supervisors
3. Compulsory contributions to deposit/insurance guarantee funds and the possibilities of the fund to claim recourse from your company
4. Chances of being held liable towards clients or third parties
5. Possibilities to claim recourse from financial supervisors in case of financial losses due to a liability claim

Resultaten	F.1	F.2	F.3	F.4	F.5
Onderneming 1	9	9	9	9	9
Onderneming 2	8	8	8	10	4
Onderneming 3	7	8	8	8	6
Onderneming 4	7	7	8	8	6
Onderneming 5	7	6	8	8	8
Onderneming 6	7	7	8	7	4
Onderneming 7	6	8	8	8	7
Onderneming 8	7	8	8	7	7
Onderneming 9	7	7	7	6	6
Onderneming 10	7	7	7	7	7
Onderneming 11	8	8	7	7	7
Onderneming 12	8	8	6	7	7
Onderneming 13	7	7		7	
Onderneming 14	8	7	6	7	6
Onderneming 15	6	8	8	8	6
Onderneming 16	8	7			
Onderneming 17	7	8	7	7	
Gemiddeld	7,3	7,5	7,5	7,6	6,4

G. INNOVATION

1. Quality of university, Higher Vocational Education (HBO's) and institutes
2. Availability and quality of Research and Development (R&D) activities of universities and research facilities
3. Availability of researchers
4. Attitude of universities and HBO's towards business
5. Protection of intellectual property

Resultaten	G.1	G.2	G.3	G.4	G.5
Onderneming 1	7	6	5	7	7
Onderneming 2	10	10	8	8	10
Onderneming 3	7	7	6	6	8
Onderneming 4	8	9	8	8	7
Onderneming 5	6	6	6	8	7
Onderneming 6	9	8	8	8	8
Onderneming 7	7	6	8	8	7
Onderneming 8	7	7	8	8	8
Onderneming 9	8	8	7	7	7
Onderneming 10	8	6	6	7	7
Onderneming 11	8	8	8	8	8
Onderneming 12	5	7	7	8	7
Onderneming 13	7	7	7	7	7
Onderneming 14	9	9	8	8	7
Onderneming 15	8	8	8	7	7
Onderneming 16				9	
Onderneming 17					
Gemiddeld	7,6	7,5	7,2	7,6	7,5

H. MARKET

1. Presence/proximity of customers
2. Presence/proximity of suppliers and partners
3. Access to other European markets

Resultaten	H.1	H.2	H.3
Onderneming 1	8	8	8
Onderneming 2	7	7	8
Onderneming 3	8	8	8
Onderneming 4	8	7	8
Onderneming 5	7	7	8
Onderneming 6	9	9	8
Onderneming 7	8	7	8
Onderneming 8	7	7	9
Onderneming 9	7	7	8
Onderneming 10	7	7	7
Onderneming 11	8	7	9
Onderneming 12	7	8	9
Onderneming 13	8	7	7
Onderneming 14	7	7	8
Onderneming 15	7	7	7
Onderneming 16	9		10
Onderneming 17	9		
Gemiddeld	7,7	7,3	8,1

I. QUALITY OF LIFE

1. Availability and quality of housing
2. Cost of living
3. Availability and quality of international schools
4. Availability and quality of medical care
5. Availability and quality of leisure and cultural facilities
6. Perception of personal safety

Resultaten	I.1	I.2	I.3	I.4	I.5	I.6
Onderneming 1	5	4	2	2	8	5
Onderneming 2	8	4	10	10	8	10
Onderneming 3	7	6	6	7	7	8
Onderneming 4	7	6	8	6	7	8
Onderneming 5	6	4	5	7	7	5
Onderneming 6	5	5	6	5	9	8
Onderneming 7	7	7	6	6	8	8
Onderneming 8	7	6	7	7	8	7
Onderneming 9	6	7	7	7	8	7
Onderneming 10	8	7	7	7	7	7
Onderneming 11	8	6	8	8	9	7
Onderneming 12	6	7	8	8	8	7
Onderneming 13	6	7	6	6	7	7
Onderneming 14	6	5	7	8	7	7
Onderneming 15	7	7	8	8	8	7
Onderneming 16	7	6				8
Onderneming 17						
Gemiddeld	6,6	5,9	6,7	6,8	7,7	7,3

