



Aansprakelijkheid van Toezichthouders

Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders
wegens inadequaate handhavingstoezicht
en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid

Deel I: Algemeen Rapport

Prof. Dr. Cees C. van Dam

2006

© WODC, Ministerie van Justitie, 2006. Alle rechten voorbehouden.

Woord vooraf

Dit rapport bevat het verslag van een onderzoek naar de aansprakelijkheid van toezichthouders. Dit onderzoek vond plaats in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie en het werd uitgevoerd door het British Institute of International and Comparative Law in Londen.

Het onderzoek werd begeleid door een commissie onder leiding van prof. mr. W.H. van Boom. De samenstelling van de commissie is weergegeven in een bijlage aan het slot van dit rapport. Ondergetekende is de voorzitter en leden van de begeleidingscommissie zeer erkentelijk voor hun commentaren op eerdere versies van het rapport.

Aan het praktijkonderzoek (zie Hoofdstuk 4) is medewerking verleend door vertegenwoordigers van diverse gemeenten en van een aantal landelijke toezichthouders, alsmede door vertegenwoordigers van een aantal aansprakelijkheidsverzekeraars. Ondergetekende dankt hen voor het verstrekken van deze voor het onderzoek cruciale informatie.

Ten slotte past een woord van dank mw. mr. Brechtje Oonincx, thans rechter in opleiding, die in belangrijke mate heeft bijgedragen aan de totstandkoming van dit rapport.

De landenrapporten zijn afgesloten op 1 juli 2005. Het algehele onderzoek is afgesloten op 1 december 2005. In een enkel geval is met meer recente informatie rekening gehouden.

Prof. dr. Cees van Dam
Director European Law Programme
British Institute of International and Comparative Law
17 Russell Square
London WC1B 5JP
United Kingdom
c.vandam@biicl.org

Inhoudsopgave

Samenvatting	009
1 Inleiding	018
1.1 Feitelijke context	018
1.2 Probleemstelling	019
1.2.1 <i>Aanleiding, probleem en mogelijke gevolgen</i>	019
1.2.2 <i>Afbakening en terminologie</i>	020
1.2.3 <i>Methodologie</i>	024
1.3 Plan van behandeling	025
2 Beleidskader	027
2.1 Inleiding	027
2.2 Toename claimbewustheid en afname acceptatie individuele risico's	027
2.3 Beleidskader lokale toezichthouders	030
2.3.1 <i>Grenzen aan gedogen – Handhaven op niveau – Rijk aan handhaving</i>	030
2.3.2 <i>Verdere professionalisering van toezicht en handhaving</i>	032
2.3.3 <i>Enschede en Volendam</i>	033
2.3.4 <i>Recent beleid en strategie</i>	034
2.3.5 <i>Weerslag handhavingsbeleid in wetgeving</i>	038
2.4 Beleidskader landelijke (markt)toezichthouders	039
2.5 Samenvatting	042
3 Toezichthouders	043
3.1 Inleiding	043
3.2 Toezichthouders in soorten en maten	043
3.3 Doel van de toezichthouderij	045
3.4 Enkele gemeenschappelijke kenmerken	046
3.5 Enkele verschillen	048
3.6 Onafhankelijkheid van toezichthouders	049
3.7 Beknopt overzicht landelijke toezichthouders en inspectiediensten	050
3.7.1 <i>Inleiding</i>	050
3.7.2 <i>Landelijke toezichthouders</i>	051
3.7.3 <i>Inspectiediensten</i>	057
3.8 Samenvatting	060
4 Praktijkonderzoek	062
4.1 Inleiding	062
4.2 Landelijke toezichthouders	064
4.3 Lokale toezichthouders	066
4.4 Analyse	069
4.4.1 <i>Aantal en hoogte van de claims</i>	069
4.4.2 <i>Invloed aansprakelijkheid op toezicht- en handhavingsbeleid</i>	071
4.4.3 <i>Handhaven onder de druk der omstandigheden</i>	072
4.5 Samenvatting	074
5 Internationaal kader	076
5.1 Overzicht	076
5.2 Toezichthouders in andere landen	077
5.3 Aansprakelijkheid toezichthouders in andere landen	078
5.4 Aansprakelijkheidsimmunititeiten in andere landen	079
5.4.1 <i>Inleiding</i>	079
5.4.2 <i>Europese invloeden</i>	080

5.4.3	<i>Core Principles Basel Committee on Banking Supervision</i>	082
5.5	Stand van de discussie	083
5.6	Welke bedragen zijn beschikbaar uit compensatiefondsen?	084
5.7	Zijn toezichthouders verzekerd tegen aansprakelijkheid?	085
5.8	Samenvatting	085
6	Juridisch kader Nederland	087
6.1	Wettelijke grondslag aansprakelijkheid van toezichthouders	087
6.1.1	<i>Onrechtmatige daad: art. 6:162 BW</i>	087
6.1.2	<i>Vereisten voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad</i>	087
6.1.3	<i>Bijzondere rol van overheid en toezichthouder</i>	089
6.1.4	<i>Rechtsvorm toezichthouders niet bepalend voor aansprakelijkheidsnorm</i>	090
6.1.5	<i>Invulling aansprakelijkheidsnorm</i>	090
6.1.6	<i>Beleidsvrijheid</i>	092
6.2	Invloed andere rechtsgebieden op aansprakelijkheid	095
6.2.1	<i>Inleiding</i>	095
6.2.2	<i>Bestuursrecht</i>	096
6.2.3	<i>Europees recht</i>	097
6.2.4	<i>Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens</i>	097
6.3	Voor welke gedragingen kan toezichthouder aansprakelijk zijn?	098
6.4	Aansprakelijkheid voor besluiten	101
6.5	Aansprakelijkheid jegens degenen op wie toezicht wordt gehouden	103
6.6	Aansprakelijkheid voor openbare mededelingen	105
6.6.1	<i>Inleiding</i>	105
6.6.2	<i>Rechtspraak</i>	105
6.6.3	<i>Conclusie</i>	108
6.7	Aansprakelijkheid jegens derden	108
6.7.1	<i>Inleiding</i>	108
6.7.2	<i>Algemeen en bijzonder toezichtsfalen</i>	109
6.7.3	<i>Wettelijke toezicht- en handhavingsplichten</i>	111
6.7.3.1	<i>Inleiding</i>	111
6.7.3.2	<i>Europees recht</i>	112
6.7.3.3	<i>Nationaal recht</i>	112
6.7.4	<i>Mensenrechtelijke toezicht- en handhavingsplichten</i>	113
6.7.4.1	<i>Inleiding</i>	113
6.7.4.2	<i>Artikel 2 (recht op leven)</i>	114
6.7.4.3	<i>Artikel 3 (recht op bescherming tegen onmenselijke en vernederende behandeling)</i>	115
6.7.4.4	<i>Artikel 8 (recht op privé-leven)</i>	115
6.7.4.5	<i>Conclusie</i>	117
6.7.5	<i>Ongeschreven toezicht- en handhavingsplichten: beginselplicht tot handhaving</i>	117
6.7.5.1	<i>Inleiding</i>	117
6.7.5.2	<i>Formuleringen handhavingsplicht</i>	118
6.7.5.3	<i>Verhouding tot het Europese recht</i>	120
6.7.5.4	<i>Verhouding tot het EVRM</i>	121
6.7.5.5	<i>Rode draad: bekendheid met het risico</i>	121
6.8	Relativiteit	124
6.9	Causaliteit	126
6.10	Eigen schuld	129
6.11	Hoofdelijke aansprakelijkheid	130
6.12	Aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad	131
6.13	Samenvatting	132
7	Functies van aansprakelijkheid	136
7.1	Inleiding	136
7.2	Preventie van schade door het aansprakelijkheidsrecht	136
7.3	Andere preventieve prikkels voor toezichthouders	138

7.3.1	<i>Inleiding</i>	138
7.3.2	<i>Politiek</i>	139
7.3.3	<i>Strafrecht</i>	139
7.3.4	<i>Bestuursrecht</i>	141
7.3.5	<i>Conclusie</i>	143
7.4	Vergoeding van schade door het aansprakelijkheidsrecht	144
7.5	Andere bronnen van schadevergoeding voor benadeelden	145
7.5.1	<i>Sociale zekerheid</i>	145
7.5.2	<i>Particuliere verzekeringen</i>	146
7.5.3	<i>Schadefondsen en andere compensatiemogelijkheden</i>	146
7.6	Mogelijke argumenten tegen aansprakelijkheid	148
7.6.1	<i>Inleiding</i>	148
7.6.2	<i>Toezichthouders maken ingewikkelde afwegingen</i>	150
7.6.3	<i>Defensief toezicht</i>	150
7.6.4	<i>Floodgates en claimcultuur</i>	152
7.7	Mogelijke argumenten voor aansprakelijkheid	153
7.7.1	<i>Gelijke behandeling</i>	153
7.7.2	<i>Vertrouwen in de samenleving en in de markt</i>	154
7.8	De rol en betekenis van aansprakelijkheidsverzekeringen	155
7.9	Samenvatting	157
8	Conclusies en aanbevelingen	159
8.1	Huidige situatie	159
8.1.1	<i>Resultaten van het onderzoek</i>	159
8.1.2	<i>Conclusie</i>	161
8.2	Aanbevelingen	162
8.2.1	<i>Kwaliteit toezicht</i>	162
8.2.2	<i>Financiële dekking van het aansprakelijkheidsrisico</i>	163
8.2.3	<i>Vergroting verantwoordelijkheid exploitanten</i>	164
8.2.4	<i>Monitoring systeem</i>	165
8.3	Oplossingsrichtingen voor eventueel later opkomende problemen	166
8.3.1	<i>Inleiding</i>	166
8.3.2	<i>Uitsluiting van aansprakelijkheid</i>	167
8.3.3	<i>Limitering van de omvang van de schadevergoeding</i>	167
8.3.4	<i>Afschaffing hoofdelijke aansprakelijkheid</i>	168

Bijlagen

Samenstelling Begeleidingscommissie	173
Questionnaire toezichthouders	175
Questionnaire nationale rapporteurs	177
Afkortingen	179
Literatuur	181

Samenvatting

Hoofdstuk 2 (Beleidskader). De aansprakelijkheid van toezichthouders staat in direct verband met een aantal aspecten van het algemene overheidsbeleid. Dit zijn:

- het bevorderen van een evenwichtige ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht, het tegengaan van een claimcultuur en het monitoren van de ontwikkelingen op dit gebied;
- het combineren van een sterke markt met een sterke overheid: in haar rol als toezichthouder bepaalt de overheid de spelregels en houdt toezicht op de naleving daarvan waarbij alternatieve toezichtarrangementen niet uitgesloten zijn;
- het bevorderen van een kwalitatief goed handhavingsbeleid en het professionaliseren van de uitvoering daarvan, onder meer door het stimuleren van planmatig handhaven, het stellen van prioriteiten en het leren omgaan met handhavingsdilemma's.

Waar handhaving het lelijke eendje van de *permissiveness society* (gedoogmaatschappij) was, is zij thans uitgegroeid tot de witte zwaan van een overheid die verantwoordelijkheid, het belang van normen en waarden en het naleven van regels tot speerpunt van haar beleid heeft gemaakt. Deze wisseling van beleidsperspectief was reeds ingezet voordat de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam zich voordeden. Van meer recente datum is een bezinning op het vinden van alternatieven voor toezicht en handhaving.

Deze wisseling van perspectief heeft consequenties voor de toezichthouders in die zin, dat de daarmee gepaard gaande wetgeving en rechtspraak er toe hebben geleid dat hun beleidsvrijheid is gereduceerd. Handhaving behoort niet langer zonder meer tot de vrije beleidsruimte van de toezichthouder. Dat wil niet zeggen dat een toezichthouder nu verplicht is om onder alle omstandigheden te handhaven maar een toezichthouder moet thans wel goede redenen hebben om *niet* te handhaven. Kwalitatief goed toezicht- en handhavingsbeleid staat voorts in rechtstreeks verband met het aansprakelijkheidsrisico van de toezichthouder: een goed uitgevoerd toezicht- en handhavingsbeleid beperkt de kans op een succesvolle aansprakelijkheidsclaim van derden aanzienlijk.

Hoofdstuk 3 (Toezichthouders). De toezichthouders waar dit onderzoek betrekking op heeft vormen een bont gezelschap. Zij variëren van de lokale toezichthouders op veiligheid (met name de gemeenten), via de landelijke veiligheidstoezichthouders (bijvoorbeeld de Voedsel en Warenautoriteit) tot de nieuwe markttoezichthouders (bijvoorbeeld de NMa en de Opta). Het doel van de 'toezichthouderij' is het leveren van een bijdrage aan het verminderen van maatschappelijke risico's (zij het niet het elimineren daarvan) en daarmee het bevorderen van

het vertrouwen van het publiek in de markt of in de instellingen (bedrijven en personen) waarop toezicht wordt gehouden.

De gemeenschappelijke noemers van de toezichthouders in dit onderzoek zijn met name dat zij toezicht houden op cruciale maatschappelijke belangen, zoals veiligheid, gezondheid en marktwerking. Dit toezicht vindt plaats door middel van bestuursrechtelijke instrumenten zoals de bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Voorts kunnen toezichthouders veelal vergunningen, goedkeuringen of erkenningen verlenen, weigeren of intrekken. Op toezichthouders rust de zogenaamde beginselplicht tot handhaving maar geen garantielijc om schade voor derden te voorkomen.

De meeste toezichthouders kunnen te maken krijgen met het zogenaamde toezichthoudersdilemma: indien een toezichthouder niet voortvarend genoeg optreedt, kunnen de belangen van derden in het gedrang komen en loopt hij de kans om door derden die daardoor schade hebben geleden aansprakelijk te worden gesteld (bijvoorbeeld door een brand in een café dat niet aan de veiligheidsvoorschriften voldeed). Indien een toezichthouder echter te voortvarend te werk gaat en maatregelen neemt die, gezien de omstandigheden van het geval, voorbarig zijn (bijvoorbeeld een vergunning intrekken of een waarschuwing doen uitgaan) kunnen de belangen van degene op wie toezicht wordt gehouden in het gedrang komen en loopt hij de kans om door dezen aansprakelijk te worden gesteld voor de door hen geleden schade. Meer in het algemeen gaat het hier om het feit dat toezichthouders tegengestelde belangen van verschillende groepen tegen elkaar moeten afwegen.

Indien het gaat om schade van derden loopt de eventuele aansprakelijkheid van de toezichthouder parallel met die van de primaire dader (bijvoorbeeld de exploitant van het brandgevaarlijke café). Beide zijn dan jegens de benadeelden hoofdelijk aansprakelijk, dat wil zeggen dat de benadeelden beide voor hun gehele schade kunnen aanspreken. De toezichthouder heeft dan een verhaalsrecht jegens de primaire dader. In het bijzonder bij zeer omvangrijke schaden kan dit verhaalsrecht echter illusoir zijn.

Naast de vele parallellen bestaat er ook een aantal belangrijke verschillen tussen de toezichthouders. Behalve het feit dat de bevoegdheden van de toezichthouders uiteenlopen, is een belangrijk verschil dat markttoezichthouders met andere belangen te maken hebben dan toezichthouders op gezondheid en veiligheid. In de laatstgenoemde categorie gaat het om belangen waarvan algemeen geaccepteerd is dat zij een zeer groot gewicht in de schaal leggen. Markttoezichthouders houden zich grotendeels bezig met marktwerking en derhalve met financiële en economische belangen. Ook deze belangen kunnen echter cruciaal zijn, waarbij te denken valt aan het financiële toezicht op banken en verzekeraars.

Hoofdstuk 4 (Praktijkonderzoek). Uit het praktijkonderzoek onder landelijke en lokale toezichthouders blijkt dat het aantal schadevergoedingsclaims tegen toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht relatief gering is. Hoewel werd gedacht dat de gepubliceerde uitspraken over aansprakelijkheid voor inadequaat handhavingstoezicht het topje van de ijsberg

vormden, vormen zij in werkelijkheid vermoedelijk vrijwel de gehele ijsberg. De omvang van de gemelde *claims* jegens toezichthouders varieert van een paar honderd tot – zeer incidenteel – tientallen miljoenen euro's.

Zowel landelijke als lokale toezichthouders verklaren 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.

De conclusie uit het praktijkonderzoek is dat aansprakelijkheidsclaims door de toezichthouders op dit moment niet als een bijzonder probleem worden ervaren. Het relatief lage aantal geregistreerde claims biedt daar ook grond voor. Hoewel incidentele mega-claims (zoals in de Volendam- en Enschede-zaken en in de Vie d'Or zaak) reden zijn om de vinger aan de pols te houden, bepalen deze claims niet het beeld van de toezichthouder met betrekking tot de invloed van het aansprakelijkheidsrecht op zijn dagelijks functioneren.

Hoofdstuk 5 (Internationaal kader). In alle onderzochte landen (België, Duitsland, Engeland en Wales, Frankrijk en Italië) zijn lokale toezichthouders van (bijna) alle tijden en is het aantal landelijke markttoezichthouders in de afgelopen jaren sterk toegenomen. Deze toename heeft te maken met een aantal internationale ontwikkelingen. In de eerste plaats zijn markttoezichthouders in beeld gekomen in het kader van Europees beleid waarin de privatisering van staatsmonopolies en de liberalisering van met name de telecom, energie en vervoermarkten is gevolgd door het instellen van toezichthouders op de marktwerking in deze sectoren. Voorts is het Nederlandse mededingingsrecht sinds 1998 op Europese leest geschoeid en voert de NMa sinds 2004 onderdelen van het Europese mededingingsrecht uit. Ten slotte is het toezicht op de financiële sector sterk geïntensiveerd en gecommunautariseerd in het kader van het creëren van een interne markten voor financiële diensten. In de tweede plaats zijn de veiligheidstoezichthouders, in het bijzonder maar niet uitsluitend gemeenten, in beeld gekomen door ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Hierin is voor toezichthouders (overheden) aangegeven aan welke minimum standaards hun veiligheidsbeleid, in het bijzonder toezicht en handhaving, dient te voldoen.

De nationale rechtsstelsels vertonen belangrijke overeenkomsten als het gaat om de toepasselijke regels voor de aansprakelijkheid van toezichthouders. In beginsel is steeds, net als bij de overheidsaansprakelijkheid in het algemeen, een schuldaansprakelijkheid van toepassing. Indien het gaat om gedragingen waarbij tevens de beleidsvrijheid van de toezichthouder aan de orde is, wordt hiermee rekening gehouden bij het vaststellen van aansprakelijkheid door het gedrag van de toezichthouder meer terughoudend te toetsen. In een aantal landen komt dit tot uitdrukking doordat aansprakelijkheid alleen kan worden gevestigd in geval van opzet of grove schuld. In vergelijking met België, Frankrijk en Duitsland, zijn Engeland en Italië meer terughoudend met het aannemen van toezichthoudersaansprakelijkheid. Daarbij kan worden opgemerkt dat in de laatstgenoemde landen deze terughoudendheid enigszins is afgenomen,

onder meer onder invloed van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Een bijzondere categorie wordt gevormd door financiële toezichthouders. In België, Duitsland en Engeland geldt voor hen een (quasi) immuniteit van aansprakelijkheid. In België en Engeland geldt deze immuniteit niet in geval van bedrog en grove nalatigheid, resp. kwade trouw van de toezichthouder. In Duitsland is de immuniteit absoluut: zelfs in geval van opzet of kwade trouw kan de Duitse banktoezichthouder niet aansprakelijk worden gehouden voor de met inadequaat toezicht in causaal verband staande schade. Het Basel Committee on Banking Supervision (bestaande uit vertegenwoordigers van centrale banken) beveelt aan om de aansprakelijkheid van banktoezichthouders uit te sluiten indien zij te goeder trouw handelen, omdat toezichthouders zich anders in hun functioneren belemmerd zouden voelen door het aansprakelijkheidsrisico dat zij lopen. Een empirische onderbouwing van dit effect wordt echter niet gegeven.

Vanuit het perspectief van de benadeelde staat de aansprakelijkheid van de toezichthouder in direct verband met de mogelijkheid om op andere wijze compensatie te krijgen in geval een bank of verzekeraar failliet gaat. Ten aanzien van banken bestaat een dergelijke mogelijkheid in de vorm van de Europese Depositogarantierichtlijnen. Nederland, Duitsland en België volgen het Europese minimum van € 20.000 maar andere landen kennen hogere garantiebedragen, Italië zelfs iets meer dan € 100.000. Deze garantiebedragen gelden overigens niet voor verzekerden die bijvoorbeeld hun verzekeringsmaatschappij failliet zien gaan.

Hoewel nationale overheden hun aansprakelijkheid niet plegen te verzekeren, is de introductie van de nieuwe landelijke toezichthouders een stimulans om na te denken over de verzekering en meer in het algemeen de dekking van de kosten van hun aansprakelijkheid. Voorts is het niet ongebruikelijk dat lokale toezichthouders (gemeenten) hun aansprakelijkheid door middel van een verzekering dekken.

Hoofdstuk 6 (Juridisch kader). 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.

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder kan derhalve 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.

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 tegen bedrijven 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 direct en onmiddellijk gevaar is de beleidsvrijheid van de toezichthouder tot vrijwel nul gereduceerd.

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 gevaarlijke situaties) en bijzonder toezichtsfalen (kort gezegd: het niet aanpakken van bekende gevaarlijke situaties). Het algemene toezicht ligt grotendeels binnen de beleidsvrijheid van de toezichthouder: indien deze een redelijk toezicht- en handavingsplan 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).

De beleidsvrijheid van de toezichthouder is door diverse ontwikkelingen beperkt. In de wet zijn of worden taakstellingsbepalingen ten aanzien van het toezicht- en handavingsbeleid opgenomen, in het bijzonder op het gebied van milieu en bouwen. Op grond van het Europese recht gelden 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 verplicht tot ingrijpen in situaties die een direct en onmiddellijk gevaar voor iemands leven, menselijke waardigheid of gezondheid inhouden. En de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft de 'beginselplicht tot handhaving' ontwikkeld, die er op neerkomt dat een bestuursorgaan in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift in beginsel moet handhaven, tenzij er concreet uitzicht op legalisatie bestaat of handhavend optreden disproportioneel zou zijn. Deze ontwikkelingen hebben de beleidsvrijheid van de toezichthouder ingeperkt, met name in gevallen waarin er sprake is van een bijzonder risico dat bij de toezichthouder bekend is.

Indien een toezichthouder toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld betekent dit nog niet dat hij ook automatisch 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.

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 vast te stellen, 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.

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 een 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.

De toezichthouder kan aansprakelijk zijn voor schade terwijl tevens anderen voor diezelfde schade aansprakelijk zijn, bijvoorbeeld indien een bedrijf de veiligheidsregels heeft geschonden en de toezichthouder daar inadequaat toezicht op heeft gehouden. In een dergelijk geval kan de benadeelde beide aansprakelijke personen voor het geheel van zijn schade aansprakelijk houden. Tussen de beide aansprakelijke personen wordt de schade dan verdeeld naar rato van ieders veroorzakingsaandeel. In theorie zal het leeuwendeel van de schade moeten worden gedragen door het bedrijf dat de regels overtrad 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.

Uit dit overzicht 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.

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 die zin bestaat er een belangrijke parallel tussen de rechterlijke standaard van de 'redelijk handelend toezichthouder' en de eigen professionele standaard van de toezichthouder. 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.

Hoofdstuk 7 (Functies van aansprakelijkheid). In theorie geldt dat van de aansprakelijkheid van toezichthouders een preventief effect uitgaat op het gedrag van toezichthouders. Dit effect wordt namelijk als het sterkste beschouwd wanneer het gaat om activiteiten die planmatig en calculerend kunnen plaatsvinden. Er is op dit terrein echter geen empirisch onderzoek voorhanden dat deze stelling ondersteunt. Wel is uit het praktijkonderzoek gebleken dat toezichthouders leren van rechterlijke uitspraken en deze in hun kwaliteitsbeleid verdisconteren.

Er zijn naast het aansprakelijkheidsrecht andere mechanismen die de toezichthouder kunnen aanzetten tot zorgvuldig gedrag. Politieke verantwoordelijkheid speelt in dit opzicht een rol voor lokale toezichthouders en landelijke veiligheidstoezichthouders maar niet, of althans in veel mindere mate, voor de nieuwe markttoezichthouders die op afstand van de politiek zijn geplaatst. Terwijl de rol van het strafrecht in dit opzicht zeer gering is, zijn het bestuursrecht en het aansprakelijkheidsrecht belangrijke externe prikkels voor de toezichthouder. De rol van het bestuursrecht en het aansprakelijkheidsrecht dient echter niet te worden overschat, omdat de rechter slechts over een beperkt toetsingskader beschikt. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat naast de invloed van deze externe factoren, vooral de eigen professionaliteit toezichthouders aanzet tot zorgvuldig gedrag.

Het verstrekken van schadevergoeding is niet het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht. Het aansprakelijkheidsrecht dient er juist toe om vast te stellen of er een goede reden is om de schade van de benadeelde te vergoeden. Die reden is er alleen als een toezichthouder door inadequaat handhavingstoezicht een toerekenbare onrechtmatige daad heeft begaan. Andere compensatiemogelijkheden voor de benadeelde zijn doorgaans laagdrempeliger: zij verstrekken schadevergoeding ongeacht de schuldvraag. Te denken valt aan sociale en particuliere verzekeringen en uitkeringen uit schadefondsen. Deze compensatiemogelijkheden zijn met name beschikbaar in gevallen van personenschade en schade aan zaken. Een uitzondering vormt de Deposito Garantieregeling die bankrekeninghouders een bedrag van maximaal € 20.000 uitkeert in geval van insolventie van een bankinstelling.

Voor twee argumenten tegen aansprakelijkheid van toezichthouders (aansprakelijkheid leidt tot defensief toezicht en een stortvloed van claims) is in het onderzoek onvoldoende feitelijke grondslag gebleken, noch in het praktijkonderzoek (Hoofdstuk 4), noch in de gesprekken met vertegenwoordigers van verzekeraars (par. 7.8), noch in het onderzoek naar de juridische stand van zaken (Hoofdstuk 6). Het andere belangrijke tegenargument dat toezichthouders in het algemeen belang werken en ingewikkelde afwegingen maken geldt niet exclusief voor toezichthouders maar ook voor de overheid in het algemeen en voor andere professionals zoals medici.

Dit betekent dat de argumenten contra aansprakelijkheid op dit moment minder gewicht in de schaal leggen dan de pro-argumenten. Deze laatste zijn met name de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht en het belang dat toezicht en handhaving het vertrouwen in het

maatschappelijk verkeer bevorderen. Niet het vertrouwen dat toezichthouders alle schade zullen voorkomen maar wel het vertrouwen dat ook toezichthouders, net als andere overheden, bedrijven en burgers hun verantwoordelijkheid nemen en aldus bijdragen aan een maatschappij waarin de risico's tot een aanvaardbaar niveau zijn beperkt.

Hoofdstuk 8 (Conclusies en aanbevelingen). De conclusie van dit onderzoek is, dat er op dit moment geen reden is voor bijzondere bezorgdheid als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders. Uit gesprekken met toezichthouders blijkt dat deze conclusie breed wordt gedragen.

Enig verschil van inzicht bestaat over de vraag of er zich op dit terrein *potentiële* problemen voordoen, met andere woorden of op afzienbare termijn problemen zijn te verwachten. Uit gesprekken met toezichthouders kan worden afgeleid dat zij zich hierover niet zeer bezorgd tonen maar wel dat zij de ontwikkelingen uit de aard der zaak 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 en eveneens vanuit de gedachte dat als een toezichthouder tekort is geschoten in zijn toezichthoudende en handhavende taak, de benadeelden recht hebben op schadevergoeding.

Ook op basis van de resultaten van Hoofdstuk 6 ligt het niet voor de hand om te veronderstellen dat binnen afzienbare termijn problemen zijn te verwachten. De rechtspraak stelt zich terughoudend op als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders en vergt van een toezichthouder niet meer (maar ook niet minder) dan dat hij zich als een redelijk handelend toezichthouder gedraagt. Indien in een specifiek geval de consequenties van aansprakelijkheid voor een toezichthouder te ver zouden gaan, beschikt de rechter steeds over een bevoegdheid om de omvang van de schadevergoeding te matigen (art. 6:109 BW).

Kortom: ook al geeft de huidige situatie van de aansprakelijkheid van toezichthouders geen reden tot zorg, er is wel reden om op een aantal zaken alert te zijn. Dat is alleen al het geval gezien het aantal nog lopende procedures en de mogelijke stijging van het aantal zaken. Een andere reden is het grote maatschappelijke belang van een goed en evenwichtig functionerend aansprakelijkheidsrecht.

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. Gezien de samenhang tussen de rechtspraak op het gebied van de aansprakelijkheid van toezichthouders enerzijds en de kwaliteit van toezicht en handhaving, kan aldus het aansprakelijkheidsrisico worden gereduceerd.

De **tweede aanbeveling** is om een eenvoudig systeem op te zetten teneinde informatie omtrent aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders beter te verspreiden onder toezichthouders. Ten aanzien van de lokale toezichthouders heeft de VNG hier reeds een belangrijke taak. Ten aanzien van landelijke toezichthouders ontbreekt een dergelijke uitwisseling

van kennis. Zo zijn er diverse rechterlijke uitspraken die voor het beleid van toezichthouders in het algemeen van belang kunnen zijn. Op die manier kan van andere zaken worden geleerd en het aansprakelijkheidsrisico verder gereduceerd. In aanvulling hierop verdient het voorts aanbeveling dat toezichthouders worden verplicht om de informatie als hier bedoeld in hun jaarverslag op te nemen.

De **derde aanbeveling** is om, voor zover dit nog niet is geschied, voor de nieuwe toezichthouders de budgettaire consequenties van aansprakelijkheid in ogenschouw te nemen. Voor de toezichthouders met rechtspersoonlijkheid dienen de voor- en nadelen van een aansprakelijkheidsverzekering of een andere dekking van hun aansprakelijkheidsrisico te worden onderzocht. Daarnaast is ook een gemengd systeem denkbaar waarin de Staat participeert. Aangezien toezichthouders verschillen in de aansprakelijkheidsrisico's die zij lopen, kan hier geen algemene aanbeveling worden gedaan over wat het beste financiële arrangement per toezichthouder is. Dit dient per toezichthouder afzonderlijk te worden onderzocht.

De **vierde aanbeveling** is om de voor- en nadelen te onderzoeken van een grotere financiële verantwoordelijkheid voor exploitanten. Dit zou kunnen geschieden in de vorm van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering met een hogere dekking dan thans gebruikelijk (zoals thans in België geldt) maar ook door middel van een verplichting tot het stellen van financiële zekerheid in het kader van de vergunningverlening.

De **vijfde aanbeveling** 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 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.

Dit rapport bevat ten slotte een aantal scenario's die aan de orde kunnen komen indien de huidige situatie met betrekking tot de aansprakelijkheid van toezichthouders aanzienlijk zou veranderen ten nadele van de toezichthouders. Met behulp van de gegevens uit de monitoring (zie de vijfde aanbeveling) kan dan worden bezien welke van deze scenario's een oplossing zou kunnen bieden voor de ontstane problemen.

1 Inleiding

1.1 Feitelijke context

In de afgelopen jaren is Nederland diverse malen geconfronteerd met grote en minder grote ongevallen waarbij doden en gewonden te betreuren vielen en waarbij de vraag aan de orde kwam of de overheid deze rampen had kunnen voorkomen – dan wel de gevolgen ervan had kunnen verminderen - door meer en beter toezicht op de primaire veroorzakers van de schade en door betere handhaving van regelgeving.

Te denken valt onder meer aan het neerstorten van een El Al Boeing 747 in Amsterdam Zuid Oost nadat het door de Luchtverkeersleiding over bewoond gebied naar Schiphol was teruggeleid (1992), de legionellabesmetting in Bovenkarspel (1999),¹ de brand in café 't Hemeltje in Volendam (2000), de ontploffing van de vuurwerkopslag bij S.E. Fireworks (2001), het instorten van een parkeerdek bij het Van der Valk hotel in Tiel (2003), het afbreken van een balkonconstructie in Maastricht (2004) en het afbranden van een cellencomplex voor uitgeprocedeerde asielzoekers op Schiphol Oost (2005).

Een aantal van deze zaken heeft geleid tot juridische procedures, in het bijzonder procedures waarin de overheid aansprakelijk is gesteld voor de geleden schade. Deze procedures zijn, op een enkele uitzondering na, nog niet definitief beslist. De schadeclaims van de slachtoffers van de cafébrand in Volendam zijn geschikt met de eigenaar van het café en de gemeente Edam-Volendam en haar aansprakelijkheidsverzekeraar.

Uit de jurisprudentie is voorts nog een aantal gevallen bekend die tot minder publieke opschudding hebben geleid maar niettemin in verband worden gebracht met inadequaat toezicht en handhaving.²

Buiten het terrein van gezondheid en veiligheid heeft de zaak van het faillissement van levensverzekeraar Vie d'Or de meeste publiciteit gegenereerd als het gaat om de vraag of de overheid in haar toezichthoudende taak schade voor derden had kunnen voorkomen of beperken. Door het faillissement van deze levensverzekeraar leden vele particulieren schade. Hier was het de vraag of de toezichthouder, destijds de Verzekeringskamer (thans gefuseerd met

¹ Rb. Alkmaar 12 december 2002, LJN: AF1817, 44810/HA ZA 00-191 (Consumentenbond/Staat). Zie ook de procedures tegen de primaire veroorzaker van de besmetting: Rb. Alkmaar 23 december 1999, LJN: AA4000, 448/1999; Rb. Alkmaar 20 januari 2000, LJN: AA4370, 448a/1999; Hof Amsterdam 4 januari 2001, LJN: AA9299, 74/00 SKG 185/00 KG; Hoge Raad 29 november 2002, *NJ* 2003, 549, m.nt. JBMV (Jan Jong/Hoogland-Kooi e.a.).

² Te denken valt onder meer aan HR 22 juni 2001, C99/265, LJN nr AB2237 (Restaurant Boeddha); Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308, noot H.C.W.M. Moesker (Astrid Sterkenburg), Rb. Utrecht 18 november 1998, *BR* 1999, p. 713, noot H.C.W.M. Moesker (Kwaaitaal en Mantavloeren), Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004, 508 (Caldic Chemie BV/Rotterdam) en Vzng. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003, 304, noot C.L.G.F.H. Albers (Oudewater).

De Nederlandsche Bank), voldoende adequaat toezicht had gehouden. De curatoren en een stichting van gedupeerde polishouders hebben onder meer van de Verzekeringskamer schadevergoeding gevorderd. De rechtbank wees deze claim af maar in appel besliste het Hof dat de toezichthouder (Verzekeringskamer) niet had gehandeld zoals van een redelijk handelend toezichthouder mag worden verwacht. Ten tijde van het afsluiten van dit rapport was in deze zaak het cassatieberoep aanhangig bij de Hoge Raad. Zie over de Vie d'Or zaak par. 6.1.6.

Ook andere gevallen van (vermeend) inadequaar toezicht op markten hebben de laatste jaren tot aansprakelijkheidsprocedures geleid, onder andere tegen de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Opta en de Autoriteit Financiële Markten. Voorts zijn ook andere landelijke toezichthouders, zoals de Inspectie Gezondheidszorg en (voorgangers van) de Voedsel- en Warenautoriteit in meerdere of mindere mate met aansprakelijkheidsclaims geconfronteerd.

In Hoofdstuk 4 (Praktijkonderzoek) en Hoofdstuk 6 (Juridisch kader) zal op deze zaken worden ingegaan voor zover zij van belang zijn voor de vraag op welke wijze aansprakelijkheid van toezichthouders op grond van het huidige recht wordt vastgesteld.

1.2 Probleemstelling

1.2.1 Aanleiding, probleem en mogelijke gevolgen

De aanleiding voor dit onderzoek is het potentieel grote financiële risico dat gemoeid is met aansprakelijkheid van toezichthouders in geval van onvoldoende toezicht en handhaving. Een hiermee samenhangend aspect is het zogenaamde toezichthoudersdilemma: een toezichthouder kan te actief zijn en daarmee de onder toezicht staande instelling schade berokkenen maar hij kan ook te weinig actief zijn waardoor derden schade kunnen lijden (zie over dit dilemma nader par. 1.2.2, par. 3.4 en par. 6.1.6).

Het doel van dit onderzoek is om in kaart te brengen wat de omvang van het aansprakelijkheidsrisico voor toezichthouders is. Op basis daarvan kan worden beoordeeld of het nodig is om dit risico te verminderen dan wel te elimineren en zo ja, hoe dit dan zou kunnen geschieden. Het onderhavige rapport, dat bij diverse gelegenheden is aangekondigd in het parlement,³ bevat de resultaten van dit onderzoek.

Op basis van de doelstelling van het onderzoek is de centrale vraag welke financiële risico's toezichthouders lopen doordat zij aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schade die is veroorzaakt door inadequaar handhavingstoezicht. Daarbij gaat het zowel om de mogelijke

³ Zie onder meer Kamerstukken I 2004-2005, 19 529, nr. B, p. 2 (Memorie van Antwoord); Kamerstukken I 2004-2005, 19 529, nr E, p. 1 (Nadere Memorie van Antwoord); Antwoorden op Tweede Kamervragen van de leden Van Egerschot en Blok, nr 2040521580, sub 4 en 6.

aansprakelijkheid jegens personen en bedrijven op wie toezicht wordt gehouden als om aansprakelijkheid jegens derden die schade lijden wegens inadequaate handhavingstoezicht op personen en bedrijven. Deze vraag is van belang omdat, indien de aansprakelijkheidsrisico's te groot of zelfs onbeheersbaar worden zij, naast hoge kosten voor de toezichthouder, mogelijk tot andere negatieve consequenties voor het toezichtbeleid kunnen leiden zoals bijvoorbeeld zogenaamd 'defensief gedrag', mede in verband met het hiervoor genoemde toezichthoudersdilemma.

De centrale vraag van dit onderzoek naar de omvang van het aansprakelijkheidsrisico van toezichthouders in Nederland komt aan de orde in de Hoofdstukken 4 en 6. Hoofdstuk 4 bevat de resultaten van een beknopt praktijkonderzoek dat is uitgevoerd om een indruk te krijgen van de situaties waarin toezichthouders aansprakelijk zijn gesteld wegens inadequaate handhavingstoezicht, wat de omvang van de vorderingen was en welke bedragen (eventueel) zijn uitgekeerd. In Hoofdstuk 6 wordt dit praktijkonderzoek geplaatst in het juridische kader voor de aansprakelijkheid van toezichthouders in Nederland.

Deze gegevens zullen in Hoofdstuk 7 worden geëvalueerd aan de hand van de argumenten voor en tegen aansprakelijkheid van toezichthouders. Daarbij zijn de centrale vragen wat de functies van aansprakelijkheid voor inadequaate toezicht zijn en wat de positieve en negatieve aspecten daarvan zijn.

In Hoofdstuk 5 wordt de Nederlandse situatie van de aansprakelijkheid van toezichthouders in een internationaal perspectief geplaatst. Daarbij komt aan de orde wat het juridisch kader is voor de aansprakelijkheid van toezichthouders in een aantal andere landen, in het bijzonder België, Duitsland, Engeland en Wales, Frankrijk en Italië. Met andere woorden: welke aansprakelijkheidsregels zijn in die landen van toepassing op toezichthouders en hoe worden deze toegepast? Voorts wordt onderzocht wat de grenzen zijn van aansprakelijkheid van toezichthouders zoals deze gelden volgens het Europese communautaire recht en de rechtspraak van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. De achtergrondstudies waarop Hoofdstuk 5 is gebaseerd, zijn opgenomen als Hoofdstukken 9-15 van dit rapport.

Tenslotte zal in Hoofdstuk 8 aan de hand van alle onderzoeksgegevens worden geconcludeerd of de aansprakelijkheid van toezichthouders voor inadequaate handhavingstoezicht tot problemen leidt, of deze aansprakelijkheid onbeheersbaar is of dreigt te worden, of zij anderszins tot ongewenste gevolgen leidt en of het nodig is om de omvang van het aansprakelijkheidsrisico te verminderen dan wel te elimineren.

1.2.2 Afbakening en terminologie

In dit onderzoek wordt een aantal begrippen gebruikt die hieronder nader zullen worden gedefinieerd.

Toezicht. De bestuursvoorzitter van de AFM, Docters van Leeuwen, omschrijft toezicht als ‘... het geheel van handelingen dat bevordert dat marktpartijen conform de gestelde normen handelen.’⁴ In de ‘Kaderstellende visie op toezicht’ wordt toezicht omschreven als ‘het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan te stellen eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.’⁵

Het verzamelen van de informatie kan worden aangeduid als ‘toezicht’ en het ingrijpen op basis van de informatie als ‘handhaving’. De terminologie is echter niet vast en ook de grenzen tussen toezicht en handhaving zijn niet scherp.⁶ Het houden van merkbaar toezicht en het doen van aansprongen kunnen immers ook een handavingsbevorderend effect hebben.⁷

Omdat het begrip toezicht zich onttrekt aan een scherpe definitie, vindt de afbakening van dit onderzoek niet plaats via het begrip ‘toezicht’ maar via het begrip ‘toezichthouder’.

Toezichthouder. Het onderzoek richt zich op een breed spectrum van toezichthouders: zowel landelijk als lokaal (provincie en gemeente), zowel toezichthouders op het functioneren van markten als op aspecten van gezondheid en veiligheid, derhalve zowel op de nieuwe toezichthouders als op de klassieke overheden voor zover zij een toezichthoudende taak uitoefenen.

Het onderhavige onderzoek is allereerst beperkt tot toezicht dat op basis van en in het kader van het bestuursrecht plaatsvindt. Strafrechtelijk toezicht door de politie en in de verdere strafrechtelijke keten valt buiten dit onderzoek.

Het onderzoek voorts beperkt doordat het slechts ziet op toezichthouders in het publieke domein: andere toezichthouders, zoals bedrijven (op werknemers), ouders (op kinderen), scholen (op leerlingen) en psychiatrische ziekenhuizen (op patiënten), vallen buiten het bestek van dit onderzoek. Meer specifiek gaat het in dit onderzoek om bestuursorganen die op grond van de wet zijn belast met toezicht op de naleving van regelgeving door burgers en bedrijven. Buiten dit kader valt bijvoorbeeld de wegbeheerder (Rijk, provincie, gemeente of waterschap) die wel toezicht houdt op de veiligheid van de weg maar niet op de naleving van regelgeving door weggebruikers.

De term markttoezichthouders wordt in dit rapport gebruikt ter aanduiding van zowel toezichthouders op geliberaliseerde markten, zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Opta (post en telecom), de Dte (energie), de Zorgautoriteit (zorg) en de Vervoerkamer (vervoer), als de specifieke toezichthouders op financiële markten (De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten).

4 A.W.H. Docters van Leeuwen en Th.F. Kockelkoren (2004), p. 44.

5 Kamerstukken II 2001-2002, 27 831, nr. 1, p. 3. Zie ook Giesen (2005), p. 98 en meer in het algemeen p. 19 e.v.; Van Rossum (2005), p. 10; Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male (2002), p. 426.

6 Kamerstukken II 2000-2001, 27 157, nr. 20, p. 20; Van Rossum (2005), p. 10-11.

7 Kamerstukken II 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 128 (Memorie van Toelichting op de derde tranche Algemene wet bestuursrecht).

Het verdient aandacht dat de term toezichthouders aldus in een bredere betekenis wordt gebruikt dan in afdeling 5.2 Awb. Waar in dit onderzoek de term toezichthouder vooral ziet op het bestuursorgaan, definieert art. 5:11 Awb de toezichthouder als een *persoon* die bij of krachtens wettelijk voorschrift is belast met het toezicht op het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Deze ambtenaren beschikken over een standaardpakket bevoegdheden, zoals de bevoegdheid plaatsen te betreden, inlichtingen te vorderen en vervoermiddelen te onderzoeken. Toezichthouders in brede zin kunnen derhalve personen aanwijzen als toezichthouders in de zin van art. 5:11 Awb.⁸

In dit rapport wordt het begrip toezichthouder in brede zin gebruikt, tenzij uitdrukkelijk anders is aangegeven. Zie voor een nadere uitwerking van en toelichting op het begrip toezichthouder Hoofdstuk 3.

Preventief en repressief toezicht. Toezicht vindt zowel preventief als repressief plaats. Bij preventief toezicht kan worden gedacht aan het verstrekken van vergunningen, het verlenen van goedkeuringen of het uitvaardigen van richtlijnen. Aansprakelijkheid van een toezichthouder kan hier aan de orde zijn indien deze de vergunning of de goedkeuring ten onrechte weigert dan wel ten onrechte verleent.

Bij repressief toezicht gaat het om het toepassen van methoden om de naleving van regelgeving te bevorderen, zoals door middel van het geven van een waarschuwing, een bestuurlijke boete, een last onder dwangsom of bestuursdwang. In deze categorie van gevallen kan de aansprakelijkheid van de toezichthouder voortvloeien uit te voortvarend handhaven (ten onrechte bestuursdwang opleggen in geval van een vermeend brandgevaarlijk café) of uit niet of te traag handhaven (ten onrechte geen bestuursdwang opleggen in geval van een daadwerkelijk brandgevaarlijk café).⁹

Algemeen en bijzonder toezicht. Algemeen toezicht ziet op het uitoefenen van algemene controle zonder dat sprake is van een concrete onrechtmatige situatie. Algemeen toezichtsfalen ziet dan op de situatie dat 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. Bijzonder toezichtsfalen heeft derhalve betrekking op de situatie dat een toezichthouder onvoldoende heeft gedaan om hem bekende overtredingen aan te pakken.

⁸ Zie hierover Verhey en Verheij (2005), p. 264-266, die opmerken dat ook de wetgever bijdraagt aan verwarring over het onderscheid tussen toezichthouders-organen en toezichthouders-personen. Het voorstel voor art. 1:57 Wet financieel toezicht (Wft) illustreert volgens hen '... hoe ongelukkig het is dat de Wft het woord toezichthouder in een andere betekenis gebruikt dan de Awb. Want er staat in feite dat de Wft-toezichthouders Awb-toezichthouders kunnen aanwijzen. Het was beter geweest als de Wft-wetgever voor marktautoriteit of desnoods toezichtautoriteit had gekozen.'

⁹ Van Rossum (2005), p. 12-13.

De meeste gevallen van aansprakelijkheid voor inadequaat handhavingstoezicht gaan over bijzonder toezichtsfalen (par. 6.7.2).¹⁰ De belangrijkste reden hiervoor is dat eiser bij de aansprakelijkheid wegens algemeen toezichtsfalen twee grote horden heeft te nemen: in de eerste plaats zal de rechter in een dergelijk geval het toezichtbeleid van de toezichthouder marginaal toetsen voor zover de inhoud van het plan tot diens beleidsvrijheid behoort (par. 6.1.6). Ten tweede zal in dit soort gevallen het vaststellen van het causaal verband tussen het algemene toezichtsfalen en de uiteindelijke schade problematisch zijn (par. 6.9).

Toezichthoudersdilemma. Het toezichthoudersdilemma houdt in 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, bijvoorbeeld indien zijn bedrijf wordt gesloten wegens vermeende tekortkomingen bij de naleving van de veiligheidsvoorschriften. Te weinig voortvarend optreden betekent dat derden schade kunnen lijden, bijvoorbeeld indien de naleving van veiligheidsvoorschriften bij een bedrijf niet wordt gehandhaafd en bezoekers bij een brand gewond raken of komen te overlijden. Meer in het algemeen gaat het hier om het feit dat toezichthouders tegengestelde belangen van verschillende groepen tegen elkaar moeten afwegen. Zie par. 3.4 en par. 6.1.6.

