

# To claim or not to claim

De financiële crisis maakt de discussie over aansprakelijkheid van toezichthouders weer extra actueel. DNB-president pleitte voor immuniteit en zijn collega-toezichthouder Paul Koster sprak in het decembernummer (2009) van een 'spagaat'. Een verkenning van het juridische kader en de internationale dimensies.

TEKST BERT BAKKER | BEELD CORBIS, MARJA BROUWER



Nederland zat aan zijn tv-scherm gekleefd, die eerste week van februari 2010. De parlementaire onderzoekscommissie financieel stelsel - de Commissie De Wit - legde Nout Wellink tot twee maal toe het vuur na aan de schenen: had de president van De Nederlandsche Bank, in zijn rol van prudentieel toezichthouder op de bankensector, nu wel of niet grote steken laten vallen? En waren eventuele fouten zodanig verwijtbaar dat ze hem de kop zouden kunnen kosten? Voor de meeste kijkers was het gewoon spannend entertainment. Maar wie zelf geld verloor - door de deconfitures van Icesave en DSB - luisterde met nog wat meer aandacht. Als de bankpresident uitspraken zou doen die aannemelijk maken dat hij als toezichthouder faalde, dan zou dat de kracht van een eventuele schadeclaim kunnen versterken.

## VUURWERKRAMP

Dat leken zo denken is begrijpelijk. Maar denken juristen ook zo? Is de kans op succesvol claimen bij een toezichthouder inderdaad zoveel groter als blijkt dat daar beoordelingsfouten zijn gemaakt? Het is geen nieuwe vraag. Op dit moment is toezichthoudersaansprakelijkheid in de financiële sector actueel, maar de kwestie speelde - op enigszins vergelijkbare manier - ook na de vuurwerkramp in Enschede in 2000 en de brand in café 't Hemeltje in Volendam in de nieuwjaarsnacht van 2001. Toen was de vraag of nalatigheid van brandweer c.q. gemeente in hun handhavingstaak mede oorzaak van die drama's waren. En dus grond voor schadeclaims. Maar dat is in die gevallen tot nu toe nog niet gebleken.

## RAPPORT JUSTITIE

Mede naar aanleiding van 'Enschede' en

Nout Wellink pleitte hartstochtelijk voor een wettelijke immuniteit voor financieel toezichthouders.



'Volendam' liet het ministerie van Justitie in 2006 door een team van juristen analyseren hoe het in Nederland nu precies zit met de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht. Kern van dat rapport 'Aansprakelijkheid van Toezichthouders' was dat hun verantwoordelijkheid gezien moet worden als een 'zorgplicht' en dat van hen mag worden verwacht dat ze zich als 'redelijk handelend toezichthouder' gedragen.

Hoofdauteur Cees van Dam, als hoogleeraar verbonden aan de School of Law van King's College in Londen en aan de Universiteit van Utrecht, licht toe: "De conclusie was dat het geldende systeem van aansprakelijkheid voldoet." Dat geldende systeem hield in rechtens die een oordeel over dit soort kwesties moeten vormen zich zeer grondig verdiepen in de talloze dilemma's - gegeven de kennis op het moment van handelen - waar die toezichthouders mee geworsteld hebben. Maar aansprakelijkheid wordt juridisch niet uitgesloten.

#### 'TESTCASE'

Blijkens een passage in hetzelfde rapport hadden de toezichthouders daar toen vrede mee: 'Geen van de toezicht-

houders uitte de vrees dat hun aansprakelijkheidslast te groot of zelfs onbeheersbaar dreigt te worden. Zij verklaarden dat zij zich in hun beleid niet laten leiden door angst voor aansprakelijkheidsclaims. Zij zien

dergelijke claims eerder als een testcase voor hun professionaliteit.'

Dat men zich geen grote zorgen maakte was begrijpelijk, gezien de juridische praktijk. Van Dam: "De rechtspraak neemt zelden aansprakelijkheid van de toezichthouder aan. De uitkomst van een aansprakelijkstelling wordt volledig bepaald door de omstandigheden en feiten van het geval. Dus zelfs als de Commissie De Wit en de Commissie Scheltema - die de DSB-zaak onderzoekt - met hun werkzaamheden klaar zijn en er meer feiten geordend boven tafel zijn gekomen, blijven uitspraken over de kansen van claims heel lastig."

