

Vergaderjaar 2006–2007

31 123

Aansprakelijkheid van toezichthouders

Nr. 1

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 20 augustus 2007

1. Inleiding

Bij brief van 3 april 2006 (Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VI, nr. 132) heeft mijn ambtsvoorganger uw Kamer aangeboden het rapport «Aansprakelijkheid van toezichthouders». Dit rapport bevat de resultaten van het onderzoek dat in opdracht van Justitie is uitgevoerd door prof. mr. C. C. van Dam van het British Institute of International and Comparative Law te Londen. Hierbij treft u mijn standpunt op dit rapport aan. Dit standpunt is tot stand is gekomen in nauw overleg met de ministeries van Financiën, Economische Zaken en Verkeer en Waterstaat.

Het onderzoek brengt de omvang van het aansprakelijkheidsrisico voor toezichthouders in kaart. Daarbij gaat het zowel om de mogelijke aansprakelijkstelling door personen en bedrijven op wie toezicht wordt gehouden als om aansprakelijkstelling door derden die schade lijden wegens vermeend falend toezicht. Waar in het verleden van burgers en bedrijven zelf optreden werd verwacht, zijn, veelal vanwege de gecompliceerdheid van de materie, op steeds meer terreinen toezichthouders in het leven geroepen om de risico's van het maatschappelijk leven te beperken. Denk aan de Arbeidsinspectie of de De Nederlandsche Bank, de Consumentenautoriteit en de Zorgautoriteit. Het handelen van deze toezichthouders bergt weer eigen risico's in zich.

Doel van het onderzoek was te inventariseren of voor toezichthouders het aansprakelijkheidsrisico van zodanig omvang is dat deze zou moeten worden beperkt of zelfs weggenomen. Dit vanuit de gedachte dat, indien de aansprakelijkheidsrisico's te groot worden dit, naast hoge kosten, mogelijk tot andere negatieve consequenties voor het toezichtbeleid kunnen leiden, zoals tot zogenaamd «defensief gedrag». Daarbij was ook aandacht voor het zogeheten toezichthouderdilemma: laat het aansprakelijkheidsrecht voor toezichthouders wel voldoende ruimte om een evenwicht te vinden tussen niet te voortvarend optreden enerzijds en niet te nalatig optreden anderzijds? Te voortvarend optreden betekent immers dat de persoon of het bedrijf waarop toezicht wordt gehouden

schade kan lijden. Te weinig voortvarend toezicht kan daarentegen tot gevolg hebben dat derden schade lijden.

Het onderzoek bestaat uit een juridisch- en een praktijkonderzoek. In het juridisch onderzoek ligt de nadruk op de materiële eisen voor de aansprakelijkheid van toezichthouders, in het bijzonder de vereisten van artikel 6:162 BW (de regeling van onrechtmatige daad). Ook is aandacht besteed aan internationale ontwikkelingen, in het bijzonder de invloed van EU-regelgeving en uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Verder is onderzoek gedaan naar de aansprakelijkheid van toezichthouders in een aantal andere landen.¹

In het praktijkonderzoek is aan toezichthouders een vragenlijst voorgelegd over de mate waarin zij te maken hebben (gehad) met aansprakelijkheidsclaims en of en zo ja, op welke wijze dit hun beleid beïnvloedt. Op basis van deze vragenlijsten en van aanvullende interviews is nagegaan hoe vaak een schadeclaim wegens inadequaat handhavingstoezicht is ingediend en in welke gevallen de claim (deels) is toegewezen. Bij het onderzoek was zowel een aantal gemeentelijke² als een aantal van de belangrijkste landelijke toezichthouders³ betrokken.

De belangrijkste conclusie die in het rapport wordt getrokken is dat er op dit moment geen reden is voor bijzondere bezorgdheid als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders. De onderzoekers geven voorts op overtuigende wijze aan dat niet valt te verwachten dat er op afzienbare termijn problemen zijn te verwachten. Zoals hieronder zal worden toegelicht ligt het, gezien enkele daarbij spelende internationale dimensies, in de rede om nog aanvullend onderzoek te doen naar de positie van toezichthouders op de financiële sector.