Inadequaat handhavingstoezicht. Het onderzoek richt zich op het aansprakelijkheidsrisico dat een toezichthouder loopt doordat hij onvoldoende toezicht houdt op de naleving van wet- en regelgeving, dan wel deze naleving niet, te traag, te voortvarend of anderszins gebrekkig handhaaft. Deze tekortkomingen worden in dit onderzoek samengevat met de term inadequaat handhavingstoezicht. Daarmee worden zowel gebreken in het toezicht als in de handhaving begrepen. Waar relevant zal specifiek worden aangegeven of toezichtsfalen dan wel handhavingsfalen aan de orde is.

Aansprakelijkheidsrecht, bestuursrecht en civiel recht. Het aansprakelijkheidsrecht is een onderdeel van het civiele recht (ook wel burgerlijk recht genoemd) dat voor een belangrijk deel is neergelegd in het Burgerlijk Wetboek. Indien iemand schade lijdt door toedoen van een ander, kan hij schadevergoeding vorderen op grond van de bepalingen in de aansprakelijkheidstitel (titel 6.3) van dit BW.

Het bestuursrecht (ook wel administratief recht genoemd) ziet op de verhouding tussen burgers en bedrijven enerzijds en de overheid anderzijds. Dit onderdeel van het recht bepaalt onder meer de instrumenten waarover de toezichthouder beschikt bij toezicht en handhaving en het geeft een regeling om besluiten van een overheidsorgaan te toetsen en zo nodig te vernietigen.

¹⁰ Van Rossum (2005), p. 13-14.

Indien een burger of een bedrijf schade lijdt door toedoen van een overheidslichaam, kan hij in het kader van de besluiten aansprakelijkheid (par. 6.4) ook schadevergoeding vorderen voor de bestuursrechter (art. 8:73 Awb). Bij de beoordeling van een dergelijke vordering, ligt het voor de hand dat de bestuursrechter de normen van het civiele aansprakelijkheidsrecht toepast.¹¹ Zie over deze normen Hoofdstuk 6.

Claims. In veel gevallen wordt melding gemaakt van het feit dat benadeelden een claim of een vordering tot schadevergoeding hebben ingediend of gaan indienen tegen een toezichthouder wegens inadequaate handhavingstoezicht. Dit zegt echter nog niets over de vraag of de rechter een dergelijke claim ook zal toewijzen. Het is van groot belang om dit onderscheid goed voor ogen te houden bij het kennisnemen van dit rapport.

1.2.3 Methodologie

In dit onderzoek zijn verschillende methoden van onderzoek toegepast. In de eerste plaats is nationaal juridisch onderzoek gedaan naar de inhoud van de aansprakelijkheid van toezichthouders op basis van Nederlandse wetgeving, rechtspraak en literatuur (Hoofdstuk 6). Ten tweede is de rechtsvergelijkende methode toegepast: het Nederlandse recht is vergeleken met een aantal andere nationale rechtsstelsels (Hoofdstuk 5). In de derde plaats heeft een praktijkonderzoek plaatsgevonden door het verzamelen van informatie bij een aantal landelijke en lokale toezichthouders door middel van questionnaires en – in een aantal gevallen – aanvullende interviews (Hoofdstuk 4). Ten slotte zijn rechtseconomische methoden gebruikt bij de analyse van de functies en de voor- en nadelen van aansprakelijkheid van toezichthouders (Hoofdstuk 7).

De landelijke toezichthouders die aan het onderzoek deelnamen zijn De Nederlandsche Bank (DNB), de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Voedsel- en Warenautoriteit, agentschap Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees (VWA/RVV), de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IvG) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (Opta).

Aan het onderzoek onder lokale toezichthouders namen in totaal tien gemeenten deel: vijf grote gemeenten (meer dan 100.000 inwoners), drie middelgrote gemeenten (30.000-100.000 inwoners) en twee kleine gemeenten (minder dan 30.000 inwoners).

Ten slotte is gesproken met vertegenwoordigers van verzekeraars van lokale toezichthouders.¹²

¹¹ Zie Asser-Hartkamp III (2002), nr 271b, met verdere verwijzingen.

¹² Gesprekken vonden plaats met mr A. Khan, directeur Onderlinge Verzekeringen Overheid u.a. (OVO) en mr J.A. van Esch, branchemanager Property & Casualty, Centraal Beheer Achmea.

1.3 Plan van behandeling

Dit rapport bevat achtereenvolgens een schets van het beleidskader (Hoofdstuk 2) en de soorten toezichthouders (Hoofdstuk 3), de uitkomsten van het praktijkonderzoek (Hoofdstuk 4), de internationale context van de aansprakelijkheid van toezichthouders (Hoofdstuk 5), de analyse van het huidige Nederlandse recht op het terrein van de toezichthoudersaansprakelijkheid (Hoofdstuk 6), de voor- en nadelen en de functies van aansprakelijkheid (Hoofdstuk 7) en de conclusies en aanbevelingen (Hoofdstuk 8). De Hoofdstukken 9-15) wordt gevormd door de achtergrondstudies die de basis vormen voor de conclusies in Hoofdstuk 5 inzake de internationale context van het vraagstuk.

Hoofdstuk 2 bevat een uiteenzetting van het beleidskader waarin het vraagstuk van de aansprakelijkheid van toezichthouders moet worden begrepen. Daarin komt het beleid aan de orde in het kader van het tegengaan van een claimcultuur, het beleid in het kader van het markttoezicht en in het kader van toezicht en handhaving op lokaal niveau.

Hoofdstuk 3 bevat een beschrijving van de rol van de diverse toezichthouders. Hierbij wordt ingegaan op de onafhankelijkheid van toezichthouders, het doel waarvoor zij in het leven zijn geroepen, de dilemma's die aan toezichthouden eigen zijn, de verschillende vormen van toezicht (op welke risico's, eventueel met welke instrumenten) en het onderscheid tussen algemeen en bijzonder toezichtsfalen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een beknopt overzicht van landelijke toezichthouders en inspectiediensten.

Hoofdstuk 4 bevat de uitkomsten van een praktijkonderzoek onder toezichthouders. Aan een aantal landelijke en een aantal gemeentelijk toezichthouders is een vragenlijst voorgelegd over hun confrontatie met aansprakelijkheidsclaims en of en zo ja op welke wijze dit hun beleid beïnvloedt. Op basis van deze vragenlijst en van aanvullende interviews is nagegaan hoe vaak een schadeclaim wegens inadequaate handhavingstoezicht is ingediend, om wat voor gevallen het ging (feitencomplex), wat de omvang van de claim was, in welke gevallen de claim (deels) is gehonoreerd door de toezichthouder/gemeente en zo ja, wat het toegewezen bedrag was, in welke gevallen de claim is afgewezen, in welke gevallen een gerechtelijke procedure is gestart en wat de uitkomst daarvan was. Dit praktijkonderzoek is verkennend van aard en heeft geen empirische status. De conclusies zijn daarom vooral tentatief van aard.

Hoofdstuk 5 geeft een overzicht van de internationale context van de aansprakelijkheid van toezichthouders. Toezichthoudende organen zijn inmiddels een bekend verschijnsel in Europa, zowel op het gebied van gezondheid en veiligheid als op het terrein van het markttoezicht. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag waar de grenzen liggen voor de vormgeving van aansprakelijkheid door de nationale wetgever en rechter, alsmede welke positie Nederland inneemt in vergelijking met de andere landen. Dit is niet alleen van belang voor de vormgeving van het Nederlandse recht als zodanig maar ook voor een juiste positionering van het Nederlandse recht in de internationale context en om de aansprakelijkheidsregels EVRM en EG-proof te houden.

Hoofdstuk 6 geeft een overzicht van het juridisch kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders. Welk aansprakelijkheidsrisico lopen toezichthouders op grond van het huidige recht? Hierbij ligt de nadruk op de materiële eisen voor de aansprakelijkheid van toezichthouders, in het bijzonder de vereisten in het kader van art. 6:162 BW: onrechtmatigheid, toerekening, relativiteit, causaliteit en schade. In het kader van de onrechtmatigheid zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan de vraag wat de invloed van de beleidsvrijheid van de toezichthouder is.

Hoofdstuk 7 gaat allereerst in op de functies die het aansprakelijkheidsrecht in het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders vervult voor zover dit vanuit een beleidsmatig opzicht relevant is. Te denken valt hierbij met name aan functies als preventie en schadevergoeding. In dit verband zal ook worden ingegaan op de vraag in hoeverre een aansprakelijkheidsrisico toezichthouders tot minder schadelijk handelen aanzet. Tenslotte zal worden ingegaan op andere mechanismen die de toezichthouder tot preventie aanzetten en op andere bronnen die de benadeelde tot schadevergoeding kunnen strekken. Voorts zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op de argumenten voor en tegen aansprakelijkheid van toezichthouders.

Hoofdstuk 8 bevat ten slotte de conclusies van het onderzoek en de aanbevelingen die daaruit voortvloeien.

Deel II bevat de achtergrondstudies waarop Hoofdstuk 5 over de internationale context is gebaseerd. Allereerst komen aan de orde de invloed van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (**Hoofdstuk 9**) en het recht van de Europese Gemeenschap (**Hoofdstuk 10**) op de aansprakelijkheid van toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht. Voorts bevat dit deel een overzicht van het nationale recht van België (**Hoofdstuk 11**), Duitsland (**Hoofdstuk 12**), Engeland en Wales (**Hoofdstuk 13**), Frankrijk (**Hoofdstuk 14**) en Italië (**Hoofdstuk 15**) inzake aansprakelijkheid van toezichthouders.

2 Beleidskader

2.1 Inleiding

Het onderhavige hoofdstuk bevat een schets van de beleidscontext waarin de vragen rondom de aansprakelijkheid van toezichthouders moeten worden begrepen.

Aansprakelijkheid van toezichthouders staat in de eerste plaats in verband met het beleid rondom het voorkomen van het ontstaan van een 'claimcultuur' en meer in het algemeen met het beleid rondom de afname van de acceptatie van individuele risico's (par. 2.2). Ten tweede houdt het onderwerp verband met zowel de intensivering van het handhavingsbeleid en het afscheid van de (vermeende) gedoogstaat als het zoeken naar alternatieven voor toezicht en handhaving. Deze ontwikkeling, die in de loop van de jaren negentig werd ingezet, heeft in dit decennium tot nieuwe handhavingswetgeving geleid of zal daartoe leiden (par. 2.3). In de derde plaats hangt het onderwerp samen met het beleid inzake het toezicht op markten, in het bijzonder door de veelal nieuwe landelijke markttoezichthouders (par. 2.4). Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een samenvatting van de belangrijkste gegevens (par. 2.5).

De hieronder beschreven beleidsmatige aspecten moeten mede worden gezien in verband met de ontwikkeling door de Raad van State van de zogenaamde 'beginselplicht tot handhaving' (zie Hoofdstuk 6). Deze beide ontwikkelingen lopen – niet geheel toevallig – grotendeels parallel.

2.2 Toename claimbewustheid en afname acceptatie individuele risico's

Een van de onderdelen van de beleidsagenda van de minister van Justitie is een herbezinning op de doelstellingen en inrichting van het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht.¹³ Bij deze herbezinning wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid de ontwikkeling van een eventueel onbeheersbare claimcultuur een halt toe te roepen. Met het verschijnen van het rapport *Naar een claimcultuur in Nederland?* (1999) en het kabinetsstandpunt daarover heeft Justitie deze ontwikkeling op de agenda geplaatst en een aanpak op hoofdlijnen geformuleerd.¹⁴

In het kabinetsstandpunt inzake dit rapport heeft het kabinet verklaard te willen voorkomen dat er door een toename van het aantal schadevergoedingsprocedures en het steeds hoger worden van schadevergoedingen in Nederland een 'claimcultuur' ontstaat. Het totale

¹³ Kamerstukken II 2002-2003, 28 600 Hoofdstuk VI, nr. 2, blz. 15.

¹⁴ Werkgroep Claimcultuur, *Naar een claimcultuur in Nederland?*; Kamerstukken II, 1998-1999, 26 630, nr. 1 (Kabinetsstandpunt) en nr 2 (Lijst van vragen en antwoorden).

schadebedrag dat jaarlijks werd uitgekeerd verdubbelde tussen 1989 en 1997 van fl. 310 miljoen naar fl. 620 miljoen. Ook het gemiddeld uitgekeerde bedrag is bijna verdubbeld. Voor deze ontwikkeling werden onder meer als oorzaken genoemd: de verzakelijking en juridisering van relaties en van de samenleving, de introductie van risico-aansprakelijkheden, de terugtrekkende overheid en het afnemende belang van collectieve voorzieningen en de toename van het aantal aansprakelijkheidsverzekeringen en rechtsbijstandsverzekeringen.

Als voordelen van deze ontwikkeling noemde het kabinet het preventieve effect dat van het aansprakelijkheidsrecht uitgaat en het feit dat aansprakelijkstelling appelleert aan het rechtvaardigheidsgevoel. Daar staat tegenover dat veel claims tot een toenemend beroep op en belasting van de rechterlijke macht leiden en, in meer extreme situaties, dat instellingen en dienstverleners ten onrechte voorzorgen gaan nemen om eventuele aansprakelijkheidstelling te voorkomen of dat activiteiten worden gestopt wegens het risico van claims.

Het kabinetsbeleid was niet zozeer gericht op het tegengaan van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht maar op het bestrijden en, waar mogelijk, voorkomen van uitwassen, in het bijzonder *punitive damages* en vormen van resultaatsafhankelijke beloning in de rechtshulpverlening.¹⁵ Ook viel te denken aan wettelijke inperkingen van aansprakelijkheden en wettelijke matiging van de hoogte van schadevergoedingen maar de inzet van deze middelen was volgens het kabinet in 1999 niet aan de orde. Om te kunnen beoordelen of deze op enig moment wel moeten worden ingezet is een monitoring systeem opgezet. Bij dit alles realiseerde het kabinet zich dat de mogelijkheden om deze ontwikkeling te beïnvloeden onvolledig zijn. In toenemende mate spelen internationale invloeden een rol en voor een deel zijn de achterliggende oorzaken van sociaal-economische aard.¹⁶

Een vervolgonderzoek uit 2003 wees uit, dat gedurende een zekere periode het aantal claims bij de rechtbank gelijk was gebleven maar de gevorderde bedragen sterk waren gestegen. De door de rechter toegewezen bedragen bleven echter vrijwel gelijk.¹⁷

Indien deze resultaten representatief zijn, betekent dit dat de claimcultuur de laatste jaren vooral bestaat uit 'veel geschreeuw en weinig wol': er wordt door claimants hoger ingezet (mogelijk uit een zekere profileringsdrang van sommige rechtshulpverleners waarbij ook de invloed van de media een rol kan spelen, alsmede de gedachte dat een gerechtelijke procedure

¹⁵ In dit verband is van belang dat het kabinet niets voelde voor een proef die de Nederlandse Orde van Advocaten in gevallen van letselschade wilde doen met een *no cure no pay*-regeling, omdat het vindt dat bij *no cure no pay* de advocaat, gezien zijn financiële belangen, zelf partij in de zaak wordt. Op voordracht van de minister van Justitie heeft de Kroon het desbetreffende besluit van de Nederlandse Orde van Advocaten vernietigd: KB van 9 maart 2005, houdende vernietiging van de Verordening tot wijziging van de Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) van de Nederlandse orde van Advocaten van 25 maart 2004, Stb. 2005, 123. Kort daarvoor (4 maart 2005) maakte de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) rapport op tegen de Orde van Advocaten, omdat zij vermoedt dat de Orde-regels die 'no cure no pay' verbieden in strijd zijn met Europese en Nederlandse mededingingsregels (Besluit 05-06 / 04-03-2005).

¹⁶ Kamerstukken II, 1998-1999, 26 630, nr. 1.

¹⁷ Eshuis (2003). Een soortgelijke observatie kan worden gevonden in het rapport *Better Routes to Redress* van de UK *Better Regulation Task Force*, waarover par. 13.4: 'One of the most concerning perceived problems was that the media and management claims firms create the inaccurate impression that large sums of money are easily accessible. However, this perception is not justified as the judicial process is very good at distinguishing between bona fide and spurious claims, so the report states.'

een voortzetting van de onderhandelingen is) maar de 'opbrengst' wordt daar niet door beïnvloed: rechters volgen de hogere eisen niet met het toewijzen van hogere bedragen aan schadevergoeding.

In het kader van de begroting 2003 heeft de minister verklaard te streven '... naar een aanpassing van het verzekeringsrecht en het aansprakelijkheidsrecht waarbij de bescherming van het slachtoffer en het verminderen van transactiekosten centraal staan. Nieuwe risico's en een grotere claimbewustheid zetten het aansprakelijkheidsregime en de verzekeraarbaarheid op lange termijn onder druk. De vraag rijst of het huidige systeem slachtoffers voldoende beschermt en voldoende in staat stelt hun schade te verhalen. Een herijking van het aansprakelijkheidsrecht is nodig.'¹⁸

Toenemende claimbewustheid kan in verband worden gezien met de gedachte dat mensen minder bereid zijn om de gevolgen van schade zelf te dragen. Dit wordt ook wel aangeduid als 'de afname van de acceptatie van individuele risico's'. Evenmin als ten aanzien van een toenemende claimcultuur zijn er op dit moment resultaten van empirisch onderzoek voorhanden die de stelling ondersteunen dat mensen minder bereid zijn om individuele risico's te accepteren. Voor zover daar sprake van is, lijkt deze tendens reeds eerder te zijn ingezet: zie de hierboven vermelde verdubbeling van het schadebedrag tussen 1989 en 1997 (waarbij een deel overigens vermoedelijk niet het verhaal door individuen als wel het verhaal door collectiviteiten zoals verzekeraars betreft). Indien de laatste jaren al meer schade via het aansprakelijkheidsrecht wordt afgewenteld, dan is een belangrijke reden daarvoor vermoedelijk het terugtreden van de overheid door het reduceren van de dekkingen in de sociale zekerheid. Voor zover dit laatste juist is, zegt dit echter ook nog niets over het antwoord op de vraag of mensen minder bereid zijn om individuele risico's te accepteren: het is ook mogelijk dat deze risico's nu meer via de private (aansprakelijkheidsrecht) dan via de publieke weg (sociale zekerheid) worden afgewenteld.

In de strategische verkenning *Justitie over morgen* van het Ministerie van Justitie (2001) zijn zeven justitiebrede strategische vragen geformuleerd. Eén van die vragen betreft de afnemende acceptatie van individuele risico's.¹⁹ Hierover wordt onder meer opgemerkt:

'Het meest urgente vraagstuk lijkt thans het toenemend schadeverhaal op de overheid en het effect daarvan op het functioneren en in het bijzonder de daadkracht van de overheid. Dit terwijl de samenleving juist om een daadkrachtig optreden van die overheid vraagt. In dit verband rijzen onder meer twijfels over de houdbaarheid van de huidige overheidsaansprakelijkheid. Daarbij speelt ook de "deep pocket" van de overheid een rol. (...). Voor wat betreft de overheidsaansprakelijkheid zal vooral van belang zijn het vinden van een evenwicht tussen het bevorderen van de zorgvuldigheid van het overheidsoptreden en de daadkracht en flexibiliteit van de overheid. De te ontwikkelen visie zal mede gebaseerd worden op een analyse van de financiële risico's die de overheid loopt en de gevolgen van deze risico's op het functioneren van de overheid, bijv. bij toezicht op en handhaving van regelgeving. (...). Een gemeenschappelijke en daarmee in feite prealabele vraag is waar de grenzen liggen bij het verschaffen van veiligheid en het compenseren van schade door de

18 Kamerstukken II 2002-2003, 28 600 Hoofdstuk VI, nr. 2, blz. 15.

19 Ministerie van Justitie, *Justitie over morgen. Een strategische verkenning* (2001).

overheid. De druk om grenzen te verleggen is groot. Sommigen spreken van een recht op veiligheid en zien dit zelfs als een grondrecht. De vraag is dan: moet de overheid dit recht waarborgen en wat gebeurt er als de overheid daar niet in slaagt? Deze problematiek is van groot belang voor Justitie, maar hoeft niet door Justitie voor de gehele overheid beantwoord te worden. Wel kan Justitie het voortouw nemen bij het formuleren van uitgangspunten. Een andere achterliggende vraag betreft de positie van de overheid: heeft de overheid een aparte positie of is zij een partij temidden van de andere partijen? Als het bestuur op afstand staat van de overige samenleving, is een apart regime ten aanzien van schadeverhaal eerder mogelijk dan bij geringe afstand.²⁰

Bij deze gedachten kan worden aangetekend dat een recht op veiligheid reeds enige tijd geleden is erkend door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (zie Hoofdstuk 9). Dit recht impliceert weliswaar niet dat de overheid de veiligheid van haar burgers moet garanderen maar wel dat zij een zekere verantwoordelijkheid heeft voor die veiligheid.

Het onderhavige onderzoek beoogt een bijdrage te leveren aan een te ontwikkelen visie met betrekking tot de houdbaarheid van de huidige overheidsaansprakelijkheid, zij het dat dit rapport zich slechts op een klein onderdeel van de overheidsaansprakelijkheid richt, namelijk de aansprakelijkheid van de toezichthouder en de gevolgen van het aansprakelijkheidsrisico op het functioneren van de overheid bij toezicht op en handhaving van regelgeving. Het leeuwendeel van de overheidsaansprakelijkheid komt voor rekening van wegbeheer, rioolbeheer en besluitvorming. Zie ook par. 4.4.1.²¹

2.3 Beleidskader lokale toezichthouders

2.3.1 Grenzen aan gedogen – Handhaven op niveau – Rijk aan handhaving

Deze paragraaf gaat in op de ontwikkeling van het toezicht- en handhavingsbeleid zoals dat sinds het midden van de jaren negentig is ontwikkeld. Dit beleid is primair gericht op toezicht op de naleving van regels en de handhaving van regels op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu door de centrale en de lokale overheid. Dit beleid heeft niet direct betrekking op toezicht en handhaving door markttoezichthouders. Zie over laatstgenoemde toezichthouders par. 2.4.

Hoewel de rampen in Volendam (2000) en Enschede (2001) de aandacht in wetgeving en beleid voor toezicht en handhaving hebben versterkt en de urgentie ervan evident hebben gemaakt, dateert de intensivering van het toezicht- en handhavingsbeleid reeds van enige tijd eerder.

Reeds in de kabinetsnota 'Grenzen aan gedogen' uit 1996 wordt uitvoerig ingegaan op de grenzen aan het gedogen en op de plicht tot handhaving. Voorts worden richtlijnen geformuleerd

20 Ministerie van Justitie, *Justitie over morgen. Een strategische verkenning*, p. 7-8.

21 Jaarverslag Onderlinge Verzekeringen Overheid (OVO) u.a., Verslag en rekening 2004, p. 10. Zie ook Brenninkmeijer, O&A 2005, p. 131.

waaraan een handhavings- en gedoogbeleid dient te voldoen. Volgens de nota is gedogen slechts in uitzonderingsgevallen aanvaardbaar mits deze tevens is beperkt in omvang en/of tijd, namelijk indien (1) handhaving leidt tot *aperte* onbillijkheden; (2) het achterliggende belang *evident* beter wordt gediend met gedogen; (3) een zwaarder wegend belang gedogen rechtvaardigt.²²

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 is dit een indicatie dat de nota in de praktijk mogelijk (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 (nog) rustig politiek klimaat.

In 1996 stelde het kabinet voorts de Commissie Bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving in, onder voorzitterschap van prof. mr. F.C.M.A. Michiels (1998).²³ Deze commissie bracht in 1998 het rapport *Handhaven op niveau* uit.²⁴ Hierin werd geconstateerd dat de handhaving van ordeningswetgeving kan verbeteren als de handhavers professioneler werken en de samenwerking verbeteren. Professionaliteit en samenwerking zijn daarmee belangrijke aandachtspunten voor het handhavingsbeleid geworden.

In vervolg op deze aanbevelingen heeft de Minister van Justitie op 1 mei 2000 de stuurgroep Handhaven op Niveau ingesteld met als doel de samenwerking tussen handhavers te versterken, en de handhaving verder te professionaliseren. Om dat te bereiken heeft de Stuurgroep allerlei activiteiten ontwikkeld. Zo 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.

De gebeurtenissen in Enschede en Volendam zijn voor de stuurgroep *Handhaven op Niveau* aanleiding geweest om programmatisch handhaven te introduceren bij de decentrale overheden. 'Deze werkwijze belichaamt de gedachte dat handhaving tal van afwegingen vereist die het beste in een cyclus gepland, uitgevoerd en geëvalueerd kunnen worden. Daar hoort bij dat men van tevoren risico's inschat, prioriteiten stelt, de meeste geëigende interventiestrategie kiest om het gewenste nalevingsniveau te bereiken en ten slotte ook nagaat of dit lukt.'²⁵

In 2002 bleek dat de meeste provincies, gemeenten en waterschappen (86 procent) inmiddels een handhavingsbeleid hebben met betrekking tot ordeningswetgeving. In ongeveer 80

22 Kamerstukken II, 1996-1997, 25 085, nr. 2, p. 9 en 35-40.

23 Dit gebeurde na adviezen die het kabinet ontving naar aanleiding van het in juli 1996 verschenen kabinetsstandpunt op het rapport van de commissie Korthals Altes, neergelegd in de nota 'In juiste verhouding'. Naar aanleiding van de beschouwingen van de commissie en haar voorstellen rezen bij het kabinet vragen over de feitelijke kanten van een (eventueel bestaand) handhavingstekort en de wijzen waarop zulk een tekort zou kunnen worden bestreden. Dit was voor het kabinet aanleiding een en ander nader te laten bestuderen door de commissie Michiels.

24 Michiels (1998).

25 Kamerstukken II, 2000/01, 27 400 VI, nr. 91.

procent van de organisaties wordt gewerkt aan een integraal handhavingsprogramma of is er inmiddels zo'n programma. Ruim eenderde heeft in sterke of zeer sterke mate de handhavingsrisico's in kaart gebracht. Ten opzichte van 2001 had 60 procent van de organisaties meer geld vrijgemaakt. In 20 procent van de organisaties zelfs meer dan 10 procent. Er zijn in gelijke mate mensen vrijgemaakt of aangesteld voor beleidsontwikkeling en uitvoering. Meer dan 80 procent van de grootste gemeenten nemen personeel aan voor de uitvoering van handhavingsbeleid.²⁶

In 2005 is het programma *Rijk aan Handhaving* gestart dat tot doel heeft de toepassing daarvan op rijksniveau te bevorderen. Hiermee wordt op een planmatige wijze de handhaving versterkt van daarvoor aangewezen wettelijke regelingen. Met dit project wordt beoogd om de handhaving van ordeningswetgeving bij het Rijk te verbeteren door het opstellen van handhavingsplannen voor beleidsterreinen waarbij veiligheid in het geding is. In het kader van dit project zullen aan de Tweede Kamer worden voorgelegd:

- een lijst van indicatoren wanneer een handhavingsplan dient te worden opgesteld
- een checklist met elementen waaruit een handhavingsplan dient te bestaan
- een procedure voor de ontwikkeling en vaststelling van een handhavingsplan
- een handhavingsplan per departement op een terrein waar veiligheid in het geding is.²⁷

Samen met de hiervoor genoemde *Grenzen aan gedogen* en *Handhaven op niveau* heeft *Rijk aan handhaving* bijgedragen aan de vanzelfsprekende rol die handhaving in beleidsprocessen dient te hebben en de afrekenbaarheid van de gepleegde handhavingsinspanningen.

2.3.2 Verdere professionalisering van toezicht en handhaving

In deze periode is tevens een aantal praktijkstudies verricht naar diverse aspecten van toezicht en handhaving. Te denken valt met name aan de rapporten inzake *Handhaven onder de druk der omstandigheden* en *Staat van handhaving*.²⁸

In *Handhaven onder de druk der omstandigheden* stond de vraag centraal hoe het handhavende optreden van de overheid wordt beïnvloed door (de vrees voor reacties van) burgers die in afnemende mate risico's accepteren. Deze vraag hangt direct samen met een van de vragen die in het huidige onderzoek aan de orde is, namelijk of en zo ja in hoeverre toezichthouders hun activiteiten laten beïnvloeden door de kans aansprakelijk te worden gesteld

²⁶ http://www.justitie.nl/pers/persberichten/archief/Archief_2003/170103.

²⁷ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 600 VI, nr. 2; Kamerstukken II, 2004-2005, 29 800 VI, nr. 111; Kamerstukken II, 2005-2006, 30 300 VI, nr. 11, p. 4.

²⁸ Van Lomwel en Nelissen (2005); Andersson Elffers Felix (2002).

door derden. De uitkomsten van het onderzoek *Handhaven onder de druk der omstandigheden* zullen in dit rapport aan de orde komen in Hoofdstuk 5.

Een belangrijke conclusie in *Staat van handhaving* luidt dat het bestuurders veelal nog ontbreekt aan '... normen en kengetallen om de handhaving door gemeenten te beoordelen en te besturen. De consequentie daarvan is dat bestuurders geen inzicht hebben in de staat van de handhaving en dat ze evenmin de ontwikkeling van de handhaving in de tijd kunnen volgen binnen hun gemeenten. Een deel van de opdracht was daarom om normen en kengetallen te ontwikkelen als handvat voor bestuurders. Dit is gebeurd in samenspraak met sleutelfunctionarissen uit de betrokken gemeenten. Het is goed mogelijk gebleken om dat te doen, voortbouwend op datgene wat enkele gemeenten al hadden ontwikkeld. Voorwaarde is wel dat het bestuur van een gemeente allereerst prioriteiten stelt in haar beleid.'²⁹

Voorts is in het kader van het project *Handhaven: eerst kiezen, dan doen* kennis verzameld over effectief beleid op het brede terrein van de rechtshandhaving, teneinde een overzicht te verkrijgen van opvattingen en kennis over de kernvragen: wat is goede handhaving, wat werkt en onder welke condities kan de overheid handhaven? Ten behoeve van dit project heeft een aantal wetenschappers een literatuurstudie vervaardigd, ieder met een eigen invalshoek: juridisch, bestuurlijk, sociaal-wetenschappelijk, economisch en technologisch. Uit deze studies blijkt dat enkele spanningsvelden - waarin keuzes moeten worden gemaakt - steeds terugkeren.³⁰

Een vervolg op dit project is de publicatie *Laveren tussen Scylla en Charybdis. Over de toekomst van handhaving*. Hierin wordt uitvoerig ingegaan op de diverse dilemma's die eigen zijn aan handhaving, zoals die tussen verleiden en afschrikken, tussen principieel en pragmatisch afschrikken en tussen verticaal en horizontaal handhaven. Tevens wordt daarbij aangegeven hoe deze dilemma's kunnen worden verzoend.³¹

2.3.3 Enschede en Volendam

Intussen gaven de rampen in Volendam en Enschede aanleiding tot uitvoerige rapporten die ook uitgebreid ingingen op tekorten in toezicht en handhaving. De rapporten van de Commissies Oosting (Enschede)³² en Alders (Volendam)³³ hebben geleid tot een reeks van aanbevelingen ten aanzien van het verbeteren van het toezicht- en handhavingsbeleid. Naar aanleiding van het rapport van de Commissie Oosting concludeerde het kabinet onder meer:

29 Andersson Elffers Felix (2002), p. 7.

30 Boek en Visser (2005).

31 Ministerie van Justitie, *Laveren tussen Scylla en Charybdis. Over de toekomst van handhaving* (2005).

32 Rapport Commissie onderzoek vuurwerkramp (Commissie Oosting): Kamerstukken II, 2000-2001, 27 157, nr. 18.

33 Rapport Commissie onderzoek cafébrand Nieuwjaarsnacht 2001 (Commissie Alders): Kamerstukken II, 2000-2001, 27 575, nr. 4.

'Het rapport van de Commissie onderzoek vuurwerkcramp maakt duidelijk dat veel is misgegaan of beter had gekund. Alle betrokkenen zijn verplicht daaruit lering te trekken. Na de ramp is door velen opgemerkt dat het in onze risicovolle samenleving niet mogelijk is om veiligheid volledig te garanderen. Er zullen altijd ongelukken en rampen plaats kunnen vinden. Tegelijkertijd maakt het rapport van de Commissie onderzoek vuurwerkcramp duidelijk dat door betere voorzorg veiligheid in belangrijke mate bevorderd kan worden. Burgers, instellingen en bedrijven delen in deze verantwoordelijkheid. De overheid heeft bij het bevorderen van veiligheid en het bestrijden van onveiligheid een centrale rol. Dat deze rol beter moet worden vervuld is een van de hoofdlessen die uit het rapport van de Commissie onderzoek vuurwerkcramp moet worden getrokken. Er is dringend actie geboden om de noodzakelijke veranderingen te kunnen bewerkstelligen. Uit de gebeurtenissen in Enschede zijn voor de overheid een aantal belangrijke lessen te trekken:

1. De overheid moet zorgdragen voor heldere en eenduidige regelgeving, voor goed toezicht en consequente handhaving.
 2. Veiligheidsbeleid moet transparant zijn: de overheid moet de burgers periodiek informeren over wat er gebeurt op het terrein van de veiligheid en wie daarop aanspreekbaar is.
 3. Het moet in alle gevallen en situaties duidelijk zijn welke overheidsinstantie verantwoordelijk is voor welk onderdeel van het veiligheidsbeleid.
- Deze verdeling van verantwoordelijkheden vereist dat er bestuurlijk en multidisciplinair intensief wordt samengewerkt.³⁴

Naar aanleiding van het rapport van de Commissie Alders concludeerde het kabinet onder meer

'... dat ondernemers, instellingen en overheden moeten doen wat is afgesproken. Veel van de bevindingen van de commissie zijn terug te voeren op het niet nakomen van regels, voorschriften of afspraken. Om hierin op korte termijn verbetering te brengen heeft de commissie een actieprogramma opgesteld. Het kabinet is met de commissie van mening dat de verantwoordelijkheid voor brandveiligheid primair bij ondernemers en instellingen ligt. Het kabinet heeft inmiddels de diverse brancheverenigingen gewezen op de verantwoordelijkheid van ondernemers ten aanzien van brandveiligheid en zal met hen overleggen opdat zij het actieprogramma van de commissie onder de aandacht van hun leden brengen. Het kabinet heeft inmiddels de aanbevelingen van de commissie eveneens nadrukkelijk onder de aandacht gebracht van gemeenten en provincies en erop aangedrongen om direct uitvoering te geven aan het actieprogramma van de commissie.³⁵

2.3.4 *Recent beleid en strategie*

De neerslag van bovengenoemde ontwikkelingen is te vinden in de strategische verkenning *Justitie over morgen* van het Ministerie van Justitie (2001). Hierin wordt niet alleen gerept over de gevolgen voor het beleid van de afnemende acceptatie van individuele risico's (par. 2.2) maar ook over het belang van de effectiviteit en legitimiteit van de overheid:

'Justitie dient versterkt invulling te geven aan haar rijksdienstbrede medeverantwoordelijkheid voor wetgevingskwaliteit en rechtshandhaving om de effectiviteit en legitimiteit (en daarmee het gezag) van de overheid te vergroten en dient ook de effectiviteit en legitimiteit van de eigen organisaties te vergroten. (...). De effectiviteit en legitimiteit van de overheid in haar

34 Kamerstukken II, 2000–2001, 27 157, nr. 20, p. 2.

35 Kamerstukken II, 2000–2001, 27 575, nr. 5, p. 4-5.

handelen zijn belangrijke determinanten van het gezag van de overheid. (...). Lange termijn maatschappelijke trends, zoals het afnemend ontzag voor autoriteit en toenemende diversiteit van de samenleving, maar ook het vervagen van nationale grenzen, wijzen op de geleidelijke erosie van het gezag van de overheid. (...). Los van de ontwikkeling in de tijd, hebben de recente rampen in Enschede en Volendam laten zien dat juist waar het gaat om uitvoering en handhaving van regelgeving het overheidsoptreden niet steeds effectief is. Het lijkt hierbij niet te gaan om geïsoleerde incidenten, maar om de manifestatie van structurele elementen in de regulering van het maatschappelijk en vooral economisch verkeer. Tegen deze achtergrond ligt het in de rede dat de effectiviteit en legitimiteit van het overheidsoptreden vooral versterkt kunnen worden vanuit de invalshoeken wetgevingskwaliteit en rechtshandhaving.³⁶ De aandacht moet zich richten op '(1) de kwaliteit van de regelgeving en in het bijzonder de werking van het gehele systeem van regels en (2) de opzet en organisatie van de handhaving (bevorderen programmatisch handhaven) en zou zich niet alleen moeten beperken tot de rijksdienst (inclusief de bijzondere opsporingsdiensten), maar ook het lokaal bestuur dienen te betreffen.'³⁷

Bij een herbezinning op de uitgangspunten voor de rechtshandhaving zijn volgens Justitie de volgende aspecten van belang:

- Vrees bestaat dat niet alleen zwakke handhaving, maar ook strenge handhaving de legitimiteit van de overheid kan aantasten. Handhaven waar dat met het oog op maatschappelijke effecten belangrijk is en gedogen als het om maatschappelijk onbetekenende normafwijking gaat, kan regelgeving acceptabel maken voor maatschappelijke actoren.
- Er dient evenwicht te zijn in de mate van handhaving van verschillende regels. Het draagvlak van regelgeving wordt bijvoorbeeld ondermijnd als regels waarvan overtreding ernstige gevolgen heeft in mindere mate worden gehandhaafd dan regels waarvan overtreding geen ernstige gevolgen heeft. Ook moeten prioriteiten niet volledig geleid worden door toevallige gebeurtenissen (rampen), maar moeten prioriteiten systematisch en beargumenteerd gesteld.
- Het is de moeite waard te zoeken naar mogelijkheden om maatschappelijke actoren een belang te geven bij naleving en handhaving en liefst bij het met regulering te bereiken maatschappelijk effect.
- De overgang van een laag naar een hoog niveau van handhaving dient met zorg en gefaseerd te gebeuren.
- In de meest praktische zin wordt legitimiteit in hoge mate bepaald door correct en duidelijk optreden.³⁸

Tenslotte is ten aanzien van het toezicht- en handhavingsbeleid van belang dat in het Hoofdlijnenakkoord het streven is uiteengezet om meer verantwoordelijkheid bij markt en burger te laten, zodat toezicht niet automatisch door de overheid maar (deels) door betrokkenen zelf

36 Ministerie van Justitie, *Justitie over morgen. Strategische agenda 2001*, p. 9.

37 Ministerie van Justitie, *Justitie over morgen. Strategische agenda 2001*, p. 9.

38 Ministerie van Justitie, *Justitie over morgen. Strategische agenda 2001*, p. 10.

wordt uitgeoefend. Dit streven is nader uitgewerkt in het rapport *Vreemde ogen. Naar een andere kijk op toezichtsarrangementen* van de interdepartementale werkgroep Andere Toezichtarrangementen.³⁹ Hierin worden diverse vormen van toezicht onderscheiden en wordt een afwegingskader gepresenteerd. Het streven om publiek toezicht (deels) te delegeren aan betrokkenen zelf kan repercussies hebben op de aansprakelijkheidsvraag in die zin dat een overheid die zelf geen direct toezicht houdt, maar hooguit 'meta-toezicht' (publiek toezicht op het private toezicht) wellicht minder snel aansprakelijk zal zijn voor inadequaat 'meta-toezicht'.

Het streven om bij toezicht en handhaving meer verantwoordelijkheid bij markt en burger te laten is een uitwerking van het kabinetsbeleid inzake *Rechtsstaat en Rechtsorde*, zoals dat is uiteengezet naar aanleiding van het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid *De toekomst van de nationale rechtsstaat*.⁴⁰ De centrale gedachte hierin is dat daar waar dat mogelijk is, de rol van de overheid in de eerste lijn wordt teruggedrongen, waardoor haar rol in de tweede lijn waar nodig kan worden versterkt.⁴¹

'Duidelijk is dat de overheid niet meer zelf – zo zij daartoe al ooit in staat is geweest – alle wetsovertredingen kan opsporen en daartegen dan vervolgens ook kan optreden. Nieuwe handhavingsstrategieën zijn nodig. Weliswaar is goed toezicht buitengewoon belangrijk, maar niet mag uit het oog worden verloren dat in zeer veel gevallen primair een burger of een privaatrechtelijke organisatie tekort schoot. Te veel wordt nu nog, in een welhaast automatische reactie, primair naar de overheid gekeken. Die reactie berust op de onjuiste gedachte dat de overheid in staat is door middel van toezicht en handhaving iedere fout te voorkomen en daarom altijd verantwoordelijk is als er ergens iets misgaat. (...). Tegelijk behoort de overheid overigens haar publieke verantwoordelijkheden niet uit de weg te gaan. Deze kunnen echter op meer afstandelijke wijze worden vormgegeven. (...). De rol van de centrale overheid komt dan meer te liggen bij het scheppen van de voorwaarden die vervuld moeten zijn om dit te laten werken, bij het volgen van de gang van zaken en bij het zo nodig ingrijpen als zaken niet goed verlopen. (...). De rol van de overheid als toezichthouder wordt dan een andere: zij houdt vaker toezicht op het toezicht (de WRR spreekt in dit verband van meta-toezicht). De overheid dient er dan bijvoorbeeld op toe te zien dat de deskundigheid en onafhankelijkheid van primaire toezichthouders zijn gewaarborgd. Dit betekent niet zonder meer dat de overheid minder toezichthoudende taken zal krijgen. Deze taken worden niet minder, maar anders.'⁴²

Het kabinet concludeert dat de overheid vormen van zelfregulering en zelfhandhaving moet stimuleren, bijvoorbeeld op het gebied van milieu, voedsel en veiligheid en gezondheidszorg.⁴³

Het bovenstaande is nader uitgewerkt in de nota *Bruikbare rechtsorde*. Hierin wordt onder meer opgemerkt: 'Wettelijke normen moeten zo worden geformuleerd, dat in de uitvoering recht kan worden gedaan aan veranderingen in maatschappelijke omstandigheden. Toezicht en handhaving moeten daarop worden toegesneden. Maatschappelijke organisaties kunnen een belangrijke rol vervullen. De wetgeving kan beter geschikt worden gemaakt voor zelfregulering in

39 *Vreemde ogen. Naar een andere kijk op toezichtsarrangementen*. Interdepartementale werkgroep Andere Toezichtarrangementen, 2004 en de kabinetsreactie in Kamerstukken II, 2003-2004, 29 279, nr 13.

40 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 279, nr. 1 e.v.

41 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 279, nr. 1, p. 5.

42 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 279, nr. 1, p. 6-7.

43 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 279, nr. 1, p. 20.

bepaalde domeinen. Daarvoor moeten bestaande instituties worden benut en nieuwe concepten ontwikkeld.⁴⁴ En vervolgens: 'Het strafrecht kan terugtreden ten behoeve van het bestuursrecht of het aansprakelijkheidsrecht, zelfregulerende systemen kunnen gebruik maken van alternatieve geschillenbeslechting.'⁴⁵

Ten aanzien van deze alternatieven voor overheidshandhaving is het van belang om op te merken dat internationale en communautaire verplichtingen daaraan grenzen stellen. Zo bepaalt het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens de minimum eisen waaraan het toezicht- en handhavingbeleid moet voldoen en wordt de wijze waarop markttoezicht dient plaats te vinden voor een belangrijk deel bepaald door Brussel (zie resp. Hoofdstuk 9 en 10).

Een voorlopig sluitstuk van deze onderzoeken zijn twee rapporten over toezicht: *Vertrouwen in onafhankelijkheid* en *Toezicht: naar naleving voor de samenleving*. Hierin worden de contouren van een beter toezichtstelsel en van een - op onderdelen - andere organisatie van de rijksoverheid beschreven.⁴⁶

Dit heeft geculmineerd in *Minder last, meer effect. Zes principes van goed toezicht* die de uitwerking is van een nieuwe rijksbrede visie op toezicht. De nieuwe visie stelt het perspectief dat burgers, bedrijven en organisaties op toezicht hebben centraal. De nieuwe toezichtvisie komt tegemoet aan de wens van burgers, bedrijven en organisaties om toezicht te laten aansluiten op voorzieningen die zij zelf treffen. Zes principes van goed toezicht geven richting aan deze nieuwe invulling van het toezicht.

De Algemene Rekenkamer concludeerde in 2005:

'De handhavingspraktijk is de afgelopen jaren duidelijk geprofessionaliseerd, en dit sorteert ook effect. Zo schatten handhavende instanties (inspecties en politie) tegenwoordig van tevoren in hoe groot de risico's zijn wanneer bepaalde regels of wetten niet worden nageleefd; op basis daarvan stellen zij hun prioriteiten. Ook doen handhavers steeds meer onderzoek naar de feitelijke nalevingsniveaus, vooral van bepalingen uit de wet- en regelgeving die als kernbepaling worden gezien voor het reduceren van risico's. Toch kan er nog het nodige verbeterd worden. Handhavers weten bijvoorbeeld doorgaans niet in welke mate hun handhavingsinspanningen bijdragen aan de naleving van regels en wetten en aan de oplossing van de achterliggende problemen. Daarnaast zouden wetgevers en beleidsmakers meer aandacht moeten hebben voor de handhaafbaarheid van nieuwe en bestaande wetten en regels en van beleid dat niet-wettelijke normen inhoudt. De huidige stand van zaken is (...), dat niet altijd bekend is hoe groot de risico's zijn waaraan burgers blootstaan bij de intensiteit van de handhaving waarvoor wordt gekozen. Ook is niet duidelijk of, hoe en tegen welke prijs die risico's teruggedrongen moeten en kunnen worden.'⁴⁷

44 Kamerstukken II, 2003–2004, 29 279, nr. 9, p. 12.

45 Kamerstukken II, 2003–2004, 29 279, nr. 9, p. 12.

46 Eindrapport Ambtelijke Commissie Toezicht I (Commissie Borghouts), *Vertrouwen in onafhankelijkheid* (Den Haag 2005); Eindrapport Ambtelijke Commissie Toezicht II (Commissie Sint): *Toezicht: naar naleving voor de samenleving* (Den Haag 2005).

47 Kamerstukken II, 2004-2005, 30 050, nr 1-2, p. 5.

2.3.5 Weerslag handhavingsbeleid in wetgeving

Het beleid om handhaving te intensiveren heeft inmiddels een weg gevonden in diverse wetsvoorstellen die thans bij het parlement aanhangig zijn. Illustratief is het voornemen tot opname in diverse wetten van de verplichting om periodieke handhavingsplannen te maken. Zo bepaalt het voorgestelde art. 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. In de Memorie van Toelichting wordt daarover opgemerkt:

'Met het voorgestelde artikel 100c van de Woningwet, opgenomen in artikel I, onder U, van dit wetsvoorstel, wordt uitwerking gegeven aan het in het kabinetsstandpunt Nieuwjaarsbrand (Kamerstukken II 2000/2001, 27 575, nr. 5) opgenomen voornemen om in de Woningwet een verplichting op te nemen voor het college van burgemeester en wethouders om periodiek hun handhavingsvoornemens te formuleren. In dat kader zullen zij moeten aangeven op welke wijze zij uitvoering zullen geven aan het toezicht op de naleving en de verdere handhaving van de hoofdstukken I tot en met IV van de Woningwet (de bepalingen inzake nieuwbouw en de staat van bestaande bouw, hierna: de bouwregelgeving). De handhaving betreft het houden van toezicht op de naleving tijdens de bouw-, gebruiks- en sloopfase van een bouwwerk of standplaats en tijdens de gebruiksfase van een open erf of terrein en het toepassen van bestuurlijke handhavingsmiddelen. Daarbij gaat het nadrukkelijk niet alleen om controle of er wordt gehandeld conform een verleende vergunning maar ook om toezicht op de naleving van voorschriften uit het Bouwbesluit 2003, de bouwverordening en de criteria uit de welstandsnota die van toepassing zijn op bestaande bouwwerken, standplaatsen alsmede open erven of terreinen.'⁴⁸

Gelijkkluidende bepalingen zijn opgenomen in het wetsvoorstel houdende nieuwe regels omtrent de ruimtelijke ordening (Wet ruimtelijke ordening) (Kamerstukken II 2002/2003, 28 916, nr 1-2). Een pendant kan voorts worden gevonden in artikel 4.20 Wet milieubeheer (dat betrekking heeft op het gemeentelijke milieuprogramma) en artikel 21.1 Wet milieubeheer (dat betrekking heeft op jaarlijkse verslaglegging over de uitvoering van het milieubeleid).

