



Vie d'Or

Drie Hoge Raad arresten♦

Inleiding

1. In het najaar van 2008 klinkt het als een verre dorpsgeschiedenis: binnen enkele jaren na haar oprichting in 1985 gaat levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or aan haar eigen succes ten onder. Niet alleen omdat zij de enorme toeloop van polishouders administratief niet aankon maar ook omdat de wijze van financiering van haar verplichtingen haar uiterst kwetsbaar maakte (voor wat betreft het laatste is er in 2008 weinig nieuws onder de zon). In november 1993 benoemde de Verzekeringskamer een stille bewindvoerder en een maand later werd de noodregeling uitgesproken, een insolventieprocedure voor verzekeringsmaatschappijen die de toezichthouder machtigt om het vermogen van de verzekeringsmaatschappij te vereffenen en over te dragen. In augustus 1994 werden de verplichtingen van Vie d'Or jegens de polishouders overgedragen aan Twenteleven N.V. (nu Avéro Achmea), waarbij de polishouders zich aanzienlijke kortingen moesten laten welgevalen. Hierdoor leden zij schade die zij in bovenstaande procedures probeerden te verhalen op de toenmalige actuaire en accountants van Vie d'Or en op de toezichthouder, destijds de Verzekeringskamer (thans De Nederlandsche Bank, verder ook DNB).

2. In mei 2008, bijna 15 jaar na de deconfiture van Vie d'Or, bereikten alle betrokken partijen overeenstemming over een regeling voor de 11.000 oud-polishouders. Ook het Verbond van Verzekeraars leverde hieraan een aanzienlijke bijdrage. Samen met de te verwachten uitkering uit het faillissement van Vie d'Or is er een fonds van ongeveer € 45 miljoen beschikbaar gekomen. De Nederlandsche Bank heeft niet aan dit fonds

♦ HR 13 oktober 2006, LJN: AW2082, C04/286HR (Hewitt Associates e.a./Stichting Vie d'Or); HR 13 oktober 2006, LJN: AW2080, C04/281HR (Deloitte & Touche e.a./Stichting Vie d'Or); HR 13 oktober 2006, LJN: AW2077, C04/279HR (De Nederlandsche Bank/Stichting Vie d'Or). Eerder in licht gewijzigde vorm verschenen in Nederlandse Jurisprudentie 2008, p. 4163-4170 (NJ 2008, 527-529).

bijgedragen maar heeft de kosten voor haar rekening genomen die de Stichting in de afgelopen veertien jaar heeft gemaakt. Uiteraard kwam deze schikking tot stand zonder erkenning van aansprakelijkheid door de accountants, de actuaris en de toezichthouder. De praktische consequentie van deze schikking is dat de polishouders meer dan de helft kunnen terugzien van het bedrag waarvoor hun aanspraken in 1994 werden gekort. Op 3 juli 2008 heeft de Stichting op grond van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM, de Lex Frenk) bij het Hof Amsterdam een verzoek ingediend om de regeling ten behoeve van de polishouders algemeen verbindend te verklaren. Zie hierover en over de inhoud van de schikking: www.stichtingviedor.nl.

3. Voor de afwikkeling van de Vie d'Or zaak hebben bovenstaande arresten dus geen betekenis meer. In deze noot ga ik in op die aspecten van de arresten die in het algemeen van belang zijn voor de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren (nr. 4-8), en toezichthouders (nr. 9-25) en voor de vergoeding van buitengerechtelijke kosten bij collectieve acties (nr. 26-28).

Aansprakelijkheidsnorm voor beroepsbeoefenaren

4. Het Haagse Hof hield de actuaris en de accountants aansprakelijk voor de gevolgen van hun tekortschieten bij het vervullen van hun taken bij Vie d'Or. De Hoge Raad vernietigde deze arresten, omdat het Hof een verkeerde aansprakelijkheidsnorm tot uitgangspunt had genomen en omdat het feitelijke stellingen van gedaagden niet of onvoldoende in zijn overwegingen had betrokken.

De Hoge Raad stelde een brede reikwijdte van de aansprakelijkheid van de actuaris en de accountant voorop. De voor hen geldende aansprakelijkheidsnorm beschermt niet alleen de rechtspersoon om wiens verslag en jaarrekening het gaat maar ook 'derden'. Die mogen in beginsel verwachten dat de verklaringen van de actuaris (r.o. 4.4.1) en de accountant (r.o. 5.4.1) - kort gezegd - betrouwbaar zijn en in overeenstemming met de normen en standaarden van de beroepsgroep. Derden moeten hun gedrag kunnen afstemmen op de verschafte informatie en er bij het nemen van hun beslissingen op kunnen vertrouwen dat de verklaringen niet misleidend zijn. De reden hiervoor is volgens de Hoge Raad dat actuarissen en accountants mede een wezenlijk publiek belang dienen. Daarom moeten hoge eisen worden gesteld aan de zorg die zij in het maatschappelijk verkeer bij hun werkzaamheden moeten betrachten.