J. OVERVIEW

1. General (image / location)
2. Infrastructure
3. Business sites
4. Labor
5. Taxation
6. Rules and regulations
7. Innovation
8. Market
9. Quality of life

Resultaten	J.1	J.2	J.3	J.4	J.5	J.6	J.7	J.8	J.9
Onderneming 1	4	8	5	6	7	2	3	1	9
Onderneming 2	9	5	7	2	1	3	4	6	8
Onderneming 3	2	3	5	4	7	8	6	1	9
Onderneming 4	6	5	7	1	2	8	3	4	9
Onderneming 5	8	7	2	5	6	9	4	1	3
Onderneming 6	4	3	5	1	2	8	7	5	9
Onderneming 7	4	5	3	6	1	7	9	2	8
Onderneming 8	2	3	1	4	5	8	6	7	9
Onderneming 9	1	2	7	3	9	8	9	6	5
Onderneming 10	1	2	3	9	4	5	8	7	6
Onderneming 11	6	2	1	4	3	5	7	9	8
Onderneming 12	2	3	8	4	6	5	9	1	7
Onderneming 13	7	5	8	3	2	6	9	1	4
Onderneming 14	6	4	3	2	8	9	7	1	5
Onderneming 15	5	7	4	2	3	9	8	5	6
Onderneming 16	3	4	5	1	9	8	6	2	7
Onderneming 17	8	4	6	5	3	2	7	1	9
Gemiddeld	4,6	4,2	4,7	3,6	4,6	6,5	6,6	3,5	7,1
Volgorde	5	3	6	2	4	7	8	1	9

K. LOCATION DECISION

1. Is your company considering moving its current operation(s) to the Netherlands or to elsewhere within the next 5 years?

- 1.1 No
- 1.2 Yes
- 1.3 Don't know

2. Which other place would your company consider moving to? (Please check all that apply)

- 2.1 To Central and Eastern Europe
- 2.2 To another country within Europe
- 2.3 To a non US-country outside Europe
- 2.4 To a US country
- 2.5 Don't know

3. Why would your company choose not to relocate part or all of its operation(s) to the Netherlands?

- 3.1 Cost reduction
- 3.2 Restructuring of business
- 3.3 Access to market or labor
- 3.4 Rules and regulations
- 3.5 Incentives
- 3.6 Taxation (e.g. corporate tax)
- 3.7 Other

4. Is your company considering expanding its operations, if any, in the Netherlands within the next five years?

- 4.1 No
- 4.2 Yes
- 4.3 Don't know

5. Is your company considering investing in the Netherlands within the next five years?

- 5.1 No
- 5.2 Yes
- 5.3 Don't know

Resultaten	K.1	K.2	K.3	K.4	K.5
onderneming1	1.3	2.2	3.1;3.6	4.2	5.2
onderneming2	1.1	2.5	3.6	4.3	5.3
onderneming3	1.1	2.5	3.7	4.3	5.3
onderneming4	1.1	2.5	3.7	4.1	5.3
onderneming5	1.1	2.5	3.7	4.3	5.1
onderneming6	1.1	2.5	3.7	4.3	5.3
onderneming7	1.1	2.5	3.7	4.1	5.3
onderneming8	1.1	2.5		4.1	5.1
onderneming9	1.1	2.5	3.7	4.1	5.1
onderneming10	1.1	2.5			5.1
onderneming11	1.3	2.5	3.7	4.1	5.3
onderneming12	1.3	2.5	3.7	4.2	5.3
onderneming13	1.3		3.6	4.2	5.2
onderneming14	1.1	2.2;2.4	3.1;3.3;3.5	4.1	5.1
onderneming15	1.1	2.5	3.5	4.3	5.3
onderneming16	1.1	2.2;2.4	3.3	4.2	5.3
onderneming17	1.3	2,1;2.2		4.3	5.3