Van belang is voorts het voorgestelde art. 100b Woningwet dat bepaalt dat de Minister, indien dat in het belang van de naleving van de Woningwet dringend geboden is, kan vorderen dat burgemeester en wethouders ter zake van de overtreding van een voorschrift binnen een door hem te stellen termijn een beschikking tot toepassing van bestuursdwang of oplegging van een last onder dwangsom uitvoeren, dan wel geven en uitvoeren. De Memorie van Toelichting zegt daarover het volgende:

'Het voorgestelde artikel 100b ziet op de situatie dat een bij of krachtens hoofdstuk I, II, III of IV van de Woningwet gesteld voorschrift is of wordt overtreden en burgemeester en wethouders niet overgaan tot handhaving, terwijl daar wel een dringende noodzaak toe bestaat. Voorgesteld wordt om met het oog op dergelijke gevallen in de Woningwet

⁴⁸ Kamerstukken II, 2003-2004, 29 392, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 14.

evenals in de reeds genoemde wetsvoorstellen voor een Wet ruimtelijke ordening en tot wijziging van hoofdstuk 18 van de Wet milieubeheer (Handhavingsstructuur) een vorderingsbevoegdheid voor de minister op te nemen terzake van de handhaving van het bepaalde bij of krachtens hoofdstuk I, II, III of IV door burgemeester en wethouders. Deze bevoegdheid wordt voorgesteld om de in het algemeen deel van deze memorie van toelichting genoemde redenen (samengevat: het ontbreken van een bestuurlijk instrument voor de minister om in geval van geconstateerde tekortkomingen bij de gemeentelijke handhaving te kunnen ingrijpen, waar in de praktijk, met name in ernstige gevallen, behoefte aan bestaat en waar de Tweede Kamer ook om gevraagd heeft). Toepassing van de vorderingsbevoegdheid is beperkt tot gevallen waarin dat in het belang van de naleving van genoemde hoofdstukken dringend geboden is, waarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan gevallen waarin sprake is van een ernstig gevaar voor de gezondheid of de veiligheid en een gemeentebestuur ten onrechte niet ingrijpt.⁴⁹

Het vorderingsrecht is vergelijkbaar met artikel 18.14, tweede lid, van de Wet milieubeheer. Ook in het eerdergenoemde voorstel voor een Wet ruimtelijke ordening en het wetsvoorstel tot wijziging van hoofdstuk 18 van de Wet milieubeheer (Handhavingsstructuur) is een soortgelijke vorderingsbevoegdheid opgenomen.

De landelijke toezichthouders, zoals onder andere de markttoezichthouders, zijn (vooralsnog) ontkomen aan de implementatie in wetgeving van het breed ingezette handhavingsbeleid. Zo zijn bijvoorbeeld in het bij het parlement aanhangige wetsvoorstel inzake de Wet op het financieel toezicht (Wft) geen verplichtingen opgenomen die vergelijkbaar zijn met die in de hierboven aangeduide wetgeving voor de (veelal) lagere overheden. Wel bevat dit wetsvoorstel taakstellingsartikelen ten einde het functionele toezichtmodel beter in de Wft te kunnen verankeren. Deze artikelen beogen niet om een handhavingsplicht te introduceren maar zij vervullen wel een aantal andere functies:

- a) aanwijzingsfunctie: het aanwijzen van toezichthouders die tot taak hebben financieel toezicht uit te oefenen;
- b) distributiefunctie: het aangeven welke toezichthouder bevoegd is welk toezicht te houden.
- c) definitiefunctie: het beschrijven van de doelstellingen van de soorten toezicht en daarmee begripsbepaling van gedragstoezicht en prudentieel toezicht.

Het gaat hier steeds om discretionaire ongebonden bevoegdheden, hetgeen tot uitdrukking komt in de terminologie dat de toezichthouder een bestuurlijke boete 'kan' opleggen, een last onder dwangsom 'kan' geven etc.

2.4 Beleidskader landelijke (markt)toezichthouders

Sinds de jaren 90 is toezicht en handhaving van regelgeving in diverse marktsectoren ondergebracht bij aparte, min of meer los van de overheid functionerende, toezichthouders. De

49 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 392, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 38.

opdrachten, taken en bevoegdheden van deze toezichthouders lopen sterk uiteen. Voor wat betreft de recent ingestelde toezichthouders valt te denken aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (Opta), de Directie Toezicht energie (Dte) en de Zorgautoriteit in oprichting (ZA i.o.). Daarnaast bestonden reeds langere tijd andere toezichthouders, zoals De Nederlandsche Bank, het Commissariaat voor de Media en vele inspecties, zoals de Arbeidsinspectie en de Inspectie voor de Gezondheidszorg.

Deze 'toezichthouderij' nam een grote vlucht, terwijl van een overheidsbrede visie op dit verschijnsel nog geen sprake was. De instelling van toezichthouders was veelal de verantwoordelijkheid van een vakdepartement en men kan zich niet geheel aan de indruk onttrekken dat het wiel van het toezicht daarbij diverse malen is uitgevonden. Zie over de uiteenlopende vormen van toezichthouders Hoofdstuk 3.

Een belangrijke stap tot een meer omvattende visie op toezicht is te vinden in de *Kaderstellende visie op toezicht* uit 2001.⁵⁰ Een vervolg hierop met een brede toezichtsvisie van de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties werd in de loop van 2005 verwacht.⁵¹

Voorts is in 2006 het resultaat te verwachten van de uitkomsten van een interdepartementaal beleidsonderzoek naar verzelfstandigde organisaties op Rijksniveau, de zogenaamde IBO-VOR. Hierin staat onder meer de vraag centraal in hoeverre het wenselijk is de ministeriële verantwoordelijkheid voor de uitvoering van rijkstaken te beperken. Daarbij zal expliciet worden ingegaan op de vraag wanneer sprake kan zijn van een zelfstandige organisatie en wanneer niet. Dit onderzoek en het daarop volgende kabinetsstandpunt zijn van belang voor de organisatorische positionering van het markttoezicht en van de verhouding tussen de minister en de toezichthouder.

Tijdens de behandeling van de begroting van het Ministerie van Economische Zaken is de motie Heemskerk c.s. aangenomen, waarin de regering werd verzocht om een helder standpunt in te nemen over toezichthouders in Nederland, en in het bijzonder over markttoezichthouders.⁵² Ter beantwoording van deze motie heeft de minister van Economische Zaken in juni 2004 de visie van de regering op markttoezichthouders aan de Tweede Kamer gestuurd.⁵³ Hierin beoogt hij duidelijkheid te verschaffen over de rol die het markttoezicht heeft en de wijze waarop dat markttoezicht georganiseerd is. *Visie op markttoezicht* heeft met name betrekking op zes markttoezichthouders: de NMa, de Dte, de VK, de ZA, de Opta en de AFM (p. 2) maar ook het toezicht op andere publieke belangen komt aan bod, zoals door het Commissariaat voor de

50 Dit is de kabinetsreactie op het rapport *Vertrouwen in onafhankelijkheid* van de Commissie Borghouts. Zie Kamerstukken II, 2000-2001, 27 831, nr. 1. Zie reeds Commissie Holtslag, *De ministeriële verantwoordelijkheid ondersteund* en het kabinetsstandpunt daarover in Kamerstukken II, 1998-1999, 26 200 VII, nr. 48; MDW werkgroep Toezicht op nutssectoren (Commissie Visser), *Zicht op toezicht*, 1997 en het kabinetsstandpunt daarover in Kamerstukken II, 1997-1998, 24 036, nr. 37.

51 *Visie op markttoezicht*, p. 1, Bijlage bij Kamerstukken II, 2003-2004, 29 200 XIII, nr 50.

52 Motie van het lid Heemskerk c.s., Kamerstukken II, 2003-2004, 29 200 XIII, nr 5.

53 *Visie op markttoezicht* (Bijlage bij Kamerstukken II, 2003-2004, 29 200 XIII, nr 50).

Media, de Voedsel- en Warenautoriteit en het College van Toezicht op de Kansspelen (p. 6).

In *Visie op Markttoezicht* merkt de minister van Economische Zaken onder meer op dat de overheid steeds minder zelf speler op de markt is en zich meer en meer beperkt tot het scheppen van waarborgen voor het publieke belang.

'De aandacht voor de regulering van markten is daarmee de laatste decennia sterk toegenomen. Recentelijk komt daarbij de vraagzijde (versterken van de positie van de consument) steeds nadrukkelijker in de belangstelling te staan. Ik ben van mening dat een sterke markt om een sterke overheid vraagt. De overheid laat meer over aan de markt, maar daar waar de overheid een eigen rol heeft moet deze nadrukkelijk(er) worden ingevuld. Allereerst is er de kaderstellende rol: het bepalen van het speelveld en de spelregels. Vervolgens is er het toezicht (de scheidsrechtersrol): blijven maatschappelijke partijen als burgers en bedrijven binnen de lijnen van dat speelveld en handelen zij in overeenstemming met de spelregels? Een overheid borgt aldus de publieke belangen door heldere randvoorwaarden voor marktpartijen te formuleren en door toezicht te houden op naleving van deze spelregels.⁵⁴

Als bijlage bij de nota *Visie op markttoezicht* zond de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer een vergelijkende inventarisatie van markttoezichthouders. Dit rapport geeft een overzicht van het EU-toezichtsbeleid, een inventarisatie van de Nederlandse markttoezichthouders, alsmede een beknopte inventarisatie van buitenlandse toezichthouders en een vergelijking met Nederland.⁵⁵

Tevens verscheen een studie naar de kosten en baten van toezichthouders.⁵⁶ Dit rapport bevat een raamwerk voor het beoordelen en meten van de kosten en baten van markttoezichthouders en bestaat uit twee delen: het raamwerk en de praktische toepassing. Het gaat bij het begroten van deze kosten voornamelijk om schattingen van ordes van grootte en niet zozeer om precieze berekeningen. Het raamwerk is te gebruiken voor verschillende beleidsvragen die zich kunnen voordoen. Te denken valt aan het beoordelen van de voor- en nadelen van het oprichten van een nieuwe toezichthoudende instantie of van het uitbreiden of beperken van de taken van bestaande toezichthouders.

In tegenstelling tot de lokale toezichthouders (par. 2.3) is ten aanzien van de landelijke (markt)toezichthouders geen specifiek intensiever beleid ontwikkeld ten aanzien van toezicht en handhaving. Hoewel hier vanuit een oogpunt van consistentie van beleid vraagtekens bij kunnen worden gezet, zal dit in de praktijk niet tot grote verschillen leiden, aangezien de landelijke toezichthouders onderworpen zijn aan de jurisprudentiële beginselplicht tot handhaving zoals die is ontwikkeld in de rechtspraak van de Raad van State (Hoofdstuk 6). Zie in het algemeen over overeenkomsten en verschillen tussen toezichthouders Hoofdstuk 3.

54 *Visie op markttoezicht*, p. 2-3.

55 KPMG, *Nationale en internationale inventarisatie markttoezichthouders en EU-toezichtsbeleid*, 2004.

56 Oxera, *Costs and Benefits of Market Regulators (Kosten en baten van toezichthouders)*, Part I: *Conceptual Framework (Raamwerk)*, Part II: *Practical Application (Praktische toepassing)* (Oxford, 2004).

2.5 Samenvatting

Uit het voorgaande overzicht blijken de navolgen hoofdlijnen van het beleidskader:

- Het bevorderen van een evenwichtige ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht, het tegengaan van een claimcultuur en het monitoren van de ontwikkelingen op dit gebied.
- Een sterke markt vraagt om een sterke overheid: in haar rol als toezichthouder bepaalt de overheid de spelregels en houdt toezicht op de naleving daarvan waarbij alternatieve toezichtarrangementen niet uitgesloten zijn.
- Het bevorderen van een kwalitatief goed handhavingsbeleid en het professionaliseren van de uitvoering op dit terrein, in het bijzonder bij lokale toezichthouders, onder meer door het stimuleren van planmatig handhaven, het stellen van prioriteiten en het leren omgaan met handhavingsdilemma's.

Waar handhaving het lelijke eendje van de *permissiveness society* (gedoogmaatschappij) was, is zij thans uitgegroeid tot de witte zwaan van een overheid die verantwoordelijkheid, het belang van normen en waarden en van het naleven van regels tot speerpunt van haar beleid heeft gemaakt. Deze wisseling van beleidsperspectief was reeds ingezet voordat de vuurwerkcramp in Enschede (2000) en de cafébrand in Volendam (2001) zich voordeden. Zij is daar dus niet een reactie op. Van meer recente datum is wel een bezinning op het vinden van alternatieven voor toezicht en handhaving.

Deze wisseling van perspectief heeft consequenties voor de toezichthouders in die zin, dat de daarmee gepaard gaande wetgeving en rechtspraak er toe hebben geleid dat hun beleidsvrijheid is gereduceerd. Handhaving behoort niet langer zonder meer tot het *freie Ermessen* (de vrije beleidsruimte) van de toezichthouder. Dat wil niet zeggen dat een toezichthouder verplicht is om onder alle omstandigheden te handhaven maar een toezichthouder moet wel goede redenen hebben om *niet* te handhaven. Zie hierover par. 6.7.

Beleid, rechtspraak en wetgeving dragen aldus niet alleen bij aan een bevordering van de kwaliteit van toezicht en handhaving maar ook van het bewustzijn van het belang van adequaat toezicht en adequate handhaving. In het vervolg van dit rapport zal blijken dat het toezicht- en handhavingsbeleid en de uitvoering daarvan in rechtstreeks verband staan met de kans op een aansprakelijkheidsclaim. Een goed uitgevoerd toezicht- en handhavingsbeleid beperkt de kans op een succesvolle aansprakelijkheidsclaim aanzienlijk. Zie par. 6.13.

3 Toezichthouders

3.1 Inleiding

Toezichthouders zijn er in vele soorten en maten. Sommige bestaan al zeer lang, andere zijn pas onlangs in het leven geroepen. Er zijn landelijke en lokale toezichthouders en voorts zijn er toezichthouders die zich met gezondheid en veiligheid bezighouden, terwijl andere zich richten op het bevorderen van of het toezicht op marktwerking.

Het spreekt voor zich dat in dit hoofdstuk geen volledig beeld van het verschijnsel toezichthouders kan worden geschetst. Daarvoor lopen de ontstaansgeschiedenissen, de doelen, de rollen en de bevoegdheden van toezichthouders te sterk uiteen.

Allereerst zal in par. 3.2 van deze diversiteit een beeld worden geschetst,⁵⁷ waarna in par. 3.3 zal worden ingegaan op het doel van het houden van toezicht. Vervolgens zullen enige kenmerkende overeenkomsten (par. 3.4) en verschillen (par. 3.5) tussen toezichthouders worden aangeduid. In par. 3.6 zal worden ingegaan op de onafhankelijkheid van toezichthouders, met name de nieuwe markttoezichthouders en in par. 3.7 volgt ten slotte een beknopt overzicht van de doelstellingen, taken, bevoegdheden en rechtsvormen van enige landelijke toezichthouders en inspectiediensten.

In dit rapport wordt de aansprakelijkheid van toezichthouders in algemene zin aan de orde gesteld en wordt in beginsel geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende categorieën toezichthouders. Dit is slechts anders indien wezenlijke verschillen bestaan tussen de taken, bevoegdheden en verplichtingen van toezichthouders en dit gevolgen heeft voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag.

3.2 Toezichthouders in soorten en maten

Toezichthouders zijn inmiddels een bekend verschijnsel in Nederland en Europa, zowel op het gebied van gezondheid en veiligheid als op het terrein van het markttoezicht. Het verschijnsel toezichthouder is echter verre van eenduidig.

⁵⁷ Zie voor een uitvoeriger beschrijving van een aantal marktautoriteiten de bijdragen over de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Dienst uitvoering en toezicht energie, de Vervoerkamer, de Opta, het Commissariaat voor de Media, de Autoriteit Financiële Markten, De Nederlandsche Bank, de Nederlandse Emissieautoriteit, de Zorgautoriteit en de Consumentenautoriteit, in: Falkena, Koppenol-Laforce en Ottow (2004), p. 291-386. Zie voorts Van Rossum (2005), p. 17-24 over de Inspectie voor de Gezondheidszorg, de Autoriteit Financiële Markten en het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht en Verhey en Verheij (2005), p. 147-155 over de NMa, de Opta en de financiële toezichthouders. Het overzicht van Van der Meulen (2003) is nog vrij recent maar door de snelle ontwikkelingen op dit gebied op onderdelen reeds verouderd.

Op landelijk gebied zijn toezichthouders op tal van terreinen actief. Te denken valt allereerst aan de 'klassieke' inspectiediensten, zoals de Arbeidsinspectie, de Scheepvaartinspectie en de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Een landelijke toezichthouder die eveneens op veiligheid toezicht houdt is de Voedsel en Waren Autoriteit (VWA). De VWA heeft twee werkmaatschappijen: de Keuringsdienst van Waren (KvW) en de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees (RVV).

Er zijn ook toezichthouders die toezicht houden op markten en op marktgedrag. Hier valt te denken aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de generieke markttoezichthouder. Daarnaast zijn er vele sector-specifieke toezichthouders. In de financiële wereld (banken, verzekeraars, beleggingen) berust het prudentieel toezicht (denk bijvoorbeeld aan het solvabiliteitstoezicht) bij DNB die in 2004 is gefuseerd met de Pensioen- en Verzekeringskamer, terwijl het gedragstoezicht, zoals het voorkomen van informatie-asymetrie (denk bijvoorbeeld aan de financiële bijsluiter) bij de AFM berust. Andere specifieke toezichthouders op markten zijn de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (Opta), de Directie Toezicht energie (DTe), de Vervoerkamer en de Zorgautoriteit i.o. en de Consumentenautoriteit die in 2006 van start zal gaan.

De vormgeving van toezichthouders verschilt sterk. Inspecties zijn veelal onderdeel of agentschappen van een ministerie. DNB is een NV waarvan de aandelen in hand van de Staat zijn en de AFM is een stichting. Beide laatstgenoemde toezichthouders zijn bestuursorganen in de zin van art. 1:1. Zij zijn tevens ZBO.

De NMa is sinds 1 juli 2005 geen onderdeel meer van het ministerie van Economische Zaken maar een ZBO, terwijl de Consumentenautoriteit een dienst van dat ministerie zal worden. Als 'kamer' zijn reeds bij de NMa ondergebracht de DTe en de Vervoerkamer, terwijl dat in 2008 ook zal gebeuren met (thans) de Zorgautoriteit i.o.⁵⁸

De fusie van de Pensioen- en Verzekeringskamer met De Nederlandsche Bank en het onderbrengen van sector-specifieke toezichthouders bij de NMa is een uitvloeisel van het beleid om de co-ördinatie van het toezicht te bevorderen en versplintering van toezicht tegen te gaan.

Een belangrijk deel van het toezicht op en de handhaving van veiligheidsregels wordt uitgeoefend door lagere overheden, zoals provincies, waterschappen en gemeenten. Gemeenten houden met name toezicht op de naleving van bouw-, milieu- en brandveiligheidsvoorschriften. Dit gebeurt veelal door gemeentelijke afdelingen zoals Bouw- en Woningtoezicht en de Milieu-inspectie. Ook de landelijke overheid speelt bij het toezicht op deze regels een rol en in de aanstaande wetgeving wordt deze rol verder versterkt (par. 2.3).

⁵⁸ Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer van 21 november 2003, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 342, nr. 1.

3.3 Doel van de toezichthouderij

Voor het antwoord op de vraag wat het doel van toezicht is, kan allereerst worden verwezen naar de *Kaderstellende visie op toezicht*, waar over toezicht het volgende wordt opgemerkt: 'Het is een middel om te achterhalen of burgers, bedrijven en overheden zich houden aan de gestelde regels, om misstanden te signaleren, en het is een instrument om vertrouwen bij burgers, belanghebbenden en onde toezicht staande organisaties te scheppen.'⁵⁹ Met andere woorden: toezicht en handhaving dienen er toe om de risico's van het maatschappelijk verkeer te beperken ten einde het maatschappelijk vertrouwen te bevorderen.

De risico's die een toezichthouder in de gaten moet houden variëren met de taak van de toezichthouder en de specifieke doeleinden kunnen daarom uiteenlopen. Te denken valt aan het bevorderen van de veiligheid en de volksgezondheid, het bevorderen van de eerlijkheid van de handel en de stabiliteit van de financiële sector en de soliditeit van financiële instellingen. Het houden van toezicht levert een bijdrage aan het verminderen van maatschappelijke risico's (zij het niet het elimineren daarvan) en daarmee het bevorderen van het vertrouwen van het publiek in de instellingen waarop toezicht wordt gehouden.⁶⁰

Het hier genoemde doel van toezicht en handhaving is in het kader van het aansprakelijkheidsrecht om twee redenen van belang: voor de inhoud van de aansprakelijkheidsnorm en voor de relativiteit van die norm.

Ten aanzien van de inhoud van de aansprakelijkheidsnorm geldt, dat algemeen wordt geaccepteerd dat toezichthouders niet in het leven zijn geroepen om het goed functioneren van onder toezicht staande bedrijven, instellingen en personen te *garanderen*. Dit betekent dat indien een bedrijf regels overtreedt en dit tot schade voor derden leidt – een betrekkelijk willekeurig voorbeeld: een café houdt zich niet aan de brandveiligheidsvoorschriften waardoor brand ontstaat en personenschade wordt veroorzaakt – de toezichthouder daarmee niet automatisch aansprakelijk is voor de schade. Hij is slechts aansprakelijk indien hij onvoldoende of op onzorgvuldige wijze toezicht heeft gehouden, dan wel niet of onvoldoende handhavend heeft opgetreden waar dat wel noodzakelijk was. Daarbij wordt bovendien rekening gehouden met het feit dat een toezichthouder over een zekere mate van beleidsvrijheid beschikt. Zie over de voorwaarden voor aansprakelijkheid par. 6.1.

Ten tweede hangt het doel van toezicht en handhaving samen met de vraag naar de relativiteit van de aansprakelijkheidsnorm. Bij deze vraag gaat het er om vast te stellen of de toezichthouder ook toezicht houdt in het belang van degene die van de toezichthouder schadevergoeding vordert wegens inadequaate handhavingstoezicht. Zie over het doel van

59 Kamerstukken II, 2001-2002, 27 831, nr 3, p. 5. In soortgelijke zin Kamerstukken II, 2003-2004, 29 708, nr. 3, p. 29 (Wft); Kamerstukken II, 1998-1999, 21 038, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 3-4 (Wte). Zie voorts over het doel van toezicht Giesen (2005), p. 31-35 en Van Rossum (2001), p. 20.

60 Zie bijvoorbeeld Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 189. Zie ook de Engelse Financial Services and Markets Act 2000, waarin als doelstellingen van de financiële toezichthouder onder meer worden genoemd 'maintaining confidence in the financial system' (section 3) en 'consumer protection' (section 5).

toezicht in samenhang met het relativiteitsvereiste par. 6.8.

3.4 Enkele gemeenschappelijke kenmerken

Aanstands (par. 3.5) zal op een aantal significante verschillen tussen toezichthouders worden ingegaan maar naast deze verschillen bestaan er tussen toezichthouders ook belangrijke overeenkomsten.

Toezicht op cruciale maatschappelijke belangen:

- Bij de meeste toezichthouders gaat het om de bescherming van cruciale maatschappelijke belangen. Toezicht is van groot belang voor het vertrouwen in de veiligheid van de maatschappij, in een evenwichtige marktwerking of in het adequaat functioneren van financiële markten.
- De toezichthouders waar het in dit onderzoek om gaat, houden veelal toezicht op de naleving van regelgeving door derden, niet alleen wettelijke regels maar ook vergunningvoorwaarden (par. 1.2.2).

Handhaving door middel van bestuursrechtelijke instrumenten:

- Voor toezicht en handhaving beschikken toezichthouders over een arsenaal aan instrumenten. De meeste toezichthouders die in dit rapport aan de orde komen beschikken over de bestuursrechtelijke instrumenten van de bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete (par. 6.2.2).
- Veel toezichthouders zijn bevoegd om vergunningen te verstrekken of te weigeren dan wel voor bepaalde activiteiten goedkeuring, een erkenning of een ontheffing te verlenen of te weigeren. Indien een toezichthouder bevoegd is om een vergunning of goedkeuring te verlenen, is deze doorgaans tevens bevoegd om deze onder bepaalde voorwaarden vervolgens in te trekken. Te denken valt het verlenen van bouwvergunningen door gemeenten, aan het verlenen van vergunningen door de AFM en DNB om financiële diensten aan te bieden en ook aan het preventieve concentratietoezicht van de NMa.
- Toezichthouders hebben veelal recht op informatie van personen, instellingen en bedrijven waarop zij toezicht houden, hieraan is doorgaans een inlichtingen- en medewerkingsplicht van de onder toezicht staande (rechts)personen gekoppeld.
- Toezichthouders kunnen een aanwijzingsbevoegdheid hebben. Voor wat betreft het financieel toezicht betekent dit bijvoorbeeld dat de toezichthouder bijzondere maatregelen kan treffen ten aanzien van een financiële instelling wanneer er sprake is van

ontwikkelingen die de solvabiliteit of de liquiditeit van een instelling in gevaar brengen.⁶¹

Beginselplicht tot handhaving, geen garantielijplicht om schade te voorkomen:

- Op toezichthouders rust een geschreven of een ongeschreven beginselplicht tot handhaving. Op geen van hen rust echter een garantielijplicht om schade voor derden te voorkomen (par. 6.7).

Toezichthoudersdilemma:

- De meeste toezichthouders kunnen niet alleen te maken krijgen met claims van derden maar ook met claims van degenen op wie zij toezicht houden, bijvoorbeeld door een vergunning te weigeren of door te handhaven terwijl daar onvoldoende grond voor was of de toezichthouder daartoe niet bevoegd was.
- Indien een toezichthouder niet voortvarend genoeg optreedt, kunnen de belangen van derden in het gedrang komen en loopt hij de kans om door derden die daardoor schade hebben geleden aansprakelijk te worden gesteld.
- Indien een toezichthouder bij het uitoefenen van zijn toezichthoudende taak echter te voortvarend te werk gaat en maatregelen neemt die, gezien de omstandigheden van het geval, voorbarig zijn (bijvoorbeeld een vergunning intrekken of een waarschuwing doen uitgaan) kunnen de belangen van degene op wie toezicht wordt gehouden in het gedrang komen en loopt hij de kans om door dezen aansprakelijk te worden gesteld voor de door hen geleden schade.
- Een illustratie van dit dilemma is het toezicht door de Verzekeringkamer op de in problemen verkerende levensverzekeraar Vie d'Or: bij een vroegtijdig ingrijpen door de Verzekeringkamer vroeg zou ingrijpen, zouden de problemen van Vie d'Or bij het grote publiek bekend kunnen worden en zou dit tot een voortijdige insolventie van de verzekeraar kunnen leiden. Zou de Verzekeringkamer daarentegen wachten met ingrijpen, dan kan het effect daarvan te gering zijn indien de problemen inmiddels al te omvangrijk zijn geworden. Zie over de Vie d'Or zaak par. 6.1.6.
- Dit toezichthoudersdilemma betekent niet dat een toezichthouder het altijd fout doet. Het gaat er bij het vaststellen van de aansprakelijkheid van de toezichthouder namelijk niet om of hij de schade (van de onder toezicht staande instelling of van derden) had kunnen voorkomen maar om de vraag of hij zich als een redelijk handelend toezichthouder heeft gedragen. Met andere woorden: het gaat er om of hij de bevoegdheden en instrumenten waarover hij beschikt op professionele wijze heeft ingezet. De toezichthouder die zich zorgvuldig gedraagt, heeft van een aansprakelijkheidsclaim weinig te vrezen, zeker ook

⁶¹ Art. 137a Wtv; art. 28 Wtk; art. 21 Wtb. Zie voorts art. 1:58 Wetsvoorstel Wft. Zie hierover in meer algemene zin Verhey en Verheij (2005), p. 158.

omdat de rechtspraak hem een zekere mate van beleidsvrijheid toekent.⁶² Zie over de inhoud van de aansprakelijkheidsnorm par. 6.7.

Toezichthouder niet de enige veroorzaker (hoofdelijke aansprakelijkheid):

- Indien een toezichthouder te weinig voortvarend toezicht houdt en handhaaft en een bedrijf veroorzaakt schade, komt de aansprakelijkheid van de toezichthouder aan de orde naast die van het bedrijf. Te denken valt aan iemand die heiwerkzaamheden verricht in strijd met de bouwvoorschriften en daardoor scheurvorming veroorzaakt bij belendende percelen, terwijl de gemeente daarvan op de hoogte is maar er niet tegen optreedt. Indien de aansprakelijkheid van zowel de bouwer als de gemeente wordt vastgesteld, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk. Dit betekent dat de eigenaars van de belendende percelen zowel de bouwer als de gemeente elk voor het geheel van hun schade kunnen aanspreken. Indien de gemeente de benadeelden hun schade heeft vergoed, heeft zij in beginsel een regresrecht op de bouwer. In de praktijk kan dit regresrecht echter illusoir zijn, in het bijzonder indien sprake is van een zeer omvangrijke schade en de bouwer over te weinig financiële middelen en/of verzekeringsdekking beschikt. Zie over hoofdelijkheid par. 6.11.

3.5 Enkele verschillen

Een belangrijk onderscheid bestaat tussen toezichthouders op gezondheid en veiligheid enerzijds (VWA, Arbeidsinspectie, Inspectie Gezondheidszorg, gemeenten) en op markten of marktpartijen anderzijds (NMa, Opta, DTe, DNB, AFM). De belangen die bij deze categorieën van toezichthouders aan de orde zijn verschillen in die zin dat eerstgenoemde categorie zich met name bezig houdt met risico's voor leven en gezondheid en de laatstgenoemde categorie met risico's voor 'zuivere' financiële schade. Ook het wettelijk kader voor deze categorieën toezichthouders en binnen deze categorieën verschilt op specifieke onderdelen; zo kunnen in het bijzonder de instrumenten verschillen waarover de toezichthouder beschikt. Voor zover van belang komen deze verschillen in de loop van dit rapport aan de orde.

Niet alleen het object van toezicht verschilt, ook de bevoegdheden van toezichthouders lopen uiteen. In beginsel hebben de daartoe aangewezen ambtenaren van toezichthouders de toezichthoudende bevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht (afdeling 5:2).⁶³ Sommige toezichthouders beschikken echter over meer bevoegdheden: zo kunnen ambtenaren van de Opta en de NMa zich bij de uitoefening van hun inzagebevoegdheid ex art. 5:17 Awb laten vergezellen

⁶² Zie ook Giesen (2005), p. 140-142.

⁶³ Zie onder meer Van Rossum (2005), p. 14-17 en Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 191. Zie voor een overzicht van bevoegdheden van financiële toezichthouders Kamerstukken II, 2003-2004, 28 122, nr 19, p. 5-6.

door de politie.⁶⁴ Voorts is de NMa sinds enige tijd bevoegd om, na machtiging door de rechter-commissaris die belast is met de behandeling van strafzaken bij de Rechtbank Rotterdam, ook andere gebouwen en terreinen dan die van ondernemingen en ondernemersverenigingen, waaronder de woningen van directeuren, bestuurders en andere personeelsleden, binnen te treden en om ruimten en voorwerpen te verzegelen (art. 89c Mw).⁶⁵ Daarmee beschikt de NMa in feite over strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden.

De bevoegdheid van toezichthouders staat in verband met hun aansprakelijkheid omdat, indien een toezichthouder iets doet waartoe hij geen uit de wet voortvloeiende bevoegdheid bezit, hij in beginsel onrechtmatig handelt (par. 6.3).

Meer dan bij andere toezichthouders speelt bij financiële toezichthouders de geheimhoudingsplicht een belangrijke rol. Deze verplichting geldt onder het huidige recht met betrekking tot gegevens waarover de financiële toezichthouders in de uitoefening van hun taak de beschikking krijgen. Dit betekent dat vertrouwelijke gegevens waarvan zij beroepshalve kennisdragen, in beginsel aan geen enkele persoon of autoriteit mogen worden bekend gemaakt, behalve aan binnenlandse en buitenlandse financiële toezichthouders en aan een aantal andere strikt omschreven autoriteiten. Aan anderen dan deze autoriteiten kunnen deze gegevens slechts in geanonimiseerde (niet tot individuele ondernemingen herleidbare vorm) en geaggregeerde vorm worden verstrekt, zodat individuele bedrijven niet kunnen worden geïdentificeerd.⁶⁶ Deze geheimhoudingsplicht geldt ook in de onderlinge verhouding tussen financiële toezichthouders (DNB en AFM) en binnen de AFM en DNB tussen de afdelingen die opsporen en afdelingen die handhaven, zij het dat gegevens kunnen worden uitgewisseld indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.

Financiële toezichthouders beschikken bovendien over bevoegdheden waarover andere toezichthouders doorgaans niet beschikken. Zo kunnen zij een openbare waarschuwing doen uitgaan voor een bepaalde financiële instelling.⁶⁷ Ook kan De Nederlandsche Bank een stille curator aanstellen bij een financiële instelling die in de problemen dreigt te geraken.⁶⁸

3.6 Onafhankelijkheid van toezichthouders

Met name bij het markttoezicht bestaat een inmiddels vaste praktijk dat de toezichthouders op afstand staan van regering en parlement.⁶⁹ Om die reden zijn zij vaak zelfstandig bestuursorgaan

64 Zie respectievelijk art. 15.7 Telecommunicatiewet en art. 55 Mededingingswet.

65 Zie Artikel 21 lid 1 EG Verordening 2003/1 (modernisering mededingingsrecht).

66 Zie bijvoorbeeld art. 182-183 Wtv. Op grond van de Wet op het financieel toezicht zal een iets ander geheimhoudingsregime gelden.

67 Art. 21 Wtb; art. 28 Wtk; zie voorts art. 1:78 Wft.

68 Art. 156 Wtv; art. 28 Wtk; zie voorts art. 1:59 Wetsvoorstel Wft.

69 Zie bijvoorbeeld OECD, *Economic survey - Netherlands 2004: Product market competition and economic performance* (Paris 2004).

(ZBO), bijvoorbeeld DNB, de AFM en de OPTA en sinds 2005 ook de NMa.⁷⁰

Dit op afstand plaatsen van toezichthouders maakt ze onafhankelijk(er) van regering en parlement en maakt ze minder gevoelig voor politieke beïnvloeding.⁷¹ De keerzijde van deze medaille is dat niet altijd duidelijk is aan wie deze onafhankelijke toezichthouders verantwoording dienen af te leggen en hoe hun verhouding is tot de minister van het vakdepartement en het parlement. Een vuistregel is dat de beleidsverantwoordelijkheid bij 'de politiek' ligt en de verantwoordelijkheid voor de dossierbehandeling bij de toezichthouders. Dit onderscheid is in de praktijk echter niet altijd gemakkelijk te maken. Meer in het algemeen is deze 'accountability of regulators' in Europa voorwerp van voortgaande discussie.⁷²

Dit onderwerp staat in verband met de aansprakelijkheid van toezichthouders, omdat de mogelijkheid om toezichthouders voor de rechter ter verantwoording te roepen (hetzij in een bestuursrechtelijke, hetzij in een civielrechtelijke procedure) kan worden gezien als één van de aspecten van de accountability van toezichthouders. Zo is bepleit dat ten aanzien van marktautoriteiten een meer indringende toetsing door de rechter dient plaats te vinden, omdat daar uit een oogpunt van *checks and balances* juist behoefte aan is in verband met het feit dat deze toezichthouders niet politiek verantwoordelijk zijn.⁷³ Zie onder Sancties op inadequaat toezicht par. 7.3).

3.7 Beknopt overzicht landelijke toezichthouders en inspectiediensten

3.7.1 Inleiding

Dit overzicht is samengesteld aan de hand van internetsites van toezichthouders en inspectiediensten, het zbo register (www.zboregister.nl) en de website www.toezichtenhandhaving.nl. Het overzicht is niet uitputtend maar dient om een idee te geven van de reikwijdte van het begrip toezichthouder.

70 Zie voor dit laatste Stb. 2005, 172. Het bestaan van ZBO's staat ter discussie, onder andere omdat politieke controle vaak moeilijk is en burgers in verwarring raken. Zie het Rapport van de interdepartementale werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau, juli 2004. Zie voorts Verhey en Verheij (2005), p. 163-253.

71 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van de voormalige Pensioen- en Verzekeringskamer art. 3, onderdeel b, Wtv, dat bepaalt dat '... de voorwaarden dienen aanwezig te zijn voor een zodanige besluitvorming binnen de rechtspersoon dat een onafhankelijke vervulling van die taken is gewaarborgd.'

72 Zie bijvoorbeeld de House of Lords' Report: The Regulatory State. Ensuring its Accountability, May 2004.

73 Verhey en Verheij (2005), p. 317.

3.7.2 Landelijke toezichthouders

Autoriteit Financiële Markten (AFM) www.afm.nl	
Doelstellingen / taken	<p>De AFM houdt gedragstoezicht, welk toezicht is gericht op het bevorderen van een ordelijk en transparant marktproces, een zuivere verhouding tussen marktpartijen en de bescherming van de consument op de financiële markten. Deze omschrijving komt overeen met de doelomschrijving in de statuten van de AFM.</p> <p>Dit doel wordt vertaald in drie doelstellingen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het bevorderen van de toegang tot de markt; 2. Het bevorderen van de goede werking van de markt; 3. Het borgen van het vertrouwen in de markt.
Bevoegdheden	<p>De AFM oefent toezicht uit door middel van controle, handhaving en normoverdracht. Constateert de AFM een overtreding dan kan zij hier tegen optreden door middel van:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het opleggen van sancties; AFM kan een aanwijzing of een openbare waarschuwing geven, een stille curator aanstellen, een vergunning intrekken, registratie doorhalen of weigeren en aangifte doen bij het Openbaar Ministerie; 2. Het opleggen van boetes; 3. Het opleggen van dwangsommen. <p>Verder ontwikkelt, handhaaft en past de AFM regelgeving en beleid aan op het gebied van de financiële markten en adviseert zij het ministerie van Financiën op het gebied van ontwikkeling van nieuwe wet- en regelgeving.</p>
ZBO Rechtsvorm	<p>De AFM is een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) onder politieke verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën.</p> <p>De minister benoemt de bestuursleden van de AFM. Ook moet de minister de begroting en eventuele statutenwijzigingen van de AFM goedkeuren.</p> <p>Rechtsvorm: de AFM is ondergebracht in een privaatrechtelijke stichting.</p>

College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) www.cbprecht.nl	
Doelstellingen / taken	<p>Het CBP houdt toezicht op de naleving van wetten die het gebruik van persoonsgegevens regelen. Het gaat om toezicht op de naleving en toepassing van de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP), de Wet politieregisters (Wpolr) en de Wet gemeentelijke basisadministratie (Wet GBA).</p> <p>De wetgever heeft door middel van het CBP uitvoering gegeven aan artikel 28 van de Europese Privacyrichtlijn 95/46/EG waarin het bestaan van een dergelijke toezichthoudende autoriteit uitdrukkelijk is voorzien, en waarin voorts is bepaald dat deze autoriteit zijn taak in volledige onafhankelijkheid dient te vervullen.</p> <p>Het CBP is belast met ondermeer de volgende taken:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het geven van advies over wetsvoorstellen en ontwerpen van AMvB; 2. Het toetsen van gedragscodes en reglementen; 3. Melding van verwerking van persoonsgegevens aan het CBP; 4. Het CBP kan verzocht worden om advies of voorlichting over de interpretatie van de privacywetgeving te geven. 5. Het CBP kan ontheffing verlenen van het verbod op verwerking van bijzondere gegevens; 6. Advies over doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen; 7. Het toezicht houden op verwerkingen van persoonsgegevens in

	Nederland die plaatsvinden volgens het recht van een ander land; 8. Het op verzoek bemiddelen bij geschillen over de uitoefening van rechten; 9. Het CBP kan ook uit eigen beweging een onderzoek instellen naar de naleving van de wet. (Zie onder meer art. 51 en 52 WBP)
Bevoegdheden	Indien overheden, bedrijven, andere organisaties of individuele verantwoordelijken in gebreke blijven bij de melding van hun verwerking van persoonsgegevens kan een boete worden opgelegd. Bij overtreding van de wet of daarop gebaseerde regelingen kan het CBP overgaan tot bestuursdwang of een dwangsom opleggen. (artt. 65 e.v. WBP)
ZBO Rechtsvorm	Het CBP is een ZBO. Rechtsvorm: publiekrechtelijk, onderdeel van de Staat der Nederlanden

Commissariaat voor de Media (CvdM) www.cvdM.nl	
Doelstellingen / taken	<p>Het Commissariaat ziet toe op de naleving van de Mediawet en de daarop gebaseerde regels. Het Commissariaat is eveneens belast met de bestuursrechtelijke handhaving van de Wet op de vaste boekenprijs die geldt voor boeken die in Nederland in de Nederlandse of Friese taal worden uitgegeven en voor muziekgaven.</p> <p>Informatievoorziening – vooraf – is een belangrijke taak van het CvdM. Daarnaast houdt het Commissariaat – achteraf – toezicht op het naleven van de regels.</p> <p>Samengevat heeft het Commissariaat de volgende kerntaken:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het garanderen van een eerlijke toegang tot de media; 2. Het bewaken van de kwaliteit, de diversiteit en de onafhankelijkheid van de informatievoorziening; 3. Het zorgen voor optimale condities voor het naleven van de wet en effectief toezien op de handhaving. <p>(Raadpleeg voor een meer concreet overzicht van de taken van het CvdM de website).</p>
Bevoegdheden	<p>Het Commissariaat is bevoegd bestuurlijke sancties en dwangsommen op te leggen wanneer deze wet wordt overtreden.</p> <p>De bevoegdheden die het CvdM heeft om naleving van de regels te bevorderen zijn:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het opleggen van boetes tot maximaal € 225.000 zendtijd verminderen; 2. Het verminderen of intrekken van zendtijd; 3. Het intrekken van toestemming. <p>Voordat een omroepinstelling een boete krijgt opgelegd, stuurt het CvdM een sanctievoornemen. De omroepinstelling krijgt in een hoorzitting de gelegenheid haar visie op de zaak te geven. Als er een sanctiebeschikking volgt kan de omroepinstelling een bezwaarschrift indienen bij het CvdM. Desgewenst kan de omroep daarna in beroep en hoger beroep gaan bij de administratieve rechter. Deze procedure geldt ook voor de besluiten waaraan geen boete is verbonden, zoals toewijzingen van zendtijd en beslissingen over de toelaatbaarheid van nevenactiviteiten.</p> <p>Omroepinstellingen zijn verplicht het CvdM te voorzien van alle informatie die redelijkerwijs nodig is voor het vervullen van de toezichthoudende taak. Ook zijn zij verplicht opnamen van hun programma's tot twee weken na de uitzending te bewaren.</p>
ZBO Rechtsvorm	Het CvdM is een ZBO met vergaande taken en bevoegdheden. Het staat tussen de politiek en de omroepen en is verantwoording schuldig aan de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

	Rechtsvorm: publiekrechtelijke, eigen rechtspersoonlijkheid.
--	--

De Nederlandsche Bank (DNB) www.dnb.nl	
Doelstellingen / taken	Het nastreven van stabiliteit van het financiële stelsel en van de instellingen die van dat stelsel deel uitmaken. Om deze doelstelling vorm te geven draagt DNB bij aan het bepalen en ten uitvoer leggen van het gemeenschappelijke monetaire beleid van de landen die de euro hebben ingevoerd, bevordert DNB de goede werking van het betalingsverkeer en houdt DNB prudentieel toezicht op financiële instellingen en de financiële sector. Prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector.
Bevoegdheden	DNB oefent toezicht uit door middel van controle, handhaving en normoverdracht. Constateert DNB een overtreding dan kan zij hier tegen optreden door middel van: 1. Het opleggen van sancties; DNB kan een aanwijzing of een openbare waarschuwing geven, een stille curator aanstellen, een vergunning intrekken, registratie doorhalen of weigeren en aangifte doen bij het Openbaar Ministerie; 2. Het opleggen van boetes; 3. Het opleggen van dwangsommen. Verder ontwikkelt, handhaaft en past DNB regelgeving en beleid aan op het gebied van de financiële markten en adviseert zij het ministerie van Financiën op het gebied van ontwikkeling van nieuwe wet- en regelgeving. DNB heeft daarnaast bijzondere bevoegdheden ten aanzien van financiële ondernemingen die in betalingsonmacht verkeren of failliet zijn. Voorbeelden: noodregeling en opvangregelingen.
ZBO ESCB Rechtsvorm	Voor wat de uitvoering van haar taken betreft, opereert de Nederlandsche Bank (DNB) vanuit twee uiteenlopende bestuursrechtelijke gedaanten. Voor het vaststellen en uitvoeren van het monetaire beleid in de landen die de euro hebben ingevoerd, en voor de taken in het betalingsverkeer, samen de zogenoemde Stelseltaken, maakt DNB deel uit van het Europees Stelsel van Centrale Banken (ESCB). Voor de overige taken, het prudentieel toezicht op financiële instellingen en het adviseren van de Minister van Financiën op het gebied van export- en importgaranties, treedt de centrale bank op als een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). Rechtsvorm: DNB is een naamloze vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden door de Staat der Nederlanden.