5. De Hoge Raad spreekt in algemene zin en zonder beperking over 'derden'. Dit vormt een bijzonder contrast met zijn overwegingen in het Duwbak Linda-arrest inzake de aansprakelijkheid van toezichthouders (zie nr. 15). Het contrasteert ook met de Engelse benadering in *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 AC 605, waarin is aangenomen dat een verplichting van accountants jegens derden slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan worden aangenomen. Ook de Duitse benadering is meer terughoudend (zie onder meer Cees van Dam, *European Tort Law* (2006), nr. 713-714). Naar Nederlands recht geldt nu dat de zorgplicht van de beroepsbeoefenaren strekt tot bescherming van een onbepaalde groep derden ongeacht of deze voorzienbaar zijn en ongeacht de hoogte van hun schade. De enige beperking is dat het moet gaan om derden die bij hun beslissingen zijn afgegaan op de door de beroepsbeoefenaar verschafte informatie.

De ruime reikwijdte van de verantwoordelijkheid van actuaris en accountant en de vereiste hoge mate van zorg valt toe te juichen. Als auditors geen onafhankelijke positie innemen ten opzichte van de onderneming die zij beoordelen, komen de belangen van derden in het gedrang met alle mogelijke gevolgen van dien, zoals de recente boekhoudschandalen bij onder andere Ahold, Enron en Parmalat duidelijk hebben gemaakt. Voor zover auditors niet genoeg hebben aan hun eigen integriteit, geeft de Hoge Raad hen nu een extra argument om zich onafhankelijk ten opzichte van de rechtspersoon op te stellen als het gaat om het uitvoeren van hun wettelijke verplichtingen.

6. Ten aanzien van de inhoud van de zorgplicht bevestigde de Hoge Raad, dat het gedrag van de beroepsbeoefenaar moet worden getoetst aan dat van een redelijk bekwame en redelijk handelende professional (HR 9 november 1990, NJ 1991, 26). Voor het eerst geeft de Hoge Raad nu aan dat het hierbij aankomt op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Hij geeft dan een omstandighedencatalogus en vermeldt hierin onder meer de vigerende Europese en nationale regelgeving (voor accountants met name het bepaalde in art. 2:362 BW en de Wet toezicht accountantsorganisaties, Stb. 2006, 70), de aard van de geschonden norm, de aard van de normschending, de voorzienbaarheid van de schade, het door de beroepsbeoefenaar verrichte onderzoek en de gegeven waarschuwingen. Volgens de Hoge Raad had het Hof deze omstandigheden ten onrechte niet in zijn beoordeling betrokken.

Deze omstandighedencatalogus lijkt af te doen aan de ruime verantwoordelijkheid van de beroepsbeoefenaar en de hoge mate van de door hem te betrachten zorg die de Hoge Raad voorop stelde. Mogelijk is een en ander het resultaat van het moeten verzoenen van verschillende opvattingen binnen de civiele kamer. Wat hiervan ook zij, het ligt voor de hand dat de rechter de catalogus toepast vanuit het perspectief van een strenge zorgplicht. Uit het vervolg van het arrest wordt dit echter niet zonneklaar.

7. Ten aanzien van de actuaris had het Hof overwogen dat uit niets was gebleken dat hij de Raad van Commissarissen in 1991 had gewaarschuwd voor de desastreuze financiële positie van Vie d'Or. Volgens de Hoge Raad had het Hof echter verzuimd om de stelling van de actuaris in zijn oordeel te betrekken dat de Raad van Commissarissen al eerder op andere wijze was geïnformeerd. De Hoge Raad vond deze stelling van belang voor de beoordeling van de ernst van de fout (r.o. 4.5.2).

Ten aanzien van de accountant had het Hof overwogen dat hij ten onrechte een goedkeurende verklaring had afgegeven bij de jaarrekening 1989 en dat hij de Raad van Commissarissen niet op adequate wijze had geïnformeerd over de solvabiliteitspositie van Vie d'Or. Volgens de Hoge Raad had het Hof aldus onvoldoende aandacht besteed aan de stellingen van de accountants dat zij voldoende hadden gedaan om te voorkomen dat de Raad van Commissarissen door het afgeven van de goedkeurende verklaring werd misleid. Ook hier vond de Hoge Raad dat deze stelling van belang was voor de ernst van de fout (r.o. 5.4.6).

Het is niet duidelijk waarom de Hoge Raad vindt dat deze aspecten van belang zijn voor de ernst van de door de beroepsbeoefenaren gemaakte fout. Is het ten onrechte afgeven van een goedkeurende verklaring of het niet uitdrukkelijk waarschuwen van de Raad van Commissarissen minder erg als die Raad uit andere omstandigheden al over de situatie is geïnformeerd? Er dienden volgens de Hoge Raad toch hoge eisen te worden gesteld aan het gedrag van beroepsbeoefenaren? En hun verklaringen dienden toch betrouwbaar te zijn en in overeenstemming met de normen en standaarden van de beroepsgroep? De stellingen van de beroepsbeoefenaren leveren veeleer een causaliteitsverweer op. Zij komen er immers op neer dat de Raad van Commissarissen niet anders zou hebben gehandeld, ook als de beroepsbeoefenaren zich aan hun zorgplicht zouden hebben gehouden.