#### 'SORRY'

Arthur de Groot is eveneens specialist op het gebied van aansprakelijkheidsrecht maar werkzaam voor GMW Advocaten in Den Haag. Hij pleitte al diverse keren namens gedupeerden tegen toezichthouders binnen en buiten de financiële sector. Maar hij wil duidelijk geen valse hoop wekken.

De Groot somt een aantal factoren op die rechtsgang complex maken en de kans op succesvol claimen klein. Toegespitst op de bekritiseerde toezichthouders DNB en AFM zegt hij: "Het is niet zo dat als president Wellink of voorzitter Hoogervorst 'sorry' zeggen, en fouten erkennen, dat meteen aansprakelijkheid en dus claimgedrag uitlokt, zoals dat bij topmensen van commer-

## Arthur de Groot (GMW Advocaten): 'Het is niet zo dat als Wellink of Hoogervorst 'sorry' zeggen dat meteen aansprakelijkheid uitlokt.'

### Juridisch kader: succeskansen claims beperkt

In juridisch kader zijn er diverse aspecten bij beoordeling van schadeclaims jegens toezichthouders die de kans op succes sterk beperken:

1. Toezichthoudersaansprakelijkheid is overheidsaansprakelijkheid. Dit betekent dat toezichthouders over een belangrijke mate van **beleidsvrijheid** beschikken. Een deel van de gedragingen van een toezichthouder kan slechts in beperkte mate worden getoetst, omdat zij tot het terrein van het bestuur behoren.
2. Op een toezichthouder rust - ook al verrichten zij hun activiteiten doorgaans in het belang van consumenten en bedrijven - niet de verplichting om schade door derden onder alle omstandigheden te voorkomen. Zij hebben slechts een **zorgplicht** en moeten zich als een redelijk handelend en professioneel toezichthouder gedragen.
3. Als al wordt vastgesteld dat de toezichthouder beneden die norm bleef, is het voor de benadeelde moeilijk om het **causaal verband** aan te tonen tussen het inadequate handhavingstoezicht en de schade die hij heeft geleden.

Bron: Rapporten Van Dam c.s.

ciële banken wel het geval is. Toezicht-houders hebben een andere positie. Hun tekortkomingen impliceren niet altijd aansprakelijkheid.”

Het eerste juridische principe is: Ieder draagt zijn eigen schade, ténzij die naar de veroorzaker of een verzekeraar kan worden verlegd. De Groot: “Maar als de aandacht naar een toezichthouder als veroorzaker uitgaat, gaan meteen vragen spelen zoals: als die toezichthouder wel bevoegdheden had om in te grijpen, maar er geen sprake is van een wettelijke plicht, kan er dan sprake zijn van aansprakelijkheid? En: had de toezichthouder op het moment van een bekritiseerd niet-ingrijpen de informatie die het voorzienbaar maakte dat er schade zou kunnen ontstaan? En was er sprake van een *real and immediate risk*? Of alleen maar van een mogelijk risico?”

#### RELATIVITEITSPRINCIPE

Maar daarmee zijn alle complexe afwegingen nog niet opgesomd: De Groot: “Rechters kijken ook naar de vraag welke alternatieve mogelijkheden de toezichthouder had om in te grijpen. En of een rechtsregel wel is geschreven met het oog op de partij die claimt - het zogeheten ‘relativiteitsprincipe’.” Ook belangrijk is volgens De Groot dat de overheid in zijn rol van toezichthouder slechts een afgeleide, parallelle aansprakelijkheid kan hebben. In Enschede en Volendam veroorzaakte immers niet de brandweer de brand. En het was Icesave dat spaargeld in rook liet opgaan, niet DNB of AFM. Ten slotte moeten rechters redelijkheid en billijkheid wegen. “Voorwaarde om een claim in behandeling te kunnen nemen”, zegt De Groot, “is dat er sprake moet zijn van een één-op-één relatie tussen een specifieke schade en een specifieke fout van een toezichthouder. En als slechts een deel-aansprakelijkheid vastgesteld kan worden - de consument moet zelf ook opletten - dan zou het onredelijk zijn als de schade voor de volle honderd procent bij de nalatige toezichthouder terecht zou komen”.