Directie Toezicht Energie (DTe) www.dte.nl	
Doelstellingen / taken	DTe is een directie van de NMa en is belast met de uitvoering en het toezicht op de naleving van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Ze houdt toezicht op de energiesector. Vanuit haar toezichthoudende rol heeft DTe tot doel de energiemarkten zo effectief mogelijk te laten werken. Binnen de energiesector betekent dit onder meer dat de toegang tot de netten moet worden gewaarborgd, dat er voldoende transparantie (toegang tot essentiële informatie) bestaat en dat de consument wordt beschermd tegen mogelijk misbruik van de (inherente) machtspositie van aanbieders. De vier hoofdtaken van DTe zijn: 1. Het toezicht houden op de dienstverlening van netbeheerders elektriciteit

	<p>en gas;</p> <p>2. Het vaststellen van voorwaarden en tarieven voor transport van elektriciteit en gas;</p> <p>3. Het adviseren over aanvragen van leveringsvergunningen;</p> <p>4. Het adviseren over tarieven voor levering van elektriciteit en gas aan afnemers.</p>
Bevoegdheden	Zie NMa
ZBO Rechtsvorm	Zie NMa

Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) www.nmanet.nl	
Doelstellingen / taken	<p>De NMa heeft tot taak het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van de uitvoering en naleving van de Mededingingswet.</p> <p>De missie van de NMa is “markten laten werken”. Dit houdt in dat de NMa de marktwerking bewaakt en dat zij toezicht houdt op de randvoorwaarden die aan markten worden gesteld. Een goed werkende markt biedt concurrentiemogelijkheden voor ondernemingen en zorgt voor keuzevrijheid voor de consument.</p> <p>Naast het toezicht op de naleving van de Mededingingswet heeft de NMa bepaalde sectorspecifieke taken en bevoegdheden voor de sectoren energie en vervoer. Uitvoering van deze sectorale taken vindt plaats binnen de ‘kamers’ van de NMa: de Directie Toezicht Energie (DTe) en de Vervoerskamer. Zie hieronder.</p>
Bevoegdheden	<p>Om concurrentiebeperkende gedragingen op te sporen doet de NMa onderzoek. De NMa kan onderzoek starten naar aanleiding van een klacht en op eigen initiatief (ambtshalve). In dit licht beschikt zij over de volgende bevoegdheden:</p> <p>1. Betreden van plaatsen (artikel 5:15 Algemene wet bestuursrecht (Awb)). Voor het betreden van een woning is toestemming van de bewoner nodig;</p> <p>2. Inlichtingen vorderen (artikel 5:16 Awb);</p> <p>3. Inzage vorderen (artikel 5:17 Awb).</p> <p>Bij redelijk vermoeden van overtreding van de Mededingingswet:</p> <p>4. Het verzegelen van bedrijfsruimten en voorwerpen tussen 18.00 en 8.00 uur (artikel 54 Mw);</p> <p>5. Het inschakelen van de politie (artikel 55 Mw).</p> <p>(De brochure “Bevoegdheden van de NMa” kan worden gedownload op www.nmanet.nl onder het kopje “Actueel”)</p>
ZBO Rechtsvorm	<p>Sinds haar oprichting in 1998 is de NMa een op afstand geplaatst dienstonderdeel van het Ministerie van Economische Zaken met eigen verantwoordelijkheden en bevoegdheden. Vanaf 1 juli 2005 is de NMa een ZBO met een Raad van Bestuur.</p> <p>De Minister van EZ blijft politiek verantwoordelijk voor het beleid en de wetgeving met betrekking tot de energiesector en het mededingingsbeleid en hij is bevoegd om algemene aanwijzingen te geven aan de NMa. De belangrijkste verandering in de relatie met EZ - sinds de NMa een ZBO is geworden - is dat de Minister in individuele zaken van de NMa geen aanwijzingen meer kan geven over de wijze waarop de NMa dient op te treden.</p> <p>Gedurende de periode dat de NMa een onderdeel was van het Ministerie van Economische Zaken (DG NMa) heeft zij geen eigen</p>

	rechtspersoonlijkheid gehad. Het is nog onbekend hoe dit geregeld is sinds de verzelfstandiging tot ZBO (zie Juvat bulletin, jaargang 12, nr. 1).
--	---

Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) www.opta.nl	
Doelstellingen / taken	<p>OPTA houdt toezicht op de naleving van de wet- en regelgeving op het gebied van post en elektronische communicatiediensten. Het gaat daarbij met name om de Postwet, de Telecommunicatiewet, de op deze wetten gebaseerde lagere regelgeving en Europese regelgeving.</p> <p>Betreffende wet- en regelgeving is erop gericht de concurrentie op deze markten te bevorderen, waardoor er meer keuzemogelijkheden en eerlijke prijzen voor consumenten ontstaan. De OPTA stimuleert bestendige concurrentie in de telecommunicatie- en postmarkten.</p> <p>De belangrijkste taken van de OPTA zijn:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het beslechten van geschillen tussen aanbieders over toegang tot en interconnectie van netwerken; 2. Het goed- of afkeuren van interconnectie- en eindgebruikertarieven; 3. Het uitgeven van telefoonnummers; 4. Het beschermen van de privacy van de consument op het gebied van post en telecommunicatie; 5. Het toezien op de certificatieinstanties van de elektronische handtekening; 6. Het waarborgen van wettelijk minimale dienstverlening op het gebied van post en vaste telefonie.
Bevoegdheden	<p>Indien blijkt dat een aanbieder een te grote machtspositie heeft (aanmerkelijke marktmacht) kan de OPTA handhavend optreden. In een dergelijke situatie kan OPTA verplichtingen opleggen op het gebied van interconnectie, toegang tot netwerken en het reguleren van tarieven.</p> <p>De OPTA beschikt over de volgende bevoegdheden:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het inwinnen van inlichtingen en het inzien van stukken; 2. Het opleggen van boetes bij overtreding van de wet; 3. Het opleggen van dwangsommen om naleving van wettelijke verplichtingen af te dwingen; 4. Het intrekken van uitgegeven telefoonnummers.
ZBO Rechtsvorm	<p>OPTA is een overheidsinstantie en opereert als ZBO op afstand van het Ministerie van Economische Zaken. De minister van EZ is politiek verantwoordelijk voor een aantal taken van OPTA maar heeft geen directe zeggenschap over de besluiten die het onafhankelijke OPTA-college neemt.</p> <p>Rechtsvorm: publiekrechtelijke, eigen rechtspersoonlijkheid.</p>

Vervoerkamer (VK) www.vervoerkamer.nl	
Doelstellingen / taken	<p>De Vervoerkamer is een onderdeel van de NMa en is opgericht per 1 januari 2004. De Vervoerkamer houdt sectorspecifiek (mededingings)toezicht op de spoorsector en overig openbaar vervoer als tram-, metro- en busvervoer. De komende jaren zal zij ook toezicht gaan houden op luchthaven Schiphol en het Loodswezen.</p> <p>Dit toezicht wordt uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Verkeer en Waterstaat. Het toezicht richt zich op het naleven van wettelijke normen en verplichtingen met betrekking tot de dienstverlening in de vervoersector. Tevens wordt door de Vervoerskamer het marktgedrag van ondernemingen</p>

	<p>in deze sector gemonitord.</p> <p>De missie van de Vervoerkamer luidt “vervoermarkten laten werken”. De Vervoerkamer realiseert dit door enerzijds haar wettelijke taken zo effectief en efficiënt mogelijk uit te voeren en anderzijds door met de sector en wetgever te communiceren in de fase waarin wetten nog in voorbereiding zijn.</p>
Bevoegdheden	<p>De Vervoerkamer ontleent haar bevoegdheid aan de Wet personenvervoer 2000 inclusief de concessiewet personenvervoer per trein en de Spoorwegwet. In de toekomst zullen ook de Wet Luchtvaart en de wetgeving over loodsen door de Vervoerkamer gehandhaafd worden. Voor het loodswezen is de wetgeving nog in de maak.</p> <p>Zie NMa</p>
ZBO Rechtsvorm	Zie NMa

Voedsel en Warenautoriteit (VWA) www.voedselenwarenautoriteit.nl	
Doelstellingen / taken	<p>De VWA houdt toezicht op de veiligheid van voedsel en waren in de gehele voedselproductieketen. De VWA heeft twee werkmaatschappijen: de Keuringsdienst van Waren (KvW) en de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees (RVV).</p> <p>De VWA heeft als missie om te werken aan zichtbare risicoreductie op het gebied van voedsel en consumentenproducten in relatie tot volksgezondheid, diergezondheid en dierenwelzijn. In dat kader bewaakt de VWA de veiligheid van voedsel, diergezondheid en consumentenartikelen in de hele productie- en handelsketen. De VWA wordt derhalve gekenmerkt door de volgende taken:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het houden van toezicht: het doen naleven van wet- en regelgeving; 2. Het beoordelen van risico's en het doen van onderzoek: signaleren van mogelijke bedreigingen en het uitvoeren van een wetenschappelijke risicobeoordeling; 3. Het communiceren over risico's: actief informeren over risico's en risicoreductie op basis van betrouwbare informatie. 4. Het uitvoeren van incidenten- en calamiteitenmanagement; 5. Het adviseren van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport over het te voeren beleid.
Bevoegdheden	<p>De VWA beschikt over een aantal instrumenten en sancties om effectief op te kunnen treden. Het optreden dient de risico's voor voedsel- en productveiligheid te verminderen.</p> <p>De bevoegdheden die de VWA voor de uitvoering van haar taken heeft zijn:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het uitdelen van waarschuwingen; 2. Het opleggen van boetes (bestuurlijk of via het strafrecht); 3. Het niet verlenen of het intrekken van erkenningen.
ZBO Rechtsvorm	<p>De VWA is geen ZBO (ondanks de pogingen van de Consumentenbond om de VWA te organiseren als een ZBO zodat zij los van politiek en beleid haar werk zou kunnen doen).</p> <p>De ministers van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) en Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) zijn primair politiek verantwoordelijk voor de taken van de VWA. De ministeriële verantwoordelijkheid voor het beheer van de VWA ligt bij de minister van LNV. Beide ministers zijn verantwoordelijk voor de kaders waarbinnen de VWA haar werkzaamheden uitvoert en ze keuren de jaarplannen goed. Zij</p>

	stellen de normen en bepalen de maatregelen die tijdens volksgezondheids- en dierziektecrises dienen te worden genomen. Binnen deze kaders voert de VWA haar werkzaamheden in onafhankelijkheid uit. Dat betekent dat de VWA risicobeoordelingen, acties in het kader van toezichtwerkzaamheden en de communicatie over ontwikkelingen op het terrein van de VWA onafhankelijk uitvoert.
--	--

3.7.3 Inspectiediensten

Algemene Inspectie Dienst (AID) www.aid.nl	
Doelstellingen / taken	<p>De missie van de AID is het stimuleren of ontmoedigen van bepaald gedrag van factoren uit het werkgebied van het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) en draagt daardoor bij aan de effecten die daarmee worden beoogd zoals welvaart, gezondheid van mens en dier en biodiversiteit.</p> <p>De kerntaken van de AID zijn:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Inspecteren / controleren 2. Opsporen 3. Verifiëren 4. Handhaving en handhavingcommunicatie. <p>De AID adviseert in een vroeg stadium van het beleidsproces over de handavingsvraagstukken, inclusief de rol die andere handavingspartners daarbij kunnen spelen.</p>
Bevoegdheden	<p>De bevoegdheden die de AID heeft zijn, samengevat:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het betreden van elke plaats, met uitzondering van de woning zonder toestemming van de bewoner; 2. Het vorderen van inlichtingen, van inzage en van zakelijke gegevens en bescheiden; 3. Het onderzoeken van zaken, het nemen van monsters daarvan en het openen van verpakkingen; 4. Het onderzoeken van vervoermiddelen en de lading/bescheiden daarvan; 5. Het in beslag nemen; het vorderen van uitlevering van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen.
	De AID is de inspectie- en opsporingsdienst van het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en wordt aangestuurd door de Bestuursraad van LNV. Overigens worden de opsporingsprioriteiten van de AID mede bepaald door het Openbaar Ministerie.

Arbeidsinspectie www.arbeidsinspectie.nl	
Doelstellingen / taken	<p>De Arbeidsinspectie bevordert door middel van handhaving de naleving van de wetgeving op het gebied van de veiligheid en gezondheid op het werk en bestrijdt illegale tewerkstelling. Daarbij wordt prioriteit gegeven aan de aanpak van misstanden.</p> <p>Het takenpakket van de Arbeidsinspectie omvat:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Handhaving: toezicht en opsporing op het gebied van arbeidsomstandigheden, arbeidstijden, arbeidsmarkt, beloning, gevaarlijke werktuigen en ioniserende straling; 2. Onderzoek op het terrein van de arbeidsbescherming en arbeidsmarkt; 3. Informatievoorziening op het terrein van de arbeidsbescherming en arbeidsmarkt aan burgers en bedrijven.

Bevoegdheden	In het kader van de handhavingsfunctie heeft de Inspectiedienst onder meer de volgende bevoegdheden: 1. Het geven van een waarschuwing; 2. Het stellen van een eis tot naleving van de wet; 3. Het opleggen van een bestuurlijke boete of een proces-verbaal; 4. Het stil leggen van het werk stil;
	De Arbeidsinspectie is een handhavings- en uitvoeringsorganisatie van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Inspectie Cultuurbezit www.minocw.nl/cu_insp	
Doelstellingen / taken	De Inspectie is onder meer opgericht voor het houden van toezicht op het behoud en beheer van de rijkscollecties in beheer bij rijksmusea. Bij alle taken van de Inspectie staat het behoud en de bescherming van het belangrijkste roerend cultureel erfgoed van Nederland centraal. De inspectie is belast met de volgende taken: 1. Het uitoefenen van toezicht op de naleving Wet tot behoud van cultuurbezit en op de naleving van de beheersovereenkomsten, gesloten tussen verzelfstandigde museale instellingen en de Staat over de rijksmuseale collecties; 2. Het opsporen van kunstbezit, dat tijdens de Tweede Wereldoorlog Nederland onrechtmatig verliet; 3. Het verlenen van Europese uitvoervergunningen voor cultuurgoederen; 4. Het verlenen van toestemming voor bepaalde handelingen m.b.t. krachtens de Wet tot behoud van cultuurbezit beschermde voorwerpen.
Bevoegdheden	De inspecteurs van de Inspectie Cultuurbezit zijn voor de uitvoering van hun taken aangewezen als buitengewoon opsporingsambtenaar. Daarbij hebben zij onder meer de volgende bevoegdheden: 1. Het verlenen van toestemming die nodig is om voorwerpen uit te kunnen lenen aan een buitenlandse instelling. 2. Het verlenen van toestemming bij het overdragen van de eigendom of de bruikleen binnen Nederland aan een niet-ingezetene. Verplaatsingen binnen Nederland moeten tijdig aan de Inspectie worden gemeld.
	De Inspectie Cultuurbezit is een zelfstandige Inspectiedienst, die valt onder het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW, voorheen WVC).

Inspectiedienst Openbare Orde en Veiligheid (IOOV) www.ioov.nl	
Doelstellingen / taken	De Inspectie Openbare Orde en Veiligheid houdt toezicht op de wijze waarop de gemeenten, provincies en rijksoverheid invulling geven aan hun taken op het gebied van politie, politieonderwijs, brandweer en rampenbestrijding.
Bevoegdheden	-
	De Inspectie Openbare Orde en Veiligheid is ingesteld door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, in overeenstemming met de minister van Justitie.

Inspectie voor het Onderwijs www.owinsp.nl	
Doelstellingen / taken	De Inspectie van het Onderwijs ziet toe op de kwaliteit van het onderwijs van de onderwijsinstellingen in Nederland. Dit toezicht omvat de volgende taken:

	<p>1. Het beoordelen van de kwaliteit van het onderwijs op basis van het verrichten van onderzoek naar de naleving van de bij of krachtens een onderwijswet gegeven voorschriften en naar andere aspecten van kwaliteit;</p> <p>2. Het bij de uitoefening van de onder a bedoelde taak bevorderen van de kwaliteit van het onderwijs, onder meer door het voeren van overleg met het bestuur, het personeel van de instelling, en zo nodig, de besturen van gemeente en provincie;</p> <p>3. Het rapporteren over de ontwikkeling van het onderwijs, in het bijzonder over de kwaliteit daarvan;</p> <p>het verrichten van andere bij of krachtens de wet aan de inspectie opgedragen taken.</p>
Bevoegdheden	-
ZBO Rechtsvorm	De Inspectie van het Onderwijs valt organisatorisch onder het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

Inspectie Verkeer en Waterstaat www.ivw.nl	
Doelstellingen / taken	<p>De Inspectie Verkeer en Waterstaat is belast met de uitvoering en handhaving van de wetgeving op het terrein van het personen- en goederenvervoer over de weg en het spoor, de scheepvaart, de luchtvaart, de telecommunicatie en de post.</p> <p>De centrale doelstellingen zijn het realiseren van een veilig, schoon en verantwoord transport en waterbeheer en veilige en verantwoorde telecommunicatie. De inspectie wil dit bereiken door een heldere taakverdeling en heldere scheiding van verantwoordelijkheden.</p> <p>De Inspectie Verkeer en Waterstaat kent vier kerntaken:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het houden van inspecties en het zorgdragen voor handhaving van wet- en regelgeving; 2. Het verlenen van vergunningen; 3. Het geven van advies en uitwisselen van kennis, 4. Het zorgdragen voor goede berichtgeving.
Bevoegdheden	De inspectie geeft vergunningen af en ziet toe op de naleving van wet- en regelgeving.
	De Inspectie Verkeer en Waterstaat is onderdeel van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat.

Inspectie voor de Gezondheidszorg www.igz.nl	
Doelstellingen / taken	<p>De missie van de Inspectie voor de Gezondheidszorg is het bevorderen van een veilige, effectieve en patiëntgerichte zorg. De IGZ houdt toezicht op de volksgezondheid en op de kwaliteit en toegankelijkheid van de gezondheidszorg en de rechten van de patiënt.</p> <p>De inspectie is belast met de volgende toezichttaak:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het toezien op de staat van de volksgezondheid en de geleverde zorg. 2. Het rapporteren en adviseren aan overheden en betrokkenen teneinde de volksgezondheid van de burger te bevorderen en te beschermen; 3. Het verlenen van vergunningen voor import.
Bevoegdheden	<p>Om de taken te kunnen uitvoeren kent de Gezondheidswet aan de inspecteurs een aantal algemene bevoegdheden toe.</p> <p>Voorbeelden hiervan zijn:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De bevoegdheid een pand binnen te treden 2. De bevoegdheid om strafbare feiten op te sporen 3. De bevoegdheid om onderzoek te verrichten.

	De inspectie voor de gezondheidszorg is onderdeel van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Formeel is de Minister van volksgezondheid verantwoordelijk voor de activiteiten van de Inspectie.
--	--

Inspectie Werk en Inkomen www.iwiweb.nl	
Doelstellingen / taken	<p>De Inspectie Werk en Inkomen houdt onafhankelijk toezicht op de uitvoering van het beleid op het terrein werk en inkomen. Dit beleid is gericht op reïntegratie en arbeidsbemiddeling.</p> <p>De inspectie is belast met integraal toezicht op de uitvoering van de sociale zekerheid. De taken die zij hierbij heeft zijn ondermeer:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Het houden van toezicht op de uitvoering van de bij of krachtens de wet aan de Centrale organisatie werk en inkomen, het Inlichtingenbureau, de Raad voor werk en inkomen, het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen en de Sociale verzekeringsbank opgedragen taken. 2. Het houden van toezicht op de taken, opgedragen aan burgemeester en wethouders. 3. Het geven van oordelen over het functioneren van uitvoerende organisaties. 4. Het geven van oordelen over de samenwerking en interactie tussen de verschillende uitvoerende organisaties.
Bevoegdheden	Het toezicht is signalerend van aard. De inspectie heeft geen interventiemogelijkheden.
	De inspectie vervult een oog- en oorfunctie voor de minister van SZW. Zij brengt aan de minister haar oordelen uit en legt aan de minister verantwoording af. De minister kan de inspectie sturen, behoudens op de inhoud van het toezicht. De inspectie heeft een indirecte relatie met het parlement. Zij geeft de minister advies welke rapporten deze aan het parlement dient aan te bieden, binnen een termijn van vier weken.

3.8 Samenvatting

De toezichthouders die in dit onderzoek aan de orde komen vormen een bont gezelschap. Zij variëren van de lokale toezichthouders op veiligheid (met name de gemeenten), via de landelijke veiligheidstoezichthouders (bijvoorbeeld de Voedsel en Warenautoriteit) tot de nieuwe markttoezichthouders (bijvoorbeeld de NMa en de Opta). Het doel van dit toezicht is het leveren van een bijdrage aan het verminderen van maatschappelijke risico's (zij het niet het elimineren daarvan) en daarmee het bevorderen van het vertrouwen van het publiek in de markt of in de instellingen (bedrijven en personen) waarop toezicht wordt gehouden.

De gemeenschappelijke noemers van deze toezichthouders zijn met name dat zij toezicht houden op cruciale maatschappelijke belangen, zoals veiligheid, gezondheid en marktwerking. Zij houden toezicht door middel van bestuursrechtelijke instrumenten zoals de bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Voorts kunnen zij vergunningen, goedkeuringen of erkenningen verlenen, weigeren of intrekken. Op toezichthouders rust de zogenaamde beginselplicht tot handhaving maar geen garantieplicht om schade voor derden te

voorkomen.

De meeste toezichthouders kunnen voorts te maken krijgen met het zogenaamde toezichthoudersdilemma: indien zij niet voortvarend genoeg optreden, kunnen de belangen van derden in het gedrang komen en lopen zij de kans om voor de schade van die derden aansprakelijk te worden gesteld (bijvoorbeeld door een brand in een café dat niet aan de veiligheidsvoorschriften voldeed). Indien hij echter te voortvarend te werk gaat en maatregelen neemt die, gezien de omstandigheden van het geval, voorbarig zijn (bijvoorbeeld een vergunning intrekken of een waarschuwing doen uitgaan) kunnen de belangen van degene op wie toezicht wordt gehouden in het gedrang komen en loopt hij de kans om door dezen aansprakelijk te worden gesteld voor de door hen geleden schade.

Indien het gaat om schade van derden loopt de eventuele aansprakelijkheid van de toezichthouder parallel met die van de primaire dader. Beide zijn dan jegens de benadeelden hoofdelijk aansprakelijk, dat wil zeggen dat de benadeelden beide voor hun gehele schade kunnen aanspreken. De toezichthouder heeft een verhaalsrecht jegens de primaire dader maar, in het bijzonder bij zeer omvangrijke schaden, kan dit verhaalsrecht illusoir zijn.

Naast de vele parallellen bestaat er tussen toezichthouders ook een aantal belangrijke verschillen. Behalve het feit dat de bevoegdheden van de toezichthouders uiteenlopen, is een ander belangrijk verschil dat markttoezichthouders met andere belangen te maken hebben dan toezichthouders op gezondheid en veiligheid. In de laatstgenoemde categorie gaat het om belangen waarvan algemeen wordt aangenomen dat die een zeer groot gewicht in de schaal leggen. Markttoezichthouders houden zich grotendeels bezig met marktwerking en derhalve met financiële en economische belangen. Ook deze belangen kunnen echter cruciaal zijn, waarbij in het bijzonder valt te denken aan het financiële toezicht op banken en verzekeraars.

4 Praktijkonderzoek toezichthouders

4.1 Inleiding

In het kader van dit onderzoek heeft een beknopt praktijkonderzoek plaatsgevonden bij een zestal landelijke toezichthouders (par. 4.2) en een tiental gemeenten (par. 4.3). De reden voor dit onderzoek was de wenselijkheid om een beeld te krijgen van de omvang van de praktische kant van het probleem van de aansprakelijkheid van toezichthouders. Benadrukt zij, dat het hier niet gaat om een representatief empirisch onderzoek maar om een verkenning van de situatie bij toezichthouders voor zover het gaat om hun aansprakelijkheid wegens inadequaate handhavingstoezicht.

Aan de toezichthouders is de navolgende questionnaire voorgelegd.

1. *Hoe vaak bent u geconfronteerd met een schadeclaim wegens inadequaate toezicht en handhaving?*

Toelichting: Het gaat hier zowel om gevallen waarin u aansprakelijk bent gesteld (door derden) voor schade door onvoldoende toezicht en handhaving als om gevallen waarin schade is veroorzaakt aan degene op wie toezicht werd gehouden door handhavingmaatregelen (bijvoorbeeld het sluiten van een inrichting) die achteraf onzorgvuldig zijn geweest. Het gaat om alle serieuze claims, ongeacht of ze terecht waren of niet.

2. *Om wat voor gevallen het ging daarbij: wat was het feitencomplex?*

Toelichting: Hier volstaat een korte samenvatting van het feitencomplex. Wat was de feitelijke grondslag van de claim?

3. *Wat was de omvang van de gevorderde schadevergoeding?*

Toelichting: Het gaat hier alleen om de omvang van de vordering, ongeacht of deze terecht is of niet.

4. *In welke gevallen is de claim gehonoreerd door de toezichthouder en op welke grond?*

Toelichting: Het gaat hier om gevallen waarin u een financiële uitkering hebt gedaan als tegemoetkoming in de schade, ongeacht of u als toezichthouder wel of niet aansprakelijk was.

5. *Welk bedrag is in deze gevallen aan de eiser uitgekeerd?*

Toelichting: Wat was het uitgekeerde bedrag en wat was door eiser gevorderd?

6. *Indien de schade niet volledig werd vergoed, op grond gebeurde dat dan?*

Toelichting: Bijvoorbeeld eigen schuld van de eiser, onbewezen schadeposten, enz.

7. *In welke gevallen is de claim afgewezen en op welke grond?*

8. *In welke gevallen is door de eiser een gerechtelijke procedure gestart?*

Toelichting: In welke fase is deze procedure (rechtbank, hof, Hoge Raad)? Welke vonnissen/arresten zijn geweest? Zo ja, gaarne kopie bijvoegen.

9. *Kunt u aangeven of en zo ja, in hoeverre uw beleid is aangepast nadat een schadeclaim was ingediend wegens inadequaar toezicht en handhaving?*

Toelichting: Het gaat hier om de vraag of een claim tot een verandering van het toezicht- en handhavingbeleid heeft geleid. Dit is ook het geval indien de claim mede tot een beleidsverandering aanleiding heeft gegeven.

10. *Kunt u een of meer voorbeelden geven van gevallen waarin u van handhaving hebt afgezien, c.q. juist tot handhaving bent overgegaan wegens de vrees voor een aansprakelijkheidsclaim?*

Toelichting: Deze vraag betreft de kwestie of het aansprakelijkheidsrecht, c.q. de vrees voor een mogelijke claim, het beleid op het gebied van toezicht en handhaving beïnvloedt.

De antwoorden op deze questionnaire vormden tevens de basis voor interviews met vertegenwoordigers van een aantal toezichthouders teneinde meer inzicht te krijgen in de achtergronden van de gegeven antwoorden.

Uit de beantwoording van de questionnaires bleek dat de meeste toezichthouders niet systematisch bijhouden wanneer zij wegens inadequaar handhavingstoezicht aansprakelijk zijn gesteld, op welke grond dit gebeurde, wat de reactie van de toezichthouder was, of er een gerechtelijke procedure is gevolgd en wat daarvan de uitkomst is geweest. Met name bij sommige lokale toezichthouders bleek het bovendien ingewikkeld om de gewenste gegevens te achterhalen. Mede om die reden is het niet zeker dat alle vragenlijsten een betrouwbaar beeld geven van het aantal zaken waarin een toezichthouder is geconfronteerd met een aansprakelijkheidsclaim wegens inadequaar toezicht.

In Hoofdstuk 8 zal, gezien het belang van de aansprakelijkheid van toezichthouders voor de financiële positie van de overheid in het algemeen en die van toezichthouders in het bijzonder, worden aanbevolen om een monitoring systeem op te zetten teneinde de ontwikkelingen op dit gebied nader te kunnen volgen. Daartoe is een betrouwbaar en uniform registratiesysteem bij toezichthouders uiteraard van groot belang.

4.2 Landelijke toezichthouders

Inleiding

De landelijke toezichthouders die aan het onderzoek deelnamen zijn De Nederlandsche Bank (DNB), de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Voedsel- en Warenautoriteit, agentschap Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees (VWA/RVV), de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IvG) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (Opta). De resultaten van het praktijkonderzoek bij de landelijke toezichthouders laten zich als volgt samenvatten.

Aantal claims

De meeste toezichthouders zijn in totaal in de afgelopen jaren slechts enkele keren (maximaal drie keer elk) geconfronteerd met een aansprakelijkheidsclaim wegens inadequaat handhavingstoezicht. In totaal rapporteerden vijf toezichthouders elf claims. Bij deze cijfers gaat het uitsluitend om serieuze aansprakelijkheidsclaims die tot onderhandelingen over schadevergoeding of tot een gerechtelijke procedure hebben geleid. Toezichthouders ontvangen vaker mededelingen of brieven waarin met aansprakelijkstelling wordt gedreigd maar deze worden lang niet altijd gevolgd door een officiële aansprakelijkstelling.

Een uitzondering op het geringe aantal claims tegen toezichthouders vormt de VWA/RVV die per jaar enige tientallen schadeclaims ontvangt. Deze claims zijn veelal van bescheiden omvang (zie onder 'Hoogte claims').

Dit hogere aantal claims bij VWA/RVV heeft mogelijk te maken met de aard van het toezicht waarbij regelmatig wordt verboden om bepaald voedsel (zoals vlees) te verkopen. Deze claims zijn dus niet afkomstig van derden maar van degenen op wie toezicht wordt gehouden.

Hoogte claims

De omvang van de serieuze aansprakelijkheidsclaims wegens inadequaat handhavingstoezicht 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 aan DNB (één in haar kwaliteit als rechtsopvolger van de Verzekeringkamer). 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 latere schadestaatprocedure aan de orde komt.

Een uitzondering vormt ook hier de VWA/RVV bij wie de gemiddelde claim in 2004 nog geen € 5.000 bedroeg. Bij deze toezichthouder gaat het dus om een relatief groot aantal claims met een beperkte omvang.

Ten overvloede zij hierbij opgemerkt dat het bij deze vraag in alle genoemde gevallen 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 juistheid van een aantal van hen is of wordt thans in rechte vastgesteld. Zie bij de volgende vragen.

Beoordeling claims door toezichthouders

De toezichthouders hebben het overgrote deel van de claims afgewezen. Rekent men de VWA/RVV claims niet mee, dan hebben de toezichthouders alle tegen hen gerichte claims afgewezen. In een gering aantal gevallen is de benadeelde een gerechtelijke procedure gestart. De DNB heeft één zaak geschikt terwijl deze in rechte aanhangig was wegens de langdurigheid van de procedure (de claim bedroeg hier € 11,5 mln).

De VWA/RVV heeft slechts 8 van de 70 claims geheel of gedeeltelijk toegewezen; in totaal heeft zij nog geen € 23.000 aan schadevergoeding uitgekeerd, dat is gemiddeld minder dan € 3.000 per zaak. In totaal waren er ten tijde van de rapportage tegen deze toezichthouder drie zaken in rechte aanhangig.

Gerechtelijke procedures

In ongeveer twee derde van de gevallen waarin de benadeelde een gerechtelijke procedure is gestart, is de toezichthouder aansprakelijk gehouden wegens inadequaat handhavingstoezicht. Eén van de claims die werd afgewezen bedroeg ruim € 1 mln.

Indien de rechter heeft vastgesteld dat een toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld, betekent dit nog niet dat steeds een claim voor *schadevergoeding* is toegewezen. In de helft van het totaal aantal gemelde gevallen ging het in de rechterlijke procedure slechts om de vraag of de toezichthouder onrechtmatig had gehandeld en werd een verklaring voor recht gevorderd.

Het is echter nog te vroeg om uit deze gegevens conclusies te trekken. Daarvoor bestaan diverse redenen. Een deel van deze gevallen is nog onder de rechter in een hoger beroepsprocedure of een cassatieprocedure en daarin kan de uitspraak van de lagere rechter alsnog worden vernietigd en de claim (uiteindelijk) worden afgewezen. Andere zaken betreffen uitsluitend de onrechtmatigheidsvraag en hier kan blijken dat de toezichthouder weliswaar onrechtmatig heeft gehandeld maar dat er geen causaal verband bestaat tussen deze onrechtmatigheid en de schade die de benadeelde heeft geleden. Ten slotte bevindt een aantal zaken zich in de schadestaatprocedure en in nog weer andere gevallen zijn onderhandelingen over de schadevergoedingsvraag gestart tussen de benadeelde en de toezichthouder.

Een voorbeeld is de zaak waarin de grootste schadevergoedingsclaim aan de orde is (€ 85 mln), namelijk de Vie d'Or zaak tegen DNB als opvolger van de Verzekeringskamer. In deze zaak gaat het om een verklaring voor recht dat de toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld bij het toezicht op het reilen en zeilen van levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or. Ook indien in rechte zou worden vastgesteld dat dit inderdaad het geval is (zoals het Hof in deze zaak deed; thans loopt de cassatieprocedure) wil dat nog niet zeggen dat de claim wordt gehonoreerd, omdat het causaal verband met de schade mogelijk moeilijk te bewijzen is. Bovendien zijn hier

ook andere partijen dan de toezichthouder aansprakelijk gesteld, namelijk de accountants en de actuaris op wie in beginsel verhaal mogelijk is. Zie over deze zaak Hoofdstuk 6.

Beïnvloeding beleid door schadeclaims

Uit de antwoorden van de toezichthouders op een vraag van deze strekking blijkt dat toezichthouders van mening zijn dat zij hun toezicht- en handhavingsbeleid niet hebben aangepast als gevolg van de ingediende claims. Dat laatste ligt ook enigszins voor de hand zolang er geen in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraken liggen die het handhavingstoezicht als inadequaaf hebben gekwalificeerd. Wel wordt, voor zover van toepassing, door sommige toezichthouders gemeld dat van verloren procedures wordt geleerd en dat beleid zonodig wordt aangepast. Overigens gebeurt dit soms reeds eerder, onafhankelijk van de uitkomst van een gerechtelijke procedure.

De meest genuanceerde visie is hier afkomstig van de oudste toezichthouder, de DNB, en is waard om te worden geciteerd: '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.'

Handhaving of niet op basis van vrees voor aansprakelijkheidsclaims

Op een daartoe strekkende vraag antwoorden de toezichthouders unaniem dat hun handhavingsbeleid en de uitvoering daarvan niet worden beïnvloed door de vrees voor een aansprakelijkheidsclaim. Zij betogen derhalve dat noch bij een beslissing om te handhaven, noch bij een beslissing om daarvan af te zien een eventuele aansprakelijkheidsclaim als zodanig een rol speelt.

4.3 Lokale toezichthouders

Het onderzoek bij lokale toezichthouders ten aanzien van hun eventuele problemen met betrekking tot aansprakelijkheidsrisico's kende een trage start. Het onderzoek was in eerste instantie uitgezet bij de Vereniging van Nederlandse Gemeenten die het op haar beurt inbracht in de commissies die zich met deze problematiek bezig houden. Op basis van die actie meldde zich slechts een enkele gemeente voor deelname aan het onderzoek.

Vervolgens hebben de onderzoekers gemeenten aangeschreven die volgens gepubliceerde

jurisprudentie in het recente verleden met een claim wegens inadequaat handhavingstoezicht zijn geconfronteerd. Dit gebeurde vanuit de gedachte dat bij deze gemeenten wellicht meer van dergelijke voorbeelden te vinden zouden zijn. Bij de gemeenten die op basis van deze benadering aan het onderzoek hebben deelgenomen, bleek het gepubliceerde geval echter veelal ook het enige te zijn dat zich in de gemeente op dit terrein had voorgedaan. Met andere woorden: het vermeende topje van de ijsberg bleek de volledige ijsberg te zijn.

Ten slotte zijn de vier grootste gemeenten aangeschreven met de uitnodiging om aan het onderzoek deel te nemen. De gedachte hierbij was dat deze gemeenten door hun omvang en hun grotere anonimiteit ten opzichte van de burgers meer claims wegens inadequaat handhavingstoezicht zouden ontvangen. Ook deze veronderstelling werd gelogenstraft: de drie deelnemende grote gemeenten (de gemeente De Haag was niet bereid om aan het onderzoek deel te nemen) waren volgens eigen zeggen slechts in enkele van dit soort gevallen met een aansprakelijkheidsclaim geconfronteerd.

Aan het onderzoek onder lokale toezichthouders namen in totaal tien gemeenten deel: vijf grote gemeenten (meer dan 100.000 inwoners), drie middelgrote gemeenten (30.000-100.000 inwoners) en twee kleine gemeenten (minder dan 30.000 inwoners).

Aantal claims

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 de deelnemende grote gemeenten rapporteerden dat dergelijke claims hooguit enkele malen per jaar voorkomen. In totaal werden iets meer dan twintig aansprakelijkheidsclaims gemeld.

Bij deze cijfers gaat het uitsluitend om serieuze aansprakelijkheidsclaims die tot onderhandelingen over schadevergoeding of tot een gerechtelijke procedure hebben geleid. Gemeenten ontvangen vaker mededelingen of brieven waarin met aansprakelijkstelling wegens inadequaat handhavingstoezicht wordt gedreigd maar deze mededelingen of brieven worden lang niet altijd gevolgd door een officiële aansprakelijkstelling.

Hoogte claims

De omvang van de claims varieert van een paar honderd euro tot vermoedelijk miljoenen euro's. De meeste gerapporteerde claims zijn lager dan € 25.000. Een uitzondering vormen twee zaken tegen de gemeente Enschede: bij de claims inzake de vuurwerkramp zijn geen bedragen genoemd maar potentieel gaat het om een bedrag van ten minste enkele tientallen miljoenen euro's; daarnaast loopt er een zaak tegen de gemeente Enschede wegens de onrechtmatige sluiting van een milieuvergunningplichtige inrichting; hier bedraagt de schadeclaim meer dan € 1 miljoen.

Benadrukt zij, dat het bij deze vraag uitsluitend gaat om de *claims* van benadeelden. De juistheid van deze claims is bij deze vraag niet aan de orde. De claims zijn door de gemeenten

veelal afgewezen en de juistheid van een aantal van deze claims is of wordt thans in rechte vastgesteld. Zie bij de volgende vragen.

Beoordeling claims door toezichthouders

Van de hierboven gemelde claims zijn de meeste door de gemeenten afgewezen, een enkele (geringe) claim is geschikt en een enkele claim is toegewezen onder erkenning van aansprakelijkheid.

In één geval wees een gemeente aansprakelijkheid wegens inadequaat handhavingstoezicht af maar betaalde zij aan de benadeelde niettemin een voorschot. Zij deed dit, omdat het bestuur van een vrijwilligersorganisatie aansprakelijk was gehouden voor het nemen van onvoldoende veiligheidsmaatregelen bij een door haar georganiseerd evenement. Teneinde de gevolgen van hoofdelijke aansprakelijkheid voor het bestuur van de vrijwilligersorganisatie te voorminderen c.q. te voorkomen betaalde de gemeente een voorschot aan de benadeelde. Zie over hoofdelijkheid Hoofdstuk 6.

Gerechtelijke procedures

In een aantal gevallen zijn de benadeelden gerechtelijke procedures tegen gemeenten gestart wegens inadequaat handhavingstoezicht. Het gaat hierbij om in totaal zo'n kleine tien gerapporteerde gevallen. Daaronder bevinden zich grote claims, zoals die van de benadeelden van de cafébrand in Volendam en de vuurwerkkramp in Enschede. 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 Haagse gerechtshof.

Beïnvloeding beleid door schadeclaims

Het antwoord op de vraag of het beleid is aangepast nadat een schadeclaim is ingediend wegens inadequaat toezicht en handhaving is gemengd. Een minderheid van de gemeenten rapporteert dat zij hun beleid niet hebben aangepast maar andere gemeenten meldden dat zij dit wel hebben gedaan naar aanleiding van ingediende of toegewezen aansprakelijkheidsclaims. Deze wijzigingen betroffen onder meer het aanpassen van procedures bij het toepassen van bestuursdwang en het aanpassen van de interne organisatie. Eén gemeente meldde voorts dat zij meer aandacht geeft aan voorlichting aan vergunninghouders over het belang van verzekering.

Een andere gemeente meldde dat het beleid constant wordt aangepast indien uit gesprekken met betrokkenen blijkt dat enige twijfel of onduidelijkheid mogelijk is over de inhoud of toepassing van regels. In dergelijke gevallen wordt de procedure nogmaals onder de loep genomen en worden wenselijke aanpassingen binnen het beleid gedaan, ook indien deze niet noodzakelijk zijn.

Handhaving of niet op basis van vrees voor aansprakelijkheidsclaims

Op een daartoe strekkende vraag antwoordden de gemeenten unaniem dat hun handhavingbeleid en de uitvoering daarvan niet worden beïnvloed door de vrees voor een aansprakelijkheidsclaim. Net als de toezichthouders betogen ze derhalve dat noch bij een beslissing om te handhaven, noch bij een beslissing om daarvan af te zien een eventuele aansprakelijkheidsclaim als zodanig geen rol speelt.

4.4 Analyse

4.4.1 Aantal en hoogte van de claims

Uit het hierboven weergegeven beknopte verkennende onderzoek onder landelijke en lokale toezichthouders komt naar voren dat het aantal claims wegens inadequaat handhavingstoezicht relatief aan de bescheiden kant is.

Bij deze conclusie past uiteraard de nodige voorzichtigheid, omdat het hier niet om een uitgebreid empirisch onderzoek gaat. Bij de toezichthouders bestaat veelal geen aparte registratie van de gevallen waarin zij door derden of door onder toezicht staande personen, instellingen of bedrijven aansprakelijk zijn gesteld voor schade door inadequaat handhavingstoezicht.

Lokale toezichthouders

Ten aanzien van de lokale toezichthouders (gemeenten) zijn er niettemin drie indicaties die aannemelijk maken dat de conclusie uit dit onderzoek een bredere betekenis heeft. In de eerste plaats bleek het moeilijk te zijn om gemeenten voor het onderzoek te interesseren. Hoewel het onderzoek in de diverse commissies van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten was uitgezet en het aannemelijk is dat het bekend werd bij degenen die bij de gemeenten op de hoogte zijn van aansprakelijkheidsproblemen wegens inadequaat handhavingstoezicht, bleek de belangstelling om aan het onderzoek deel te nemen zeer gering te zijn. Dit kan er op wijzen dat het hier niet gaat om een probleem dat (h)erkend wordt als zijnde van grote urgentie.

In de tweede plaats kan de indruk dat het aantal claims gering is, worden vergeleken met cijfers uit het jaarverslag 2004 van VNG-OVO, de verzekeraar waar ongeveer de helft van de lagere overheden bij is verzekerd. Bij de categorie 'handhaven en gedogen' ging het in de jaren 1996-2004 om 300 zaken (in 2004 om 43 zaken); deze vertegenwoordigden 1,3% van het totaal aantal zaken en 3,8% van de schadelast. Ter vergelijking: in dezelfde periode waren er ruim 13.000 schadezaken (54.5%) wegens onvoldoende wegbeheer (die 47.5% van de totale schadelast vertegenwoordigden). Hieruit kan worden afgeleid dat het bij handhaven en gedogen

inderdaad om een relatief gering aantal claims gaat al is de totale ermee gemoeide schadelast geenszins te verwaarlozen.⁷⁴

Enige voorzichtigheid is hierbij echter geboden. Uit hetzelfde jaarverslag 2004 van VNG-OVO blijkt dat in de categorie 'besluitvorming' in de jaren 1996-2004 755 zaken werden gemeld, dat is 3,1% van het totaal. Deze claims vertegenwoordigden 12% van de totale schadelast van de verzekeraar. Bij deze categorie gaat het met name om fouten bij bouwvergunningen, milieuvergunningen, standplaatsvergunningen, bij niet tijdig reageren en overige vergunningen.⁷⁵ Niet valt uit te sluiten dat een aantal van de gevallen die onder 'besluitvorming' zijn gecategoriseerd tevens enig verband hebben met gedogen en handhaven.

Wat hiervan ook zij, de indruk uit het onderzoek en uit de hierboven vermelde cijfers dat het bij handhaven en gedogen om een relatief gering aantal claims gaat, werd bevestigd in gesprekken met vertegenwoordigers van de twee verzekeraars waar de meeste gemeenten bij zijn verzekerd: VNG-OVO en Centraal Beheer Achmea.

Van de zijde van verzekeraars is er in dit verband op gewezen dat zich op dit moment weliswaar geen bijzondere problemen voordoen maar dat op termijn negatieve gevolgen voor verzekeraars zijn te verwachten. Deze gevolgen hangen echter niet zozeer samen met het risico van toezicht en handhaving als zodanig maar met het feit dat de kosten voor uitkering van personenschade de komende jaren naar verwachting sterk zullen toenemen. Dit is in belangrijke mate het gevolg van wijzigingen in de sociale zekerheid, in het bijzonder de vervanging van de WAO door de WIA. Het vermoedelijke effect van deze wijziging is niet slechts dat de totale kosten van arbeidsongeschiktheid zullen dalen maar ook dat ze voor een kleiner deel publiek worden gefinancierd door sociale verzekeraars en voor een groter deel privaat worden gefinancierd door aansprakelijkheidsverzekeraars, dit laatste althans voor zover iemand voor het veroorzaken van deze kosten aansprakelijk is. Hoewel deze zorgen niet specifiek van toepassing zijn op de aansprakelijkheid van toezichthouders, zijn zij in de bredere context van verzekering van aansprakelijkheidsrisico's uiteraard wel van belang. Overigens kan worden opgemerkt, dat aansprakelijkheidsverzekeraars naar verwachting ook zullen profiteren van de vergaande reïntegratieverplichtingen die de Wet WIA op zowel de werknemer, als op diens werkgever legt.

In de derde plaats zijn aan de gepubliceerde jurisprudentie geen aanwijzingen te ontleen dat er sprake is van een omvangrijk aantal zaken die betrekking hebben op de aansprakelijkheid van toezichthouders, integendeel. Het aantal *gepubliceerde* uitspraken over aansprakelijkheid van gemeenten wegens inadequaat handhavingstoezicht is betrekkelijk gering.

Dit alles laat onverlet dat, hoewel het aantal claims betrekkelijk gering is, de potentiële omvang van die claims soms aanzienlijk kan zijn. Dit is niet noodzakelijkerwijs het geval (het kan ook gaan om een claim van een paar honderd euro) maar de Enschede-zaak illustreert dat ook

74 Jaarverslag Onderlinge Verzekeringen Overheid (OVO) u.a., Verslag en rekening 2004, p. 10. Zie ook Brenninkmeijer, O&A 2005, p. 131.

75 Jaarverslag Onderlinge Verzekeringen Overheid (OVO) u.a., Verslag en rekening 2004, p. 10. Zie ook Brenninkmeijer, O&A 2005, p. 131.

een claim van tientallen miljoenen euro's denkbaar is. Overigens zijn in de Enschede-zaak tot nu toe alle claims in rechte afgewezen.

Landelijke toezichthouders

Voor wat betreft het betrekkelijk geringe aantal zaken tegen landelijke toezichthouders is een verklaring niet eenvoudig te geven. Enerzijds gaat het hier deels om toezichthouders, in het bijzonder de NMa, de Opta en de AFM (hoewel rechtsopvolger van de reeds langer bestaande Stichting Toezicht Effectenverkeer), die nog niet zo lang in functie zijn. Anderzijds zijn het echter juist deze 'jongere' toezichthouders die met relatief de meeste schadeclaims zijn geconfronteerd. Indien deze cijfers representatief zijn, zou dit er mee te maken kunnen hebben dat deze nieuwe toezichthouders nieuw beleid moesten ontwikkelen en daarbij enkele verkeerde inschattingen hebben gemaakt. Zowel de Opta als de NMa zijn bijvoorbeeld geconfronteerd met verloren procedures wegens onzorgvuldig persbeleid (par. 6.6). Er van uitgaande dat van deze procedures wordt geleerd, zijn claims op deze grond in de toekomst minder waarschijnlijk.