2. Juridisch kader

Toezichthouders kunnen aansprakelijk zijn indien zij door een *toerekenbare onrechtmatige daad* schade hebben veroorzaakt. Daarbij is dan wel vereist dat de door de toezichthouder geschonden (wettelijke) norm moet strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, het zogenaamde *relativiteitsvereiste*. Ook dient vast komen te staan dat schade van de benadeelde in causaal verband staat met de handeling van de toezichthouder.

Bij dit juridisch kader spelen het onderscheid tussen toezicht en handhaving enerzijds en de begrippen algemeen en bijzonder toezicht anderzijds een belangrijke rol. Onder toezicht wordt verstaan het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan te stellen eisen en het zich daarna vormen van een oordeel daarover. Handhaving is het interveniëren naar aanleiding daarvan. Met de term *inadequaat handhavingstoezicht* wordt bedoeld op zowel gebreken in het toezicht als in de handhaving van wet- en regelgeving.

Gaat het om schade die derden (menen te) lijden door inadequaat handhavingstoezicht, dan moet een onderscheid worden gemaakt tussen algemeen en bijzonder toezichtsfalen. Algemeen toezicht ziet op het uitoefenen van algemene controle zonder dat sprake is van een concrete onrechtmatige situatie. Falen is bijvoorbeeld mogelijk als een toezichthouder onvoldoende heeft gedaan om overtredingen op te sporen. Bijzonder toezicht ziet op het nalaten van controle terwijl er concrete aanwijzingen zijn dat regels niet worden nageleefd; een toezichthouder heeft onvoldoende gedaan om hem bekende overtredingen aan te pakken.

De algemene norm waaraan getoetst wordt of een toezichthouder een toerekenbare onrechtmatige daad heeft begaan, is die van de redelijk handelend toezichthouder. De Hoge Raad heeft in de procedure van de Stichting Vie d'Or tegen De Nederlandsche Bank terzake het vermeend

¹ België, Duitsland, Engeland en Wales, Frankrijk en Italië.

² Amsterdam, Rotterdam, Utrecht, Alkmaar, 's-Hertogenbosch, Enschede, Heerlen, Edam-Volendam, Kappelle en Berkelland.

³ De Nederlandsche Bank (DNB), de Autoriteit Financiële Markten (de AFM), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Voedsel- en Warenautoriteit, agentschap Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees, de Inspectie voor de Gezondheidszorg en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (Opta).

toezichtfalen van een rechtsvoorganger van DNB, de Verzekeringskamer, op 13 oktober 2006 (RvdW 2006, 941) de norm aldus geformuleerd: *voldoet het toezicht zoals dat is uitgeoefend aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld.* Bij de toetsing wordt rekening gehouden met het feit dat een toezichthouder die een publiekrechtelijke taak uitoefent een zekere mate van beleidsvrijheid kan genieten. Deze beleidsvrijheid wordt wel begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht en het EVRM.

Het algemene toezicht ligt grotendeels binnen de beleidsvrijheid van de toezichthouder, dat wil zeggen beleidsvrijheid in de wijze waarop hij zijn werkzaamheden uitoefent. Werkt de toezichthouder behoorlijk en op basis van een redelijk toezicht- en handavingsplan, dan zal er veelal geen ruimte zijn om een onrechtmatige daad van de toezichthouder aan te nemen. Is sprake van een bijzonder risico en is dat risico bij de toezichthouder bekend, dan is zijn vrijheid meer beperkt. Dit bijvoorbeeld op grond van het recht van de Europese Unie dat verplicht tot het houden van toezicht op inrichtingen met een bijzonder groot veiligheidsrisico. De rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens verplicht voorts tot ingrijpen in situaties die een direct en onmiddellijk gevaar voor iemands leven, menselijke waardigheid en gezondheid inhouden. Daarnaast heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in het milieurecht en het ruimtelijk bestuursrecht de «beginselplicht tot handhaving» ontwikkeld, die er op neerkomt dat een bestuursorgaan in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift in beginsel moet handhaven (optreden), tenzij er concreet uitzicht op legalisatie bestaat of handhavend optreden disproportioneel zou zijn.