8. Vermoedelijk kan het door de Hoge Raad benadrukte verschil tussen tuchtrechter en civiele rechter (r.o. 5.4.3 en 4.4.3) het beste in dit licht worden begrepen. Het Hof had voor zijn beslissing inzake de beroepsfout sterk geleund op de veroordelingen van de beroepsbeoefenaren door de tuchtrechter. Inderdaad kan de burgerlijke rechter betekenis toekennen aan het oordeel van de tuchtrechter (HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151, m.nt. F.C.B. van Wijmen) maar een veroordeling door de tuchtrechter levert niet zonder meer een schending van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm op, omdat de tuchtrechter deels andere maatstaven aanlegt (HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537, m.nt. WMK). In deze zaak ligt het verschil mijns inziens niet zozeer in een verschillende

appreciatie van de fout maar met name hierin, dat de tuchtrechter, anders dan de civiele rechter, minder geïnteresseerd is in het causaal verband tussen de fout en de schade.

In het verlengde hiervan lag het voor de hand dat de Hoge Raad de arresten van het Hof evenmin aan de maat vond ten aanzien van de causaliteit. Het was immers de vraag of, zoals in het geval van de accountants, of de ondergang van Vie d'Or in 1993 (en daarmee de schade van de polishouders) te herleiden was tot de jaarrekening 1989 waarvoor de accountants ten onrechte een goedkeurende verklaring hadden afgegeven. Het Hof had niet zonder meer mogen aannemen dat een afkeuring van de jaarrekening 1989 bij Vie d'Or of bij de Verzekeringkamer tot een zodanig ingrijpen zou hebben geleid dat een deconfiture zou zijn voorkomen.

Aansprakelijkheidsnorm voor toezichthouders

9. In hun procedure tegen de Verzekeringkamer verweten de polishouders de toezichthouder de zaken bij Vie d'Or op hun beloop te hebben gelaten. De vraag waar het in de cassatieprocedure om draaide, was of de Verzekeringkamer in november 1991 bij Vie d'Or een stille bewindvoerder had moeten benoemen.

In rechtspraak en literatuur werd vrij algemeen aangenomen dat het gedrag van de toezichthouder moet worden getoetst aan dat van een redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder (zie Conclusie AG Timmerman, nr. 3.8, met verwijzingen). Binnen deze norm toetste de rechtbank in de Vie d'Or zaak terughoudend en het Hof intensief. Het verschil lag in de manier waarop de rechter rekening hield met de beleidsvrijheid van de toezichthouder. In de onderhavige procedure was dat cruciaal, omdat de toezichthouder over beleidsvrijheid beschikte bij zijn beslissing om bij Vie d'Or een stille bewindvoerder te benoemen (art. 34 Wtv).

De rechtbank vond dat in geval van beleidsvrijheid de toezichthouder alleen dan onrechtmatig handelt indien hij niet in redelijkheid tot de door hem genomen beslissing heeft kunnen komen (arrest Hof, r.o. 7.2). Het Hof vond echter dat rekening houden met de beleidsvrijheid geen marginale toetsing betekent: ook bij beleidsvrijheid dient een volledige toetsing plaats te vinden (arrest Hof, r.o. 7.5).

10. De Hoge Raad vermijdt het gebruik van de norm 'redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder'. Volgens hem gaat het erom of het uitgeoefende toezicht voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld (r.o. 4.3.3). Beslissend is dus de 'behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder'. Dat klinkt wat strenger maar het gaat uiteindelijk om de invulling van die norm en met name de rol die de beleidsvrijheid daarin speelt.

Hiervan zegt de Hoge Raad dat het aankomt op alle omstandigheden van het geval en somt daartoe een zeer groot aantal gezichtspunten op (r.o. 4.3.3), een opsomming die vermoedelijk niet limitatief is bedoeld. De eerste gezichtspunten spelen in de kaarten van de toezichthouder: uitgangspunt is de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeraar; de Verzekeringkamer beschikt over een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid; dit impliceert een terughoudende toetsing; het gaat er niet om of achteraf een andere beslissing beter was geweest maar of de Verzekeringkamer in redelijkheid tot haar beslissing heeft kunnen komen.

Maar in het vervolg betreft de lucht voor de toezichthouder: hij behoort het belang van polishouders in zijn afwegingen te betrekken; als hij voor een toezichthoudersdilemma komt te staan, is van belang in hoeverre hij er zelf toe heeft bijgedragen dat dit dilemma ontstond door zaken op hun beloop te laten; hij moet zo handelen dat het risico op een deconfiture zo gering mogelijk blijft en niet pas maatregelen treffen bij een onmiddellijk dreigend gevaar; hij moet nauwkeurig in de gaten houden of zijn maatregelen effectief zijn en anders een effectievere maatregel nemen.