Een mogelijke verklaring voor het geringe aantal claims tegen landelijke toezichthouders is dat partijen waarop toezicht wordt gehouden, in het algemeen niet snel geneigd zullen zijn om de toezichthouder aansprakelijk te stellen. Daarbij zou een rol kunnen spelen dat een dergelijke partij de relatie met de toezichthouder niet in gevaar wil brengen: morgen heeft hij de toezichthouder in andere omstandigheden weer nodig. Voor het toetsen van de houdbaarheid van deze voorzichtige stelling is nader onderzoek nodig. De ervaringen bij de VWA/RVV lijken in elk geval voor deze sector de stelling te logenstraffen, gezien het relatief omvangrijke aantal claims door onder toezicht staande (vlees)bedrijven.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van landelijke toezichthouders is het trekken van al te definitieve conclusies niet goed mogelijk, omdat de meeste procedures tegen hen van betrekkelijk recente datum zijn. In diverse gevallen is de zaak nog onder de rechter en in andere gevallen is er wel een uitspraak over de onrechtmatigheid maar (indien onrechtmatigheid vaststaat) nog niet over de causaliteit en de omvang van de schadevergoeding. Dit betekent dat het huidige beeld van een relatief gering aantal toegewezen claims tegen toezichthouders in de komende jaren enige wijziging zal kunnen ondergaan. Hoewel het niet waarschijnlijk is dat het hierbij zal gaan om substantiële wijzigingen is alertheid en observatie van de diverse aansprakelijkheidszaken bij de landelijke toezichthouders gewenst.

4.4.2 Invloed aansprakelijkheid op toezicht- en handhavingsbeleid

Uit het onderzoek komt zowel bij de landelijke als bij de lokale toezichthouders het beeld naar voren dat rechterlijke uitspraken over aansprakelijkheidsclaims weliswaar op specifieke punten tot correctie van beleid kunnen leiden maar dat, volgens de verklaringen van de toezichthouders, er geenszins sprake is van een algemene beïnvloeding van het toezicht- 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 maar wel dat zij ex post een beslissing van de rechter verwerken in hun beleid en hun kwaliteitshandboek.

Men zou kunnen denken dat dit ontbreken van invloed te maken heeft met het feit dat toezichthouders slechts betrekkelijk weinig met aansprakelijkheidsclaims worden geconfronteerd. Dit kan voor een deel het geval zijn maar het is van belang dat dezelfde conclusie wordt getrokken door de VWA/RVV, die per jaar met tientallen claims te maken heeft.

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. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, wordt een toegewezen aansprakelijkheidsclaim in het algemeen als een leermoment beschouwd in een continu proces van kwaliteitsbevordering en professionalisering.

In Hoofdstuk 6 zal blijken, Een voorzichtige conclusie die uit het bovenstaande kan worden getrokken is dat het perspectief op wat goed toezicht en goede handhaving inhoudt, niet wezenlijk verschilt tussen toezichthouders en rechterlijke macht. Uiteraard bestaan er op details verschillen van inzicht maar zolang overeenstemming in grote lijnen bestaat, zal een toezichthouder zich slechts op details behoeven te laten corrigeren en zal van defensief gedrag niet snel sprake zijn. Illustratief is de conclusie van de VWA/RVV dat indien het handhavingsoptreden zorgvuldig en proportioneel is, eventuele ingediende schadeclaims niet snel zullen hoeven te worden gehonoreerd.

Overigens bracht geen van de geïnterviewde toezichthouders de wens of de gedachte naar voren om aansprakelijkheid van toezichthouders te beperken of af te schaffen. De meeste toezichthouders zien aansprakelijkheidsclaims als een test voor hun professionaliteit en kwaliteit. Een test die zij in het algemeen eerder als een uitdaging dan als een last beschouwen.

Het feit dat toezichthouders antwoorden dat het toezicht- en handhavingsbeleid niet wordt beïnvloed door de vrees voor aansprakelijkheidsclaims wil overigens nog niet zeggen dat *in feite* van dergelijke invloed geen sprake is. In zekere zin kan hier immers sprake zijn van een sociaal en politiek 'gewenst' antwoord. Of er daadwerkelijk van invloed sprake is en zo ja in hoeverre, kan slechts worden vastgesteld op basis van separaat onderzoek. Een relevant onderzoek in dit verband komt in de volgende paragraaf aan de orde.

4.4.3 Handhaven onder de druk der omstandigheden

Bovenstaande (voorzichtige) conclusies kunnen worden vergeleken met de conclusies van het in maart 2005 gepubliceerde onderzoek *Handhaven onder de druk der omstandigheden*. Het

*gebruik van schriftelijke waarschuwingen door gemeenten.*⁷⁶ Dit onderzoek heeft alleen betrekking op handhaving door gemeenten en niet op handhaving door de landelijke toezichthouders. De conclusies gelden dus niet zonder meer voor laatstgenoemde categorie.

Uit het onderzoek blijkt in de eerste plaats dat bij het nemen van handhavingsbeslissingen ‘... de ernst van de situatie het grootste effect heeft op de genomen beslissing.’ In dergelijke situaties kiest een gemeente ook eerder voor bestuursdwang dan voor een last onder dwangsom.⁷⁷

Deze uitkomst strookt met de in Hoofdstuk 6 en 9 uiteengezette jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake de positieve verplichtingen van overheden om burgers te beschermen tegen gezondheidsbedreigende situaties. In ernstige situaties kan een toezichthouder niet passief blijven maar moet hij actief iets aan de gevaarlijke situatie doen.

Voorts wordt in het onderzoek *Handhaven onder de druk der omstandigheden* geconcludeerd dat er sprake lijkt ‘... van risico aversie onder handhavingsambtenaren en wethouders. Dit zou verband kunnen houden met de afnemende acceptatie van risico’s bij burgers. In het verlengde hiervan blijken bij Bouw en Milieu ook publieke druk de handhavingsbeslissing te beïnvloeden. Bemoeyenis van burgers leidt tot toenemende daadkracht.’⁷⁸

Anders dan in het onderhavige onderzoek onder toezichthouders aan de orde kwam, speelt volgens het onderzoek *Handhaven onder de druk der omstandigheden* het publiek dus wel degelijk een rol, al behoeft het daarbij niet steeds om een potentiële aansprakelijkheidsclaim te gaan. Hierbij is voorts van belang dat lokale toezichthouders meer bloot staan aan politieke druk dan de in dit onderzoek tevens geïnterviewde landelijke toezichthouders die juist in beginsel op afstand van de politiek staan.

Ten aanzien van de vraag hoe het handhavende optreden van handhavers beïnvloed wordt door (de vrees voor reacties van) burgers, concludeert *Handhaven onder de druk der omstandigheden*,

‘... dat de resultaten aanwijzingen geven voor zo’n invloed: juridische status en publieke druk beïnvloeden de keuze om wel of niet een vooraankondiging te versturen, terwijl de verhouding tussen handhaver en overtreder vooral tot uitdrukking komt in de gekozen begunstigingstermijn. Echter ook de situatie op het gemeentehuis is van invloed op de beslissing. Dit samen impliceert dat subjectieve factoren van invloed zijn op de besluitvorming. Echter, evenzeer is duidelijk dat objectieve factoren de bovenhand voeren: de ernst van de situatie is de belangrijkste determinant voor de handhavingsbeslissing.’

Handhaven onder de druk der omstandigheden constateert voorts verschillen tussen ambtenaren en wethouders:

76 Lomwel en Nelissen (2005).

77 o.c., p. ix-x.

78 o.c., p. x.

'Er blijkt bijvoorbeeld dat wethouders minder sterk beïnvloed worden door de ernst van de situatie, en juist relatief sterk door persoonlijke betrokkenheid en wederzijdse afhankelijkheid. Enigszins gechargeerd kan men stellen dat ambtenaren zich veeleer laten leiden door inhoudelijke argumenten, terwijl wethouders meer beïnvloed worden door niet-inhoudelijke aspecten.'⁷⁹

Deze conclusies liggen in dezelfde lijn als de tentatieve conclusies die uit de beantwoording van de questionnaires en de interviews in het onderhavige onderzoek werden getrokken. Daarbij dient te worden opgemerkt dat in dit onderzoek niet met politieke ambtsdragers is gesproken, doch uitsluitend met de verantwoordelijke ambtenaren. Volgens beide onderzoeken verklaren laatstgenoemden dat zij zich primair laten leiden door inhoudelijke argumenten en niet of in mindere mate door niet-inhoudelijke c.q. politieke aspecten. Voorts kan worden opgemerkt dat de politieke druk bij de landelijke toezichthouders ook bij de top van de toezichthouders minder aanwezig is, omdat deze bestuurders geen politieke ambtsdragers zijn maar ten opzichte van de politiek juist een onafhankelijke positie innemen.

4.5 Samenvatting

Het aantal schadevergoedingsclaims tegen toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht is relatief gering. De omvang van dergelijke claims varieert van een paar honderd tot – zeer incidenteel – tientallen miljoenen euro's. In slechts een gering aantal van dat geringe aantal claims is in rechte komen vast te staan of is door de toezichthouder erkend dat hij onrechtmatig heeft gehandeld. Ook in deze laatstgenoemde gevallen is de toezichthouder echter niet steeds aansprakelijk voor de schade, bijvoorbeeld wegens het ontbreken van causaal verband tussen de schade en de onrechtmatige gedraging van de toezichthouder. In het grootste gedeelte van de gemelde claims is de toezichthouder derhalve niet aansprakelijk voor de gestelde schade.

Met name bij lokale toezichthouders lijkt het onderwerp van de aansprakelijkheid van toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht niet tot de verbeelding te spreken en in elk geval geen beleidsmatige prioriteit te hebben.

Zowel landelijke als lokale toezichthouders verklaren 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.

Uit eerder onderzoek blijkt, dat de invloed van publieke druk vermoedelijk groter is bij degenen die politiek verantwoordelijk zijn voor toezicht en handhaving (zoals wethouders) dan voor degenen die daarvoor ambtelijk en professioneel verantwoordelijk zijn.

79 o.c., p. x-xi.

Al met al kan worden geconcludeerd dat aansprakelijkheidsclaims door de toezichthouders op dit moment niet als een bijzonder probleem worden ervaren. Het relatief lage aantal geregistreerde claims biedt daar ook grond voor. Hoewel incidentele mega-claims (zoals in de Volendam- en Enschede-zaken en in de Vie d'Or zaak) reden zijn om de vinger aan de pols te houden, bepalen deze claims niet het beeld van de toezichthouder met betrekking tot de invloed van het aansprakelijkheidsrecht op zijn dagelijks functioneren.

5 Internationaal kader

5.1 Overzicht

Voor een goede beoordeling van de onderhavige problematiek is het om verschillende redenen noodzakelijk deze in een internationaal kader te plaatsen.

In de eerste plaats is, met de opkomst en het toenemende belang van toezichthouders in veel andere landen, de aansprakelijkheid van toezichthouders in die landen een betrekkelijk nieuw maar in de meeste landen reeds regelmatig bediscussieerd onderwerp. De regels die voor de aansprakelijkheid van toezichthouders gelden, lopen per land uiteen en kunnen aangeven hoe het Nederlandse recht zich tot andere rechtsstelsels verhoudt en of Nederland in dit verband al dan niet 'uit de pas loopt'.

In de tweede plaats is er een sterke invloed van de Europese Unie, waarin niet alleen de communautaire overheidsaansprakelijkheid sinds het Francovich arrest invloed heeft op het nationale recht maar wordt meer in het algemeen de rol van de markttoezichthouder in alle landen sterk beïnvloed door Europese regelgeving. Daarmee wordt ook de vraag naar de aansprakelijkheid van markttoezichthouders in andere landen actueel. Hier worden internationaal verschillende richtingen ingeslagen en het is daarom van belang om op de hoogte te zijn van ontwikkelingen in andere landen.

Ten derde heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens belangrijke arresten gewezen waarin regels worden gegeven voor de aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder op gezondheids- en veiligheidssituaties.

Ten slotte dient, met name in de financiële sector, rekening te worden gehouden met een bredere globale context die wordt gevormd door de aanbevelingen (Principles) van het Basel Committee on Banking Supervision en onderzoek van het IMF en de Wereldbank naar wat wordt genoemd *civil protection of financial supervisors*. Zie in het bijzonder par. 5.4.3.

Teneinde de internationale context van de aansprakelijkheid van toezichthouders goed in kaart te brengen, is aan een aantal deskundigen gevraagd om, aan de hand van een vragenlijst, een rapport te schrijven over aansprakelijkheid van toezichthouders in hun rechtsstelsel. Voorts is aan andere deskundigen gevraagd om een rapport te schrijven over respectievelijk de invloed van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de invloed van het Europese communautaire recht op het nationale recht met betrekking tot de aansprakelijkheid van toezichthouders. Deze rapporten, die de basis vormen voor de rechtsvergelijkende conclusies in dit hoofdstuk, zijn te vinden in de Hoofdstukken 9-15 van dit rapport.

Aan de hand van deze rapporten zal in dit hoofdstuk de aansprakelijkheidspositie van toezichthouders in Nederland in een internationaal perspectief worden geplaatst en zal worden

aangegeven hoe de Nederlandse situatie zich verhoudt tot die in het buitenland.

5.2 Toezichthouders in andere landen

De eerste vraag aan de nationale rapporteurs was welke publieke lichamen verantwoordelijk zijn voor het toezicht op marktgedrag en op gezondheid en veiligheid en voorts of deze lichamen centraal of lokaal zijn georganiseerd.⁸⁰

Uit de nationale rapporten blijkt dat in alle landen toezichthouders actief zijn, zowel op landelijk als op lokaal niveau. Omdat het aantal toezichthouders zeer groot is, bevatten de rapporten geen uitputtende overzichten. De nadruk in de nationale rapporten ligt op de markttoezichthouders en op de toezichthouders op gezondheid en veiligheid zoals met name voedselveiligheid, arbeidsomstandigheden, gezondheidszorg, kindbescherming en bouw- en woningtoezicht.

De meeste toezichthouders bestaan reeds zeer lang en zijn geenszins een recent verschijnsel, noch op het zojuist genoemde terrein van gezondheid en veiligheid, noch op dat van het economisch verkeer en de financiële sector, zoals banken en verzekeraars.

Wel is het financiële toezicht in de meeste landen in de afgelopen jaren geherstructureerd en in sommige opzichten ook uitgebreid, met name met gedragstoezicht, ook op de effectenhandel, naast het 'traditionele' prudentiële toezicht op banken en verzekeraars. Deze uitbreiding heeft voor een belangrijk deel een communautaire achtergrond.

Waar het toezicht op de financiële sector en op markten veelal plaatsvindt door van de politiek onafhankelijke instanties, vindt het toezicht op gezondheid en veiligheid vaker plaats door diensten of inspecties van ministeries of andere overheidsinstellingen.

Op een aantal terreinen zijn toezichthouders een betrekkelijk nieuw verschijnsel. Dit geldt met name voor een aantal markttoezichthouders die zich eerst in de laatste één à twee decennia hebben ontwikkeld, met name in de telecom, energie en vervoerssector. Deze trend is niet verrassend, omdat zij rechtstreeks voortvloeit uit het beleid van de Europese Unie om op deze gebieden overheidsmonopolies af te breken en markten te liberaliseren. De wijze waarop deze toezichthouders zijn vormgegeven is echter per land verschillend, omdat de landen daarin door de Europese wetgeving grotendeels zijn vrijgelaten. Wel hebben in alle landen, in overeenstemming met de Europese regelgeving, deze markttoezichthouders een zekere onafhankelijkheid ten opzichte van de politiek.

⁸⁰ Zie hierover respectievelijk Hoofdstuk 10.1 (België), 11.1 (Duitsland), 12.1 (Engeland en Wales), 13.1 (Frankrijk) en 14.1 (Italië).

5.3 Aansprakelijkheid toezichthouders in andere landen

De tweede vraag aan de nationale rapporteurs was of het mogelijk is om schadevergoeding te vorderen van toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en zo ja, wat de voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn.⁸¹

Inadequaat handhavingstoezicht kan inhouden dat verzuimd wordt om tijdig in te grijpen (waardoor schade van derden niet wordt voorkomen) of dat te vroeg wordt ingegrepen (waardoor schade wordt toegebracht op degene op wie toezicht wordt gehouden).

In het algemeen is het mogelijk om toezichthouders aansprakelijk te houden voor schade veroorzaakt door inadequaat handhavingstoezicht. In geen van de landen geldt voor toezichthouders een risico-aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid is in het algemeen gebaseerd op schuld, zij het dat in een aantal gevallen een vorm van gekwalificeerde schuld (grove schuld, kwade trouw, opzet) is vereist. Ook geldt in uitzonderingsgevallen dat een toezichthouder (vrijwel) immuun is voor aansprakelijkheid (zie 5.4).

De algemene tendens die uit de nationale rapporten kan worden afgelezen is dat aansprakelijkheid van toezichthouders met enige terughoudendheid wordt benaderd. Deze terughoudendheid loopt parallel met die ten aanzien van overheidsaansprakelijkheid in het algemeen gebruikelijk is.

Het meest terughoudend is Engeland waar aansprakelijkheid van 'public bodies' slechts onder strikte voorwaarden mogelijk is. Hoewel aansprakelijkheid voor het actief veroorzaken van personenschade door de overheid in het algemeen mogelijk is op grond van de gewone foutaansprakelijkheid (tort of negligence), is aansprakelijkheid voor nalaten in het algemeen zeer moeilijk. Onder deze laatste categorie ressorteert naar Engels recht de aansprakelijkheid van toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht. In veel van deze gevallen vond de rechter het niet 'just, fair and reasonable' om op de public body een zorgplicht op te leggen. De drempel voor deze aansprakelijkheid was zo hoog dat in veel gevallen van een de facto immuniteit werd gesproken.

Sinds het midden van de jaren negentig is er in Engeland echter een tendens ingezet waarin de terughoudendheid ten aanzien van overheidsaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van toezichthouders enigszins is verminderd, met name onder invloed van de Human Rights Act 1998 die in 2000 in werking trad en die het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens directe werking gaf in het Verenigd Koninkrijk. Daarnaast is ook de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie van invloed op een minder terughoudende benadering van aansprakelijkheid van de overheid en daarmee van de aansprakelijkheid van toezichthouders.

Italië maakte globaal dezelfde ontwikkeling door: aanvankelijk gold ook hier een zeer hoge drempel voor aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door overheidsoptreden die in de

⁸¹ Zie hierover respectievelijk Hoofdstuk 10.2 (België), 11.2 (Duitsland), 12.2 (Engeland en Wales), 13.2 (Frankrijk) en 14.2 (Italië).

praktijk op een bijna-immuniteit neerkwam. Ook hier heeft de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie en die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zijn invloed doen gelden om de drempel voor aansprakelijkheid van overheid en van toezichthouders te verlagen.

Duitsland, Frankrijk en België kennen reeds langere tijd een minder hoge drempel voor de aansprakelijkheid van overheid en van toezichthouders voor de schade die door hun doen of nalaten wordt veroorzaakt. Voor aansprakelijkheid van overheden en toezichthouders in deze landen is, net als voor andere rechtssubjecten, vereist dat zij zich onzorgvuldig hebben gedragen. Met andere woorden: dat zij zich niet hebben gedragen zoals van een redelijk handelende overheid of toezichthouder mag worden verwacht.

De belangrijkste belemmering voor aansprakelijkheid in deze landen is dat aan het overheidslichaam of de toezichthouder in veel gevallen een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt waarmee de rechter rekening dient te houden. In Frankrijk is in dergelijke gevallen een *faute lourde* van het overheidslichaam of de toezichthouder vereist. Hiermee wordt aangegeven dat aansprakelijkheid van de overheid geen gewone aansprakelijkheid is – ook al worden de gewone regels van aansprakelijkheid toegepast – maar dat de bijzondere rol van de overheid meebrengt dat de rechter terughoudend is in zijn toetsing van overheidsgedrag, met name indien dit aspecten van beleidsvrijheid bevat. Deze terughoudendheid heeft te maken met de scheiding van machten: het is niet aan de rechter om op de stoel van de overheid of de toezichthouder te gaan zitten indien het om beleidsmatige aangelegenheden gaat.

Het verschil tussen Engeland en Italië enerzijds en Duitsland, Frankrijk en België anderzijds is dat eerstgenoemde landen ook buiten de strikte gevallen van beleidsvrijheid van de overheid of de toezichthouder terughoudend zijn met aansprakelijkheid, terwijl in laatstgenoemde landen de aansprakelijkheid van overheid en toezichthouder buiten gevallen van beleidsvrijheid weinig verschilt van die van andere rechtssubjecten zoals bedrijven en individuen.

5.4 Aansprakelijkheidsimmunititeiten in andere landen

5.4.1 Inleiding

De derde vraag aan de nationale rapporteurs betrof de kwestie welke wettelijke immunititeiten voor aansprakelijkheid gelden voor overheidsorganen, in het bijzonder toezichthouders.⁸²

Uit de nationale rapporten kan worden afgeleid dat algemene en bijzondere aansprakelijkheidsimmunititeiten zeldzaam zijn.

Algemene aansprakelijkheidsimmunititeiten voor overheidsorganen komen in de landen waarover werd gerapporteerd niet voor. Overheidsorganen kunnen steeds aansprakelijk worden

⁸² Zie hierover respectievelijk Hoofdstuk 10.3 (België), 11.3 (Duitsland), 12.3 (Engeland en Wales), 13.3 (Frankrijk) en 14.3 (Italië).

gehouden voor schade die zij actief veroorzaken aan derden, ervan uitgaande dat zij dit op onrechtmatige of onzorgvuldige wijze hebben gedaan.

Tot voor kort kenden met name Engeland en Italië een zekere algemene aansprakelijkheidsimmunititeit van de overheid voor gevallen van nalaten. Dit zijn gevallen waarin zij de schade niet zelf rechtstreeks heeft veroorzaakt maar deze niet heeft voorkomen. Dit zijn de typische gevallen van toezichthoudersaansprakelijkheid. Onder invloed van Europees recht is deze situatie aan het veranderen en is in beide landen een ontwikkeling gaande waarin ook toezichthoudersaansprakelijkheid voor nalaten mogelijk is, al blijft de drempel daarvoor, in het bijzonder in Engeland, betrekkelijk hoog.

Bijzondere immuniteiten behoren eveneens tot de uitzonderingen. Hierbij gaat het om immuniteit van bepaalde overheidsorganen. In feite zijn dergelijke gevallen alleen te vinden in de aansprakelijkheidsimmuniteiten van de financiële toezichthouders. Dergelijke immuniteiten gelden in Engeland, Duitsland en België. In Duitsland is deze immuniteit absoluut, terwijl er in Engeland en België uitzonderingen op bestaan.

In België geniet de financiële toezichthouder (CBFA) immuniteit van aansprakelijkheid door de wettelijke bepaling dat de toezichthouder zijn functies uitsluitend uitoefent in het algemeen belang. Deze aansprakelijkheidsimmunititeit voor beslissingen, daden of gedragingen in de uitoefening van haar wettelijke taken geldt ook voor de organen en het personeel van de toezichthouder. De belangrijke uitzondering op deze immuniteitsregel is dat zij niet geldt voor gevallen van bedrog en grove nalatigheid.

In Engeland geniet de financiële toezichthouder (FSA) immuniteit van aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door gedragingen of nalatigheden in het uitoefenen van bevoegdheden van de toezichthouder. Deze aansprakelijkheidsimmunititeit geldt ook voor stafleden van de toezichthouder. Op deze immuniteitsregel bestaan twee uitzonderingen: in de eerste plaats indien de toezichthouder in zijn gedraging of nalatigheid te kwader trouw was en ten tweede indien de gedraging of nalatigheid een schending inhoudt van een van de bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

De uitzonderlijke positie van de financiële toezichthouder in Duitsland bestaat er in dat zijn aansprakelijkheid ook is uitgesloten indien hij te kwader trouw of met grove nalatigheid handelt. Het is echter de vraag of een zo onvoorwaardelijke aansprakelijkheidsimmunititeit onder alle omstandigheden in overeenstemming is met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Bovendien gaat deze immuniteit verder dan de aanbevelingen van het Basel Committee on Banking Supervision (zie par. 5.4.3).

5.4.2 Europese invloeden

De invloeden van 'Europa' op de aansprakelijkheid van toezichthouders zijn tweërlei: enerzijds die van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en anderzijds die van het Europese

communautaire recht.

Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is in de eerste plaats van belang voor de toezichthouders op veiligheid, gezondheid en milieu. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft uit het Verdrag zogenaamd positieve verplichtingen afgeleid op grond waarvan Staten onder bepaalde – betrekkelijk strikte – omstandigheden levensbedreigende situaties, mensonterende toestanden en ernstige milieu-overlast actief dienen te voorkomen. Zie voor een gedetailleerde uiteenzetting hiervan Hoofdstuk 6. Dit betekent dat overheden op grond van het EVRM minimum verplichtingen hebben waarvan zij niet kunnen worden vrijgesteld. Een aansprakelijkheidsimmunititeit voor toezichthouders op veiligheid, gezondheid en milieu, zal daarom in beginsel in strijd zijn met de bepalingen van het EVRM.

Voor toezichthouders op markten en voor financiële toezichthouders kunnen Artikel 6 en 13 EVRM en Artikel 1 Eerste Protocol EVRM van belang zijn. Artikel 6 EVRM beschermt de toegang tot de rechter ('Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld') en Artikel 13 voorziet in een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie indien een verdragsrecht is geschonden. Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM dat bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon recht op het ongestoord genot van zijn eigendom heeft, waarbij het begrip eigendom ruim wordt omschreven en niet alleen zaken maar ook rechten omvat (zie Hoofdstuk 9). Tot nu toe zijn in de jurisprudentie van het EHRM nog geen gevallen beslist waarin de betekenis van de Verdragsbepalingen ten opzichte van de activiteiten van de financiële toezichthouder aan de orde zijn gekomen.⁸³

Uit het Europese communautaire recht vloeien voor Lid-Staten diverse verplichtingen voort tot het houden van toezicht. Het niet nakomen van deze verplichtingen kan tot communautaire aansprakelijkheid leiden op grond van de Francovich rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Dit is echter niet altijd geval. Indien namelijk de geschonden Europese regel geen rechten verstrekt aan individuen, kan van Francovich-aansprakelijkheid geen sprake zijn en is een nationale aansprakelijkheidsimmunititeit van een toezichthouder niet in strijd met het communautaire recht. Een voorbeeld hiervan is de Peter Paul zaak, waarin het Europese Hof besliste dat de EG-Bankenrichtlijnen geen rechten verstrekken aan individuen en dat ook overigens de aansprakelijkheidsimmunititeit van de Duitse bankentoezichthouder niet in strijd was met het communautaire recht.

⁸³ Zie het grondwettelijke aspect van de aansprakelijkheidsimmunititeit van de toezichthouder ook Hoofdstuk 11 over de mogelijke gang naar het *Bundesverfassungsgericht* (het Duitse constitutionele hof) in de Peter Paul zaak, waarin het ging om de immunititeit van aansprakelijkheid van de Duitse bankentoezichthouder.

5.4.3 Core Principles Basel Committee on Banking Supervision

Specifiek voor de financiële toezichthouders zijn de zogenaamde 'Core Principles' van het Basel Committee on Banking Supervision van belang. Dit Basel Comité is opgericht in 1975 door de presidenten van de centrale banken van de zogenaamde Group of Ten. Het bestaat uit senior vertegenwoordigers van banktoezichthouders en centrale banken van België, Canada, Duitsland, Frankrijk, Italië, Japan, Luxemburg, Nederland, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland. Het comité komt bij de Bank voor Internationale Betalingen in Basel, Zwitserland, waar ook het secretariaat van het comité is gevestigd. Het gaat in dit Comité om de zogenaamde prudentiële toezichthouders (in Nederland DNB) en niet om de zogenaamde gedragstoezichthouders (in Nederland de AFM).

Het Basel Comité bezit geen formele supranationale toezichthoudende bevoegdheden en zijn conclusies en aanbevelingen hebben geen wettelijke status. De bedoeling van het Comité is om in brede zin normen en richtlijnen voor toezicht te formuleren en aanbevelingen te doen voor 'best practices' in de verwachting dat nationale autoriteiten deze zullen implementeren door middel van wettelijke regelingen of anderszins op een manier die het beste past in het nationale systeem. Aldus tracht het Comité convergentie te bevorderen in de richting van gemeenschappelijke benaderingen en standaards. Het streeft geen gedetailleerde harmonisatie van de nationale toezichtstechnieken en –regels na.

Het Basel Committee heeft in 1997, in nauwe samenwerking met een groot aantal banktoezichthouders van buiten de G10 de zogenaamde *Core Principles for Effective Banking Supervision* gepubliceerd. Deze principes voorzien in een omvangrijke blauwdruk voor een effectief toezichtssysteem. Teneinde de implementatie te faciliteren heeft Basel Committee in 1999 de *Core Principles Methodology* ontwikkeld.

Van de *Core Principles* is het eerste beginsel in het verband van dit onderzoek het meest van belang.⁸⁴ Dit beginsel luidt als volgt:

'An effective system of banking supervision will have clear responsibilities and objectives for each agency involved in the supervision of banking organisations. Each such agency should possess operational independence and adequate resources. A suitable legal framework for banking supervision is also necessary, including provisions relating to authorisation of banking organisations and their ongoing supervision; powers to address compliance with laws as well as safety and soundness concerns; and legal protection for supervisors. Arrangements for sharing information between supervisors and protecting the confidentiality of such information should be in place.'

Waar het hier om gaat zijn de laatste vijf woorden van de voorlaatste zin: 'and legal protection for supervisors'. In de bijbehorende toelichting wordt daarover opgemerkt dat het gaat om '...

⁸⁴ Basel Committee on Banking Supervision, *Core Principles for Effective Banking Supervision* (Basel, September 1997), to be found at <http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf>.

protection (normally in law) from personal and institutional liability for supervisory actions taken in good faith in the course of performing supervisory duties'.⁸⁵

Uit deze toelichting blijkt, dat het Basel Comité geen aanbeveling doet voor een immuniteit van aansprakelijkheid voor banktoezichthouders. Het Comité beveelt aan om toezichthouders te beschermen tegen aansprakelijkheid indien zij te goeder trouw (*in good faith*) handelen bij de uitoefening van hun toezichthoudende taken. Deze aanbeveling wordt gereflecteerd in het Engelse recht en in zekere zin ook in het Belgische recht (zie par. 5.4.1).

Het is niet duidelijk wat de exacte reikwijdte is van handelen *in good faith*. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat een banktoezichthouder in elk geval aansprakelijk kan zijn indien hij te kwader trouw handelt. Het lijkt echter niet onwaarschijnlijk dat deze aanbeveling insluit dat een banktoezichthouder aansprakelijk is indien hij op grove wijze nalatig is geweest, zoals dat in het Belgische recht uitdrukkelijk is geregeld.

Ross S. Delston, een legal consultant van de World Bank, formuleerde de reden voor een beperkte aansprakelijkheid voor banktoezichthouders als volgt:

'The need for such protection is based on the chilling effect that even the threat of litigation can have on the performance of a banking supervisor's work. That threat tends to be greater when, as is the case today, banking systems are under stress. This threat tends to be particularly significant where large numbers of banking institutions are insolvent, resulting in more stringent enforcement and remedial measures, as well as revocation of banking licenses.'⁸⁶

Dit argument komt er op neer dat toezichthouders zich belemmerd kunnen voelen door het aansprakelijkheidsrisico dat zij lopen en daardoor niet meer naar behoren functioneren. Voor dit effect wordt echter geen nadere empirische onderbouwing gegeven. Voorts dient bij deze aanbevelingen in overweging te worden genomen dat de aanbevelingen van het Basel Comité een pleidooi in eigen zaak zijn. Dat betekent uiteraard niet dat deze aanbevelingen niet serieus dienen te worden genomen, integendeel, maar wel dat er veel belangstelling zal bestaan voor de empirische onderbouwing van de grondslag van de aanbevelingen. Zie voor een nadere discussie van dit argument tegen (reguliere) toezichhoudersaansprakelijkheid hoofdstuk 7.

5.5 Stand van de discussie

De vierde vraag aan de nationale rapporteurs ging over de stand van de discussie met betrekking tot overheidsaansprakelijkheid in het algemeen en toezichhoudersaansprakelijkheid in het bijzonder, alsmede over de kwestie of de nationale overheid bezorgd is over de financiële

⁸⁵ Basel Committee on Banking Supervision, *Core Principles for Effective Banking Supervision* (Basel, September 1997), p. 14.

⁸⁶ Ross S. Delston, *Statutory Protection for Banking Supervisors*, The World Bank Group, http://www1.worldbank.org/finance/html/statutory_protection.html#delston.

last die aansprakelijkheid wegens inadequaar handhavingstoezicht kan meebrengen.⁸⁷

Uit de nationale rapporten blijkt, dat in de meeste landen de aansprakelijkheid van toezichthouders een punt van discussie is, zowel in de academische wereld als in de politiek. De opkomst van de nieuwe markttoezichthouders speelt daarbij een belangrijke rol, niet het minst in verhouding tot hun onafhankelijkheid en hun verhouding tot de politieke controle. Ook een aantal schandalen in de veiligheidssfeer geeft aanleiding tot een discussie over de rol van de toezichthouders en hun eventuele aansprakelijkheid in geval van onvoldoende of inadequaar toezicht.

5.6 Welke bedragen zijn beschikbaar uit compensatiefondsen?

De vijfde vraag aan de nationale rapporteurs betrof de omvang van de vergoedingen die aan bankrekeninghouders en beleggers worden uitgekeerd op grond van het Europese recht indien een bank of een beleggingsonderneming niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen.⁸⁸

Op basis van Europees communautair recht dienen rekeninghouders en beleggers in geval van insolventie van de financiële instelling een uitkering te ontvangen uit een compensatiefonds. Uit Artikel 7 Eerste Bankrichtlijn (Richtlijn 19/94/EEC) vloeit voort dat de minimum compensatie voor rekeninghouders € 20.000 bedraagt.⁸⁹ Hetzelfde minimum vloeit voor beleggers voort uit Richtlijn 93/22/EEC.⁹⁰ Blijkens de nationale rapporten heeft een aantal landen in hun wetgeving hogere limieten opgenomen.

België en Duitsland gaan, net als Nederland, niet verder dan het communautaire minimum van € 20.000. Het Verenigd Koninkrijk is genereuzer met een garantiebedrag van € 46.000, Frankrijk garandeert € 70.000, terwijl Italië zelfs een bedrag van € 103.000 garandeert. In de laatstgenoemde drie landen geldt overigens wel een eigen risico.

Er bestaat geen duidelijk verband tussen de beperkte aansprakelijkheid van toezichthouders enerzijds en de hoogte van het garantiebedrag anderzijds. Duitsland, België en het Verenigd Koninkrijk kennen in principe een aansprakelijkheidsimmunititeit van de banktoezichthouder maar de garanties in Duitsland en België zijn minimaal, terwijl de garantie in het Verenigd Koninkrijk ruim twee keer zo hoog is. Anderzijds kennen Nederland, Frankrijk en Italië geen aansprakelijkheidsimmunititeit maar lopen de garanties uiteen van het minimum in Nederland tot drie tot vijf maal hogere garanties in Frankrijk en Italië.

Vanuit het perspectief van rekeninghouders en beleggers bestaat er echter wel degelijk een

87 Zie hierover respectievelijk Hoofdstuk 10.4 (België), 11.4 (Duitsland), 12.4 (Engeland en Wales), 13.4 (Frankrijk) en 14.4 (Italië).

88 Zie hierover respectievelijk Hoofdstuk 10.5 (België), 11.5 (Duitsland), 12.5 (Engeland en Wales), 13.5 (Frankrijk) en 14.5 (Italië).

89 Richtlijn 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 1994 inzake de depositogarantiestelsels, Pb Nr. L 135, 31 mei 1994, p. 5-14.

90 Richtlijn 93/22/EEG van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten, Pb Nr. L 141, 11 juni 1993, p. 27-46.

verband, omdat de garantiebedragen voor hen van groot belang zijn voor het dekken van hun schade ingeval de bank bij wie zij bankieren niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen. Rekeninghouders en beleggers zijn uiteraard beter af met een garantiebedrag ongeacht eventuele aansprakelijkheid, dan de onzekere gang van het aansprakelijk stellen van de banktoezichthouder wegens inadequaat handhavingstoezicht. Zie hierover Hoofdstuk 7.

5.7 Zijn toezichthouders verzekerd tegen aansprakelijkheid?

De laatste vraag aan de nationale rapporteurs betref de kwestie of toezichthouders verzekerd zijn tegen aansprakelijkheid.⁹¹

Voor zover bekend zijn in Duitsland, Italië en Frankrijk toezichthouders in het algemeen niet verzekerd. Dit is conform de traditie dat overheden hun aansprakelijkheid in beginsel niet verzekeren. Wel wordt in Frankrijk nu nagedacht over aansprakelijkheidsverzekeringen, in het bijzonder voor de nieuwe markttoezichthouders. In Engeland zijn er wel toezichthouders die hun aansprakelijkheid (al dan niet gedeeltelijk) verzekeren, niet alleen de gemeenten (local authorities) maar ook de (kleinere) landelijke toezichthouders.

5.8 Samenvatting

In alle onderzochte landen (België, Duitsland, Engeland en Wales, Frankrijk en Italië) mogen toezichthouders en hun aansprakelijkheid zich in toenemende belangstelling verheugen. Lokale toezichthouders zijn (bijna) van alle tijden maar het aantal landelijke markttoezichthouders is ook in genoemde landen de afgelopen jaren sterk toegenomen. Deze toename heeft te maken met een aantal internationale ontwikkelingen. In de eerste plaats zijn markttoezichthouders met name in beeld gekomen in het kader van het Europese recht. In dit kader is de privatisering van staatsmonopolies en de liberalisering van met name de telecom, energie en vervoermarkten gevolgd door het instellen van toezichthouders op de marktwerking in deze sectoren (Opta, DTe, Vervoerkamer). Voorts is het Nederlandse mededingingsrecht sinds 1998 op Europese leest geschoeid en voert de NMa sinds 2004 onderdelen van het Europese mededingingsrecht uit. Ten slotte is het toezicht op de financiële sector sterk geïntensiveerd en gecommunautariseerd in het kader van het creëren van een interne markten voor financiële diensten. In de tweede plaats zijn de veiligheidstoezichthouders, in het bijzonder maar niet uitsluitend gemeenten, met name in beeld gekomen door ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Hierin is voor toezichthouders (overheden) aangegeven aan welke minimum

⁹¹ Zie hierover respectievelijk Hoofdstuk 10.6 (België), 11.6 (Duitsland), 12.6 (Engeland en Wales), 13.6 (Frankrijk) en 14.6 (Italië).

standaards hun veiligheidsbeleid, in het bijzonder toezicht en handhaving, dient te voldoen.

De nationale rechtsstelsels vertonen belangrijke overeenkomsten als het gaat om de toepasselijke regels voor de aansprakelijkheid van toezichthouders. In beginsel is steeds, net als bij de overheidsaansprakelijkheid in het algemeen, een gewone schuldaansprakelijkheid van toepassing, in het bijzonder indien het gaat om gedragingen waarbij de beleidsvrijheid van de toezichthouder niet aan de orde is. Indien dat wel het geval is, wordt hiermee rekening gehouden bij het vaststellen van aansprakelijkheid. In een aantal landen komt dit tot uitdrukking doordat aansprakelijkheid alleen kan worden gevestigd in geval van opzet of grove schuld. In vergelijking met België, Frankrijk en Duitsland, zijn Engeland en Italië meer terughoudend met het aannemen van toezichthoudersaansprakelijkheid. Daarbij kan worden opgemerkt dat in de laatstgenoemde landen deze terughoudendheid enigszins is afgenomen, onder meer onder invloed van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Een bijzondere categorie wordt gevormd door de financiële toezichthouders. In België, Duitsland en Engeland geldt voor deze toezichthouder een (quasi) immuniteit van aansprakelijkheid. In België en Engeland geldt deze immuniteit niet in geval van bedrog en grove nalatigheid, resp. kwade trouw van de toezichthouder. In Duitsland is de immuniteit absoluut: zelfs in geval van opzet of kwade trouw kan de Duitse banktoezichthouder niet aansprakelijk worden gehouden voor de daarmee in causaal verband staande schade. Het Basel Committee on Banking Supervision (bestaande uit vertegenwoordigers van centrale banken) beveelt aan om de aansprakelijkheid van banktoezichthouders uit te sluiten indien zij te goeder trouw handelen, omdat toezichthouders zich anders in hun functioneren belemmerd zouden voelen door het aansprakelijkheidsrisico dat zij lopen. Een empirische onderbouwing van dit effect wordt echter niet gegeven.

Vanuit het perspectief van de benadeelde staat de aansprakelijkheid van de toezichthouder in direct verband met de mogelijkheid om op andere wijze compensatie te krijgen in geval een bank of verzekeraar failliet gaat. Ten aanzien van banken bestaat een dergelijke mogelijkheid in de vorm van de Europese Depositogarantierichtlijnen. Nederland, Duitsland en België volgen het Europese minimum van € 20.000 maar de andere landen kennen hogere garantiebedragen, Italië zelfs iets meer dan € 100.000. Deze garantiebedragen gelden overigens niet voor verzekerden die bijvoorbeeld hun verzekeringsmaatschappij failliet zien gaan.

Hoewel nationale overheden hun aansprakelijkheid niet plegen te verzekeren, is de introductie van de nieuwe landelijke toezichthouders een stimulans om na te denken over de verzekering van hun aansprakelijkheid. Voorts is het niet ongebruikelijk dat lokale toezichthouders (gemeenten) hun aansprakelijkheid door middel van een verzekering dekken.

6 Juridisch kader Nederland

6.1 Wettelijke grondslag aansprakelijkheid van toezichthouders

6.1.1 *Onrechtmatige daad: art. 6:162 BW*

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 toezichhoudersaansprakelijkheid is, dient de blik dus te worden gericht op de regels voor overheidsaansprakelijkheid.

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.

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*

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.'⁹²

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 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).

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.⁹³ 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.

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.

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).

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

⁹² Zie over de vereisten onrechtmatigheid en toerekening onder meer Van Dam (2000), nr. 801 e.v.

⁹³ 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.

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.

6.1.3 *Bijzondere rol van overheid en toezichthouder*

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.⁹⁴ 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.⁹⁵

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).

Eenzijds 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.⁹⁶ 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.⁹⁷ Zie over de rechtmatige overheidsdaad par. 6.12.

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

94 Asser-Hartkamp III, nr. 281-284; Van Maanen en De Lange (2000), p. 19 e.v. Zie ook Van Dam (2000), nr. 608.

95 HR 20 november 1924, NJ 1925, 89 (Ostermann).

96 Van Dam (2000), nrs. 813 en 918.

97 Van Dam (2000), nr. 814 en 918.

(‘policy’, ‘pouvoir discrétionnaire’ en ‘das freie Ermessen’); zie hierover par. 6.1.6.

6.1.4 *Rechtsvorm toezichthouders niet bepalend voor aansprakelijkheidsnorm*

Toezichthouders zijn niet altijd een publiekrechtelijk overheidsorgaan. De publiekrechtelijke taak wordt in diverse gedaanten uitgevoerd: als ambtelijke dienst (lvG), als ZBO (Opta, NMa) of als privaatrechtelijke rechtspersoon (DNB, AFM; beide zijn tevens ZBO).

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.

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).

Aangenomen wordt dat de rechtsvorm waarin de toezichthouder is gegoten niet beslissend is voor de inhoud van de aansprakelijkheidsnorm.⁹⁸ 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.

Besslissend 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*

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

⁹⁸ 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.

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.

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 - 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.⁹⁹

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.¹⁰⁰

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.¹⁰¹ 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

99 Van Rossum, oratie (2001), p. 14 e.v en 22 e.v.

100 Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 192.

101 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.

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 gevaarzetting 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.¹⁰²

In de literatuur is daarnaast bepleit om, met name ten aanzien van markttoezichthouders voor de aansprakelijkheidsnorm aansluiting te zoeken bij die beroepsbeoefenaren.¹⁰³ Deze norm houdt in dat beslissend is of de toezichthouder zich heeft gedragen als een redelijk handelend en een redelijk bekwaam toezichthouder.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵

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.¹⁰⁶ 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.

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.¹⁰⁷

6.1.6 *Beleidsvrijheid*

In veel gevallen zal het overheidslichaam ter afwering van aansprakelijkheid een beroep doen op

102 Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 193.

103 Zie Giesen, *A&V* 2002, p. 101; Giesen (2005), p. 106-111; Wessels (1999), p. 129-144.

104 HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 (Speeckaert/Gradener).

105 Van Dijk, *NTBR* 2003/4, p. 191; Van Rossum (2001), p. 14.

106 Zie ook Giesen (2005), p. 108-111.

107 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 Verzekeringkamer); Hof Den Haag 27 mei 2004, *NJ* 2004, 470, *JOR* 2004, 206, m.nt. Van Ravels en Van Anandel (Stichting Vie d'Or/Stichting Pensioen- en Verzekeringkamer); Rb. Amsterdam 14 september 2005, *NJ* 2005, 535 (Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.).

de bestuurlijke beoordelings- en beleidsvrijheid.¹⁰⁸ 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.

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 gemaakte keuzes, in beginsel de normale toetsing aan art. 6:162 geldt.¹⁰⁹ 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.

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.¹¹⁰

Een overheidslichaam handelt onrechtmatig, indien het in zijn beleid een bevoegdheid misbruikt of indien het in redelijkheid niet tot zijn beslissing kon komen.¹¹¹

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

108 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.

109 HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 (Bussluis).

110 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).

111 Asser-Hartkamp III, nr. 290d.

beginselen, handelt het onrechtmatig.¹¹² 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.¹¹³ 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 behoorlijk bestuur.'¹¹⁴

Ten slotte vormt beleidsvrijheid geen rechtvaardiging voor het schenden van *fundamentele rechtsbeginselen* of *fundamentele rechten*. Zie hierover uitvoerig par. 6.7.4.

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 Verzekeringkamer, de Staat en accountants wegens inadequaat toezicht voorafgaand aan ondergang Vie d'Or. De rechtbank overwoog:

'Van onrechtmatig handelen van de Verzekeringkamer is (...) sprake, indien moet worden vastgesteld dat de Verzekeringkamer - 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.'¹¹⁵

Op grond van deze norm concludeerde de rechtbank dat de Verzekeringkamer jegens de beleggers niet onrechtmatig had gehandeld.

Het Hof koos een minder terughoudende lijn voor het toetsen van het door de Verzekeringkamer uitgeoefende toezicht:

112 Asser-Hartkamp III, 1998, nr. 290a e.v.

113 Zie Van Maanen en De Lange (2000), p. 58 e.v.

114 Kamerstukken II, 2003/2004, 29 708, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 29 e.v.

115 Rb. Den Haag 13 juni 2001, NJ 2001, 445 (Stichting Vie d'Or/Stichting Pensioen- en Verzekeringkamer); 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 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).

‘De vraag of het optreden van de Verzekeringkamer 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 Verzekeringkamer zijn toegekend de Verzekeringkamer 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 Verzekeringkamer slechts marginaal mag worden getoetst. Ook in gevallen waarin aan de Verzekeringkamer beleidsvrijheid toekomt, is de maatstaf of de Verzekeringkamer als een redelijk handelend toezichthouder heeft gehandeld en die toetsing is een volledige toetsing op zorgvuldigheid en niet een marginale.’

Op grond van deze norm concludeerde het Hof dat de Verzekeringkamer, op grond van wat hij in de loop van 1991 wist, eind november 1991 een stille bewindvoerder had moeten benoemen, en dat de Verzekeringkamer 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.

Deze zaak is tevens een goede illustratie van het reeds in de Inleiding aangeduide toezichthoudersdilemma (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 Verzekeringkamer 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.¹¹⁶

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

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.

¹¹⁶ Zie ook Van Rossum (2005), p. 29.