In aanvulling op het onderzoek het volgende. In de Vie d'Or-zaak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het stelsel van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf meebrengt dat de Verzekeringskamer óók bij de keuze om al dan niet gebruik te maken te maken van haar wettelijke bevoegdheden, een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. Komt een verzekeraar zijn wettelijke verplichtingen niet na, dan is het, aldus de Hoge Raad, in beginsel aan het inzicht van de Verzekeringskamer overgelaten of zij daar gevolgen aan zal verbinden en zo ja, welke. De Hoge Raad formuleert vervolgens de volgende maatstaf: «De Verzekeringskamer handelt ten opzichte van de polishouders *onrechtmatig indien zij* in de omstandigheden van het geval, uitgaande van de gegevens waarover zij beschikte of behoorde te beschikken en gelet op het geheel van de reeds getroffen maatregelen en de gebleken (in)effectiviteit daarvan, alle belangen in aanmerking genomen – de mogelijk nadelige effecten van de benoeming van een stille bewindvoerder daaronder begrepen – met het oog op de aantasting van de individuele vermogensbelangen van de polishouders *in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen* dat ook zonder de benoeming van een stille bewindvoerder het gevaar voor een uiteindelijke deconfiture zo veel mogelijk bleef afgewend.» Met andere woorden: ook bij een bijzonder risico kan een toezichthouder onder omstandigheden toch een grote mate van beleidsvrijheid toekomen. Interessant is dat de Hoge Raad, nadat hij benadrukt dat deze beleidsvrijheid een terughoudende toetsing door de rechter meebrengt, erop laat volgen dat het er ook niet om gaat of, achteraf oordelend, een andere beslissing beter ware geweest en of daardoor schade had kunnen worden voorkomen, maar of in de omstandigheden en met de kennis van toen de Verzekeringskamer in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen.

De aansprakelijkheid van toezichthouders jegens degene op wie toezicht wordt gehouden, heeft vooral betrekking op situaties waarin een toezichthouder een besluit neemt dat later door de administratieve rechter wordt

vernietigd. Het besluit wordt dan als een onrechtmatige daad aan een toezichthouder toegerekend. Zo kan de weigering van een vergunning door de AFM voor het uitoefenen van een financiële activiteit tot nadelige financiële gevolgen leiden voor degene die het bedrijf wilde starten. Ook hier moet het bedrijf wel aantonen dat er een causaal verband bestaat tussen de vernietigde beschikking en de schade. In de praktijk is dat niet altijd eenvoudig.

Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat indien de toezichthouder zich weliswaar niet als een redelijk handelend toezichthouder heeft gedragen, maar de overtreden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (art. 6:163 BW). Een voorbeeld is het Duwbak Linda arrest, waarin een duwbak die door een door de staat voorgeschreven keuring was goedgekeurd, zonk en schade aan andere schepen toebracht.¹ De vraag was of de wettelijke regeling waarop scheepskeuringen waren gebaseerd, strekte tot bescherming van benadeelden zoals de eigenaren van de beschadigde schepen. De Hoge Raad kwam op basis van de relevante wetsgeschiedenis tot de conclusie dat de normen niet mede strekten tot bescherming van het individuele vermogensbelang. De wetgeving waarbij een toezichthouder in het leven is geroepen of waarin bijzondere bevoegdheden zijn toegekend en de parlementaire geschiedenis, zijn dus van belang. Zo komt de Hoge Raad in de Vie d'Or-zaak na een uitvoerige analyse van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf tot het oordeel dat het toezicht op een verzekeraar mede tot doel heeft het financiële belang van een polishouder te beschermen.

Is eenmaal vastgesteld dat een toezichthouder toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld en strekt de overtreden norm ook tot bescherming van de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, dan komt de vraag aan de orde of er tussen de normschending door de toezichthouder en de schade van de benadeelde causaal verband bestaat. Dit is in de praktijk niet altijd eenvoudig. Zeker in situaties van algemeen toezichtsfalen is het uiterst lastig om vast te stellen dat de schade niet zou zijn ontstaan indien met inachtneming van de beschikbare middelen en mensen een andersoortige controle zou zijn uitgeoefend. De zogenaamde omkeringsregel kan mogelijk helpen. Normaal gesproken dient de benadeelde te bewijzen dat er causaal verband is tussen de handeling van de aansprakelijk gestelde persoon en zijn schade. Onder bijzondere voorwaarden kan worden geoordeeld dat het aan de aansprakelijk gestelde persoon is om aannemelijk te maken dat de schade ook zonder zijn onrechtmatige gedraging zou zijn ontstaan. De omkeringsregel is in de jurisprudentie nog niet aan de orde gekomen ten aanzien van de aansprakelijkheid van toezichthouders.