11. De Hoge Raad geeft hier een vingerwijzing dat na verwijzing de focus niet alleen moest liggen op het in november 1991 aanstellen van een stille bewindvoerder. Als het

aanstellen van een stille bewindvoerder een toezichhoudersdilemma opleverde, wat heeft de toezichhouder dan gedaan om te voorkomen dat dit dilemma ontstond? En is hij voldoende nagegaan of de wel door haar genomen maatregelen effectief waren? Was zijn focus niet te veel gericht op het nemen van maatregelen bij een onmiddellijk dreigend gevaar voor deconfiture en te weinig op het voorkomen van het ontstaan van een dergelijke situatie? Het zijn vragen die een bijzondere actualiteit hebben gekregen met betrekking tot het ontstaan en de gevolgen van de wereldwijde financiële crisis.

In dit verband zijn ook de citaten uit de parlementaire geschiedenis van de Wtv waarmee de Hoge Raad zijn overwegingen in r.o. 4.1 opent, veelzeggend. Diverse keren gaat het hierin om bevoegdheden die de Verzekeringkamer had kunnen gebruiken toen de financiële situatie bij Vie d'Or rooskleuriger was (zoals: een aanwijzing kan in een vroeg stadium worden gegeven en een preventieve werking hebben, wanneer hantering van het aanwijzingsrecht geboden blijkt, moet de Verzekeringkamer uiteraard in een zo vroeg mogelijk stadium optreden). Op basis van zijn voorgaande overwegingen komt de Hoge Raad dan in r.o. 4.3.4 tot een gedetailleerde op de Vie d'Or zaak toegesneden zorgvuldigheidsnorm voor de Verzekeringkamer.

12. Aansprakelijkheidsnormen hebben betrekkelijke waarde: dezelfde norm kan leiden tot verschillende uitkomsten, terwijl verschillende normen tot dezelfde uitkomst kunnen leiden. In die zin is de norm eerder een rechtspolitieke geloofsbelijdenis dan een concreet richtsnoer waar de praktijk houvast aan heeft. Dat blijkt ook uit bovenstaande arresten. Met het opnoemen van een groot aantal gezichtspunten lijkt de Hoge Raad de standpunten van de 'marginale toetsers' en de 'volle toetsers' onder een gemeenschappelijk standpunt hebben proberen te brengen. Gezien de hoeveelheid woorden die daarvoor nodig was, is het niet onwaarschijnlijk dat ook verschillende visies binnen de civiele kamer moesten worden verzoend. In zekere zin lijkt het arrest daarmee op de regeringsverklaring van een coalitie-kabinet: er is voor elk wat wils in te vinden en waar het naar toe moet, is niet aanstonds duidelijk.

Het verschil met de norm van het Hof is volgens de Hoge Raad de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing en de samenhang van alle in aanmerking te nemen aspecten. Toch lijkt de Hoge Raad in zijn uitwerking dichter bij de norm van het Hof dan bij die van de rechtbank te blijven. De Hoge Raad snoert namelijk de beleids- en beoordelingsvrijheid van de toezichhouder in door een kader te ontwikkelen ter beoordeling van de vraag of de toezichhouder op behoorlijke en zorgvuldige wijze van zijn bevoegdheden gebruik heeft gemaakt. Het is ook duidelijk dat de rechterlijke terughoudendheid volgens de Hoge Raad niet hetzelfde is als een marginale toetsing, integendeel: binnen het kader van de beleids- en beoordelingsvrijheid dient hij op het puntje van zijn stoel te zitten en de gangen van de toezichhouder nauwkeurig na te gaan, zij het met respect voor diens beoordelings- en beleidsvrijheid.

13. De tijden van een puur marginale toetsing van overheidsgedrag liggen achter ons. Een overheidslichaam dat beleid ontwikkelt en uitvoert handelt niet in het 'normledige'. Zijn gedrag wordt vol getoetst aan de rechten van de mens (zoals neergelegd in het EVRM) en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, m.nt. MS (Zeeland/Hoondert)). Beleids- en beoordelingsvrijheid zijn nooit een rechtvaardiging voor het miskennen van mensenrechten en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het verlengde hiervan vindt de beleids- en beoordelingsvrijheid van de toezichhouder haar grenzen daar, waar de risico's te groot zijn om ze op hun beloop te laten. Is een toezichhouder op de hoogte van een riskante situatie waarbij omvangrijke belangen zijn gemoeid, dan is hij in beginsel verplicht om actief te worden en maatregelen te nemen. Daarbij kan beleidsvrijheid bestaan ten aanzien van de wijze waarop hij actief wordt en welke maatregelen hij neemt. Maar naarmate het aan de orde zijnde risico groter is, zal de

beleidsvrijheid verder afnemen en deze nog slechts liggen in het door de toezichthouder te hanteren instrument, met dien verstande dat dit een effectief instrument dient te zijn (Cees van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders – Algemeen rapport*, London, 2006, p. 108-124, www.wodc.nl).