6.2.2 Bestuursrecht

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 toezichthouders 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.¹¹⁷ 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).¹¹⁸

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.

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).

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

117 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.

118 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, nr 1-4.

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*

Sinds zijn beslissing in *Francovich* in 1991 heeft het Hof van Justitie in Luxemburg het beginsel van communautaire aansprakelijkheid ontwikkeld.¹¹⁹ 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.¹²⁰ Ook schending van Europees recht door toezichthouders zal daarom tot aansprakelijkheid voor de daardoor veroorzaakte schade kunnen leiden.

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.

6.2.4 *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*

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).

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

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

6.3 Voor welke gedragingen kan toezichthouder aansprakelijk zijn?

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 handhavingsbeleid, 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.

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.

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.

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.

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 ontleen 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 Tuchtwet dan wel een strafbaar feit.'¹²¹

Het tweede geval illustreert dat waar twee toezichthouders toezicht houden op aanverwante terreinen, zorgvuldig dient te worden vastgesteld wie welke bevoegdheden heeft.

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.

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

121 HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 898, m.nt. MS (Rauwerda/Staat).

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.

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 Ahold niet werd stilgelegd behoefde AFM op de bewuste twee dagen niet af te leiden dat Ahold 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 Ahold van uitstel van openbaarmaking onder de omstandigheden niet geleid zou hebben tot stillegging van de handel in het beursfonds Ahold. De vordering is derhalve niet toewijsbaar en het verweer omtrent de schade en causaliteit. kan verder onbesproken blijven.'¹²²

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 redelijkerwijs 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.¹²³

122 Rb. Amsterdam 26 januari 2005, LJN: AT3898, rolnummer 274706 / H 03.2583 (CS) (Accent Aigu/Autoriteit Financiële Markten).

123 Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male (2002), p. 427.

6.4 Aansprakelijkheid voor besluiten

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.

In dit verband geldt, dat de onrechtmatigheid van een besluit (zoals een milieuvergunning, een handavings- 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).¹²⁴

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.

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 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.¹²⁵

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.¹²⁶ Dit is het beginsel van de formele rechtskracht.¹²⁷

124 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).

125 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.

126 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).

127 Asser-Hartkamp III, nr. 273 e.v. en in het bijzonder Mok en Tjittes, *RM Themis* 1995, p. 383 e.v.

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.¹²⁸

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.¹²⁹

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 bevestigend, andere schrijvers zijn voorzichtiger of beantwoorden de vraag ontkennend.¹³⁰ 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.¹³¹ Dat zijn in beginsel slechts de geadresseerden van het besluit en derden die door het besluit rechtstreeks en persoonlijk in hun belang zijn getroffen.¹³² Zie over het belanghebbende-begrip par. 7.3.4.

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.¹³³

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

128 HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112, m.nt. CJHB (Van Gog/Nederweert); Asser-Hartkamp III, nr. 274.

129 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).

130 Koeman, *Volkscrant* 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.

131 Van der Does en Sniijders (2001), nr 6d; Van der Meulen (2001), p. 23.

132 Koetser e.a. (1992).

133 Zie bijvoorbeeld B.J. Schueler, *Milieu & Recht* 2001, p. 202; Van Ettehoven 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.

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.¹³⁴

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.¹³⁵ 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 wegens schending van het Europese recht door de rechter.¹³⁶

6.5 Aansprakelijkheid jegens degenen op wie toezicht wordt gehouden

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.

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.¹³⁷ 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.

134 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.

135 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).

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

137 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).

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.¹³⁸

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-arrest¹³⁹ 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.¹⁴⁰

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 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.

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 effecteninstelling.¹⁴¹ In de hierop volgende schadestaatprocedure kon de betrokkene zijn schade echter onvoldoende onderbouwen en werd zijn vordering afgewezen.¹⁴²

138 Rb. Roermond 23 december 1982, *BR* 1983, 533 (Onjuist peil).

139 Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964, 228 (Vijzelstraat).

140 Hof 's-Gravenhage 7 februari 1989, *BR* 1989, 637, m.nt. H.C.W.M. Moesker.

141 Rb. Amsterdam 12 januari 2000, rolnummer H 98.0197 en Hof Amsterdam 8 november 2001, rolnummer 0521/00.

142 Rb. Amsterdam 17 november 2004. rolnummer 279282/HA ZA 03-3243 (AMS).

6.6 Aansprakelijkheid voor openbare mededelingen

6.6.1 Inleiding

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.

Het is duidelijk dat dergelijke informatie voor bedrijven die met naam en toenaam zijn genoemd tot schade kan leiden, zoals reputatieschade, omzetverlies e.d.

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'.

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 niet stelselmatig) schuldig maken aan het overtreden van regels.

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)

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.

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 Accel 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):

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.'

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)

In dit geding ging het om een perscampagne van de Opta rond 1 augustus 2002 waarin het publiek werd geïnformeerd dat kon worden overgestapt op een andere vaste telefonie aanbieder (een CPS: Carrier Pre Select) voor lokale gesprekken en dat het maken van een goede keuze de consument - afhankelijk van zijn/haar belgedrag - per jaar een besparing tussen 50 en 100 euro 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.

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.’

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*

Uit deze rechtspraak kan globaal het volgende worden afgeleid:¹⁴³

- 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.

6.7 **Aansprakelijkheid jegens derden**

6.7.1 *Inleiding*

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 inadequaate handhavingstoezicht gelden geschreven en ongeschreven regels. Voor wat betreft de geschreven regels geldt dat in het laatste decennium in de wetgeving zowel

143 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.

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.

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.

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*

Zoals in par. 1.2.2 reeds werd aangegeven, is het inmiddels gebruikelijk om een onderscheid te maken tussen algemeen en bijzonder toezichtsfalen.¹⁴⁴ 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.

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 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

¹⁴⁴ Zie reeds Van Boom en Giesen, *NJB* 2001, p. 1679. Zie voorts Giesen (2005), p. 23 met verdere verwijzingen.

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.¹⁴⁵

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 cliëntenremisier¹⁴⁶ 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.

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 zo’n onderzoek, gelet op de noodzakelijke prioriteitstelling en de in 1998 beperkte omvang van haar organisatie, geen ruimte was.¹⁴⁷

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).

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

145 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.

146 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.

147 Rb. Amsterdam 14 september 2005, NJ 2005, 535 (Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.).

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.¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹

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

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.

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 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).

148 Van Rossum (2005), p. 37.

149 Asser-Hartkamp III (2004), nr 290b e.v.

6.7.3.2 Europees recht

Een wettelijke verplichting tot het houden van toezicht vloeit op Europees niveau voort uit de twee Seveso-richtlijnen.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ 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.

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.¹⁵²

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.

6.7.3.3 Nationaal recht

Reeds geruime tijd geldt er volgens art. 18.2 Wet milieubeheer een wettelijke zorgplicht tot

150 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.

151 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.

152 Van Dam (2000), nr. 606-607.

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.’

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.

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.

Ten slotte geldt dat, voor zover de wet geen handhavingplicht kent, vloeit een dergelijke plicht thans in beginsel voort uit het ongeschreven recht (zie par. 6.7.5).

6.7.4 Mensenrechtelijke toezicht- en handhavingplichten

6.7.4.1 Inleiding

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.

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 kindbescherming 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).

Deze positieve verplichtingen raken tot nu toe alleen toezichthouders op de naleving van veiligheids-, gezondheids- en milieuvoorschriften. Markttoezichthouders worden vooralsnog 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)

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.¹⁵³ 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.

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.’¹⁵⁴

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

153 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.’

154 EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134, m.nt. EAA (Osman/Verenigd Koninkrijk).

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 die het ongeluk ook hadden overleefd.¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶

6.7.4.3 Artikel 3 (recht op bescherming tegen onmenselijke en vernederende behandeling)

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.'¹⁵⁷ Ook voor de schending van de positieve verplichting die voortvloeit uit Artikel 3 EVRM (recht op bescherming tegen vernederende behandeling)¹⁵⁸ 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)

Uit Artikel 8 EVRM¹⁵⁹ vloeien eveneens positieve verplichtingen voort voor overheden en

155 EHRM 30 November 2004, Case 48939/99 (Öneriyildiz/Turkije), § 171-175.

156 EHRM 30 november 2004 (Öneriyildiz/Turkije).

157 EHRM 10 mei 2001 (Z. e.a./Verenigd Koninkrijk), *NJB* 2001, p. 1310, nr. 29.

158 Artikel 3 EVRM: 'Niemand mag worden onderworpen aan folteringen of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.'

159 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

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.

In *López Ostra tegen Spanje* ging het om de bouw van illegale zuiveringsinstallatie op 12 meter van de woning van klagster. 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.¹⁶⁰

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 klagster hadden gevestigd. Dit leidde tot slapeloosheid en gezondheidsklachten van klagster. 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.¹⁶¹

Ten slotte is de zaak *Hatton tegen het Verenigd Koninkrijk* van belang.¹⁶² 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.

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.'

¹⁶⁰ EHRM 9 december 1994 (*López Ostra/Spanje*).

¹⁶¹ EHRM 16 november 2004 (*Moreno Gómez/Spanje*), AB 2004, nr. 453, m.nt. Barkhuysen.

¹⁶² EHRM 8 juli 2003 (*Hatton/Verenigd Koninkrijk*).

6.7.4.5 Conclusie

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.

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.

Ten slotte kan uit de rechtspraak van het EVRM worden afgeleid dat de beleidsvrijheid 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

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.¹⁶³ Schending van deze bestuursrechtelijke verplichting door een overheidslichaam impliceert dat het overheidslichaam in civielrechtelijke zin in beginsel onrechtmatig heeft gehandeld.

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

¹⁶³ 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.

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.¹⁶⁴

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.

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 om brandveiligheid.'¹⁶⁵

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 Formuleringen handhavingsplicht

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.¹⁶⁶

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.¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸

164 Kamerstukken II, 1996-1997, 25 085, nr. 2, p. 9 en 35-40.

165 Kamerstukken II, 2000-2001, 27 575, nr. 5, p. 7.

166 Zie bijvoorbeeld ARRvS 29 augustus 1978, *Gst.* 6528, 5.

167 Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 mei 1997, *Gst.* 7071, 8, m.nt. Teunissen.

168 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.

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.¹⁶⁹ 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 verzwakt.

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 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.'¹⁷⁰

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.¹⁷¹

Hoe heet de soep van de beginselplicht tot handhaving wordt gegeten is omstrede. 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

169 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.

170 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.

171 Verhey en Verheij (2005), p. 288.

vernietigd.¹⁷²

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*

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 ontleen daadwerkelijk kunnen worden gehandhaafd. Wel geniet de Lid-Staat hierbij een zekere beleidsvrijheid, zowel ten aanzien van de intensiteit als de middelen van handhaving.¹⁷³

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 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.

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 vormen 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 inadequaat waren om de vrijheid van de intra-communautaire handel in

172 Gundelach en Michiels (2004), p. 55-56.

173 EHvJ 21 september 1989, C-68/88, *Jur.* 1989. 2965 (Griekse maïs).

landbouwproducten op zijn grondgebied te garanderen.¹⁷⁴

6.7.5.4 *Verhouding tot het EVRM*

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.¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶

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.¹⁷⁷ 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).

6.7.5.5 *Rode draad: bekendheid met het risico*

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 handhavingssplannen 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.

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

174 EHvJ 9 december 1997, C-265/95, *Jur.* 1997, I-6959 (*Commission v France*).

175 Zie Alink, EVRM-report, Hoofdstuk 8, alsmede T. Barkhuysen, noot onder EHRM 16 november 2004, *AB* 2004, 453, nr. 3.

176 Zie Alink, EVRM-report; T. Barkhuysen, noot onder EHRM 16 november 2004, *AB* 2004, 453, nr. 2.

177 Zie Alink, EVRM-report; T. Barkhuysen, noot onder EHRM 16 november 2004, *AB* 2004, 453, nr. 3.

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'.¹⁷⁸

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 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 gevaarssituatie 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'.¹⁷⁹

178 Vrzng. 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.

179 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.

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.'¹⁸⁰

Bij de vraag of een toezichthouder aansprakelijk is wegens inadequaat handhavingstoezicht speelt het kennisvereiste of het voorzienbaarheids criterium dus een zeer belangrijke rol.¹⁸¹ Zodra de toezichthouder op de hoogte geraakt van een onrechtmatige 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.¹⁸² Doet een toezichthouder in een dergelijke situatie niets, dan zal dit al snel als onrechtmatig worden beschouwd.¹⁸³

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.¹⁸⁴

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.¹⁸⁵

180 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.

181 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.

182 Van Dam (2000), nr. 915.

183 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.

184 Zie over deze kennen- en kunnen-vereisten Van Dam (2000), nr. 901 e.v.

185 Tjittes (2001); Van Dam (2000), nr. 915.

6.8 Relativiteit

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.'

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.¹⁸⁶ 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 instellen van een toezichthouder worden nagestreeft. Over dat doel zal de wet of de parlementaire geschiedenis in veel gevallen wel enige informatie bevatten.

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.¹⁸⁷

Een voorbeeld van de toepassing van het relativiteitsvereiste in het kader van toezicht is het Duwbak Linda arrest.¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁶ Parl. Gesch. Boek 6, p. 634 e.v.

¹⁸⁷ HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 (Tandartsen I).

¹⁸⁸ 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.

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 rechtspraak 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, tenzij, negatief, blijkt dat het overtreden wetsvoorschrift niet die strekking heeft'.¹⁸⁹

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.

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.

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.

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

189 Van Zeben en Du Pon (1981), p. 632.

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.¹⁹⁰

Uit deze passage kan worden opgemaakt dat het prudentieel toezicht door DNB, net als 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.

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

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.¹⁹¹ 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.

In het Dicky Trading arrest formuleerde de Hoge Raad de omkeringsregel in algemene bewoordingen als volgt:

190 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.

191 Akkermans (2002).

'... 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.'¹⁹²

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 geroepen 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 die zin dat het bestaan van causaal verband (in de zin van: *conditio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het 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.'¹⁹³

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 ter zake van het ontstaan van schade.

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,

192 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.

193 HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 (TFS/NS). In gelijkkluidende zin HR 29 november 2002, *NJ* 305, m.nt. DA (Kastelein/Achtkarspelen).

gezien de ratio van de omkeringsregel deze in dit soort gevallen in beginsel niet van toepassing zal zijn.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵ 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.

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 ter zake van het ontstaan van schade (door dood en letsel).¹⁹⁶

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.¹⁹⁷

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.

De conclusie is, dat de omkeringsregel in gevallen van inadequaat handhavingstoezicht in bijzondere gevallen van toepassing kan zijn, namelijk indien de handhavingnorm strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. Of dit zo is, zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval.

194 Albers, *NTB* 2004, p. 209; I. Giesen, 2005, p. 211.

195 Akkermans (2002), p. 132.

196 Kortmann, *O&A* 2004, p. 188.

197 Kortmann, *O&A* 2004, p. 188.

6.10 Eigen schuld

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.

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.¹⁹⁸ Te denken valt aan situaties waarin de consument over voldoende informatie beschikte om beslissingen te nemen.

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 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.'¹⁹⁹

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.

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.

Een voorbeeld in dit kader is het Astrid Sterkenburg-arrest.²⁰⁰ De 14-jarige Astrid

198 Zie hierover onder meer Van Boom, *NTBR* 2003, p. 555 e.v.

199 Rb. Amsterdam 14 september 2005, *NJ* 2005, 535 (Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.).

200 Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, 308, m.nt. H.C.W.M. Moesker (Astrid Sterkenburg/Ruurlo).

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 behoefden 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.²⁰¹

6.11 Hoofdelijke aansprakelijkheid

Indien op een (rechts)persoon inadequaot (veelal 'te voortvarend') handhavingstoezicht wordt gehouden, kan hij daarvoor de toezichthouder aansprakelijk stellen. In beginsel doet zich het probleem van de hoofdelijke aansprakelijkheid dan niet voor.²⁰²

Dit is anders indien derden de toezichthouder aansprakelijk stellen voor inadequaot 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 inadequaot 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).

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

201 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.

202 Zie over hoofdelijkheid Asser-Hartkamp I (2004), nr 88 e.v., alsmede in algemene zin Van Boom (1999).

draagt. Zie over de alternatieven voor hoofdelijkheid par. 8.3.4.

6.12 Aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad

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.

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 politie-optreden (een redelijk vermoeden van schuld) achteraf gezien is komen te vervallen en het optreden daarom geacht moet worden alsnog onrechtmatig te zijn.²⁰³ Van toerekening is vervolgens sprake, omdat de Staat met het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden.²⁰⁴ Doordat zware eisen worden gesteld aan de onschuld van de verdachte²⁰⁵ en een beroep op diens eigen schuld in ruime mate mogelijk is,²⁰⁶ is deze overheidsaansprakelijkheid in de praktijk overigens niet zo verstrekkend.

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.²⁰⁷

203 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794, nt. C.J.H.B. (Staat/B) en HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92 (Joemman/Staat).

204 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794, nt. C.J.H.B. (Staat/B); HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92 (Joemman/Staat).

205 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).

206 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1993, 761, VR 1994, 56 (Joemman/Staat).

207 HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 78 (Staat/K.).

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 ongebeleid 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 ongebeleid 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.'

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 onrechtmatige daad pleegde door inadequaat handhavingstoezicht.

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

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.

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.

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.

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 handavingsplan 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).

Meer recent heeft de wetgever in diverse wetten taakstellingsbepalingen ten aanzien van het algemene toezicht- en handavingsbeleid 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.

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 bestuursorgaan 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.

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.

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.

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.

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.

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 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.

Aansprakelijkheid op grond van rechtmatige daad speelt in het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders geen rol van betekenis.

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.

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.

7 Functies van aansprakelijkheid

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal allereerst worden uiteengezet welke functies in het algemeen aan het aansprakelijkheidsrecht worden toegekend (par. 7.2-7.5).

Veelal worden aan het aansprakelijkheidsrecht twee belangrijke functies toegekend. In de eerste plaats wordt betoogd dat de dreiging van aansprakelijkheid een preventieve werking kan hebben: het kan personen, organisaties, bedrijven en overheid weerhouden van onrechtmatig gedrag (par. 7.2). Deze preventieve functie zal ten aanzien van toezichthouders worden geplaatst in het perspectief van andere preventie-mechanismen: politiek, strafrecht, bestuursrecht en de media (par. 7.3). Als tweede belangrijke functie van het aansprakelijkheidsrecht wordt het verkrijgen van schadevergoeding beschouwd: benadeelden hebben recht op schadevergoeding indien zij door onrechtmatig handelen van een ander of door een oorzaak die voor diens risico komt, schade lijden (par. 7.4). Deze schadevergoedingsfunctie zal worden geplaatst in het perspectief van andere bronnen van schadevergoeding: sociale zekerheid, particuliere verzekeringen en schadefondsen (par. 7.5).

Vervolgens zal in dit hoofdstuk worden aangegeven welke argumenten er worden genoemd tegen aansprakelijkheid van toezichthouders. Deze argumenten zullen van commentaar worden voorzien, waarna zal worden nagegaan of en zo ja welke argumenten pleiten ten faveure van de aansprakelijkheid van toezichthouders, met andere woorden: argumenten voor het handhaven van de huidige situatie (par. 7.6-7.7).

7.2 Preventie van schade door het aansprakelijkheidsrecht

Het feit dat iemand aansprakelijk kan zijn voor schade die hij door zijn toedoen veroorzaakt, kan onder bepaalde voorwaarden een belangrijke preventieve werking hebben. De dreiging van aansprakelijkheid kan iemand ervan weerhouden om schade te veroorzaken, c.q. hem stimuleren om zich zorgvuldiger te gedragen.²⁰⁸

De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht wordt als het sterkste beschouwd wanneer het gaat om activiteiten die planmatig en calculerend plaatsvinden. Indien iemand in een auto rijdt, zal het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen slechts een beperkte preventieve

208 Zie onder meer Faure en Hartlief (2002), p. 18 e.v.; De Mot, *NJB* 2001, p. 1670 e.v.; Barendrecht, *NJB* 2002, p. 605 e.v.; Hartlief en Tjittes, *NJB* 2004, p. 1583. Zie in meer algemene zin over de verhouding tussen aansprakelijkheidsrecht en preventie M. van Dam (2001) en Visscher (2005), beiden met verdere verwijzingen.

functie uitoefenen, omdat bij het nemen van beslissingen de mogelijkheid aansprakelijk te zijn voor de veroorzaakte schade geen wezenlijke rol zal spelen. Bij gedragingen van bedrijven en overheden, inclusief gedragingen van toezichthouders, gaat het daarentegen veelal om planmatige en rationele beslissingen ten aanzien waarvan wordt aangenomen dat de dreiging van het aansprakelijkheidsrecht een rol kan spelen bij het nemen van beslissingen.²⁰⁹

Het is vanuit dit perspectief dat in het kabinetsstandpunt over claimcultuur de uitbreiding van aansprakelijkheden niet alleen negatief wordt beoordeeld. Volgens het toenmalige kabinet gaat er een belangrijke preventieve werking uit van het aansprakelijkheidsrecht. Zo hebben productaansprakelijkheid, werkgeversaansprakelijkheid, milieu-aansprakelijkheid en medische aansprakelijkheid positieve effecten gehad op respectievelijk productveiligheid, arbeidsveiligheid, milieu-investeringen en medisch handelen. Ook appelleert aansprakelijkstelling aan het rechtvaardigheidsgevoel. Door een financiële vergoeding kan materiele schade en leed worden gecompenseerd. Zie par. 2.2.

Ten aanzien van toezichthouders zou dit betekenen dat de toezichthouder zorgvuldiger te werk zal gaan als hij de prikkel van het aansprakelijkheidsrecht voelt. Dit zal tevens een *knock-on* effect kunnen hebben op derden en op degenen die onder toezicht staan, omdat de toezichthouder zorgvuldiger zal controleren, zowel jegens derden als jegens degenen die onder toezicht staan. In de literatuur is door een aantal auteurs het preventieve belang van de aansprakelijkheid van toezichthouders benadrukt. Zo merkt Hartlief op: 'Vanuit beleidsmatig perspectief heeft het aansprakelijkheidsrecht hier een meerwaarde op het punt van preventie, (...) omdat van andere prikkelmecanismen niet altijd heil kan worden verwacht.'²¹⁰

Over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht op toezichthouders bestaat geen empirisch onderzoek. In de interviews die met toezichthouders zijn gehouden (Hoofdstuk 4) stellen zij 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. Wel leiden rechterlijke uitspraken ten nadele van toezichthouders voor zover nodig tot een aanpassing van het beleid. Eén van de landelijke toezichthouders merkte in dit verband op:

'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 handhavingbeleid. Ook kunnen bepaalde incidenten tot verdere aanpassing van de regelgeving leiden en tot uitbreiding van het toezichtinstrumentarium ter voorkoming van een eventuele herhaling.'

Het feit dat toezichthouders zeggen dat zij zich niet laten leiden door hun *angst* voor

209 Van Dam (1989), p. 226 met verdere verwijzingen.

210 Hartlief (2005), t.h.v. noot 39. Ook De Mot, *NJB* 2001, p. 1674, ziet aansprakelijkheid van toezichthouders als een zinvolle prikkel om het werk als toezichthouder goed te doen.

aansprakelijkheidsclaims, sluit dus niet uit dat zij zich in hun doen en laten wel laten leiden door de normen die het aansprakelijkheidsrecht hen oplegt en dat het aansprakelijkheidsrecht in zoverre invloed heeft op hun handelen.

Een met de preventieve functie samenhangende rol van het aansprakelijkheidsrecht is dat de schade die een bepaalde activiteit veroorzaakt, wordt toegerekend aan die activiteit. Op deze wijze worden de totale kosten van de activiteit geïnternaliseerd en wordt de economisch gezien juiste prijs voor de activiteit betaald. De prijs van onzorgvuldig gedrag wordt niet op anderen afgewenteld maar komt voor rekening van degene die onzorgvuldig heeft gehandeld.

Op het eerste gezicht lijkt deze functie van kostenallocatie bij de aansprakelijkheid van toezichthouders een ondergeschikte rol te spelen. Vanuit het rechtseconomische gedachtengoed kan hier echter over worden opgemerkt, dat de zogenaamde public choice theorie ervan uitgaat dat publieke organen streven naar budgetmaximalisatie. In deze theorie levert een verplichting tot schadevergoeding wegens inadequaat handhavingstoezicht een vermindering van het budget op.²¹¹ Dit zou betekenen, dat een toezichthouder er (ook) om die reden naar zal streven om aansprakelijkheidsclaims te minimaliseren, althans indien en voorzover de te betalen schadevergoeding voor rekening van zijn eigen budget komt (en niet bijvoorbeeld voor dat van de Staat of van het ministerie waarvan de toezichthouder een ambtelijke dienst is). In die zin vallen dus ook vanuit dit aspect van de kostenallocatie argumenten voor een preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht te putten.

7.3 Andere preventieve prikkels voor toezichthouders

7.3.1 Inleiding

De 'performance' van toezichthouders wordt niet alleen bepaald door de dreiging van aansprakelijkheid. Diverse andere mechanismen zetten toezichthouders aan tot zorgvuldig gedrag. Te denken valt aan politieke controle (par. 7.3.2), strafrechtelijke controle (par. 7.3.3) en bestuursrechtelijke controle (par. 7.3.4). Hieronder zal kort op deze mogelijkheden worden ingegaan.²¹²

211 Zie over de public choice theorie onder meer Faure en Van den Bergh (1989), p. 142 e.v.; M. van Dam (2001), p. 291 e.v.

212 Daarnaast valt te denken aan de rol van de media: toezichthouders zullen in het algemeen negatieve publiciteit willen vermijden, in het bijzonder indien deze wordt veroorzaakt door berichtgeving over inadequaat handhavingstoezicht. Anderzijds hebben toezichthouders de media soms ook nodig om zichzelf zichtbaar te maken en daarmee, wellicht indirect, de onder toezicht gestelde bedrijven en personen tot normconform gedrag aan te zetten. Wat de precieze invloed van de media op het gedrag van toezichthouders is, is nog geen voorwerp van onderzoek geweest.

7.3.2 *Politiek*

Politieke verantwoordelijkheid van een toezichthouder is alleen mogelijk indien een politieke ambtsdrager (minister, gedeputeerde, wethouder) politiek verantwoordelijk is voor toezicht en handhaving. Dit is met name het geval bij gemeenten en op landelijk niveau indien en voor zover de minister zelfstandige bevoegdheden heeft in het kader van toezicht. Te denken valt bijvoorbeeld aan de informatiebevoegdheid van de minister van Financiën in kader van Wet op financieel toezicht en op zijn bevoegdheid om in te grijpen bij een financiële toezichthouder indien deze zijn taak ernstig verwaarloost.

Markttoezichthouders zijn met opzet op afstand van de politiek geplaatst (par. 3.5). De constructie is doorgaans dat de minister alleen invloed heeft op het beleidsmatig handelen van de toezichthouder en niet op individuele zaken. Hoewel de minister politiek verantwoordelijk blijft is dit dus veelal een formele verantwoordelijkheid. Een alternatief zou zijn om voorzitters van besturen van toezichthouders formeel verantwoording te laten afleggen aan het parlement. Een dergelijke constructie is echter, anders dan bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk, in Nederland (nog) niet gebruikelijk.

Waar de politieke invloed op de lokale toezichthouders substantieel kan zijn, is deze met name bij de markttoezichthouders dus zeer beperkt, al blijkt de onafhankelijkheid van deze toezichthouders soms nog wat *gewöhnungsbedürftig* indien een minister ter verantwoording wordt geroepen voor een individuele beslissing van een toezichthouder.

7.3.3 *Strafrecht*

Strafrechtelijke handhaving vindt in het algemeen plaats door het Openbaar Ministerie, terwijl de bestuursrechtelijke handhaving in het algemeen in handen is van de toezichthouders en (andere) overheidslichamen. In dit verband is afdeling 5.2 Algemene wet bestuursrecht van belang voor de bevoegdheden van bestuursrechtelijke toezichthouders (zie par. 1.2.2 en Hoofdstuk 3).

Strafrechtelijke vervolging van overheden wegens inadequaat handhavingstoezicht is problematisch op grond van de Volkel en Pikmeer-jurisprudentie van de Hoge Raad.²¹³ In de eerste plaats is de *Staat* volgens het Volkel-arrest strafrechtelijk immuun voor aansprakelijkheid.²¹⁴ In het Pikmeer-arrest overwoog de Hoge Raad dat *lagere overheden* slechts in uitzonderlijke gevallen strafrechtelijk kunnen worden vervolgd. Strafrechtelijke immunitet van lagere overheden strekt zich uit tot gedragingen die '... rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan

213 Zie onder meer Peters, *NTB* 2001, p. 42-45.

214 HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598 (Volkel).

het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak.²¹⁵ De Hoge Raad trok deze immuniteit door naar ambtenaren die aan dit gedrag leiding hadden gegeven of daartoe opdracht hadden verstrekt. Deze formulering heeft diverse vragen opgeroepen over haar praktische toepasbaarheid. De Raad van State heeft opgemerkt:

‘Op het eerste gezicht lijkt deze formulering aan te sluiten bij het bekende uitgangspunt dat de immuniteit nodig en gerechtvaardigd is voor de uitoefening van openbaar gezag (...). Een taak die “niet anders dan door bestuursfunctionarissen” verricht kan worden is nauwelijks aan te wijzen. Of dat gebeurt, is resultaat van een politieke keuze en is vastgelegd in wetgeving. De controle op wapenbezit bij het betreden van een luchtvaartuig geschiedt op publiekrechtelijke basis maar bij het betreden van een voetbalstadion op basis van een contract; vervolgens wordt de controle op luchthavens evenals in het stadion feitelijk verricht door een particuliere bewakingsdienst.’²¹⁶

In de zaak van de cafébrand in Volendam heeft het OM het standpunt ingenomen dat de gemeente Edam-Volendam niet kan worden vervolgd, omdat is voldaan aan de Pikmeer II-criteria. Volgens het OM was er sprake van een overheidstaak ingevolge art. 1 lid 4 Brandweerwet 1985 en betrof de nalatigheid de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden.²¹⁷ Dit standpunt is niet zonder kritiek gebleven.²¹⁸ In de Enschede-zaak spelen soortgelijke problemen. Voorts is de vraag gesteld of de jurisprudentie van de Hoge Raad wel in overeenstemming is met die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.²¹⁹

Wat er zij van de kritiek op de beslissing om niet te vervolgen, feit is dat volgens de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad de Staat immuun is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Voor lagere overheden geldt hetzelfde voor zover de handelingen in het kader van het handhavingstoezicht kunnen worden gekwalificeerd als exclusieve bestuurshandelingen. Slechts bij hoge uitzondering zal het strafrecht dus kunnen leiden tot een sanctie op inadequaat handhavingstoezicht.

Naar aanleiding van de kritiek op de Pikmeer jurisprudentie en een advies uitgebracht door de Commissie Roelvink heeft de minister van Justitie zijn voornemen kenbaar gemaakt om ambtenaren die als opdrachtgever of leidinggevende betrokken zijn geweest bij verboden handelingen van een overheidsorgaan dat strafrechtelijk niet aansprakelijk is, wel individueel kunnen worden vervolgd. De minister van Justitie heeft daarover een concept wetsvoorstel voor advies aan verschillende instanties gestuurd.²²⁰

Vooralsnog lijkt de dreiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid echter slechts van zeer geringe invloed op het functioneren van toezichthouders.

215 HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 (Pikmeer II).

216 Kamerstukken II, 1999-2000, 25 294, A, p. 6.

217 Persbericht, *NJB* 2001, p. 148-149.

218 Zie onder meer Schalken, *DD* 2001, p. 115 e.v.

219 Zie hierover onder meer Barkhuysen en Van Emmerik, *NJB* 2003, p. 1444 e.v.; Barkhuysen en Van Emmerik, *O&A* 2003, p. 109 e.v.

220 *NJB* 2005, p. 1925.

7.3.4 Bestuursrecht

De bestuursrechtelijke weg biedt met name mogelijkheden om inadequaat handhavingstoezicht te voorkomen door middel van bezwaar en beroep. Zij vormt een minder geschikte weg voor het toetsen van feitelijk handelen van toezichthouders, zoals het houden van toezicht en het ingrijpen in gevaarlijke situaties. In deze gevallen is het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht een meer voor de hand liggend instrument.

De organen van de toezichthouders waar dit rapport betrekking op heeft (Hoofdstuk 3) zijn bestuursorganen in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb. Als zodanig geldt bijvoorbeeld de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Een dergelijk bestuursorgaan kan een besluit nemen in de zin van art. 1:3 lid 1, dat is een schriftelijke beslissing, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Indien een bestuursorgaan bijvoorbeeld een besluit neemt om een vergunning te *weigeren*, kan daartegen door de belanghebbende, met name de aanvrager van de vergunning, in bezwaar en beroep worden gegaan (art. 1:5 Awb). Wordt het weigeringsbesluit in rechte vernietigd, dan heeft de belanghebbende in beginsel recht op vergoeding van de daardoor ontstane schade, omdat in een dergelijk geval automatisch sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad (par. 6.4). Veelal zal het hem echter vooral te doen zijn om een nieuw besluit van het bestuursorgaan, namelijk tot het verlenen van een vergunning.

Indien tegen een besluit geen bezwaar wordt ingediend, c.q. het bezwaar of beroep ongegrond wordt verklaard, verkrijgt het besluit in beginsel formele rechtskracht. Zie par. 6.4.

Ook indien een bestuursorgaan een besluit neemt tot het *verlenen* van een vergunning, kan een belanghebbende daartegen bezwaar en beroep aantekenen. Deze belanghebbenden zullen andere (rechts)personen zijn dan degene aan wie de vergunning is verleend. Wordt het bezwaar of beroep van de belanghebbenden afgewezen, dan krijgt het besluit formele rechtskracht. Het is daarmee in rechte onaantastbaar geworden. Wordt daarentegen het besluit in rechte vernietigd, dan heeft de belanghebbende in beginsel recht op vergoeding van zijn schade die hij door het dreigende of uitgevoerde handavingsbesluit heeft geleden, omdat het vernietigde besluit geacht wordt een toerekenbare onrechtmatige daad van het bestuursorgaan op te leveren.

De reikwijdte van de bestuursrechtelijke sancties wordt voor een belangrijk deel bepaald door het begrip belanghebbende, omdat alleen een belanghebbende tegen een besluit in beroep kan gaan.²²¹ Volgens art. 1:2 lid 1 Awb is een belanghebbende degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Daartoe is het voldoende dat een klager feitelijk bij het bestreden besluit is betrokken. Een door het recht beschermd belang is niet vereist. Met andere woorden: de relativiteitstheorie uit het aansprakelijkheidsrecht (par. 6.8) geldt niet in het bestuursrecht bij het vaststellen van de vraag wie belanghebbende is. Derhalve is niet relevant of de belangen van klager deel uitmaken van de belangen die bij de voorbereiding van het besluit

²²¹ Zie ook De Poorter, *M&M* 2004, p. 155-163.

waartegen hij opkomt moeten worden afgewogen.²²²

De beperkingen voor klager vloeien met name voort uit het feit dat hij een eigen belang bij het besluit dient te hebben (hij mag niet optreden voor een ander), zijn belang dient enigszins substantieel te zijn (dat wil zeggen dat het niet buitengewoon gering mag zijn), het moet objectief bepaalbaar zijn, het mag niet toekomstig zijn en klager moet een persoonlijk en rechtstreeks belang bij het besluit hebben. Het vereiste van een persoonlijk belang houdt in dat klager een individualiseerbaar belang heeft dat zich onderscheidt van ideële of collectieve belangen. Het vereiste van een rechtstreeks belang impliceert dat klager op directe wijze is betrokken bij een besluit.²²³

Bij het markttoezicht worden concurrenten in beginsel wel als belanghebbenden aangemerkt (er van uitgaande dat zij een rechtstreeks en persoonlijk belang bij het besluit hebben, dat wil zeggen in hun concurrentiepositie worden getroffen) en belangenorganisaties in beginsel ook, maar individuele consumenten niet, vermoedelijk om de belasting van bestuur en rechterlijke macht binnen de perken te houden.²²⁴ Bij financieel toezicht zal er minder snel sprake zijn van derde-belanghebbenden en zal dit probleem zich dus minder vaak voordoen.²²⁵ Overigens vindt er thans een herbezinning plaats inzake het belanghebbendenbegrip, waarbij onder meer de invoering van het relativiteitsvereiste wordt overwogen.²²⁶

Voorts is de reikwijdte van de toetsing van besluiten beperkt, omdat de rechter zich doorgaans terughoudend opstelt. Hij toetst besluiten aan de wet, aan de beginselen van behoorlijk bestuur en aan Europees en internationaal recht. Hij dient echter de beleidskeuzen die de toezichthouder maakt binnen zijn discretionaire ruimte te respecteren.²²⁷ Dit is met name anders in het belastingrecht en het sociale zekerheidsrecht waar veel gebonden besluiten voorkomen die door de rechter in het algemeen indringend worden getoetst. Op de bestuursrechtelijke terreinen waar het in dit onderzoek om gaat, is de beleidsvrijheid en de beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan in het algemeen groter en de toetsingsmarge voor de rechter geringer. Te denken valt aan art. 56 lid 1 jo 24 lid 1 Mw, dat bepaalt dat de Raad van Bestuur van de NMa een bestuurlijke boete kan opleggen wegens misbruik van een economische machtspositie. Zowel de term 'misbruik' als de term 'economische machtspositie' impliceren een zekere beoordelingsvrijheid voor de Raad van Bestuur van de NMa. De rechter toetst deze interpretatie in beginsel terughoudend. Vervolgens komt aan de orde of, gegeven de situatie dat er sprake is van misbruik van een economische machtspositie, de Raad van Bestuur een boete 'kon' opleggen. Ook hier is de toetsing door de rechter terughoudend omdat de Raad van Bestuur een zekere mate van beleidsvrijheid heeft bij het al dan niet opleggen van een

222 Daalder en De Groot (1993), p. 153.

223 Zie over deze eisen onder anderen Koetser, Langereis en Van Male (1992); Koning (2000), p. 93 e.v.; De Poorter, *M&M* 2000, p. 36-40 en De Poorter, *M&M* 2004, p. 155-163.

224 Zie hierover met name De Poorter, *M&M* 2004, p. 155-163 met verdere verwijzingen.

225 Van Dijk, *NTBR* 2003, p. 189.

226 De Poorter e.a. (2004).

227 Zie onder meer Schueler (2004), p. 13-28, in het bijzonder p. 25, waar hij stelt dat de macht van de bestuursrechter in een democratische rechtsstaat 'behoorlijk wordt overschat'.

boete.

Er bestaat een uitvoerige discussie in de bestuursrechtelijke literatuur over de vraag hoe indringend de toetsing door de bestuursrechter is. Deze discussie spitst zich – zeer kort gezegd – toe op de vraag of de rechter marginaal toetst of dat hij iets doet dat tussen marginale en volle toetsing in zit. In het algemeen ligt de nadruk van de toetsing meer op de procedurele waarborgen (heeft de toezichthouder bij het nemen van zijn besluit de juiste procedure gevolgd?) en niet, of althans in veel mindere mate, de inhoud van de beslissing. Een uitzondering geldt voor de hoogte van een opgelegde boete die door de rechter in het algemeen vol wordt getoetst, mede in verband met de waarborgen die voortvloeien uit art. 6 EVRM.²²⁸

Kortom: de bestuursrechtelijke sanctiemogelijkheden voor inadequaat handhavingstoezicht zijn beperkt, omdat niet iedereen bezwaar kan maken tegen handhavings- en gedoogbesluiten. Bovendien toetst de rechter deze besluiten doorgaans terughoudend, zeker wat de inhoud betreft, zodat zij inhoudelijk veelal in stand blijven. Verhey en Verheij bepleiten ten aanzien van marktautoriteiten een meer indringende toetsing, omdat daartegen geen staatsrechtelijke bezwaren bestaan en daar uit een oogpunt van *checks and balances* juist behoefte aan is in verband met het feit dat deze toezichthouders niet politiek verantwoordelijk zijn.²²⁹

7.3.5 Conclusie

Waar de invloed van de politiek en het strafrecht gering zijn, met name bij de landelijke toezichthouders, lijkt het bestuursrecht over de belangrijkste instrumenten te beschikken om inadequaat handhavingstoezicht feitelijk te voorkomen. Dit betreft enerzijds het voorkomen van te voortvarend handhavingstoezicht (bezwaar en beroep tegen een handhavingsbesluit of tegen het intrekken van een vergunning) en anderzijds het voorkomen van te weinig alert handhavingstoezicht (bezwaar en beroep tegen een gedoogbesluit of tegen het verstrekken van een vergunning).

Niet altijd echter staat de bestuursrechtelijke weg open, met name niet indien het gaat om feitelijke gedragingen van een toezichthouder, bijvoorbeeld indien hij niet handhaaft noch een gedoogbesluit neemt. In dergelijke gevallen kan de belanghebbende zich tot de civielrechtelijke (kort geding) rechter wenden.²³⁰ Ook stelt het belanghebbende begrip beperkingen aan de personen die bezwaar en beroep kunnen indienen en hanteert de bestuursrechter in veel gevallen een terughoudende toetsing. Gezien deze beperkingen voor bestuursrechtelijke toetsing, alsmede die voor politieke en strafrechtelijke toetsing, lijkt een toetsing door het aansprakelijkheidsrecht geen overbodige luxe. In elk geval is het niet aannemelijk dat

²²⁸ Zie onder veel meer Verhey en Verheij (2005), p. 312-320; Ottow (2003).

²²⁹ Verhey en Verheij (2005), p. 317.

²³⁰ Verhey en Verheij (2005), p. 268 met als voorbeeld Vzngnr. Rb. Den Haag 9 april 2003, AB 2003, 199, m.nt. OJ (HBG/NMa).

civielrechterlijke aansprakelijkheid als zodanig leidt tot een 'overkill' aan controlemechanismen.²³¹

Er zijn derhalve verschillende mechanismen die met een verschillende mate van intensiteit invloed kunnen uitoefenen op de inhoud en de kwaliteit van het toezicht- en handavingsbeleid van een toezichthouder. Empirisch onderzoek zou meer informatie kunnen verschaffen over wat deze invloed is en hoe de verschillende mechanismen (politiek, strafrecht, bestuursrecht, aansprakelijkheidsrecht) tot elkaar in verhouding staan.

Uit het onderzoek bij een aantal toezichthouders (Hoofdstuk 4) naar voren gekomen, dat zij zeggen zich sterk te laten leiden door hun eigen professionele moraal en hun streven naar kwalitatief goed beleid en een kwalitatief goede uitvoering daarvan. Het valt niet uit te sluiten dat dit de belangrijkste factor is die de kwaliteit van het werk van de toezichthouder bepaalt.

7.4 Vergoeding van schade door het aansprakelijkheidsrecht

Indien iemand een toerekenbare onrechtmatige daad pleegt (art. 6:162), is hij verplicht om de daardoor ontstane schade te vergoeden.²³² Voor vergoeding komen zowel materiële schade (inkomstenderving, ziektekosten, schade aan zaken) als immateriële schade (smartengeld) in aanmerking. Het aansprakelijkheidsrecht heeft echter niet zonder meer tot doel om schade van benadeelden te vergoeden. Dat gebeurt alleen als daar een goede reden voor is, met name indien iemand de schade heeft veroorzaakt door zijn toerekenbare onrechtmatige gedrag.²³³

Indien iemand aansprakelijk is, is hij weliswaar verplicht tot het betalen van schadevergoeding maar in de praktijk kan het, met name bij omvangrijke schaden, voorkomen dat de aansprakelijke persoon onvoldoende middelen heeft om de schade te vergoeden, in het bijzonder indien de omvang van de schade de maximale verzekeringsdekking te boven gaat. Bij de toezichthouder (overheid) doet zich een dergelijk solvabiliteitsprobleem in het algemeen niet voor. In de praktijk wordt een toezichthouder (overheid) dan ook gezien als de 'deepest pocket'.

Dit verschijnsel doet zich met name voor indien een toezichthouder te weinig voortvarend toezicht houdt en handhaaft, en derden daardoor schade lijden, bijvoorbeeld doordat een vuurwerkopslag waar vuurwerk in strijd met de veiligheidsvoorschriften lag opgeslagen, in de lucht vliegt. In dergelijke gevallen kunnen veelal zowel de primaire dader (het vuurwerkopslagbedrijf dat zich niet aan de veiligheidsvoorschriften hield) als de toezichthouder worden aangesproken. Indien ook de toezichthouder aansprakelijk is wegens inadequaat handhavingstoezicht, geldt de regel dat hij met de primaire dader hoofdelijk aansprakelijk is: beide zijn dan jegens de benadeelden voor de gehele schade aansprakelijk (art. 6:102) (par. 6.11). In een dergelijk geval is er niet alleen een aansprakelijke dader maar ook een die altijd

²³¹ Zie ook Hartlief (2003), p. 42 e.v.; Giesen (2005), p. 147.

²³² Hetzelfde geldt indien een bepaling van risico-aansprakelijkheid van toepassing is maar dergelijke regels zijn in het verband van dit onderzoek naar de aansprakelijkheid van toezichthouders niet aan de orde. Zie par.6.1.

²³³ Zie voor een recent overzicht van de Nederlandse discussie dienaangaande Visscher (2005), p. 11 e.v.

verhaal biedt. Zie over de alternatieven voor hoofdelijkheid par. 8.3.4.

Een met de schadevergoedingsfunctie samenhangende rol van het aansprakelijkheidsrecht is dat de schade die een bepaalde activiteit veroorzaakt en waarvoor aansprakelijkheid bestaat, wordt gespreid. Deze spreiding kan plaatsvinden doordat de aansprakelijke persoon is verzekerd tegen aansprakelijkheid of doordat hij de kosten van de schadevergoeding kan doorberekenen in de prijs van zijn product. Indien de overheid of een toezichthouder aansprakelijk is, kunnen de kosten daarvan worden doorberekend over het collectief van belastingbetalers dan wel, indien van toepassing, de financiers van de toezichthouder.²³⁴

Bij toezichthoudersaansprakelijkheid kunnen kosten van aansprakelijkheid dus worden gespreid maar het is niet de functie van toezichthouders om als schadespreider op te treden voor schaden die voortvloeien uit falend gedrag van onder toezicht staande bedrijven of instellingen. De toezichthouder hoeft immers niet hun voortbestaan of hun rechtmatig gedrag te garanderen. De schadespreidingsfunctie speelt dus bij toezichthoudersaansprakelijkheid een secundaire rol, namelijk alleen indien er bij de toezichthouder sprake is van toerekenbaar onrechtmatig gedrag in de vorm van inadequaat handhavingstoezicht (zie Hoofdstuk 6).

7.5 Andere bronnen van schadevergoeding voor benadeelden

7.5.1 Sociale zekerheid

Een belangrijke bron van vergoeding voor benadeelden is het sociale zekerheidsrecht. Deze bron van vergoeding is in principe alleen van belang voor benadeelden die letselschade hebben geleden of voor de nabestaanden van overledenen. In het kader van het onderhavige onderzoek is zij dus alleen van belang voor de gevolgen van inadequaat handhavingstoezicht door toezichthouders op veiligheid. De gevolgen van inadequaat handhavingstoezicht door toezichthouders op financiële en andere markten worden door uitkeringen uit de sociale zekerheid niet gedekt, omdat in deze categorie van gevallen derden vooral zuiver financiële schade lijden.