Naast de beleidsvrijheid die toezichthouders genieten en het bewijs van het causaal verband, is er ook een andere reden waarom het in bepaalde gevallen niet eenvoudig is om toezichthouders met succes aansprakelijk te houden. Dit vindt zijn oorzaak in de leer van de formele rechtskracht. Toezicht en handhaving gebeuren vaak door middel van besluiten (handhavings- en gedoogbesluiten, het verlenen of weigeren van een vergunning). Is dat besluit niet of tevergeefs in een administratieve procedure aangevochten, dan moet de burgerlijke rechter er in beginsel van uitgaan dat het besluit in overeenstemming is met de toepasselijke wettelijke voorschriften en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hij komt dan niet meer toe aan een zelfstandig inhoudelijk oordeel over de (on)rechtmatigheid.²

¹ HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, AB 2005, 127, m.nt. FvO.

² Zie overigens het «Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad». Dit voorontwerp beoogt een duidelijke competentieverdeling te realiseren tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter voor schadeverzoeken wegens onrechtmatige besluiten.

3. Het praktijkonderzoek

Uit het praktijkonderzoek kwam naar voren dat het aantal schadevergoedingsvorderingen tegen toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht relatief gering is. De deelnemende gemeenten rapporteren een zeer gering aantal substantiële aansprakelijkheidsclaims wegens inadequaat handhavingstoezicht (één tot vier maal per gemeente) over de afgelopen vijf tot tien jaren. Ook grote gemeenten rapporteerden dat dergelijke claims hooguit enkele malen per jaar voorkomen. In totaal werden iets meer dan twintig aansprakelijkheidsclaims gemeld. De meeste landelijke toezichthouders zijn in totaal in de afgelopen jaren slechts enkele keren (maximaal drie keer elk) geconfronteerd met een aansprakelijkheidsclaim wegens (vermeend) inadequaat handhavingstoezicht. In totaal rapporteerden vijf toezichthouders elf claims. Bij deze cijfers gaat het uitsluitend om serieuze aansprakelijkheidsclaims.

Bij de gemeentelijke toezichthouders varieert de omvang van de claims van een paar honderd euro tot vermoedelijk miljoenen euro's. De meeste gerapporteerde claims zijn lager dan € 25 000. Benadrukt zij, dat het hier om de gevorderde bedragen gaat. De claims zijn door de gemeenten veelal afgewezen; de (on)juistheid van een aantal van deze claims is of wordt thans in rechte vastgesteld. In ongeveer tien gevallen zijn benadeelden gerechtelijke procedures tegen gemeenten gestart wegens inadequaat handhavingstoezicht. Daaronder bevinden zich grote claims, zoals die van de benadeelden van de cafébrand in Volendam en de vuurwerkramp in Enschede. Beide claims zijn overigens ook jegens de Staat ingesteld. De eerstgenoemde zaak is inmiddels geschikt, in de laatstgenoemde zaak heeft de rechtbank in Den Haag twee afwijzende vonnissen gewezen; deze zaak is nu in hoger beroep aanhangig bij het Gerechtshof te Den Haag.

De omvang van de substantiële aansprakelijkheidsclaims ingesteld bij de landelijke toezichthouders varieert van € 80 000 tot € 85 000 000. Vier claims overschreden het bedrag van € 1 mln: twee claims bedroegen iets meer dan € 1 mln, één claim ruim € 11,5 mln en één claim € 85 mln. De beide laatstgenoemde claims waren gericht tegen DNB (één in haar kwaliteit als rechtsopvolger van de Verzekeringskamer). In een aantal gevallen is de omvang van de schadevergoedingsvordering niet bekend, omdat in eerste instantie alleen de onrechtmatigheidsvraag aan de orde is gesteld en de omvang van de schadevergoeding in een eventuele schadestaatprocedure aan de orde komt. Een uitzondering hierop vormt de VWA/RVV bij wie de gemiddelde claim in 2004 nog geen € 5 000 bedroeg. Bij deze toezichthouder gaat het om een relatief groot aantal claims met een beperkte omvang. Ten overvloede zij ook hier opgemerkt dat het hier gaat om de hoogte van de *vordering* van de benadeelde. De juistheid van deze vordering noch de juistheid van de hoogte van de schade is hierbij aan de orde. De meeste claims zijn door de toezichthouders afgewezen en de (on)juistheid van een aantal van hen is of wordt thans in rechte vastgesteld.