14. Hier kan ook een verband worden gelegd met de door de Raad van State ontwikkelde ‘beginselplicht tot handhaving’. Deze houdt in dat een bestuursorgaan bij een wetsovertreding in beginsel van zijn handhavingsbevoegdheid gebruik behoort te maken. Onder bijzondere omstandigheden is dit echter anders, bijvoorbeeld als handhavend optreden onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen (zie onder meer ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 424, m.t. RW). Deze beginselplicht geldt in elk geval voor de toezichthouders op het gebied van veiligheid en ruimtelijke ordening waarbij het veelal gaat om het voorkomen van personen- en zaakschade. Of de plicht ook geldt voor markttoezichthouders is omstreden Het CBB vindt van niet (CBB 10 november 2005, JOR 2006, 47, m.nt. Maatman). Maar het is de vraag of het onderscheid zo scherp is want zoveel minder zwaar weegt het belang van veilige pensioenvoorzieningen (levensonderhoud) nu ook weer niet ten opzichte van het belang van persoonlijke veiligheid.

De civiele rechter heeft de beginselplicht tot handhaving niet omarmd en in het Vie d’Or arrest geeft de Hoge Raad er evenmin blijk van dat hij dit een nuttige denkrichting vindt. Civielrechtelijk gezien geldt dus niet dat een toezichthouder ‘zal handhaven’. Óf hij daartoe gehouden is, hangt af van alle omstandigheden van het geval. Het verschil met de publiekrechtelijke benadering is echter niet zo groot als het lijkt, omdat ook bij de beginselplicht een niet te verwaarlozen ruimte bestaat om van handhaving af te zien. Wel verschuift de beginselplicht de aandacht naar de toezichthouder die moet uitleggen waarom hij in een concreet geval van handhaving heeft afgezien.

Relativiteit

15. Een prealabele kwestie was of de aansprakelijkheidsnorm voor de toezichthouder strekte tot bescherming van de belangen van de polishouders. De Verzekeringkamer (DNB) had haar kaarten gezet op het Duwbak Linda-arrest (HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. J. Hijma) maar de Hoge Raad kwam in Vie d’Or tot een andere conclusie.

In Duwbak Linda wees de Hoge Raad aansprakelijkheid van de Staat voor een onzorgvuldige keuring van een schip af, omdat uit de relevante wettelijke normen niet was af te leiden dat deze mede strekten ter bescherming van het individuele vermogensbelang van derden. Het probleem met deze benadering van de Hoge Raad is, dat de wetgever zich slechts bij uitzondering expliciet uitlaat over de beschermingsstrekking van wettelijke bepalingen en dan soms ook nog in tegenstrijdige zin. ‘Om respect te houden voor wetten en worsten, kun je maar beter niet zien hoe ze worden gemaakt.’ (Bismarck). Ook art. 6:163 BW wijst in een andere richting door te bepalen dat relativiteit ontbreekt indien uit de wettelijke regel volgt dat de geschonden norm *niet* strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Met andere woorden, het ontbreken van *positieve* aanwijzingen in de parlementaire geschiedenis is onvoldoende, er moeten expliciete *negatieve* aanwijzingen zijn ten aanzien van de beschermende strekking van de regeling. Aldus uitdrukkelijk Parl. Gesch. Boek 6 (1981), p. 632.

Als dergelijke negatieve aanwijzingen ontbreken betekent dat niet dat de rechter steeds dient te concluderen tot een onbeperkte beschermingsreikwijdte van de regeling. Het staat hem ook dan vrij om deze strekking te beperken indien daar in een concreet geval of een groep van gevallen aanleiding voor is. Er kunnen, zoals in Duwbak Linda, goede rechtspolitieke redenen zijn om geen aansprakelijkheid van de toezichthouder aan te nemen. Maar het ligt wel voor de hand dat de Hoge Raad dat dan op duidelijke wijze motiveert en de redenen die hij in Duwbak Linda gaf zijn weinig helder. De Hoge Raad concludeerde namelijk dat de in de wettelijke regeling voorziene eis van een certificaat van onderzoek beoogt de veiligheid in algemene zin van het

scheepvaartverkeer te bevorderen en dat de verantwoordelijkheid van de Staat als toezichthoudende keurmeester niet de strekking heeft om een in beginsel onbepaalde groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op veelal niet te voorzien wijze kan ontstaan als gevolg van een gebrekkige keuring.

Het Duwbak Linda-arrest heeft terecht de nodige kritiek gekregen (zie het overzicht in Conclusie AG Timmerman, nr. 4.7).

16. In *Vie d'Or* overwoog de Hoge Raad dat het strookt met het stelsel van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf, het doel van het toezicht en met de bedoeling van de wetgever, *zoals daarvan uit de parlementaire geschiedenis blijkt*, dat het wettelijk toezicht – naast het algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen – mede beoogt de financiële belangen van verzekerden en begunstigen te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen jegens de betrokken polishouders kan voldoen. Dit was niet verrassend nu de Hoge Raad al in HR 31 mei 2000, NJ 2000, 555, m.nt. Ma. (Verzekeringkamer/*Vie d'Or*) had overwogen dat de Verzekeringkamer de plicht had om toezicht te houden op verzekeraars en dat personen die schade lijden door een gebrek aan toezicht de Verzekeringkamer daarvoor aansprakelijk konden stellen.

Aangenomen kan worden dat hetzelfde geldt voor de huidige verplichting van DNB in art. 1:24 lid 1 Wet financieel toezicht ('Prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector.'): zie Kamerstukken II, 2003-2004, 29 708, nr. 3, p. 29.