De dekking bestaat in de eerste plaats uit kosten van loonderving door ziekte: werknemers zijn in het algemeen verplicht om zieke werknemers gedurende twee jaar door te betalen. Voorts is er dekking voor arbeidsongeschiktheid, zij het dat deze mogelijkheid onder de WIA is beperkt ten opzichte van de WAO. Ziektekosten zijn – binnen het basispakket – gedekt. Door middel van een aanvullende verzekering kunnen ook andere ziektekosten worden gedekt. Voor bijzondere ziektekosten kan onder voorwaarden een beroep worden gedaan op de AWBZ.

²³⁴ Indien de kosten van toezicht (mede) voor rekening komen van de personen of bedrijven op wie toezicht wordt uitgeoefend, zoals bijvoorbeeld bij het financieel toezicht aan de orde is, worden de kosten van aansprakelijkheid mede over het collectief van onder toezicht staande instellingen gespreid.

Al deze verzekeringen bevatten een recht voor de verzekeraar om de aan de verzekerde uitgekeerde bedragen te verhalen op de aansprakelijke partij. In casu zou dat de toezichthouder zijn. In de praktijk benut de benadeelde de uitkeringen uit de sociale zekerheid, terwijl de sociale zekerheidsdrager eventueel regres neemt op de toezichthouder en de benadeelde de toezichthouder voor zijn overige schade aansprakelijk stelt.

7.5.2 *Particuliere verzekeringen*

Het hierboven genoemde basispakket uit de ziektekostenverzekering heeft een hybride privaatspubliek karakter. Het aanvullende pakket heeft een privaatrechtelijk karakter en indien de benadeelde een dergelijk pakket heeft afgesloten kan hij hierop een beroep doen voor het dekken van zijn schade. Andere particuliere verzekeringen die in het verband van dit onderzoek van belang zijn, zijn opstalverzekeringen voor huizen en casco-verzekeringen voor motorrijtuigen.

In al deze gevallen geldt, net als bij de sociale verzekering, dat de verzekeraar de mogelijkheid heeft om de uitkeringen die hij aan de verzekerde heeft gedaan, te verhalen op de aansprakelijke persoon. Voor een toezichthouder betekenen deze compensatiebronnen van de benadeelde dus in beginsel geen vermindering van zijn aansprakelijkheidslast.²³⁵

Deze mogelijkheden tot compensatie uit sociale en particuliere verzekeringen hebben met name betrekking op de vergoeding van personenschade, in mindere mate op de vergoeding van zaakschade maar niet op de vergoeding van zuivere vermogensschade. Schade door gedragingen in het economisch verkeer is in het algemeen niet verzekerd. Voor de vergoeding van dergelijke schade is de benadeelde aangewezen op het aansprakelijkheidsrecht (een claim jegens de veroorzaker of jegens de toezichthouder) en op in beperkte mate voorhanden compensatiefondsen. Op dat laatste zal in de navolgende paragraaf worden ingegaan.

7.5.3 *Schadefondsen en andere compensatiemogelijkheden*

In theorie bestaan er voor benadeelden diverse mogelijkheden voor vergoedingen uit compensatiefondsen. Zie voor een overzicht van de mogelijkheden tot vergoeding van schade veroorzaakt door rampen het onderzoekrapport *Solidariteit met beleid* en de daarbij behorende bijlagen inzake financiële voorzieningen na rampen in Nederland en in het buitenland.²³⁶

²³⁵ Dit is enigszins anders indien bijvoorbeeld een inkomensverzekeraar slechts het netto en niet het bruto bedrag van zijn uitkering aan verzekerde kan verhalen op de aansprakelijke persoon.

²³⁶ Commissie tegemoetkoming bij rampen en calamiteiten (Commissie Borghouts), *Solidariteit met beleid. Aanbevelingen over financiële tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten* (Den Haag, 2004). Onderzoeksbijlage I: D.W. van den Wall Bake, P.E.M. van Dijk, N. Kastelein, M.R. Schurink en M.W.G.

Indien er sprake is van een misdrijf, bijvoorbeeld door het onder toezicht staande bedrijf, kan een beroep worden gedaan op het Schadefonds geweldsmisdrijven. Dit fonds voorziet in uitkeringen terzake van personenschade voor zover veroorzaakt door een opzettelijk gepleegd geweldsmisdrijf en voorzover het letsel als zwaar lichamelijk kan worden beschouwd (art. 3 Wet Schadefonds Geweldsmisdrijven). De uitkering heeft een subsidiair karakter: voor zover schade via het stelsel van sociale zekerheid of via een private verzekering dient te worden vergoed, kan geen aanspraak op een uitkering uit het fonds worden gemaakt (art. 6).²³⁷ Ook dient, indien mogelijk, een eventueel aansprakelijke partij (in het kader van dit onderzoek: de toezichthouder en de primaire schadeveroorzaker) te worden aangesproken. De uitkering wordt naar redelijkheid en billijkheid bepaald. In art. 2 Besluit schadefonds geweldsmisdrijven is een maximum van € 22.700 voor vermogensschade en van € 9100 voor immateriële schade opgenomen.

Naar aanleiding van een aantal grote ongevallen die ook in het kader van dit rapport van belang zijn, hebben diverse kabinetten op incidentele basis fondsen opericht ter tegemoetkoming van slachtoffers. Eind 1999 is de Stichting Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp opgericht. Dit gebeurde ter uitvoering van een Kamermotie die ocriep om een voorziening te treffen voor een groep van gedupeerden van de Bijlmerramp die enkele jaren na de ramp in financiële en psychosociale problemen waren geraakt. Op grond van deze regeling heeft een belanghebbende recht op een eenmalige forfaitaire tegemoetkoming van f 4000 indien hij of zij aantoot als gevolg van de ramp psychosociale problemen te ondervinden (art. 3). Dit bedrag kan tot maximaal f 21.000 worden opgehoogd, indien hogere uitgaven noodzakelijk waren (art. 4).²³⁸

Naar aanleiding van de legionella-epidemie in Bovenkarspel heeft het toenmalige kabinet een fonds in het leven geroepen dat vergelijkbaar is met het Bijlmerrampfonds. Dit fonds verstrekt een eenmalige uitkering die losstaat van een eventuele aansprakelijkheid van de Staat.²³⁹ Het kabinet heeft hiertoe een totaalbedrag van f 2 miljoen beschikbaar gesteld.²⁴⁰ Een rechthebbende heeft recht op een eenmalige forfaitaire tegemoetkoming van f 4000, terwijl nabestaanden in geval van overlijden in beginsel recht hebben op een uitkering van f 10.000.

Indien er sprake is van een ramp is de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen 1998 van belang. Deze WTS is van toepassing indien het gaat om overstromingen door zoet water en aardbevingen die een ramp of zwaar ongeval in de zin van art. 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen opleveren. De WTS kan ook bij Koninklijk Besluit van toepassing worden verklaard op een ramp of zwaar ongeval in de zin van art. 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen die van ten minste vergelijkbare orde is als een overstroming

Steinmeijer, *Inventarisatie van financiële voorzieningen na rampen in Nederland* (Den Haag, 2004); Onderzoeksbijlage II: Michael G. Faure en Ton Hartlief, *Financiële voorzieningen na rampen in het Buitenland* (Den Haag, 2004). Zie ook Hartlief (2002), p. 73 e.v.

²³⁷ Zie over de terughoudendheid van het fonds bij het verlenen van een voorschot *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 213, nr. 4, p. 1-2.

²³⁸ *Staatscourant* 26 januari 2000, nr. 18, p. 15.

²³⁹ Zie *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 094, nr. 1, p. 1.

²⁴⁰ Zie voor de Uitvoeringsregeling Fonds Slachtoffers Legionella-epidemie: *Staatscourant* 29 juni 2000, nr. 123, p. 11.

door zoet water of een aardbeving (art. 3 WTS). Dat is het geval wanneer sprake is van een ongeval op een zodanig grote schaal dat gecoördineerde inzet van diensten en organisaties van verschillende disciplines nodig is die onder een eenhoofdige bestuurlijke en operationele leiding staan. Dat geldt ook indien er sprake is van een inzet die de gebruikelijke samenwerking te boven gaat en de gezondheid van vele personen dan wel grote materiële belangen in ernstige mate worden bedreigd.²⁴¹

Compensatiefondsen bestaan voornamelijk voor schade door dood of letsel en zaakschade. Zuivere financiële schade komt meestal niet in aanmerking voor vergoeding door een compensatiefonds. Een uitzondering wordt gevormd door de mogelijkheden voor compensatie in geval van een déconfiture van een bank. In een dergelijk geval is voor de benadeelde de Deposito Garantierегeling van belang. In Nederland is dit een ex post systeem: zodra zich een dergelijk probleem voordoet wordt een fonds gevormd. Rekeninghouders en beleggers hebben recht op een vergoeding van maximaal € 20.000 per rekening (zie hierover par. 5.6).²⁴²

In verzekeringszaken bestaat een dergelijke compensatieregeling niet. Wel wordt in EU verband gesproken over een dergelijke regeling in navolging van de regeling bij banken maar tot nu toe heeft dat geen resultaat opgeleverd. In dit verband zijn wel de zogenaamde opvangregeling (ter voorkoming van deconfiture) en de noodregeling (bij deconfiture) van belang. Beide regelingen spelen een belangrijke rol bij het voorkomen, c.q. het beperken van de gevolgen van een deconfiture van een verzekeraar voor de benadeelde. Zij bieden echter geen compensatie voor verzekerden die als gevolg van een deconfiture schade lijden. De opvangregeling voorziet in de situatie dat er sprake is van negatieve vermogensontwikkelingen maar nog wel van een levensvatbare verzekeringsportefeuille, in de mogelijkheid van een verplichte overdracht van de portefeuille aan een zogenaamde opvanginstelling. Deze overdracht vindt plaats zonder publiciteit ten einde verdere schade zo veel mogelijk te beperken.²⁴³

7.6 Mogelijke argumenten tegen aansprakelijkheid

7.6.1 Inleiding

In de discussie inzake aansprakelijkheid van toezichthouders worden diverse voor- en tegenargumenten naar voren gebracht. In par. 7.7 komen de argumenten aan de orde die de (huidige) aansprakelijkheid van toezichthouders ondersteunen. In deze paragraaf komen de

241 Kamerstukken II 1996-1997, 25 159, nr. 3, p. 4-5.

242 Art. 84 Wtk en het Besluit van 28 september 1998 tot algemeen verbindendverklaring van de Collectieve Garantierегeling van kredietinstellingen voor Terugbetaalbare Gelden en Beleggingen van 17 september 1998 op grond van artikel 84, tweede lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992, Stb. 1998, 577.

243 Zie hierover en over de implementatie van EG-Richtlijn 2001/17 inzake de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen Wessels, *TvO* 2004, p. 142-150. Zie voorts Boshuizen, *TvI* 2004, p. 9-17; Oosenbrug, *VA* 2001, p. 166-172.

tegenargumenten aan de orde, in het bijzonder de argumenten dat de overheid in het algemeen belang werkt (par. 7.6.2), dat aansprakelijkheid tot defensief gedrag leidt (par. 7.6.3) en dat aansprakelijkheid van toezichthouders tot een stortvloed aan claims leidt (par. 7.6.4).

Daarnaast worden ook wel twee andere argumenten aangevoerd als bezwaar tegen de aansprakelijkheid van toezichthouders: de positie van de toezichthouder als 'defendant of last resort' en het morele risico.

Het verschijnsel dat de toezichthouder aansprakelijk wordt gesteld als laatste redmiddel, als *defendants of last resort*,²⁴⁴ hangt samen met het feit dat indien twee of meer personen voor dezelfde schade aansprakelijk zijn, deze jegens de benadeelde(n) hoofdelijk zijn verbonden. Dat betekent dat beide extern (jegens de benadeelde(n)) voor de volledige schade aansprakelijk zijn. Tussen de hoofdelijke schuldenaren wordt afgerekend naar gelang de causale bijdrage die elk heeft geleverd en de mate van de verwijtbaarheid van hun handelen. Dit levert voor de toezichthouder met name problemen op indien de primaire dader insolvent is of heeft opgehouden te bestaan (par. 6.11) en kan er toe leiden dat een toezichthouder jegens de benadeelde aansprakelijk is voor de volledige schade, terwijl die grotendeels door een ander is veroorzaakt. Het is niet onbegrijpelijk dat deze uitkomst tot kritiek leidt. Deze kritiek geldt echter niet alleen voor toezichthouders doch voor alle gevallen waarin er een discongruentie bestaat tussen hoofdelijke schuldenaren voor zover het gaat om hun feitelijke bijdrage aan de schade. Ook hier geldt, dat er op grond van het praktijkonderzoek geen reden is om aan te nemen dat hier sprake is van structurele problemen die op dit moment tot een aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht nopen. Mocht dit in de toekomst veranderen, dan zou een heroverweging van het hoofdelijkheidsbeginsel kunnen plaatsvinden (zie par. 8.3.4).

Voorts kan worden betoogd dat de mogelijkheid voor consumenten en investeerders om de toezichthouder aansprakelijk te stellen voor schade een potentiële bron van moreel risico (*moral hazard*) vormt. Zij zouden minder zorgvuldig zijn in het nemen van beslissingen in de activiteiten die zij ondernemen indien zij weten dat zij voor hun schade de toezichthouder aansprakelijk kunnen houden. Dit argument kan in theorie correct zijn maar in de praktijk is het bij de aansprakelijkheid van toezichthouders niet relevant. Moreel risico doet zich voor in situaties waarin er, in casu voor de consument en de investeerder, geen risico is om verlies te lijden. De consument en de investeerder lopen echter wel degelijk een risico om verlies te lijden door de procedure: te denken valt daarbij aan de lengte van civiele procedures, aan de kosten van het procederen en de onvoorspelbaarheid van de uitkomst daarvan (par. 6.7). Voorts zal de eigen onvoorzichtigheid als eigen schuld kunnen worden tegengeworpen, hetgeen kan leiden tot een vermindering of verval van schadevergoeding.²⁴⁵ Het is derhalve niet aannemelijk dat toezichthoudersaansprakelijkheid een bron is van moreel risico. Zie in gelijke zin het Italiaanse rapport, par. 15.4.

²⁴⁴ Blyth and Cavalli (2001).

²⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 14 september 2005, NJ 2005, 535 (Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.), waarover par. 6.10.

7.6.2 *Toezichthouders maken ingewikkelde afwegingen*

Toezichthouders houden vaak in het algemeen belang toezicht op activiteiten waarbij grote financiële en persoonlijke belangen in het spel zijn en waarbij ingewikkelde en beleidsmatige afwegingen dienen te worden gemaakt. Dit wordt wel genoemd als een argument om de aansprakelijkheid van toezichthouders te beperken of uit te sluiten, zodat zij zonder vrees om aansprakelijk te worden gesteld de hen in het algemeen belang opgedragen taken kunnen uitoefenen.

Hoewel toezichthouders inderdaad mede in het algemeen belang toezicht houden, doen zij dit vaak tevens in het belang van groepen derden, zoals consumenten en investeerders (zie onder taken toezichthouder). Voorts verschilt de rol van de toezichthouder in dit verband niet wezenlijk van de rol van de overheid in het algemeen. Ook zij maakt vaak ingewikkelde afwegingen waarbij uiteenlopende belangen moeten worden gediend, niet in de laatste plaats het algemeen belang. Dat is echter geen reden om de overheid daarom van aansprakelijkheid te ontheffen. In het aansprakelijkheidsrecht wordt met de positie van de overheid en de toezichthouder rekening gehouden door aan het overheidsorgaan een zekere mate van beleidsvrijheid toe te kennen, al wordt deze beleidsvrijheid ingeperkt naarmate de ernst van de situatie toeneemt (zie Hoofdstuk 6). Voorts hebben diverse andere maatschappelijke actoren met soortgelijke ingewikkelde afwegingsprocessen te maken. Te denken valt aan medici die onder tijdsdruk soms moeten beslissen over zaken van leven en dood. Voor een bijzondere behandeling van toezichthouders dient daarom een duidelijke rechtvaardigingsgrond te bestaan.

Het is veelzeggend dat, toen in de Engelse House of Lords in het kader van de aansprakelijkheid van een kinderbeschermingsorganisatie (die toezicht houdt op het welzijn van kinderen) dit argument naar voren werd gebracht, Lord Bingham zei:

'... that the task of a local authority and its servants in dealing with children at risk is extraordinarily delicate. There is a difficult line to tread between taking action too soon and not taking it soon enough. The truth of this may be readily accepted. It is however a standard function for any professional to assess what may be a fraught and difficult situation. That is not generally treated as a reason for not requiring the exercise of reasonable skill and care in the task. The professional is not required to be right, but only to be reasonably skilful and careful. If such skill and care are required in relation to the child, there is no reason why this consideration should preclude a duty to the parent.'²⁴⁶

7.6.3 *Defensief toezicht*

Een argument dat regelmatig naar voren wordt gebracht is dat het risico van aansprakelijkheid overheden belemmert bij een goede uitvoering van hun taken. Zij zouden hun aandacht meer

²⁴⁶ *JD v East Berkshire Community Health NHS Trust and others* [2005] UKHL 23, para. 32, per Lord Bingham of Cornhill.

gaan richten op het voorkomen van aansprakelijkheid: dit zou leiden tot vormen van zogenaamd defensief toezicht.

In Engeland speelt dit argument nog altijd een niet onbelangrijke rol in de discussie rondom overheidsaansprakelijkheid (zie Hoofdstuk 13). Ook het Basel Committee on Banking Supervision gebruikt dit argument in zijn aanbeveling om de aansprakelijkheid van banktoezichthouders te beperken. Eén van de voorwaarden om 'a suitable legal framework for banking supervision' te bereiken is 'legal protection for supervisors'. In de Core Principles Methodology wordt uitgelegd dat moet worden voorzien in 'legal protection to the supervisory agency and its staff against lawsuits for actions taken while discharging their duties in good faith'. Zie hierover par. 5.4.3.

Er van uitgaande dat het aansprakelijkheidsrecht op bepaalde gebieden preventieve werking toekomt, is het inderdaad denkbaar dat het gewicht van de dreiging met een aansprakelijkheidsclaim voor potentieel aansprakelijke personen zodanig wordt, dat zij niet meer geprikkeld wordt tot het juiste zorgvuldige gedrag maar dat zij hun inspanningen geheel of gedeeltelijk gaan richten op het voorkomen van een aansprakelijkheidsclaim en niet meer op hun gewone werk of zelfs dat zij hun activiteiten staken. Indien het gaat om schadelijke en maatschappelijk onnuttige activiteiten is daar uiteraard niets op tegen. Anders ligt het bij het verrichten van activiteiten die voor het maatschappelijk nut onmisbaar zijn zoals die van toezichthouders.

In het algemeen kan worden gezegd dat het optreden van een dergelijk risico (defensief gedrag, belemmeren in het dagelijkse functioneren) samenhangt met een combinatie van factoren, zoals een te strenge aansprakelijkheidsnorm (en een aldus zeer grote kans op aansprakelijkheid), een te hoog bedrag aan schadevergoeding en het ontbreken van een redelijke verzekeringsdekking.²⁴⁷

Omdat blijkens de gegevens van dit onderzoek deze samenhang van factoren zich bij toezichthouders niet voordoet, ligt het minder voor de hand dat toezichthouders zich in hun dagelijks functioneren defensief opstellen. Voorts bleek uit Hoofdstuk 6 dat wie kwalitatief goed toezicht hoog in het vaandel voert, van aansprakelijkheidsclaims betrekkelijk weinig hoeft te vrezen. De conclusie van de Voedsel en Waren Autoriteit luidde dan ook dat indien het handhavingsoptreden zorgvuldig en proportioneel is, eventuele ingediende schadeclaims niet snel zullen hoeven te worden gehonoreerd.

Dit laatste is uiteraard van groot belang. Indien de toetsing door de rechter van toezicht- en handavingsgedragingen zich te ver zou verwijderen van de professionele standaard, zou op termijn inderdaad het risico van defensief gedrag kunnen worden vergroot. Er is op dit moment overigens geen aanleiding om te veronderstellen dat een dergelijk scenario werkelijkheid wordt. De rechterlijke macht heeft met dit spanningsveld de nodige ervaring opgedaan, bijvoorbeeld op het in dit opzicht enigszins vergelijkbaar terrein van de medische aansprakelijkheid. Hier valt de

²⁴⁷ Zie ook Giesen (2005), p. 156-157 en over *defensive medicine* onder meer Visscher (2005), p. 292 e.v. met verdere verwijzingen en meer in het algemeen het inmiddels klassieke artikel van Priest, *Yale LJ* 1987, p. 1521 e.v.

aansprakelijkheidsnorm weliswaar niet noodzakelijkerwijs samen met de medische kwaliteitsstandaard maar zij verschilt daar ook niet zodanig principiële van dat dit tot aanwijsbare problemen leidt.

Een en ander wordt bevestigd door de uitkomsten van het praktijkonderzoek (Hoofdstuk 4). Hieruit komt naar voren dat de toezichthouders zeggen dat zij zich in hun toezicht niet laten beïnvloeden door de *angst* voor mogelijke aansprakelijkheidsclaims maar wel dat zij zich in hun kwaliteitsbeleid mede laten leiden door de uitkomsten van gerechtelijke procedures. Voor zover bekend heeft dit nog niet geleid tot fricties tussen wat door de rechter wordt verlangd enerzijds en wat toezichthouders beschouwen als kwalitatief goed handhavingstoezicht anderzijds. Professionals zijn niet bang voor een rechterlijk oordeel over wat van een redelijk handelende professional kan worden verwacht (par. 6.1.5). 'To describe awareness of a legal duty as having an "insidious effect" on the mind of a potential defendant is to undermine the foundation of the law of professional negligence.'²⁴⁸

De conclusie uit het voorgaande kan zijn dat het aansprakelijkheidsrecht stimuleert tot verdere verbetering van de kwaliteit van toezicht en handhaving maar dat er geen aanwijzingen zijn dat het in de huidige situatie een oneigenlijke druk op toezichthouders uitoefent. Er bestaat daarom ook geen aanwijsbare noodzaak voor een beperking van de aansprakelijkheid van bepaalde toezichthouders tot vormen van gekwalificeerde schuld zoals opzet, kwade trouw of bewuste roekeloosheid.

7.6.4 *Floodgates en claimcultuur*

Een klassiek argument tegen aansprakelijkheid, in het bijzonder van overheidslichamen, is de angst voor een stortvloed aan claims: zij zouden voor te hoge bedragen ten opzichte van te veel benadeelden aansprakelijk kunnen zijn. Een goede illustratie is het arrest inzake Duwbak Linda (zie hierover meer uitvoerig par. 6.8).²⁴⁹ Daarin overweegt de Hoge Raad onder meer

'... dat de uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen. Aan de omstandigheid dat de keuring onvoldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden, kunnen derden dan ook niet een aanspraak tot vergoeding van vermogensschade jegens de Staat of de voor het verrichten van de keuring ingeschakelde particuliere onderzoeksbureaus ontlenuen.'²⁵⁰

248 *JD v East Berkshire Community Health NHS Trust and others* [2005] UKHL 23, para. 33, per Lord Bingham of Cornhill.

249 HR 7 mei 2004, *RvdW* 2004, 67, *AB* 2005, 127, m.nt. FvO (Duwbak Linda).

250 Zie ook de rechtspolitieke beschouwingen van AG Spier, par. 4.42 e.v. voor het genoemde arrest.

Dit argument hangt samen met de vrees voor het ontstaan van een zogenaamde claimcultuur: een cultuur waarin burgers, bedrijven en overheden elkaar in onwenselijke mate bestoken met schadeclaims. Zie hierover par. 2.2.

Zowel het risico dat de overheid wordt geconfronteerd met een stortvloed aan claims als de hiermee samenhangende vrees voor een claimcultuur dienen zeer serieus te worden genomen. Het aansprakelijkheidsrecht vervult een cruciale maatschappelijke rol en een stabiel aansprakelijkheidsrecht is daarom van cruciale maatschappelijke betekenis.

Zowel uit het literatuuronderzoek (Hoofdstuk 6) als het praktijkonderzoek (Hoofdstuk 4) blijkt echter, dat van een stortvloed van claims op dit moment geenszins sprake is, integendeel. Het aantal claims is, mede gezien de omvangrijke hoeveelheid taken van de toezichthouders, juist zeer bescheiden. Dat is wellicht een indicatie voor de kwaliteit van het toezicht.

Uit ander onderzoek is gebleken dat het aantal aansprakelijkheidsprocedures voor de rechter in de afgelopen jaren niet is gestegen. Wel is de omvang van de vorderingen sterk toegenomen maar de omvang van de toegewezen schadevergoedingen is vrijwel gelijk gebleven.²⁵¹ Overigens is in het juridische kader (par. 6.7) al aangegeven dat iemand die een overheidslichaam aansprakelijk stelt voor inadequaat handhavingstoezicht, vele horden moet overwinnen alvorens de claim ook kan worden gehonoreerd. Zolang dat het geval is, zal het ontstaan van een claimcultuur niet worden gestimuleerd.

Ook in de literatuur wordt het 'stortvloed van claims'-argument, bij gebrek aan feitelijke onderbouwing, veelal niet als doorslaggevend beschouwd.²⁵² Dit laat uiteraard onverlet dat het bepaald onverstandig zou zijn om met de ogen dicht en de armen over elkaar de verdere ontwikkelingen af te wachten. Daarom zal in het volgende hoofdstuk worden aanbevolen om een monitoring systeem op te zetten, ten einde de ontwikkelingen op dit terrein nauwkeurig te kunnen volgen en, zodra daar toe reden is, in te grijpen (par. 8.2.4).

7.7 Mogelijke argumenten voor aansprakelijkheid

7.7.1 Gelijke behandeling

In een democratische rechtsstaat gelden rechtsregels voor iedereen: overheid, bedrijf en burger. Ook aansprakelijkheidsregels gelden voor iedereen, al wordt bij de toepassing van deze regels wel rekening gehouden met de bijzondere positie van overheden (en toezichthouders). Deze gelijke behandeling van alle rechtssubjecten, inclusief overheid en toezichthouders, is van

²⁵¹ Eshuis (2003), waarover par. 1.2.

²⁵² Zie onder meer Giesen (2005), p. 154-155; Van Boom (2003), p. 33 e.v.; Hartlief en Tjittes, *NJB* 2004, p. 1583; Vranken (2003), § 4.5; Verschuur (2003), p. 23 en 39. Een meer ongerust geluid is te horen bij Spier (2002) en Spier (2003), p. 345 e.v.

cruciale betekenis voor het goed functioneren van en het vertrouwen in de rechtsstaat. Voor uitzonderingsposities ten gunste van overheid en toezichthouders dienen overtuigende redenen te bestaan.

Uit het onderhavige onderzoek is niet gebleken dat de huidige omvang van het aansprakelijkheidsrisico voor toezichthouders reden geeft tot zorg of dat het aansprakelijkheidsrecht een bedreiging of een hindernis vormt voor het dagelijkse functioneren van de toezichthouder. Het onderzoek biedt derhalve geen overtuigende redenen voor een tegemoetkoming aan toezichthouders ten aanzien van hun civielrechtelijke aansprakelijkheid.

De toezichthouder heeft een taak te vervullen en draagt voor het vervullen van die taak verantwoordelijkheid. Verricht hij zijn taak op onzorgvuldige wijze, dan is hij daarvoor, net als iedereen in Nederland, aansprakelijk en dient hij de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Toezichthouders dienen in dit opzicht in beginsel,²⁵³ net als andere overheden, burgers en bedrijven, hun verantwoordelijkheid te nemen en te dragen. Op deze wijze kan tevens een bijdrage worden geleverd aan het respect voor de toezichthouder en bijdragen aan een 'competition for excellence'. Of, zoals het Hof van Justitie EG het formuleerde met betrekking tot de aansprakelijkheid van de rechterlijke macht voor schending van het gemeenschapsrecht:

'Met betrekking tot het argument betreffende het risico dat de autoriteit van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie wordt aangetast doordat haar definitief geworden beslissingen impliciet weer in geding zouden kunnen worden gebracht door een procedure waarmee de staat wegens deze beslissingen aansprakelijk kan worden gesteld, moet worden vastgesteld dat het bestaan van een beroepsweg waarmee onder bepaalde voorwaarden vergoeding van de schadelijke gevolgen van een onjuiste rechterlijke beslissing kan worden verkregen, evenzeer kan worden geacht de kwaliteit van een rechtsorde en derhalve uiteindelijk ook de autoriteit van de rechterlijke macht te versterken.'²⁵⁴

De mogelijkheid dat een toezichthouder aansprakelijk wordt gesteld, kan derhalve een bijdrage leveren aan de kwaliteit van de rechtsorde. Aansprakelijkheid gaat niet ten koste van het gezag van de toezichthouder maar kan deze juist versterken doordat het gedrag van de toezichthouder onderworpen is aan een objectieve rechterlijke toetsing.

7.7.2 *Vertrouwen in de samenleving en in de markt*

Een belangrijk argument voor aansprakelijkheid van toezichthouders is bescherming van consumenten- en investeerders. Dit hangt onder andere samen met het verschijnsel van *information asymmetry*. In de huidige maatschappij zijn consumenten en investeerders in hoge mate afhankelijk van informatie voor het nemen van de juiste beslissingen (kopen, investeren,

253 Uiteraard dient rekening te worden gehouden met de rol van de toezichthouder als uitvoerder van een publieke taak en de daarbij behorende beleidsvrijheid. Zie hierover par. 6.1.6.

254 HvJEG 30 september 2003, Case 224/01 (Köbler/Oostenrijk), para. 43. Zie ook Tison (2003), p. 6 e.v.

wonen, veiligheid). Omdat er in het algemeen sprake is van beperkte informatie bij consumenten en investeerders en de toezichthouder in het algemeen beter geïnformeerd is, zijn consumenten en investeerders genoodzaakt om te vertrouwen op informatie die wordt verstrekt en toezicht dat wordt uitgeoefend door toezichthouders. In dit verband kan worden betoogd dat het redelijk is dat indien een toezichthouder de bevoegdheid heeft om te handelen in het belang van een speciale groep belanghebbenden deze aansprakelijk kan worden gehouden indien hij dat op onzorgvuldige wijze nalaat.

Het voorgaande argument hangt nauw samen met het feit dat investeerders en consumenten hun vertrouwen in het functioneren van de markt en van het maatschappelijk verkeer mede ontlene aan de veronderstelling dat toezicht wordt uitgeoefend op de naleving van voorschriften door marktpartijen, exploitanten en dergelijke. Zo zal bijvoorbeeld het vertrouwen van beleggers mede worden gevoed door het feit dat beleggingsinstellingen vergunningen nodig hebben, aan de desbetreffende vergunningvoorwaarden moeten voldoen en dat op de naleving daarvan door de financiële toezichthouders toezicht wordt gehouden. Meer in het algemeen geldt dat het schenden van vertrouwen, of het niet voldoen aan de gerechtvaardigde verwachtingen van het publiek een belangrijke grond voor aansprakelijkheid is. Ook de beginselplicht tot handhaving kan met dit vertrouwensbeginsel in verband worden gebracht: het publiek mag verwachten dat een toezichthouder op het terrein waarop hij bevoegd is, tegen bekende misstanden adequaat optreedt.²⁵⁵ Ten overvloede zij hierbij opgemerkt dat dit niet betekent dat het publiek mag verwachten dat een toezichthouder op zijn terrein alle misstanden voorkomt (zie par. 6.7).

Aldus vormen civielrechtelijke verantwoordelijkheid van de toezichthouder en het bevorderen van het vertrouwen in het maatschappelijk en economisch verkeer in combinatie met de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (par. 7.2), de belangrijkste argumenten ten faveure van de aansprakelijkheid van toezichthouders zoals die zich thans in de Nederlandse regelgeving en rechtspraak ontwikkelt.

7.8 De rol en betekenis van aansprakelijkheidsverzekeringen

Lokale toezichthouders zijn in het algemeen tegen aansprakelijkheid verzekerd. Deze verzekering dekt niet alleen hun aansprakelijkheid als toezichthouder in de zin van dit rapport maar ook die in andere hoedanigheden zoals die van wegbeheerder en bestuursorgaan in het algemeen. Op deze verzekeringsmarkt zijn twee verzekeraars actief: VNG verzekeringen en Centraal Beheer.

De verzekerbaarheid van het toezichthoudersrisico is in zoverre niet standaard dat het hier gaat om enerzijds een betrekkelijk gering aantal gevallen maar anderzijds om potentieel omvangrijke claims indien het misgaat. Te denken valt aan de Volendam en Enschede rampen.

²⁵⁵ Zie onder meer Van Dam (2002), p. 48; Giesen (2005), p. 149.

Vooralsnog doen zich volgens de verzekeraar hierbij geen bijzondere problemen voor.

Wel baart de toename van de hoogte van de toegewezen claims in gevallen van personenschade de verzekeraars zorgen maar dit is van toenemende zorg bij verzekeraars in het algemeen en staat los van de aansprakelijkheid van toezichthouders. De wijzigingen in de sociale zekerheid worden geacht in belangrijke mate de oorzaak voor deze opwaartse druk op de claims te zijn. In het bijzonder door de vervanging van de WAO door de WIA verwachten verzekeraars dat de omvang van de uitkeringen in gevallen van personenschade verder zullen stijgen.

Uit gesprekken met vertegenwoordigers van bovengenoemde verzekeraars kwam naar voren dat volgens hen de belangrijkste 'beschermingsconstructies' voor de toezichthouder in het huidige aansprakelijkheidsrecht met name zijn gelegen in het beginsel van de formele rechtskracht en in de beleidsvrijheid die de rechter de toezichthouder laat.

Naast het voeren van een preventiebeleid in de vorm van voorlichting aan toezichthouders gaat de bijzondere aandacht van de verzekeraars uit naar situaties waarin bewust wordt gedoogd zoals in de Volendam-zaak. In verzekeringspolissen zijn daarom uitsluitingsclausules opgenomen voor schade die ontstaat doordat bepaalde situaties bewust worden gedoogd. Deze clausule sluit aan op de beginselplicht tot handhaving zoals die door de Raad van State is ontwikkeld (par. 6.7.5.2). Afgezien van deze uitsluitingsclausule zijn verzekeraars in het algemeen terughoudend met het voorschrijven hoe toezichthouders (gemeenten) zich dienen te gedragen, omdat hiermee in de aan deze toegekende beleidsvrijheid zou worden getreden. Door de uitsluitingsclausule te laten aansluiten op de jurisprudentie van de Raad van State wordt een doorkruising van de beleidsvrijheid van de toezichthouder door de verzekeraar zo veel mogelijk voorkomen.

Ten aanzien van de landelijke toezichthouders geldt dat een aantal van hen een dienst van een ministerie zijn (zie Hoofdstuk 3). De landelijke overheid verzekert haar aansprakelijkheid in beginsel niet. De kosten van aansprakelijkheid komen daarom voor rekening van het budget van het ministerie of op dat van de toezichthouder binnen de ministeriële begroting. In dergelijke gevallen is er geen separate verzekeringsdekking.

Indien de toezichthouder een ZBO is en tevens rechtspersoonlijkheid heeft, is het van belang dat een aansprakelijkheidsverzekering wordt afgesloten, dan wel op andere wijze wordt voorzien in dekking van deze kosten. Zo is bijvoorbeeld de constructie van de AFM deze, dat de Staat de AFM vrijwaart van aansprakelijkheid indien de schadevergoeding een bepaald bedrag te boven gaat. Tot aan dit bedrag heeft de AFM zijn aansprakelijkheid verzekerd.²⁵⁶ Zie voorts par. 8.2.2.

256 Kamerstukken II, 1995-1996, 24 843, nr 1, p. 12. Zie ook Maeijer (1997), p. 23; Grundmann-van de Krol, (2002), p. 453 e.v.; Haan-Kamminga (2003), p. 122.

7.9 Samenvatting

In theorie geldt dat van de aansprakelijkheid van toezichthouders een preventief effect uitgaat op het gedrag van toezichthouders. Er is op dit terrein echter geen empirisch onderzoek voorhanden dat deze stelling ondersteunt. Wel is uit het praktijkonderzoek gebleken dat toezichthouders leren van rechterlijke uitspraken en deze in hun kwaliteitsbeleid verdisconteren.

Er zijn naast het aansprakelijkheidsrecht andere mechanismen die de toezichthouder kunnen aanzetten tot zorgvuldig gedrag. Politieke verantwoordelijkheid speelt in dit opzicht een rol voor lokale toezichthouders en landelijke veiligheidstoezichthouders maar niet, of althans in veel mindere mate, voor de nieuwe markttoezichthouders die op afstand van de politiek zijn geplaatst. Terwijl de rol van het strafrecht in dit opzicht zeer gering is, is het bestuursrecht naast het aansprakelijkheidsrecht de belangrijkste externe zorgvuldigheidsprikkel voor de toezichthouder. De rol van het bestuursrecht dient echter niet te worden overschat, omdat de bestuursrechter slechts over beperkte middelen beschikt. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat naast de invloed van deze externe factoren, vooral de eigen professionaliteit toezichthouders aanzet tot zorgvuldig gedrag.

Het verstrekken van schadevergoeding is niet het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht. Het dient er toe om vast te stellen of er een goede reden is om de schade van de benadeelde te vergoeden. De belangrijkste 'goede reden' in het kader van de aansprakelijkheid van toezichthouders is als laatsgenoemde door inadequaat handhavingstoezicht een toerekenbare onrechtmatige daad heeft begaan.

Andere compensatiemogelijkheden zijn voor de benadeelde doorgaans laagdrempeliger: zij verstrekken schadevergoeding ongeacht de schuldvraag. Te denken valt aan sociale en particuliere verzekeringen en uitkeringen uit schadefondsen. Deze compensatiemogelijkheden zijn met name beschikbaar in gevallen van personenschade en schade aan zaken. Een uitzondering vormt de Deposito Garantieregeling die bankrekeninghouders een bedrag van maximaal € 20.000 uitkeert in geval van insolventie van een bankinstelling.

Voor wat betreft de argumenten tegen aansprakelijkheid van toezichthouders (toezichthouders werken in het algemeen belang en maken ingewikkelde afwegingen, de dreiging van aansprakelijkheid leidt tot defensief toezicht, aansprakelijkheid leidt tot een stortvloed aan claims) kan worden opgemerkt dat zij geen van alle doorslaggevend kunnen zijn voor een bijzonder aansprakelijkheidsregime voor toezichthouders. Het praktijkonderzoek (Hoofdstuk 4), de gesprekken met vertegenwoordigers van verzekeraars (par. 7.8), noch het onderzoek naar de juridische stand van zaken (Hoofdstuk 6) hebben aanwijzingen opgeleverd dat defensief toezicht en een stortvloed van claims op dit moment aan de orde zijn, terwijl het eerste argument niet exclusief geldt voor toezichthouders maar ook voor andere professionals zoals medici.

Dit betekent dat er onvoldoende reden is om aan de argumenten pro aansprakelijkheid af te doen. Dit zijn met name de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, een in beginsel

gelijke behandeling van overheid, bedrijven en burgers voor het aansprakelijkheidsrecht en het belang dat toezicht en handhaving het vertrouwen in het maatschappelijk verkeer bevorderen. Niet het vertrouwen dat toezichthouders alle schade zullen voorkomen maar wel het vertrouwen dat ook toezichthouders, net als andere overheden, bedrijven en burgers hun verantwoordelijkheid nemen en aldus bijdragen aan een maatschappij waarin de risico's tot een aanvaardbaar niveau zijn beperkt.

8 Conclusies en aanbevelingen

8.1 Huidige situatie

8.1.1 Resultaten van het onderzoek

Op basis van het voorafgaande kan in dit hoofdstuk een inschatting worden gegeven van de huidige stand van zaken met betrekking tot de aansprakelijkheid van toezichthouders.

Uit Hoofdstuk 4 (Praktijkonderzoek) blijkt dat het aantal claims tegen toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht relatief gering is gezien het aantal toezichthouders dat in dit onderzoek aan de orde is. De omvang van deze claims varieert van een paar honderd tot – in twee gevallen – tientallen miljoenen euro's. Van deze zaken heeft nog maar een gering percentage tot een definitieve uitkomst geleid: veel zaken zijn nog in hoger beroep of in cassatie aanhangig of er wordt nog onderhandeld over de omvang van de schadevergoeding. Voor de twee megaclaims geldt dat de aansprakelijkheid van Staat en gemeente in de Enschede zaak door de Haagse rechtbank is afgewezen (de zaak dient thans in hoger beroep) en dat de aansprakelijkheid van de Verzekeringskamer (thans De Nederlandsche Bank) in de Vie d'Or zaak door het Haagse Hof is toegewezen. Voor laatstgenoemde zaak geldt echter dat, ook als deze uitspraak in cassatie in stand blijft, het vaststellen van de causaliteit nog bijzonder ongewis is. Zelfs als dit kan worden vastgesteld, heeft DNB nog de mogelijkheid van regres op medeaansprakelijke partijen.

Uit het onderzoek bij de toezichthouders is geen informatie naar voren gekomen die tot een andere conclusie dient te leiden. Geen van de toezichthouders uitte de vrees dat hun aansprakelijkheidslast te groot of zelfs onbeheersbaar dreigt te worden. Voorts verklaarden zij 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.

Uit het internationale onderzoek (Hoofdstuk 5) kwam naar voren dat Nederland in vergelijking met de onderzochte landen geen uitzonderlijke positie inneemt als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders. In alle landen wordt bij het vaststellen van aansprakelijkheid – net als in Nederland – rekening gehouden met de bijzondere positie van de toezichthouders als overheidslichaam, in het bijzonder met diens beleidsvrijheid. Als het gaat om toezicht en handhaving van veiligheids- en gezondheidsvoorschriften is er voorts sprake van een Europees minimum dat voortvloeit uit de rechtspraak van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Uit het juridische kader (Hoofdstuk 6) bleek dat het in het algemeen niet eenvoudig is om

toezichthouders aansprakelijk te houden voor schade die zij door inadequaat handhavingstoezicht niet hebben voorkomen. Hiervoor bestaan diverse redenen.

Ten eerste is toezichthoudersaansprakelijkheid overheidsaansprakelijkheid en dit betekent dat toezichthouders over een belangrijke mate van beleidsvrijheid beschikken. Dit impliceert dat een deel van de gedragingen van een toezichthouder slechts in beperkte mate kan worden getoetst, omdat zij tot het terrein van het bestuur behoren.

Ten tweede rust op een toezichthouder niet de verplichting om schade door derden onder alle omstandigheden te voorkomen. Weliswaar verrichten toezichthouders hun activiteiten doorgaans in het belang van derden (consumenten, bedrijven) maar op hen rust geen garantieplicht om deze derden steeds voor schade te behoeden. Zij hebben slechts een zorgplicht, dat wil zeggen dat zij zich als een redelijk handelend toezichthouder moeten gedragen. Dit wil niet meer zeggen dan dat een toezichthouder zich professioneel dient te gedragen. Het overheidsbeleid ten aanzien van de kwaliteit van toezicht loopt hieraan parallel en ondersteunt dit.

Ten derde: indien al wordt vastgesteld dat de toezichthouder is gebleven beneden de norm van de redelijk handelend toezichthouder is het voor de benadeelde dikwijls moeilijk om het causaal verband aan te tonen tussen het inadequate handhavingstoezicht en de schade die hij heeft geleden.

Ten vierde: voor zover het gaat om het toezicht en handhaving door middel van besluiten (handhavings- en gedoogbesluiten, het verlenen of weigeren van een vergunning) vormt het beginsel van de formele rechtskracht een belangrijke drempel voor aansprakelijkheid. In veel gevallen is het (dreigende) probleem ten tijde van de besluitvorming nog niet bekend, zodat in lang niet alle gevallen bezwaar en beroep wordt aangetekend. Ook benadeelden die geen beroep en bezwaar hebben aangetekend omdat zij niet als belanghebbenden konden worden aangemerkt (bijvoorbeeld bezoekers van een café) moeten het beginsel van de formele rechtskracht in beginsel volgens de huidige jurisprudentie tegen zich laten gelden.

Er zijn twee caveats bij deze conclusie. Ten eerste is er sprake van een toerekenbare onrechtmatige daad indien een toezichthouder een besluit neemt dat later in rechte wordt vernietigd. Te denken valt aan het ten onrechte weigeren van een vergunning of het ten onrechte verstrekken daarvan. In dit soort gevallen is de toezichthouder aansprakelijk voor de schade die door deze toerekenbare onrechtmatige daad is veroorzaakt. Zo kan bijvoorbeeld de weigering van een vergunning door de AFM voor het uitoefenen van een financiële activiteit of de weigering van een concentratievergunning door de NMa tot grote financiële gevolgen leiden voor degenen die belang hebben bij een positief besluit. De vernietiging door de rechter van een negatief besluit maakt dat besluit automatisch een toerekenbare onrechtmatige daad. Het is echter ook hier vereist dat wordt vastgesteld dat er een causaal verband bestaat tussen de vernietigde beschikking en de schade van de benadeelde. In de praktijk is dat niet altijd eenvoudig.

Ten tweede kan een toezichthouder ook aansprakelijk zijn voor onrechtmatige publicaties. Al te voortvarend optreden in de pers in het recente verleden door enkele toezichthouders heeft tot

toewijzing van enkele claims geleid. Ook hier heeft het bewijs van causaal verband echter voor de benadeelden tot de nodige problemen geleid.

8.1.2 Conclusie

De conclusie van dit onderzoek luidt dat er op dit moment geen reden is voor bijzondere bezorgdheid als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders. Uit gesprekken met toezichthouders blijkt dat deze conclusie breed wordt gedragen.

Verschil van inzicht bestaat over de vraag of er zich op dit terrein *potentiële* problemen voordoen, met andere woorden of op afzienbare termijn problemen zijn te verwachten. Uit gesprekken met toezichthouders kan worden afgeleid dat zij zich hierover niet zeer bezorgd tonen maar wel dat zij de ontwikkelingen uit de aard der zaak 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 en eveneens vanuit de gedachte dat als een toezichthouder tekort is geschoten in zijn toezichthoudende en handhavende taak, de benadeelden recht hebben op schadevergoeding.

Op basis van de resultaten van Hoofdstuk 6 ligt het niet voor de hand om te veronderstellen dat binnen afzienbare termijn problemen zijn te verwachten. De rechtspraak stelt zich terughoudend op als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders en vergt van een toezichthouder niet meer (maar ook niet minder) dan dat hij zich als een redelijk handelend toezichthouder gedraagt.

Voorts kan worden gewezen op de bevoegdheid die de rechter op grond van art. 6:109 BW heeft om, in geval van aansprakelijkheid, de omvang van de schadevergoeding te matigen: 'Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.' In het incidentele geval dat de aansprakelijkheid van een toezichthouder te omvangrijke consequenties zou hebben, verschaft het BW dus al een instrument aan de rechter om aan de noodrem te trekken.

Kortom: ook al geeft de huidige situatie van de aansprakelijkheid van toezichthouders op dit moment geen reden tot zorg, er is goede reden om op een aantal zaken alert te zijn. Dat is alleen al het geval gezien het aantal nog lopende procedures en de mogelijke stijging van het aantal zaken.

Een andere reden om de ontwikkelingen op het gebied van de aansprakelijkheid van toezichthouders goed in het oog te houden is het grote maatschappelijke belang van een goed

en evenwichtig functionerend aansprakelijkheidsrecht.²⁵⁷

Hieronder volgt eerst een aantal aanbevelingen die het aansprakelijkheidsrisico en de gevolgen daarvan kunnen beperken (kwaliteit van toezicht en uitwisseling van informatie tussen toezichthouders, financiële dekking van aansprakelijkheid, vergroting van de verantwoordelijkheid van de exploitanten en monitoring van het aansprakelijkheidsrisico). Zie par. 8.2.