Zowel landelijke als lokale toezichthouders hebben verklaard dat zij zich in hun beleid niet laten leiden door angst voor aansprakelijkheidsclaims. Zij zien dergelijke claims eerder als een *test case* voor hun professionaliteit. Rechterlijke uitspraken ten nadele van toezichthouders leiden voor zover nodig tot een aanpassing van het beleid. Op een daartoe strekkende vraag antwoordden zowel de gemeenten als de landelijke toezichthouders unaniem dat hun handhavingsbeleid en de uitvoering daarvan niet worden beïnvloed door de vrees voor een aansprakelijkheidsclaim. In de visie van de DNB: *«Het toezicht op financiële instellingen is voortdurend in beweging. De toezichthouder vaart daarbij een vaste koers. De toezichthouder dient zich bij het ontwikkelen, vasthouden of waar nodig*

aanpassen van zijn beleid steeds rekenschap te geven van allerlei nationale of internationale ontwikkelingen. De toezichthouder betreft bij zijn visie op het te voeren beleid ook ontwikkelingen in de jurisprudentie. De gevolgen van al dergelijke ontwikkelingen, nationaal of internationaal, worden geëvalueerd met het oog op eventuele verbetering of aanscherping van procedures en handhavingsbeleid. Ook kunnen bepaalde incidenten tot verdere aanpassing van de regelgeving leiden en tot uitbreiding van het toezichtinstrumentarium ter voorkoming van een eventuele herhaling.»

In het rapport wordt geconcludeerd dat aansprakelijkheidsclaims door de toezichthouders op dit moment niet als een bijzonder probleem worden ervaren. Zowel bij de landelijke als bij de lokale toezichthouders komt het beeld naar voren dat rechterlijke uitspraken over aansprakelijkheidsclaims weliswaar op specifieke punten tot correctie van beleid kunnen leiden maar dat er geenszins sprake is van een algemene beïnvloeding van het toezichts- en handhavingsbeleid door het aansprakelijkheidsrecht. Met andere woorden: er zijn geen aanwijzingen voor defensief gedrag bij toezichthouders in de zin dat zij hun beleid ex ante laten bepalen door de vrees voor aansprakelijkheidsclaims. Wel verwerken zij ex post een beslissing van de rechter in hun beleid. In de aanvullende interviews met toezichthouders kwam naar voren dat een zeer belangrijke, zo niet de belangrijkste, basis voor het nemen van beslissingen de eigen professionaliteit is. Kwaliteit van toezicht en handhaving staat bij de hier aan de orde zijnde toezichthouders hoog in het vaandel en zij streven een optimale juridische kwaliteit van haar toezichthoudend en handhavend optreden na.

4. Aanbevelingen

De onderzoekers doen een aantal aanbevelingen die het aansprakelijkheidsrisico van toezichthouders en de gevolgen daarvan kunnen beperken.

De **eerste aanbeveling** is om het kwaliteitsbeleid op het gebied van toezicht en handhaving voort te zetten en daarbij – voor zover nog nodig – de uit de jurisprudentie inzake de aansprakelijkheid van toezichthouders voortvloeiende regels in dat beleid te integreren. De **tweede aanbeveling** is een eenvoudig systeem op te zetten teneinde informatie omtrent aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders beter te verspreiden onder toezichthouders.