#### DILEMMA'S

Tijdens een seminar afgelopen januari 2010, georganiseerd door de Academie voor de Rechtspraak, ging hoogleraar Van Dam in op die complexiteiten aan de hand van het geval DSB. “De afwegingen die toezichthouders moesten maken waren heel lastig. Denk bijvoorbeeld aan de vraag welke schadeclaims

### Sweder van Wijnbergen: Niet veel kansen

Hoogleraar economie Sweder van Wijnbergen was tijdens zijn gesprek met de Commissie De Wit zeer kritisch jegens DNB. Over de aansprakelijkheid van toezichthouders zegt hij het volgende: “Ik zie niet veel kansen voor mensen die een claim willen indienen. DNB was niet de officieel verantwoordelijke toezichthouder van Icesave c.q. Landsbanki. Dat was de IJslandse centrale bank onder het EU-paspoortstelsel. Dat impliceert dat de toezichthouder in het hoofdkwartierland in principe alles doet. En wat DSB betreft: wie zou een claim op DNB moeten indienen? Achtergesteld depositohouders zijn - ten onrechte, denk ik - door Wouter Bos gered voor hun eerste 22 duizend euro. En afnemers van koopsompolissen moeten met hun klachten bij de AFM zijn, niet bij DNB. DNB kijkt alleen maar naar solvabiliteit. En dat laatste liep mis door Scheringa zelf, niet door DNB. Zelfs Lakeman heeft niet bij DNB geclaimd, maar een - mijns inziens overigens volstrekt kansloze - claim bij de curatoren neergelegd.”

van andere partijen er op DNB afgekomen waren als men bij DSB veel eerder had ingegrepen.”

De keuzes waren extra moeilijk doordat de verantwoordelijkheden van DNB en AFM botsten. Immers, als AFM eerder had kunnen afdwingen dat DSB met zijn woekerpolispraktijk zou stoppen, dan zou dat DSB's winstgevendheid verder hebben ondergraven. De solvabiliteit - waar DNB over waakte - zou dan nog eerder verzwakt zijn. Rechters wegen al deze dilemma's mee. Van Dam: “Maar tegelijkertijd zullen ze ook moeten beoordelen of een toezichthouder zichzelf niet in een dilemma-positie heeft gemanoeuvreed door problemen te lang op hun beloop te laten.”

#### VIE D'OR

Ook als het erop lijkt dat toezichthouders steken lieten vallen, is het verloop van een rechtszaak nauwelijks te voorspellen. Van Dam: “Rechters stellen de feiten toch vaak weer net anders vast. Overigens zal de lijn van denken in de Vie d'Or-uitspraak van de Hoge Raad uit 2006 maatgevend zijn. Voor zover mogelijk dan, want tot een definitieve uitspraak over aansprakelijkheid is het daarin nooit gekomen omdat de zaak werd geschikt.” Veilig lijkt dus de conclusie te kunnen worden getrokken dat ook na deze laatste crisis de toezichthouders veilig zijn, zolang aannemelijk kan worden gemaakt dat ze zich redelijk handelend van hun zorgplicht kweten. Oud-minister van Financiën Wouter Bos was daarvan in de laatste week van

januari 2010 ook nog overtuigd. Noodzaak om de regels rond aansprakelijkheid aan te passen zag hij ook toen nog niet.

#### TIEN MILJARD

Maar tijdens diezelfde gesprekken met de Commissie De Wit werd duidelijk dat bankpresident Nout Wellink daarover intussen heel anders is gaan denken. Hij pleitte bij de Tweede Kamercommissie zelfs hartstochtelijk voor een wet waarin immuniteit voor financieel toezichthouders geregeld wordt. Het huidige systeem typeerde hij als problematisch. En als voorbeeld noemde hij TCI, de ABN Amro-aandeelhouder die indertijd met een brief aan de raad van bestuur de verkoop van die bank in gang zette. Gedreigd werd met een claim van tien miljard euro als DNB de verkoop van ABN Amro zou tegenhouden. Wellink gaf aan zich door dergelijke acties indertijd sterk beperkt te hebben gevoeld in zijn bewegingsvrijheid, temeer omdat toezichthouders in andere landen vaak wél immuniteit kennen.

#### PAUL KOSTER

Zelf heeft de bankpresident niet nader aangeduid waarom hij geen vertrouwen meer had in de bestaande juridische barrières. Maar collega-toezichthouder Paul Koster, die na zijn vertrek in 2008 bij de AFM werd benoemd als chief executive van de Dubai Financial Services Authority, wil daar wel wat meer over zeggen. De oud AFM-bestuurder, die nu leiding geeft aan de gedrags- én prudentieel toezichthouder

**Paul Koster (Dubai Financial Services Authority):  
'In the heat of the moment is er soms geen tijd  
voor zorgvuldige juridische afweging.'**



## Koster herinnert zich gevallen waar hij onder druk níet ingreep terwijl het beter was geweest wél ferm op te treden.

op financiële instellingen in Dubai's 'vrije zone' (waar niet de Islamitische Sharia-wetten gelden, maar een op westerse leest geschoeide juridische omgeving bestaat) sprak zich al vóór de huidige discussie ontstond uit voor immuniteit. In een interview met 'de Accountant' van december 2009 noemde hij de 'spagaat' waarin toezichthouders zich bevinden, doelend op de hoge verwachting van de politiek en de beperkte middelen die toezichthouders hebben om in te grijpen.