De uitkomst van de beslissing spreekt aan maar het valt te betreuren, dat de Hoge Raad ook hier lijkt uit te gaan van de noodzaak van positieve aanwijzingen van het beschermingsbereik in de parlementaire geschiedenis. Op deze wijze bestaat het gevaar dat toekomstige beslissingen inzake de aansprakelijkheid van toezichthouders het karakter van een loterij krijgen.

Volgens de Hoge Raad was het verschil met Duwbak Linda dat in *Vie d'Or* de polishouders in beginsel een bepaalde groep van (potentiële) benadeelden vormden (r.o. 4.2.2). Dit argument overtuigt niet. In Duwbak Linda was niet van te voren te zeggen wie schade zou lijden als gevolg van een ondeugdelijke keuring maar het is duidelijk dat het aantal personen in beginsel beperkt zou zijn. In *Vie d'Or* was van te voren duidelijk dat meer dan 10.000 polishouders schade zou kunnen lijden als gevolg van inadequaat toezicht. In het perspectief van *Vie d'Or* is 'de onbepaalde groep' in Duwbak Linda daarom een weinig overtuigend criterium om het verschil in behandeling te dragen. Indien overtuigende rechtspolitieke argumenten ontbreken, wordt het relativiteitsvereiste het vijgeblad van het aansprakelijkheidsrecht.

17. Al met al lijkt de betekenis van het Duwbak Linda-arrest met betrekking tot het relativiteitsvereiste vooralsnog beperkt. Bekijkt men de zaken vanuit het geschonden belang-perspectief, dan valt op dat in het TBS-arrest (HR 28 mei 2004, NJ 2006, m.nt. J.B.M. Vranken), waarin het ging om de bescherming tegen personenschade, en in het *Vie d'Or*-arrest, waarin het ging om de bescherming tegen derving van levensonderhoud, de Hoge Raad relativiteit aannam. In Duwbak Linda ging het om bedrijfsschade en werd relativiteit afgewezen. Bovendien lijkt de Hoge Raad in Duwbak Linda de mogelijkheid open te hebben gehouden dat relativiteit wel wordt aangenomen in een geval van personenschade.

Rechtspolitieke kanttekeningen

18. Ook al is de Hoge Raad minder terughoudend dan in Duwbak Linda en in het TBS-arrest, het *Vie d'Or* arrest toont aan dat het bijzonder moeilijk blijft om een toezichthouder aansprakelijk te houden voor inadequaat toezicht. Toezichthouders behoeven zich dus geen grote zorgen te maken over hun aansprakelijkheidsrisico. Dit strookt met de conclusies in mijn rapport voor het Ministerie van Justitie uit 2006 (Cees van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders – Algemeen rapport*, London,

2006, www.wodc.nl). De Minister van Justitie onderschreef de conclusie ‘... dat er op dit moment geen reden is voor bijzondere bezorgdheid als het gaat om de aansprakelijkheid van toezichthouders. Met de onderzoekers verwacht ik ook niet dat er op afzienbare termijn problemen zijn te verwachten.’ (Kamerstukken II, 2006-2007, 31 123, nr. 1, p. 9).

Wel heeft het Ministerie van Financiën dit jaar een aanvullend onderzoek aanbesteed naar de positie van financiële toezichthouders in de internationale context. De gedachte is dat financiële toezichthouders in Europa steeds meer samenwerken, zoals in de Committee of European Banking Supervisors (CEBS) en de Comitee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors (CEIOPS), en dat niet is uitgesloten dat daar aansprakelijkheidsrisico's in verborgen liggen. Te denken valt aan de samenwerking met een toezichthouder die een (quasi) aansprakelijkheidsimmunititeit geniet, zoals de Britse, Belgische of Duitse toezichthouder (zie voor een rechtsvergelijkend overzicht Cees van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders – Algemeen rapport*, London, 2006, www.wodc.nl). Dit onderzoek wordt uitgevoerd door het Utrechtse Molengraaff Instituut en de resultaten zijn begin 2009 te verwachten.

19. De financiële crisis laat (opnieuw) zien dat slachtoffers van rampen beter worden beschermd dan slachtoffers van incidentele ongevallen. Waar verzekeraar Vie d'Or in 1993 en bank Van der Hoop in 2005 ‘mochten’ omvallen, zijn deconfitures van financiële ondernemingen in tijden van crisis niet aanvaardbaar. De overheid is er dan alles aan gelegen om te voorkomen dat het vertrouwen in het financiële systeem en de economie wordt ondermijnd. Om die reden houdt zij falende banken thans met behulp van belastinggeld aan de praat of gaat zij over tot nationalisatie. En de consumenten die desondanks schade dreigen te lijden, worden extra beschermd door een opgetuigd garantiestelsel (nr. 24). Bij deze grootschalige vorm van schadepreventie c.q. schadevergoeding verbleekt het aansprakelijkheidsrecht. Het komt er op neer, dat met behulp van het geld van mensen en bedrijven die niets te verwijten valt, de fouten worden goedge maakt van onverantwoord handelende ondernemers, van falend toezicht en falende regelgeving. Terecht zullen velen dit alles met gemengde gevoelens gadeslaan, niet het minst de voormalige polishouders van Vie d'Or. Het zijn ontwikkelingen die de vraag doen rijzen of met scherpere aansprakelijkheidsnormen voor financiële ondernemers en financiële toezichthouders de kredietcrisis zou zijn voorkomen of dat althans de gevolgen ervan beperkt zouden zijn gebleven.