In het afgelopen decennium is de kwaliteit van toezicht en handhaving tot één van de speerpunten van overheidsbeleid gemaakt, met name bij de lokale toezichthouders. Daartoe is onder meer de stuurgroep Handhaven op Niveau in het leven geroepen. Onder leiding van de stuurgroep zijn er projecten gestart, onderzoeken gedaan, adviezen gegeven en instrumenten ontwikkeld die provincies, gemeenten en waterschappen kunnen gebruiken om de handhaving op een hoger peil te brengen. Eén van die instrumenten is de leidraad Programmatisch Handhaven. Dit is een voorbeeldprogramma dat bestuurlijke organisaties kunnen gebruiken om de handhaving te verbeteren en uit te voeren. Voorts is in 2005 het programma *Rijk aan Handhaving* gestart; een rijksbreed programma voor de verdere professionalisering van de handhaving op rijksniveau. Met dit project wordt beoogd om de handhaving van ordeningswetgeving bij het Rijk te verbeteren door het opstellen van handhavingsplannen.¹ In 2006 is tenslotte het faciliterende programma Handhaven met Effect gestart. Dit programma is gericht op de professionalisering van de handhavers van decentrale overheden. De individuele handhaver staat hierbij centraal.

¹ Zie www.rijkaanhandhaving.nl.

Onderdeel van dit programma is de oprichting van het servicecentrum handhaving.¹

Het beleid om handhaving te intensiveren heeft inmiddels ook tot aanpassing van de wetgeving geleid. Zo bepaalt artikel 100c Woningwet dat burgemeester en wethouders jaarlijks hun voornemens bekend maken met betrekking tot de wijze waarop in het komende jaar uitvoering zal worden gegeven aan de bestuursrechtelijke handhaving van de bepalingen in de Woningwet. Deze voortdurende aandacht voor de kwaliteit van toezicht en handhaving zal in de toekomst worden voortgezet, waarbij in de door het Ministerie van Justitie te ondersteunen professionaliseringstrajecten in de toekomst meer nadrukkelijk aandacht zal worden besteed aan de uit de jurisprudentie voortvloeiende regels om aldus toezichthouders zich meer bewust te maken van ook de juridische dimensie bij voorgenomen handhaving.

Ook bij de landelijke toezichthouders is er veel aandacht voor de kwaliteit van het toezicht. Dat de verantwoordelijkheid daarvoor vooral wordt overgelaten aan de toezichthouders zelf, laat onverlet dat de overheid faciliterend kan optreden. Het Expertisecentrum Rechtspleging en Rechts-handhaving beheert een databank die voor toezichthouders de verschillende aspecten van een (voorgenomen) interventie in beeld brengt. Deze databank wordt uitgebreid, waarbij ook informatie zal worden opgenomen over de juridische dimensie van een interventie door daarin relevante rechterlijke uitspraken op te nemen. Toezichthouders kunnen aldus de voor hun relevante jurisprudentie eenvoudig raadplegen. Dit zal dan niet beperkt blijven tot alleen de relevante civielrechtelijke jurisprudentie. Ook de jurisprudentie van de bestuursrechter en het Europese Hof van de Rechten van de Mens zal daarin worden opgenomen voorzover daaruit valt af te leiden onder welke omstandigheden een toezichthouder handhavend moet optreden indien hem bekend is dat regels niet worden nageleefd, alsook welke handhavingsmiddelen hij dan dient aan te wenden.

In aanvulling hierop verdient het volgens het rapport aanbeveling om toezichthouders te verplichten om de informatie als hier bedoeld in hun jaarverslag op te nemen. Het kabinet is van mening dat hier volstaan kan worden met een oproep aan toezichthouders om deze informatie ter beschikking te stellen aan genoemde databank. Daarmee is volgens het kabinet een betere toegankelijkheid van deze informatie gegarandeerd, die bovendien een totaalbeeld verschaft en niet een jaarlijks, en daardoor versnipperd, beeld.

De **derde aanbeveling** om voor de nieuwe toezichthouders de budgettaire consequenties van aansprakelijkheid in ogenschouw te nemen, wordt ter harte genomen.

In aanvulling hierop zal hieraan ook aandacht worden besteed bij de verzelfstandiging van bestaande, nog van de landelijke overheid deel uit makende, toezichthouders. Bij een dergelijke verzelfstandiging en bij nieuw in te stellen toezichthouders met rechtspersoonlijkheid zullen in dat geval, zoals het rapport aanbeveelt, de voor- en nadelen van een aansprakelijkheidsverzekering of een andere dekking van hun aansprakelijkheidsrisico worden onderzocht. Daarover zij ten overvloede nog opgemerkt dat lokale toezichthouders in het algemeen al tegen aansprakelijkheid verzekerd zijn en dat de aansprakelijkheid van landelijke toezichthouders die een dienst zijn van een ministerie niet verzekerd is. De landelijke overheid verzekert immers haar aansprakelijkheid niet, zodat de daarmee samenhangende verplichtingen ten laste komen van de ministeriële begroting.