Ten slotte wordt een aantal scenario's beschreven die aan de orde kunnen komen indien de huidige situatie met betrekking tot de aansprakelijkheid van toezichthouders aanzienlijk zou veranderen ten nadele van de toezichthouders. Met behulp van de gegevens uit de monitoring kan dan worden bezien welke van deze scenario's een oplossing zou kunnen bieden voor de ontstane problemen. Zie par. 8.3.

8.2 Aanbevelingen

8.2.1 *Kwaliteit toezicht*

Uit Hoofdstuk 6 inzake het juridische kader is duidelijk geworden dat toezichthouders het aansprakelijkheidsrisico voor een substantieel deel zelf in de hand hebben. Een kwalitatief goed toezicht- en handhavingsbeleid minimaliseert het aansprakelijkheidsrisico.

Twee hoofdlijnen zijn uit dit hoofdstuk af leiden. In de eerste plaats geldt, dat een toezichthouder die een weloverwogen en planmatig toezicht- en handhavingsbeleid voert nauwelijks een aansprakelijkheidsrisico loopt ten aanzien van zijn algemene toezicht (par. 6.7.2).

In de tweede plaats geldt dat, indien bekend is dat regels niet worden nageleefd en dit een aanzienlijk risico op omvangrijke schade impliceert de toezichthouder handelend dient op te treden. Hij heeft dan geen beleidsvrijheid meer om stil te zitten maar kan hooguit de vrijheid om de handhavingsmiddelen kiezen teneinde aan de onrechtmatige situatie een eind te maken. Dit is de *bottom line* van het bijzondere toezicht (par. 6.7.3-5).

In het afgelopen decennium heeft de overheid de kwaliteit van toezicht en handhaving tot een van de speerpunten van haar beleid gemaakt, met name bij de lokale toezichthouders (par. 2.3). Ook bij de landelijke toezichthouders vormt de kwaliteit van het toezicht een terrein waar veel aandacht aan wordt geschonken in het interne beleid. Het succes van dit kwaliteitsbeleid bij lokale en landelijke toezichthouders zal in enige mate kunnen worden afgemeten aan de mate waarin de rechter een toezichthouder aansprakelijk houdt voor tekortkomingen in het toezicht. Immers, de rechter past een vergelijkbare toets toe door te verlangen dat de toezichthouder zich als een redelijk handelend toezichthouder gedraagt.

²⁵⁷ Kamerstukken II, 1998-1999, 26 630, nr. 1 en Kamerstukken II 2001/2002, 28 000, hoofdstuk VI, nr. 2, p. 25-29.

De **eerste aanbeveling** van dit onderzoek is derhalve 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. Gezien de samenhang tussen de rechtspraak op het gebied van de aansprakelijkheid van toezichthouders enerzijds en de kwaliteit van toezicht en handhaving, kan aldus het aansprakelijkheidsrisico (verder) worden gereduceerd.

De **tweede aanbeveling** is om een eenvoudig systeem op te zetten teneinde informatie omtrent aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders beter te verspreiden onder toezichthouders. Ten aanzien van de lokale toezichthouders heeft de VNG hier reeds een belangrijke taak. Ten aanzien van landelijke toezichthouders ontbreekt een dergelijke uitwisseling van kennis. Zo zijn er op het gebied van persbeleid (zowel door het OM als door toezichthouders als de NMa en de Opta) diverse uitspraken geweest die voor het persbeleid van toezichthouders in het algemeen van belang zijn en die mede behulpzaam kunnen zijn bij het vormgeven c.q. aanpassen van dat beleid. Ook anderszins zijn uitspraken inzake de mogelijke aansprakelijkheid van toezichthouders, zoals die van de AFM in de Befra-zaak, van belang voor andere toezichthouders. Op die manier kan van andere zaken worden geleerd en het aansprakelijkheidsrisico verder gereduceerd. In aanvulling hierop verdient het voorts aanbeveling dat toezichthouders worden verplicht om de informatie als hier bedoeld in hun jaarverslag op te nemen.

8.2.2 Financiële dekking van het aansprakelijkheidsrisico

Uit de beknopte informatie in de landelijke rapporten blijkt dat met het opkomen van de nieuwe (markt)toezichthouders de vraag naar verzekering van aansprakelijkheid actueel geworden. Voor zover toezichthouders onderdeel uitmaken van de landelijke overheid is een verzekering van minder groot belang maar juist na het op afstand plaatsen van de overheid van de nieuwe toezichthouders blijkt de financiële dekking van schadeclaims niet meer zo vanzelfsprekend te zijn. Voor hen, evenals voor lokale toezichthouders, is het hebben van financiële dekking voor hun aansprakelijkheidsrisico van cruciaal belang.

Daarom is de **derde aanbeveling** van dit onderzoek om, voor zover dit nog niet is geschied, 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 de AFM (par. 7.8). Aangezien toezichthouders verschillen in de aansprakelijkheidsrisico's die zij lopen, kan hier geen algemene aanbeveling worden gedaan over wat het beste financiële arrangement per toezichthouder is. Dit dient per toezichthouder afzonderlijk te worden onderzocht.

Ten aanzien van ZBO's die niet over rechtspersoonlijkheid beschikken (zoals de NMa), dient een aansprakelijkheidsclaim tegen de Staat der Nederlanden te worden ingediend. Voor dit soort gevallen dient duidelijk te zijn op wie de draagplicht voor het betalen van schadevergoeding rust: op de ZBO of op de Staat (of gedeeld op beide).²⁵⁸

8.2.3 Vergroting verantwoordelijkheid exploitanten

In de *Justitie over morgen*, de strategische agenda van het ministerie van Justitie, wordt over de verantwoordelijkheid van private partijen het volgende opemerkt:

'Ten aanzien van schadeverhaal op de overheid in brede zin wordt gestimuleerd dat private partijen verantwoordelijkheid nemen voor de schade die zij (kunnen) veroorzaken, zodat gelaedeerden zich niet tot de overheid behoeven te wenden. Gedacht kan worden aan een eis van financiële zekerheidsstelling bij risicovolle activiteiten, zoals thans door Justitie wordt gepropageerd.'²⁵⁹

Een mogelijkheid om het aansprakelijkheidsrisico van de toezichthouder verder te verminderen is het vergroten van de verantwoordelijkheid van de directe veroorzakers. Immers, indien de toezichthouder aansprakelijk is voor onvoldoende toezicht en handhaving zal er vaak ook een andere (rechts)persoon aansprakelijk zijn voor de schade. Het beginsel van de hoofdelijkheid brengt dan mee dat de toezichthouder jegens de benadeelde volledig aansprakelijk is. 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 is alleen relevant indien de ander verhaal biedt.

Dit interne regresrecht kan beter worden gerealiseerd door de verzekerde som van aansprakelijkheidsverzekeringen van vergunningplichtige inrichtingen sterk te verhogen. Voor het opleggen van een dergelijke plicht dient vanzelfsprekend een wettelijke grondslag te worden gecreëerd. Dat de verzekerbaarheid op zichzelf niet op onoverkomelijke praktische problemen behoeft te stuiten, leert de ervaring in België waar de Wet preventie en objectieve aansprakelijkheid brand en ontploffing, iedere exploitant een verplichte aansprakelijkheidsverzekeringsdekking oplegt ter hoogte van bijna € 15 miljoen.²⁶⁰

Een mogelijk bijkomend voordeel van een dergelijke verzekeringsplicht kan zijn dat aansprakelijkheidsverzekeraars een grotere rol zouden kunnen gaan spelen in het nakomen van (veiligheids)verplichtingen door de exploitant door middel van preventie en het opleggen van voorwaarden. Dit zou passen in het streven van het kabinet naar alternatieve

258 Op 8 september 2005 heeft de Franse Conseil d'Etat (Raad van State) geadviseerd dat slechts ZBO's (*autorités administratives indépendantes*) met rechtspersoonlijkheid de consequenties van hun aansprakelijkheid moeten dragen. De Franse Staat zou niettemin aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld in geval van insolventie van de betrokken ZBO.

259 Ministerie van Justitie, *Justitie over morgen. Strategische agenda versie 2001*, p. 7-8.

260 Zie hierover Van Schoubroeck (2002), p. 145-170.

toezichtsarrangementen (par. 2.3.4).

De **vierde aanbeveling** van dit onderzoek is om de voor- en nadelen van een dergelijke verzekeringsplicht voor exploitanten nader te onderzoeken. Daarbij dient vanzelfsprekend ook de stijging van de administratieve lasten voor het bedrijfsleven in de gehele afweging een rol te spelen. Inspiratie voor de vormgeving van een dergelijke regeling kan ook worden ontleend aan het Besluit financiële zekerheid milieubeheer.²⁶¹ Op grond van artikel 7 lid 1 van dit Besluit kan het bevoegd gezag aan een milieuvergunning voorschriften verbinden, die voor degene die de inrichting drijft, de verplichting inhouden tot het stellen van financiële zekerheid ter dekking van zijn aansprakelijkheid voor schade aan de bodem.

8.2.4 *Monitoring systeem*

Hoewel de huidige situatie geen aanleiding tot bezorgdheid geeft, is de aansprakelijkheid van toezichthouders een betrekkelijk nieuw fenomeen en is het van belang om de ontwikkelingen op dit gebied in de gaten te houden. Niet alleen zijn nog vele zaken in rechte aanhangig of wordt er nog onderhandeld tussen de toezichthouder en de benadeelde, ook is niet uitgesloten dat het aantal aansprakelijkheidszaken tegen toezichthouders in de komende tijd zal toenemen. Daarom is de **vijfde aanbeveling** van dit onderzoek om deze ontwikkelingen voor een periode van drie tot vijf jaar te volgen door middel van een monitoring systeem, zodat eventuele problemen in een vroeg stadium kunnen worden gesignaleerd en adequate maatregelen tijdig kunnen worden genomen.

In het kader van 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 voor gevallen waarin aansprakelijkheid door de toezichthouder wordt erkend, dan wel door de rechter wordt vastgesteld, onder meer te worden geanalyseerd wat er is misgegaan, of hier sprake is van een incidentele dan wel een structurele tekortkoming bij de toezichthouder.

Indien de monitoring aan het licht brengt dat de aansprakelijkheid van toezichthouders problematisch wordt, bijvoorbeeld omdat de aansprakelijkheidslast te omvangrijk dreigt te worden, kan aan de hand van deze analyse van aansprakelijkheidsoorzaken in samenhang met de in par. 8.3 aangegeven opties worden overwogen welke oplossingen zich voor het desbetreffende probleem aandienen.

²⁶¹ Besluit van 8 februari 2003, houdende regels met betrekking tot het stellen van financiële zekerheid voor het nakomen van vergunningvoorschriften en voor aansprakelijkheid krachtens de Wet milieubeheer (Besluit financiële zekerheid milieubeheer), Stb. 2003, 71.

8.3 Oplossingsrichtingen voor eventueel later opkomende problemen

8.3.1 Inleiding

Indien de aansprakelijkheid van toezichthouders in de toekomst tot ernstige problemen zou gaan leiden, is er een aantal scenario's denkbaar om deze problemen het hoofd te bieden. Hieronder zal op een drietal scenario's worden ingegaan: immuniteit voor aansprakelijkheid, limitering van de omvang van de schadevergoeding en afschaffing van de hoofdelijkheidsregel.

In al deze gevallen zal zich het probleem voordoen dat moet worden beslist of deze wijzigingen betrekking dienen te hebben op alle gedragingen van de toezichthouder of alleen op bepaalde nader omschreven gedragingen. Indien de beperkingen op alle taken van de toezichthouder zouden zien, gaan zij te ver omdat zij zich dan bijvoorbeeld ook zouden uitstrekken tot gedragingen van werknemers van toezichthouders die een ongeluk veroorzaken waardoor derden schade lijden. Maar indien de beperkingen alleen betrekking hebben op toezicht en handhavingstaken is het de vraag welke gedragingen daar dan precies onder vallen. Is bijvoorbeeld het persbeleid van een toezichthouder – ook wel bekend als *enforcement by naming and shaming* – wel of niet onderdeel van toezicht en handhaving? En zou ook een handelen zonder bevoegdheid door de toezichthouder (zie bijvoorbeeld de zaak met betrekking tot de methadonbrief, waarover par. 6.3) onder een dergelijke beperking moeten vallen? Een nauwkeurige omschrijving van de gedragingen waarvoor de beperkingen gaan gelden is derhalve gewenst, maar de ervaring leert dat dit soort omschrijvingen tot grensgevallen en daarmee tot nieuwe conflicten aanleiding kunnen geven.

Indien het al nodig mocht blijken om het aansprakelijkheidsrecht aan te passen – zoals gezegd is daar op dit moment geen aanleiding toe – dient uiteraard mede in het oog worden gehouden dat verlichting van de aansprakelijkheidslast voor de toezichthouders automatisch leidt tot een vermindering van de verhaalsmogelijkheden van benadeelden, zoals personenschadeslachtoffers en particuliere beleggers. Het ligt voor de hand dat in een dergelijk geval ook de positie van deze personen recht wordt gedaan. Beperking van de aansprakelijkheid van toezichthouders in combinatie met te weinig zekerheid van compensatie uit andere bronnen kan het vertrouwen beschadigen in de samenleving, in de markt en in de overheid als toezichthouder daarop.

Voorts dient in het oog te worden gehouden dat een beperking of uitsluiting van de aansprakelijkheid van de toezichthouder ook aansprakelijkheidsrepercussies kan hebben voor andere betrokkenen. Te denken valt met name aan de BeFra-zaak en de Vie d'Or zaak (Hoofdstuk 6), waarin naast de financiële toezichthouder ook banken en beroepsbeoefenaren aansprakelijk zijn gesteld. Afschaffing of beperking van de hoofdelijkheid in dit soort zaken zou betekenen dat de aansprakelijkheidslast volledig op de genoemde professionele partijen wordt afgewenteld.

8.3.2 *Uitsluiting van aansprakelijkheid*

De meest vergaande optie, beter: een ultimum remedium, is een aansprakelijkheidsimmunititeit voor de toezichthouder. Het is een paardenmiddel dat alleen aan de orde kan komen indien de aansprakelijkheid van toezichthouders ondragelijke vormen heeft aangenomen.

Een aansprakelijkheidsimmunititeit kan op twee manieren worden gerealiseerd. In de eerste plaats is denkbaar dat in de wet wordt bepaald dat een toezichthouder zijn werkzaamheden alleen in het algemeen belang uitoefent. Dit is de weg die de Duitse wetgever heeft gekozen om de banktoezichthouder te vrijwaren van aansprakelijkheid.²⁶² Het is ook denkbaar om in de wet rechtstreeks te bepalen dat een toezichthouder niet aansprakelijk is voor schade van derden.

Beide opties kennen een aantal complicaties. In de eerste plaats is een dergelijke immunititeit vermoedelijk alleen mogelijk voor een beperkt aantal toezichthouders. De Staat blijft immers altijd aansprakelijk voor onvoldoende toezicht en handhaving door toezichthouders op de naleving van regels op het gebied van gezondheid en veiligheid voor zover zij vallen onder de positieve verplichtingen van het EVRM (par. 6.7.4). Meer in het algemeen stelt de rechtspraak van het EHRM grenzen aan de immunititeit en een wettelijke immunititeit zou dus (in ernstige gevallen van nalaten) tot veroordelingen vanuit Straatsburg kunnen leiden. Daarnaast zou een immunititeit in bepaalde gevallen ook in strijd kunnen komen met communautair recht, bijvoorbeeld in het kader van de Seveso richtlijnen. Zowel het communautair recht als de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zijn voor de Nederlandse wetgever en rechter uiteraard bindend.

8.3.3 *Limitering van de omvang van de schadevergoeding*

Een minder vergaande optie is het stellen van een limiet aan de omvang van de verplichting tot schadevergoeding. In een dergelijk geval blijven de regels voor het vaststellen van de aansprakelijkheid ongewijzigd maar – indien aansprakelijkheid wordt vastgesteld – wordt de omvang van de te betalen schadevergoeding beperkt tot een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen maximum bedrag. Deze mogelijkheid wordt geopend door art. 6:110 BW dat aldus luidt: ‘Opdat de aansprakelijkheid die ter zake van schade kan ontstaan niet hetgeen redelijkerwijs door verzekering kan worden gedekt, te boven gaat, kunnen bij algemene maatregel van bestuur bedragen worden vastgesteld, waarboven de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt. Afzonderlijke bedragen kunnen worden bepaald naar gelang van onder meer de aard van de gebeurtenis, de aard van de schade en de grond van de aansprakelijkheid.’

De Minister heeft hierover onlangs opgemerkt: ‘Beperking van aansprakelijkheid dient een gerechtvaardigde en deugdelijk gemotiveerde uitzondering te zijn op de hoofdregel van het

²⁶² Van Rossum (2005), p. 122-123, heeft voor deze mogelijkheid een voorkeur uitgesproken.

Nederlands schadevergoedingsrecht, dat in geval van aansprakelijkheid volledige schadevergoeding plaatsvindt.²⁶³ Indien er aanleiding zou zijn om tot een dergelijke wettelijke limitering van de omvang van de schadevergoeding over te gaan, is het voorts van belang om de limitering niet te laag vast te stellen, teneinde niet op gespannen voet te komen met het EVRM-vereiste dat de benadeelde een effectief rechtsmiddel ten dienste moet staan. Zie hierover Hoofdstuk 9.

Aan art. 6:110 BW is tot op heden nog slechts een maal uitvoering gegeven, en wel in het besluit tot limitering van de aansprakelijkheid voor terrorismeschade in verband met de wijziging van de Luchtvaartwet.²⁶⁴ Door deze wijzigingen is niet langer de Staat maar zijn de luchthavenexploitanten en de luchtvaartmaatschappijen belast met de veiligheidscontrole van passagiers. Indien deze beveiligers aansprakelijk zijn wegens het niet naar behoren naleven van hun taken en er wordt als gevolg daarvan door een of meer personen opzettelijk en met een terroristisch oogmerk schade toegebracht aan derden, zijn de beveiligers slechts aansprakelijk tot een bedrag waarvoor zij ten tijde van het voorval redelijkerwijs ten hoogste verzekeringsdekking kon verkrijgen. Deze limitering geldt niet indien de aansprakelijke persoon opzettelijk of bewust roekeloos handelde. In de toelichting wordt opgemerkt dat een dekking van \$ 1 miljard thans tot de mogelijkheden behoort. De regeling vervalt tien jaar na de inwerkingtreding. Zij is uitdrukkelijk bedoeld ter bescherming van de continuïteit van luchthavenexploitanten en luchthavenmaatschappijen bij de uitvoering van een geheel publiekrechtelijk geregelde controle.²⁶⁵ Bescherming van de continuïteit in het kader van aansprakelijkheidsrisico's is in beginsel niet aan de orde bij overheidstoezichthouders.

8.3.4 Afschaffing hoofdelijke aansprakelijkheid

Indien de toezichthouder aansprakelijk is wegens inadequaat handhavingstoezicht is zij met de andere aansprakelijke (rechts)personen (veelal degenen op wie toezicht dient te worden gehouden) hoofdelijk aansprakelijk voor de schade. Dat wil zeggen dat zij extern (door de benadeelden) voor de gehele schade kan worden aangesproken. Intern zal de draagplicht vooral op de primair aansprakelijke (rechts)persoon rusten maar in de praktijk zal diens draagkracht beperkt zijn en komt het er op neer dat de toezichthouder het leeuwendeel van de schade betaalt. In dit kader kunnen de nadelen van hoofdelijkheid zich met name doen gevoelen indien de bijdrage van de toezichthouder slechts beperkt is, de schade erg groot is en de mededaders geen verhaal bieden. Zie par. 6.11.

²⁶³ Stb. 2004, 358, Nota van Toelichting, p. 6.

²⁶⁴ Besluit van 9 juli 2004, houdende vaststelling van een tijdelijke algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 110 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (Tijdelijk besluit limitering aansprakelijkheid voor terrorismeschade in verband met de wijziging van de Luchtvaartwet), Stb. 2004, 358.

²⁶⁵ Stb. 2004, 358, Nota van Toelichting, p. 3.

Indien de ontwikkeling van de aansprakelijkheid van toezichthouders in de toekomst aanleiding zou geven tot het afschaffen van de hoofdelijkheidsregel, dienen zich twee mogelijkheden aan. In de eerste plaats is een systeem van subsidiaire aansprakelijkheid mogelijk. Dit gaat ervan uit dat de benadeelde de toezichthouder pas kan aanspreken indien aansprakelijkheid van de primaire dader tot niets leidt. Een dergelijke regel geldt in Duitsland op grond van § 839 BGB (zie Hoofdstuk 12) maar zij zou vooral effectief zijn indien de schade niet al te omvangrijk is en door de primaire dader kan worden vergoed.²⁶⁶ In dergelijke gevallen zal de primaire dader de prikkel van het aansprakelijkheidsrecht het sterkste voelen. Voor zover de primaire dader geen verhaal biedt, zal de benadeelde doorgaans alsnog de toezichthouder aanspreken.

Een dergelijke subsidiaire aansprakelijkheid lijkt echter niet erg efficiënt en kan voor de benadeelde tijdrovend zijn, zonder dat daar voor hem duidelijke voordelen tegenover staan. In de huidige situatie voelt de primaire dader de prikkel van het aansprakelijkheidsrecht sowieso reeds, omdat de mede-aansprakelijke toezichthouder een verhaalsrecht jegens hem heeft. Subsidiaire aansprakelijkheid kan daarom bezwaarlijk als een nuttige optie worden gezien.²⁶⁷

Een tweede alternatief voor hoofdelijkheid is de proportionele aansprakelijkheid. Deze optie komt er op neer dat indien twee of meer personen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade, zij jegens de benadeelden niet voor het geheel aansprakelijk zijn maar alleen voor het aandeel dat zij individueel hebben veroorzaakt. Hiermee kan tot uitdrukking worden gebracht dat de causale bijdrage van de toezichthouder aanzienlijk geringer is dan die van de primaire dader. Reeds in 1997 heeft Van Boom deze optie genoemd in verband met de aansprakelijkheid van de toezichthouder. Op dat moment was hij daarvan echter nog geen voorstander.²⁶⁸ Meer recent heeft Barendrecht deze gedachte weer opgeworpen, daarbij verwijzend naar § 17 Restatement 3rd of Torts (Apportionment of Liability), dat in dit verband een vijftal alternatieve mogelijkheden geeft (naast hoofdelijke aansprakelijkheid een systeem waarin ieder alleen aansprakelijk is voor het deel van de schade dat hij heeft veroorzaakt, al dan niet met verrekening van het insolventierisico, en een systeem waarin alleen hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aangenomen bij een bijdrage boven een zeker percentage).²⁶⁹

Afschaffing van de hoofdelijkheid en invoering van een proportionele aansprakelijkheid voor mede-daders in geval van inadequaar toezicht zou een breuk met het huidige recht betekenen, waarvoor overtuigende argumenten dienen te bestaan, mede omdat hoofdelijkheid ook pijn doet voor andere schuldenaars die slechts zijdelinge veroorzakers van de schade zijn. Het huidige onderzoek heeft deze overtuigende argumenten echter niet aan het licht gebracht.

²⁶⁶ Zie hierover met name Giesen (2005), p. 38-40.

²⁶⁷ Hartlief (2003), p. 43; Van Rossum (2005), p. 95. Giesen (2005), p. 44, pleit voor een subsidiaire aansprakelijkheid en wil de benadeelde tegemoet komen door, in geval van letselschade of bij rampen op de toezichthouder een risico-aansprakelijkheid te leggen.

²⁶⁸ Van Boom (1997), p. 135-152.

²⁶⁹ Barendrecht, *NJB* 2004, p. 2180 e.v.; Barendrecht, *NJB* 2003, p. 957.

Bijlagen

Begeleidingscommissie

Prof. mr W.H. van Boom, voorzitter
Hoogleraar privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam

Mw Mr E. Dieben
Ministerie van Financiën, Directie Financiële Markten, Afdeling Algemeen & Internationaal

Prof. dr. M. G. Faure, LL.M.
Wetenschappelijk Directeur METRO/Hoogleraar Vergelijkend Internationaal Milieurecht

Prof. mr N. Frenk
Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving; hoogleraar Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht,
Vrije Universiteit Amsterdam

Mr M.A. Visser en mr A.A. Brouwer
Ministerie van Economische Zaken, Directie Marktwerking

Mw mr Y. Visser
Ministerie van Justitie, Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum (WODC)

Dr. P. van Wijck
Ministerie van Justitie, Directie algemene justitiële strategie

Questionnaire toezichthouders

1. Hoe vaak bent u geconfronteerd met een schadeclaim wegens inadequaar toezicht en handhaving?

Toelichting: Het gaat hier zowel om gevallen waarin u aansprakelijk bent gesteld (door derden) voor schade door onvoldoende toezicht en handhaving als om gevallen waarin schade is veroorzaakt aan degene op wie toezicht werd gehouden door handhavingsmaatregelen (bijvoorbeeld het sluiten van een inrichting) die achteraf onzorgvuldig zijn geweest. Het gaat om alle serieuze claims, ongeacht of ze terecht waren of niet.

2. Om wat voor gevallen het ging daarbij: wat was het feitencomplex?

Toelichting: Hier volstaat een korte samenvatting van het feitencomplex. Wat was de feitelijke grondslag van de claim?

3. Wat was de omvang van de gevorderde schadevergoeding?

Toelichting: Het gaat hier alleen om de omvang van de vordering, ongeacht of deze terecht is of niet.

4. In welke gevallen is de claim gehonoreerd door de toezichthouder en op welke grond?

Toelichting: Het gaat hier om gevallen waarin u een financiële uitkering hebt gedaan als tegemoetkoming in de schade, ongeacht of u als toezichthouder wel of niet aansprakelijk was.

5. Welk bedrag is in deze gevallen aan de eiser uitgekeerd?

Toelichting: Wat was het uitgekeerde bedrag en wat was door eiser gevorderd?

6. Indien de schade niet volledig werd vergoed, op grond gebeurde dat dan?

Toelichting: Bijvoorbeeld eigen schuld van de eiser, onbewezen schadeposten, enz.

7. In welke gevallen is de claim afgewezen en op welke grond?

8. In welke gevallen is door de eiser een gerechtelijke procedure gestart?

Toelichting: In welke fase is deze procedure (rechtbank, hof, Hoge Raad)? Welke vonnissen/arresten zijn geweest? Zo ja, gaarne kopie bijvoegen.

9. Kunt u aangeven of en zo ja, in hoeverre uw beleid is aangepast nadat een schadeclaim was ingediend wegens inadequaar toezicht en handhaving?

Toelichting: Het gaat hier om de vraag of een claim tot een verandering van het toezicht- en handhavingsbeleid heeft geleid. Dit is ook het geval indien de claim mede tot een beleidsverandering aanleiding heeft gegeven.

10. Kunt u een of meer voorbeelden geven van gevallen waarin u van handhaving hebt afgezien, c.q. juist tot handhaving bent overgegaan wegens de vrees voor een aansprakelijkheidsclaim?

Toelichting: Deze vraag betreft de kwestie of het aansprakelijkheidsrecht, c.q. de vrees voor een mogelijke claim, het beleid op het gebied van toezicht en handhaving beïnvloedt.

Questionnaire nationale rapporteurs

1. Which public bodies are responsible for controlling market behaviour or health and safety? Are these bodies centrally or locally organised?

This overview does not need to be exhaustive (unless there is a ready made overview available). The emphasis should be on supervisors in the economic area ('economic regulators') and in the area of health and safety (food and drugs agencies, factory inspection, health inspectorate, building inspectorates, child protection, etc.), preferably with a brief description of the main tasks.

2. Is it possible to claim damages from these bodies for inadequate supervision and enforcement? If so, what are the requirements for liability?

Inadequate supervision and enforcement can imply failing to interfere timely (causing damage to third parties) and interfering too early (causing damage to the supervised person or legal body).

Please give an overview of the applicable rules for liability. As regards the requirements you may think of unlawfulness, negligence, gross negligence, acting in bad faith, etc. Do requirements like scope of the duty (*Schutznorm*), causation, damage and contributory negligence play an important limiting role? If so, in which respect?

Please add summaries of the most important cases of liability for inadequate supervision and enforcement (unless they have already been set out in the answers to the previous questions).

3. Which statutory immunities exist as regards liability of public bodies?

You may think of immunities of financial supervisors but there may be more rules of immunity in your country. If so, are there cases in which these statutory immunities have been challenged before a (constitutional) court?

4. How is the current situation as regards liability of supervisors estimated?

Is there a strong debate going on in the legal literature or in politics? If so, what are the key issues in this debate? What are considered to be the upsides and what the downsides of the rules? Is it likely that these rules will change in the foreseeable future?

5. What are the amounts of compensation following the Banking and Insurance Directives?

On the basis of European law member states under certain conditions have to provide compensation to depositors and policy holders compensation on a no fault basis in case a bank or an insurer cannot meet its obligations (e.g. Article 7 First Banking Directive). The Directives only hold minimum amounts.

6. Are supervisors insured against liability?

Afkortingen

AFM	Autoriteit Financiële Markten
Awb	Algemene Wet Bestuursrecht
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
DD	Delikt en Delinkwent
DNB	De Nederlandsche Bank
DTe	Dienst uitvoering Toezicht energie
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
Gst.	Gemeentestem
IMF	Internationaal Monetair Fonds
IvG	Inspectie voor de Gezondheidszorg
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JIFM	Journal of International Financial Markets
KvW	Keuringsdienst van Waren
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
M&M	Markt & Mededinging
M&R	Milieu en Recht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgelijk Recht
O&A	Overheid en Aansprakelijkheid
Opta	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Rb.	Rechtbank
RVV	Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees
Stb.	Staatsblad
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvO	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
VA	Verzekeringsarchief
VK	Vervoerkamer
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VWA	Voedsel en Warenautoriteit
Vzngr.	Voorzieningenrechter
WAO	Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wft	Wet op het financieel toezicht
WIA	Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen
Wtb	Wet toezicht beleggingsinstellingen
Wtk	Wet toezicht kredietwezen
Wtv	Wet toezicht verzekeringsbedrijf
ZA	Zorgautoriteit i.o.
ZBO	Zelfstandig Bestuursorgaan

Literatuur

- A.J. Akkermans, *De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband*, Boom: Den Haag, 2002
- Arno Akkermans en Edward Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2002)
- C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving', *NTB* 2004, p. 201 e.v.
- C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving. De geest uit de fles?', *NTBR* 2005, p. 483 e.v.
- C.L.G.F.H. Albers, 'De "beginselplicht" tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?', *Gst.* 2004, 7206, p. 233 e.v.
- Andersson Elffers Felix, *Staat van handhaving. Analyse verlening en handhaving vergunningen in 13 casusgemeenten* (Utrecht, 2002)
- Mr C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, 12^e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, m.m.v. C.H. Sieburgh (Deventer: Kluwer, 2004)
- Mr C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, 11^e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, m.m.v. C.H. Sieburgh (Deventer: Kluwer, 2002)
- R.C.S. Bakker en B. Bastein, Over beginselplicht en belangen bij handhaving, *NTB* 2004, p. 333 e.v.
- J.M. Barendrecht, Aansprakelijkheid en welzijn, *NJB* 2002, p. 605 e.v.
- J.M. Barendrecht, Hoofdelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders, *NJB* 2003, p. 957.
- J.M. Barendrecht: Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat, *NJB* 2004, p. 2180 e.v.
- T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, Het EVRM dwingt tot verruiming van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheden, *NJB* 2003, p. 1444 e.v.
- T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, EHRM-uitspraak Öneriyildiz tegen Turkije, *O&A* 2003, p. 109 e.v.
- Basel Committee on Banking Supervision, *Core Principles for Effective Banking Supervision* (Basel, September 1997)
- J.B.J.M. ten Berge, *Besturen door de overheid*, 4e druk (Deventer: Kluwer, 2001), p. 249 e.v.
- A.B. Blomberg, Aanvaardbaar gedogen, *M&R* 2002, p. 284 e.v.
- T. Blyth and E. Cavalli, *The liability of the Financial Services Authority after the Three Rivers*, *JIFM*, 2001
- J.L.M. Boek en R.A. Visser, *Handhaven: eerst kiezen, dan doen Spanningsvelden in de handhaving* (Den Haag: Expertisecentrum Rechtshandhaving, ministerie van Justitie, 2005)
- A.J. Bok e.a. (red.), *Nieuw bestuursrecht: derde tranche Algemene wet bestuursrecht* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1997)
- W.H. van Boom, 'Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.), *Tussen alles en niets. Van toedeling naar verdeling van nadeel* (Den Haag: BJu, 1997), p. 135 e.v.
- W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, diss. Tilburg (Deventer: Tjeenk Willink, 1999)
- W.H. van Boom en I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, p. 1675 e.v.
- W.H. van Boom, 'Pure Economic Loss: A Comparative Perspective', in: W.H. van Boom (a.o.) (ed.), *Pure Economic Loss* (Wien: Springer, 2003), p. 33 e.v.
- W.H. van Boom, Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger, *NTBR* 2003, p. 555 e.v.
- G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht: de samenhang tussen het toezichtrecht en het privaatrecht met betrekking tot het particuliere verzekeringsbedrijf in Nederland*, diss. Utrecht (Deventer: Tjeenk Willink, 2001)
- G.R. Boshuizen, Verzekeringsbedrijf en insolventie, *Tvl* 2004, p. 9 e.v.
- A.F.M. Brenninkmeijer, Behoorlijk omgaan met overheidsaansprakelijkheid, *O&A* 2005, p. 125 e.v.
- P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*

- (Deventer: Kluwer, 1999)
- Commissie Borghouts, *Vertrouwen in onafhankelijkheid*. Commissie Toezicht I (Den Haag 2005)
 - Commissie Sint, *Vertrouwen in onafhankelijkheid*. Commissie Toezicht II: Toezicht: naar naleving voor de samenleving (Den Haag 2005)
 - Commissie Holtslag, *De ministeriële verantwoordelijkheid ondersteund*. Een checklist voor een systematische beschrijving en analyse van toezichtsarrangementen (Den Haag, 1998)
 - Commissie tegemoetkoming bij rampen en calamiteiten (Commissie Borghouts), *Solidariteit met beleid. Aanbevelingen over financiële tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten* (Den Haag, 2004). Onderzoeksbijlage I: D.W. van den Wall Bake, P.E.M. van Dijk, N. Kastelein, M.R. Schurink en M.W.G. Steinmeijer, *Inventarisatie van financiële voorzieningen na rampen in Nederland* (Den Haag, 2004); Onderzoeksbijlage II: Michael G. Faure en Ton Hartlief, *Financiële voorzieningen na rampen in het Buitenland* (Den Haag, 2004)
 - Commissie Visser, *Zicht op toezicht*, MDW werkgroep Toezicht op nutssectoren (Den Haag, 1997)
 - E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, *Parlementaire Geschiedenis Algemene wet bestuursrecht I* (Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1993)
 - C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (Deventer: Kluwer, 1989)
 - C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*. Een grensoverschrijdend handboek (Den Haag: BJu, 2000)
 - C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving*, in: *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA-bundel (Lelystad, Koninklijke Vermande, 2002), p. 48 e.v.
 - M. van Dam, *Verkeersongevallen. Een rechtseconomisch, empirisch en positiefrechtelijk onderzoek naar de werking van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsregulering in het verkeer*, diss. Universiteit Maastricht (Den Haag: BJu, 2001)
 - Jef De Mot, *Overheidsaansprakelijkheid voor toezicht: een economische analyse*, *NJB* 2001, p. 1670 e.v.
 - Chr. H. van Dijk, *Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars*, *NTBR* 2003, p. 188 e.v.
 - A.W.H. Docters van Leeuwen en Th.F. Kockelkoren, 'Perspectief op toezicht', in: A.W.H. Docters van Leeuwen e.a., *Maatschappelijk verantwoord verzekeren in de 21^e eeuw. Preadvies 2003* (Kluwer, Deventer, 2004), p. 41 e.v.
 - J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, Mon. Nieuw BW A-26 (Deventer: Kluwer, 2001)
 - Ph. Eijlander en R.A.J. van Gestel, *Maatschappelijke veiligheid: verantwoordelijkheidbereidheid en de reguleringsketen*, *NJB* 2001, p. 1655 e.v.
 - R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank* (Den Haag: BJu en WODC, 2003)
 - B.J. van Etekoven en B. Schueler, 'De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag 2003, p. 155 e.v.
 - Expertisecentrum Rechtshandhaving, ministerie van Justitie, *Laveren tussen Scylla en Charybdis. Over de toekomst van handhaving* (Den Haag: Ministerie van Justitie, 2005).
 - F.B. Falkena, M.E. Koppenol-Laforce en A.T. Ottow (red.), *Markten onder toezicht* (Deventer: Kluwer, 2004)
 - Michael Faure en Roger Van den Bergh, *Objectieve Aansprakelijkheid, Verplichte Verzekering en Veiligheidsregulering* (Antwerpen-Apeldoorn: Maklu, 1989)
 - M. Faure en T. Hartlief, *Vergoeding van rampschade*, in: E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid* (Leiden: Meijers Instituut, 2001)
 - M. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering* (Deventer: Kluwer, 2002)
 - I. Giesen, *Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht*, *AV&S* 2002, p. 97 e.v.
 - I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten. Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders*, Offerhaus kring (Deventer: Kluwer, 2004).
 - I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid* (Deventer: Kluwer, 2005)
 - W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann en S. Perrick, *Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut (1996), deel 51 (Deventer: Kluwer, 1996)
 - C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door het effectenrecht*, 4e druk (Den Haag: BJu, 2002)

- J. Gundelach & F.C.M.A. Michiels, *Ongegronde vrees. Een onderzoek naar de rechtspraak inzake handhavingsbesluiten* (Deventer: Kluwer, 2004)
- Haan-Kamminga, 'Aansprakelijkheid voor toezicht', in: H. Boschma e.a., *LT. Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Viro Timmerman* (Deventer: Kluwer, 2003), p. 117 e.v.
- Ton Hartlief, Schadefondsen en de rol van de overheid, in: *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA Symposium 2002 (Lelystad: Koninklijke Vermande, 2002), p. 73 e.v.
- T. Hartlief, 'De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief en S. Klosse, *Het einde van het aansprakelijkheidsrecht?* (Den Haag, BJu, 2003), p. 1 e.v.
- Ton Hartlief, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden*, diesrede Maastricht 2005
- T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders: vertrouwen is goed, controle beter? Bespreking van het preadvies van A.A. van Rossum', *NJB* 2005, p. 1124 e.v.
- T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2004, p. 1579 e.v.
- T. Heukels en A.A. ten Cate, Europeesrechtelijke dimensies van rampenbestrijding in vogelvlucht, in: E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid* (Leiden: Meijers Instituut, 2001), p. 296 e.v.
- H.Ph.J.A.M. Hennekens en F.C.M.A. Michiels, Van twee kanten: Gedogen, *RM Themis* 2001, p. 250 e.v.
- House of Lords, *The Regulatory State. Ensuring its Accountability* (London: 2004).
- Interdepartementale werkgroep Andere Toezichtarrangementen, *Vreemde ogen. Naar een andere kijk op toezichtsarrangementen* (Den Haag, 2004)
- G.T.M.J. Jurgens, *Bestuurlijk gedogen*, diss. Utrecht (Zwolle: Tjeenk Willink, 1997)
- G.T.M.J. Jurgens, Overheidsaansprakelijkheid bij gedogen, *NJB* 2000, p. 1281
- N.S.J. Koeman, 'Overheidsaansprakelijkheid in geval van niet-handelen, onder meer bij niet-handhaven', in: J.M.P. Janssen (red.), *Handhaving van het omgevingsrecht*, Amsterdam 2004
- M.B. Koetser, C.J. Langereis en R.M. van Male, *De belanghebbende. Preadvies VAR* (Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1992)
- P.J.M. Koning, 'Toezichthouder en het publiek', in: H.J. de Ru en J.A.F. Peters, *Toezicht en regulering van nieuwe markten* (Den Haag: Sdu, 2000), p. 93 e.v.
- C.N.J. Kortmann, De omkeringsregel, lees eerst de gebruiksaanwijzing, *O&A* 2004, p. 188 e.v.
- S.C.J.J. Kortmann en M.A.J.G. Janssen, Enkele aspecten van overheidstoezicht op verzekeraars, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en Onderneming* (1998), p. 103 e.v.
- KPMG, *Nationale en internationale inventarisatie markttoezichthouders en EU-toezichtsbeleid*, 2004
- J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, diss. Groningen (Deventer: Kluwer, 1983)
- G.C. van Lomwel en J.H.M. Nelissen, *Handhaven onder de druk der omstandigheden. Het gebruik van schriftelijke waarschuwingen door gemeenten* (Tilburg: Universiteit van Tilburg, CentER Applied Research, 2005)
- G.E. van Maanen en R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* (Deventer: Kluwer, 2005)
- G.E. van Maanen, Schadevergoeding en besluiten, *NJB* 2004, p. 787 e.v.
- G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)', in: *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag, 2004, p. 45 e.v.
- J.M.M. Maeijer, *Privatisering* (Deventer: Tjeenk Willink, 1997)
- R. Meijer, Communautaire invloeden op het nationale stelsel van overheidsaansprakelijkheid, *NTBR* 2004, p. 524 e.v.
- B.M.J. van der Meulen, 'Klagers onder de Mededingingswet', in: O.J.D.M.L. Jansen e.a. (red.), *Handhaving van de Mededingingswet* (Deventer, Kluwer, 2001), p. 23 e.v.
- B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, *Toezicht op markten*, Preadviezen VAR 2003 (Den Haag: BJu, 2003)
- F.C.M.A. Michiels, *Handhaven op niveau* (Deventer: Tjeenk Willink, 1998)
- Ministerie van Justitie, Werkgroep Claimcultuur, *Naar een claimcultuur in Nederland?* (Den Haag: Ministerie van Justitie, 1999). Kamerstukken II, 1998-1999, 26630, nr. 1 (Kabinetsstandpunt) en nr 2 (Lijst van vragen en antwoorden)
- Ministerie van Justitie/Directie Algemene Justitiële Strategie, *Justitie over morgen. Een strategische verkenning* (Den Haag: Ministerie van Justitie, 2001)
- E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid* (Leiden: Meijers Instituut, 2001)
- S.M.C. Nuyten en V.H. Affourtit, Over boetes, bestuursdwang en dwangsommen; bestuursrechtelijke sanctionering door toezichthouders, in: F.B. Falkena, M.E. Koppenol-Laforce

- en A.T. Ottow, *Markten onder toezicht* (Deventer: Kluwer, 2004), p. 47 e.v.
- A. Oosenbrug, Opvang van wankelende verzekeraars in Nederland, VA 2001, p. 166 e.v.
 - A.T. Ottow, *Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt*, Preadvies VAR 2003 (Den Haag: BJu, 2003)
 - OECD, *Economic survey - Netherlands 2004: Product market competition and economic performance* (Paris 2004)
 - Oxera, *Costs and Benefits of Market Regulators (Kosten en baten van toezichthouders), Part I: Conceptual Framework (Raamwerk), Part II: Practical Application (Praktische toepassing)* (Oxford, 2004).
 - J.A.F. Peters, 'Na Pikmeer: Volendam of Enschede?', *NTB* 2001, p. 42 e.v.
 - J.C.A. de Poorter, De belanghebbende in het mededingingsrecht, *M&M* 2000, p. 36 e.v.
 - J.C.A. de Poorter, Ontvankelijkheidskwesties in de energie- en telecommunicatiesector, *M&M* 2004, p. 155 e.v.
 - J.C.A. de Poorter e.a., *Herijking van het belanghebbendenbegrip. Een relativiteitsvereiste in het Awb-procesrecht?* (Den Haag: WODC, 2004)
 - George Priest, The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law, *Yale LJ* 1987, p. 1521 e.v.
 - Rapport Commissie onderzoek vuurwerkcramp (Commissie Oosting): Kamerstukken II, 2000-2001, 27 157, nr. 18
 - Rapport Commissie onderzoek cafébrand Nieuwjaarsnacht 2001 (Commissie Alders): Kamerstukken II, 2000-2001, 27 575, nr. 4.
 - A.A. van Rossum, *Falend toezicht*, Oratie Utrecht (Den Haag: BJu, 2001).
 - A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*. Preadvies Nederlandse Juristenvereniging (Deventer: Kluwer, 2005)
 - H.J. de Ru en J.A.F. Peters, *Toezicht en regulering van nieuwe markten* (Den Haag: Sdu, 2000)
 - T.M. Schalken, Waarom wordt de gemeente Volendam niet vervolgd?, *DD* 2001, p. 115 e.v.
 - R.J.N. Schlössels, Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten. Een wondere wereld van juridische spinsels, wartaal en klassieke leerstukken?, in: C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. Van Solinge en L. Timmerman (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer 2003, p. 515 e.v.
 - R.J.N. Schlössels, Weg met de besluitenaansprakelijkheid?, in: *Tien jaar JB en Awb*, Den Haag, 2004, p. 67 e.v.
 - Van Schoubroeck, Objectieve aansprakelijkheid en verzekeringsplicht bij schade door rampen, in: Arno Akkermans en Edward Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2002), p. 145 e.v.
 - B.J. Schueler, Marktautoriteiten in een democratische rechtsstaat, in: in: F.B. Falkena, M.E. Koppenol-Laforce en A.T. Ottow (red.), *Markten onder toezicht* (Deventer: Kluwer, 2004), p. 13 e.v.
 - J. Spier, *Rampscenario's: de prijs van onzekerheid na 11 september 2001*, oratie Universiteit Maastricht, 2002
 - J. Spier, Après le déluge, in: T. Hartlief en S. Klosse, *Het einde van het aansprakelijkheidsrecht?* (Den Haag, BJu, 2003), p. 345 e.v.
 - A.J.P. Tillema, Het toezicht op de financiële sector, *NJB* 2000, p. 1196 e.v.
 - M. Tison, *Challenging the Prudential Supervisor: Liability versus (Regulatory) Immunity*, Working Paper Series 2003-2004 (Gent: Financial Law Institute, 2003)
 - R.J.P.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Offerhaus-kring (Deventer: Kluwer, 2001)
 - L.F.M. Verhey en N. Verheij, *De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief*. Preadvies Nederlandse Juristenvereniging (Deventer: Kluwer, 2005)
 - F.R. Vermeer, 'De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen', *JB Plus* 2001, p. 76 e.v.
 - A.M.E. Verschuur, *Vergoeding van zuivere vermogensschade van derden* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2003)
 - *Visie op markttoezicht* (Bijlage bij Kamerstukken II, 2003-2004, 29 200 XIII, nr 50)
 - L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, diss. Erasmus Universiteit Rotterdam (Rotterdam: Erasmus Universiteit, 2005)
 - J.B.M. Vranken, *Springen met lemen voeten*, Preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, 2003
 - B. Wessels, *Business and Bankruptcy Law in the Netherlands* (The Hague: Kluwer, 1999), p. 129 e.v.
 - B. Wessels, Nieuwe wetgeving inzake sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen,

- TvO 2004, p. 142 e.v.
- H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 13e druk (Den Haag: Elsevier, 2005)
 - M.H. Wissink, Staatsaansprakelijkheid voor falend banktoezicht; het oordeel van the House of Lords in de Three Rivers-zaak, *SEW* 2002-2003, p. 93 e.v.
 - C.J. van Zeben en J.W. du Pon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht* (Deventer: Kluwer, 1981)