Koster kan zich goed verplaatsen in Wellinks gevoelens van onmacht: "Dat juridische verhaal mag in abstracte zin kloppen, maar het gaat alleen op zolang je zeker weet dat elke stap die je als toezichthouders doet, volkomen weloverwogen kunt nemen. In de praktijk is dat niet altijd zo. Soms heb je situaties waar je binnen een uur een beslissing moet nemen in een zaak waarvan je weet dat die voor of de ene of de andere partij nadelig uitvalt. In the heat of the moment is er dan geen tijd voor zorgvuldige juridische afweging."

### 'FRIVOLOUS ATTACKS'

Koster herinnert zich gevallen waar hij onder die druk níet ingreep terwijl het beter was geweest om als toezichthouder wél ferm op te treden: "Vooral in de internationale sfeer kun je te maken krijgen met frivolous attacks van advocatenkantoren die je enorm veel tijd en aandacht kunnen gaan kosten. Maar die ook negatieve publiciteit opleveren."

Een toezichthouder staat ook stil bij wat het betekent voor zijn gezag in de ogen van het publiek wanneer kranten met



TCI dreigde met een claim van tien miljard euro als DNB de verkoop van ABN Amro zou tegenhouden.

vette koppen schrijven 'toezichthouder aansprakelijk gesteld'. Koster: "Natuurlijk, een toezichthouder die echt nalatig is of zelf regels overtreedt moet verantwoordelijk gesteld kunnen worden. Maar geloof me, met immuniteit als rugdekking kan hij veel effectiever zijn."

### INTERNATIONALE DIMENSIE

Juist over de internationale dimensie van toezichthoudersaansprakelijkheid - waaraan ook Wellink refereerde met zijn verwijzing naar de dreiging van een claim van tien miljard - heeft ex minister Wouter Bos in 2009 een aanvullende analyse gevraagd en gekregen van een juristenteam waarvan Van Dam wederom deel uitmaakte. In de zomer van 2009 verscheen een aanvullend rapport dat inventariseert hoe de aansprakelijkheid specifiek ligt voor DNB en AFM als zij taken verrichten met een internationale dimensie.

Van Dam daarover: "We hebben toen vastgesteld dat ook bij een internationale case in beginsel Nederlands recht van toepassing zal zijn. Er geldt weliswaar dan forméél geen vorm van immuniteit, maar materieel zal het heel moeilijk blijven een toezichthouder

aansprakelijkheid te stellen voor schade door inadequaat toezicht. Potentiële aansprakelijkheidsrisico's zijn daarmee, ook voor toezichthouders die internationaal opereren, zeer beperkt."

### GROVE SCHULD

Per saldo gelooft Van Dam dat Wellink en Koster zich enerzijds onnodig zorgen maken, anderzijds te veel verwachten van de immuniteit die ze bepleiten. "Voor lopende gevallen is immuniteit voor DNB en AFM zinloos. Eventuele nieuwe regels zullen op de discussie over de lopende zaken immers geen invloed hebben. Beperking van de aansprakelijkheid, bijvoorbeeld alleen voor gevallen van grove schuld, kan geen terugwerkende kracht hebben want dat zou betekenen dat de regels tijdens de wedstrijd worden veranderd. Bovendien zou het in strijd zijn met het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens: je kunt benadeelden niet beroven van een vorderingsrecht dat ze tegenover de financiële toezichthouder hadden."

Ook voor de toekomst zou een beperking van aansprakelijkheid volgens Van Dam weinig oplossen: "Wat schiet je ermee op als je de norm gaat verscherpen tot grove schuld van de toezichthouder? Je zou veel procedures nodig hebben om uit te vinden wat grove schuld precies betekent. In Engeland en België geldt zo'n scherpere norm, maar dat heeft de procedures tegen de toezichthouder niet gestopt." □

## Cees van Dam: 'Aansprakelijkheidsrisico's zijn ook voor toezichthouders die internationaal opereren zeer beperkt.'