De **vierde aanbeveling** is om de voor- en nadelen te onderzoeken van een grotere financiële verantwoordelijkheid voor exploitanten. Dit zou niet alleen kunnen geschieden in de vorm van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering met een hogere dekking dan de thans gebruikelijk (zoals

¹ www.servicecentrumhandhaving.nl.

thans in België geldt), maar ook door middel van het opleggen van de verplichting tot het stellen van financiële zekerheid in het kader van de vergunningverlening. De gedachte hierbij is dat indien de toezichthouder aansprakelijk is voor onvoldoende toezicht en handhaving er vaak ook een andere (rechts)persoon aansprakelijk zal zijn voor de schade. Het beginsel van de hoofdelijkheid brengt dan mee dat de toezichthouder jegens de benadeelde toch volledig aansprakelijk is (zie art. 6:102 BW). In de interne verhouding met de andere schadeveroorzaker zal de toezichthouder een recht van regres hebben voor een (groot) deel van de schade, maar dit biedt alleen soelaas indien de ander voldoende verhaal biedt. Dit interne regresrecht kan daarom beter worden gerealiseerd door te bewerkstelligen dat exploitanten (verplicht) meer verhaal bieden dan thans vaak het geval is. Daarmee zou het aansprakelijkheidsrisico van toezichthouders kunnen worden verminderd.

Een onderzoek zoals hier aanbevolen is recentelijk van start gaan. Een aanbeveling als deze is namelijk in 2005 ook gedaan door de Commissie Tegemoetkomingen bij Rampen en Calamiteiten.¹ Deze commissie wees op een ander nadelig effect van onvoldoende verhaal bij een dader, namelijk het risico dat gedupeerden van een ramp met lege handen staan. De commissie heeft daarom maatregelen aanbevolen om te bewerkstelligen dat de draagkracht van bedrijven die door aard of karakter een groter risico voor de omgeving dan normaal vormen, omvangrijker zal zijn. Dit zou volgens de commissie vorm kunnen worden gegeven door een verzekering of solvabiliteitseis.

Het onderzoek vindt plaats onder leiding van het Ministerie van VROM. Onderzoek wordt gedaan naar de wenselijkheid en haalbaarheid van een voorgeschreven aansprakelijkheidsverzekering voor risicovolle bedrijven, al dan niet in combinatie met vergunningverlening voor bepaalde sectoren.² In dit onderzoek wordt ook een groot aantal andere aspecten betrokken, zoals de hoogte van de dekking, de mate van gevaarstelling van de verschillende bedrijfstakken, de concurrentiepositie van bedrijven, de mogelijkheid van zelfregulering en de hiermee samenhangende uitvoeringsaspecten.

De **vijfde aanbeveling** die het rapport doet is om de ontwikkelingen op het gebied van de aansprakelijkheid van toezichthouders een aantal jaren te volgen door middel van een monitoring systeem, zodat eventuele problemen in een vroeg stadium kunnen worden gesignaleerd en tijdig adequate maatregelen kunnen worden genomen. In het kader van een dergelijke monitoring zou in een eenvoudig, betrouwbaar en uniform registratiesysteem onder meer dienen te worden bijgehouden in welke gevallen toezichthouders aansprakelijk worden gesteld voor inadequaat handhavingstoezicht, of deze claims door de toezichthouder worden gehonoreerd, in welke gevallen een rechtszaak wordt aangespannen en wat de beslissing van de rechter in de desbetreffende zaak is. Voorts dient volgens deze aanbeveling voor gevallen waarin aansprakelijkheid door de toezichthouder wordt erkend, dan wel door de rechter wordt vastgesteld, onder meer te worden geanalyseerd wat er mis is gegaan en of hier sprake is van een incidentele dan wel een structurele tekortkoming bij de toezichthouder.