Solvabiliteit II

20. Ten tijde van de Vie d'Or zaak beschikte de toezichthouder over een beperkt instrumentarium om de solvabiliteit van verzekeraars in de gaten te houden en zo nodig in te grijpen. Sindsdien zijn diverse wettelijke maatregelen van kracht geworden.

Naar aanleiding van de Vie d'Or zaak is in 2000 de mogelijkheid gecreëerd om een opvangregeling in het leven te roepen voor onder Nederlands toezicht vallende levensverzekeraars. Deze opvangregeling heeft echter een beperkt bereik, omdat zij alleen kan worden toegepast indien de portefeuille van de verzekeraar naar het oordeel van de toezichthouder nog levensvatbaar is maar haar solvabiliteit al wel tekortschiet (art. 147c lid 1 Wtv 1993). Dit instrument zou de Verzekeringskamer bij Vie d'Or in een betrekkelijk vroeg stadium hebben kunnen inzetten maar niet meer toen de verzekeraar al door de insolventiebodem was gezakt.

21. Het kernprobleem is dat de solvabiliteitsregels voor verzekeringsmaatschappijen zijn verouderd en niet meer voldoen aan de actuele inzichten op het gebied van prudentieel toezicht, actuariële wetenschappen en risicobeheer. Daar komt bij dat lidstaten veel ruimte hebben voor eigen varianten, dat een behoorlijke regeling van het groepstoezicht ontbreekt en dat de regels uit de pas lopen met die voor solvabiliteit in de banksector.

Sinds de jaren 70 gelden Europese vereisten voor de solvabiliteitsmarge van verzekeraars (de financiële buffer die moet worden aangehouden om in de toekomst aan alle uit de verzekeringsportefeuille voortvloeiende verplichtingen te kunnen voldoen). Bij het vaststellen van de derde generatie EG-Verzekeringsrichtlijnen in de jaren 90 werd erkend dat de Europese solvabiliteitsregels grondig moesten worden herzien. Vooruitlopend hierop vond in 2002 een beperkte hervorming plaats in het kader van het zogenaamde Solvabiliteit I-project, een noodoplossing ter bescherming van verzekeringnemers in. Als gevolg hiervan is de Wtv in 2003 aangevuld en is het Besluit solvabiliteitsmarge verzekeringsbedrijf gewijzigd (Stb. 2003, 483).

22. Het grote hervormingsproject is echter Solvabiliteit II (*Solvency II*), een kader-richtlijn voor toezicht op de Europese verzekeringsmarkt (Voorstel voor een Richtlijn betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (COM(2007) 361 def, Brussel, 10.7.2007). De Solvabiliteit II-Richtlijn gaat een gemeenschappelijk raamwerk bieden voor kapitaalvoorwaarden voor verzekeringsmaatschappijen in de EU. De Richtlijn is gemodelleerd naar het kader dat geldt voor banken in de Basel II richtlijnen en in de Richtlijn Kapitaalvereisten (Richtlijn 2006/49/EG inzake de kapitaaltoereikendheid van beleggingsondernemingen en kredietinstellingen). Dit kader beoogt toezichthouders te voorzien van de passende instrumenten en bevoegdheden om de solventie van verzekeraars te beoordelen en in te grijpen als daar aanleiding toe is, ook reeds in een vroeg stadium. De gedachte is dat kans op het omvallen van een verzekeraar hiermee aanzienlijk zal afnemen.

De realiteit gebiedt te zeggen dat ook Solvabiliteit II beperkingen kent en geen garanties biedt tegen de insolventie van verzekeraars. Een belangrijke beperking is dat de solvabiliteitsregels zijn gebaseerd op Basel II. De Basel II-richtlijnen zijn opgesteld door de *Bank for International Settlements*, die ten doel heeft om de samenwerking tussen nationale centrale banken te bevorderen. Deze richtlijnen geven een gestandaardiseerd stelsel van regels voor het bepalen van de kapitaalvereisten van banken. De kredietcrisis heeft echter juist in Basel II diverse gebreken blootgelegd, onder meer omdat het toelaat veel financiële vehikels buiten de balans te houden. Toen in 2007 de kredietmarkt kromp, moesten banken alsnog vanuit hun eigen middelen bijspringen om de buiten-balans vehikels te redden. Dat leidde tot het sneeuwbaaleffect als gevolg waarvan de wereld thans de ernstigste financiële crises uit de moderne geschiedenis beleeft.