Deze aanbeveling wordt niet overgenomen. In het rapport wordt immers op basis van het juridische onderzoek op overtuigende wijze aangetoond dat het niet voor de hand ligt om te veronderstellen dat binnen afzienbare termijn problemen zijn te verwachten. Een monitoring systeem teneinde de ontwikkelingen op dit gebied een aantal jaren te volgen, heeft naar mijn mening dan ook nauwelijks toegevoegde waarde. Daarbij wil ik erop wijzen dat de hierboven genoemde uit te bouwen databank ten dele reeds deze functie kan vervullen. Mochten er zich immers in de rechtspraak toch nog onverwachts ontwikkelingen voordoen, dan worden deze door actualisering van de databank spoedig onderkend.

¹ Zie het eindrapport «Soladiriteit met beleid», te vinden op www.ctrc.nl.

² Zie Kamerstukken II 2005/06, 29 668, nr. 11, p. 22.

5. Ten slotte

Ik heb met waardering kennis genomen van het rapport en de analyse op basis van het juridische onderzoek en het praktijk onderzoek. Ik onderschrijf de conclusie van het rapport dat er op dit moment geen reden is voor bijzondere bezorgdheid als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders. Met de onderzoekers verwacht ik ook niet dat er op afzienbare termijn problemen zijn te verwachten.

Uit het onderzoek blijkt dat ook toezichthouders zich over hun aansprakelijkheid niet zeer bezorgd tonen, maar de ontwikkelingen uit de aard der zaak wel nauwlettend volgen. Meer in het algemeen ervoeren de meeste toezichthouders het aansprakelijkheidsrecht als een nuttig middel voor het eigen leerproces met betrekking tot de kwaliteit van goed toezicht en goede handhaving. Is een toezichthouder tekortgeschoten in zijn toezichthoudende en handhavende taak, dan hebben benadeelden recht op schadevergoeding. Uit het juridisch onderzoek blijkt dat de rechtspraak zich terughoudend opstelt als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders. Het na het verschijnen van dit rapport gewezen Vie d'Or-arrest bevestigt dit. Er is dan ook geen aanleiding in zijn algemeenheid het aansprakelijkheidsrisico van toezichthouders te verminderen dan wel te elimineren.

In de Tweede Kamer is bij verschillende gelegenheden aandacht gevraagd voor specifiek de positie van de toezichthouders op de financiële sector, de AFM en DNB. Het ministerie van Financiën heeft na ommekomst van het onderzoeksrapport een studiedag georganiseerd waarin de conclusies en aanbevelingen in het bijzonder zijn besproken met het oog op de positie van de toezichthouders op de financiële sector. Tijdens deze studiedag toonden meerdere specialisten zich niet zozeer bezorgd over het aansprakelijkheidsrecht zelf, maar wel over enkele internationale dimensies die van invloed kunnen zijn op de omvang van de bedragen waarvoor deze toezichthouders aansprakelijk kunnen zijn. Het gaat dan om het volgende.

In Duitsland is in de wet vastgelegd dat de financieel toezichthouder zijn werkzaamheden verricht in het algemeen belang¹ en individuen die schade lijden geen vordering op deze toezichthouder hebben. Ook in België geniet de financieel toezichthouder immuniteit van aansprakelijkheid door de wettelijke bepaling dat de toezichthouder zijn functies uitsluitend uitoefent in het algemeen belang.² Dit geldt overigens in België niet bij bedrog of grove nalatigheid aan de zijde van de toezichthouder. Dit roept de vraag op waarom in deze landen een dergelijke immuniteit wenselijk is bevonden en wat daarvan in de praktijk de effecten zijn. Onduidelijk is in hoeverre door deze immuniteiten bij grensoverschrijdende financiële verrichtingen het gevaar dreigt dat juist een Nederlandse financieel toezichthouder de schade zal moeten dragen, mede omdat een aantal zeer grote internationaal opererende financiële instellingen in Nederland is gevestigd en (ook) aan Nederlands toezicht onderworpen is. In opdracht van de minister van Financiën zal dan ook aanvullend onderzoek worden gedaan naar de vraag of gezien deze internationale dimensies de conclusies zoals nu geformuleerd, zonder meer opgaan voor juist financiële toezichthouders. Over de uitkomsten van dit onderzoek zal het ministerie van Financiën de Kamer nader informeren.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

¹ Par. 4 (4) van het Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

² Art. 68 van de Wet betreffende de financiële sector en de financiële diensten.