Verzekeringsgarantiestelsels

23. Het aansprakelijk stellen van een toezichthouder is een tijdrovende aangelegenheid met een onzekere uitkomst. Als de procedure al wordt gewonnen, is kans aanwezig dat de schadevergoeding nog slechts aan de nabestaanden kan worden uitgekeerd. Dit illustreert het belang van verzekeringsgarantiestelsels (VGS), die benadeelden binnen korte tijd na de insolventie van een verzekeraar financieel tegemoetkomen. Vooral bij levensverzekeringen is dat van groot belang, omdat het hierbij vaak gaat om pensioenvoorzieningen en dus om voorzieningen in het levensonderhoud. In verband met de toenemende vergrijzing heeft de overheid de laatste jaren het sparen en beleggen voor particuliere pensioenen aangemoedigd. Het is dan cruciaal dat verzekerden en begunstigen vertrouwen hebben in de markt die deze pensioenen moet verzorgen. Een adequaat garantiestelsel levert hieraan een belangrijke bijdrage.

24. Sinds 1994 zijn de lidstaten verplicht om te zorgen dat voor rekeninghouders minimaal €20.000 per rekeninghouder wordt uitbetaald in geval van insolventie van een bank (Richtlijn 94/19/EG van 30 mei 1994 inzake depositogarantiestelsels en Richtlijn 97/9/EG van 3 maart 1997 inzake beleggerscompensatiestelsels). Binnen de EU lopen de garantiebedragen sterk uiteen. Na het faillissement van Van der Hoop Bankiers in 2005 verhoogde Nederland het minimumbedrag naar (feitelijk) €38.000 (Brief Minister van Financiën van 21 maart 2006 (Kamerstukken II 2005/06, 30 300

(XB, nr. 30)). Binnen de EU schoof Nederland hiermee op naar de subtop (Report on the minimum guarantee level of Deposit Guarantee Schemes Directive 94/19/EC, p. 9).

Terwijl de evaluatie van de Richtlijn depositogarantiestelsels 1994 zich de afgelopen jaren voortsleepte en de wijzigingen zich beperkten tot subtiliteiten (http://ec.europa.eu/internal_market/bank/guarantee/index_en.htm), besloten de Ministers van Financiën in oktober 2008 de minimumgarantie van de ene dag op de andere te verhogen van €20.000 naar €50.000 met een maximum van €100.000. De Nederlandse Minister van Financiën kondigde daarop aan het garantiebedrag te verhogen naar €100.000 (Council Conclusions - Ecofin Council of 7 October 2008, Luxembourg, 7 October 2008, 13930/08 (Presse 284)).

25. Bij verzekeringen ontbreken soortgelijke regels. Slechts 13 EU lidstaten beschikken over een soort garantiestelsel maar er bestaan grote verschillen in toepassingsgebied en dekking (Oxera, *Insurance Guarantee Schemes in the EU. Comparative analysis of existing schemes, analysis of problems and evaluation of options*, 2007). In mei 2008 publiceerde de Europese Commissie een Consultation Paper waarin verschillende opties ter consultatie worden voorgelegd (Markt 2508/08, Brussels, 7 May 2008). Op een stakeholdersbijeenkomst in juni 2008 bleken financiële ondernemingen welwillend tegenover VGS te staan. Het feit dat Solvabiliteit II een belangrijke bijdrage gaat leveren aan het voorkomen van het in werking treden van een garantiefonds zal hieraan niet vreemd zijn. De verwachting is dat de Commissie over enige tijd met een Groenboek zal komen. De kosten van een VGS zijn bescheiden (volgens het Oxera-Rapport, p. 116 minder dan 0.1% van de bruto premies).

Collectieve actie en buitengerechtigde kosten

26. Tussen het geweld van de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren en toezichthouders bevatten de arresten tenslotte nog een ander belangrijke noviteit en wel op het gebied van de vergoeding van buitengerechtigde kosten in geval van een collectieve actie. Het was het enige punt waarop de Stichting Vie d'Or in cassatie succes had.

De Stichting was in 1994 door de Verzekeringskamer opgericht teneinde de belangen van de voormalige polishouders van Vie d'Or te behartigen. In deze procedure vorderde de Stichting met gebruikmaking van art. 3:305a BW een verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaire onrechtmatig hadden gehandeld jegens alle voormalige polishouders van Vie d'Or. Daarnaast vorderde de Stichting vergoeding van de door haar gemaakte buitengerechtigde kosten (art. 6:96 lid 2 onder b). Het was echter de vraag of deze vordering voor toewijzing in aanmerking kwam nu volgens art. 3:305a lid 3 BW een vordering in het kader van een collectieve actie niet kan strekken tot schadevergoeding in geld.

27. De vordering was zeker toewijsbaar voor zover het ging om de kosten die gemaakt waren ten behoeve van de 11 polishouders die hun vorderingen hadden overgedragen aan de Stichting. Maar in principiële zin ging het hier om meer: namelijk de vergoeding van buitengerechtigde kosten die zijn gemaakt in het kader van de collectieve actie ten behoeve van het verkrijgen van een verklaring voor recht. De aansprakelijk gestelde partijen betoogden dat de vordering niet kon worden toegewezen, onder andere omdat zij niet onrechtmatig hadden gehandeld jegens de Stichting maar die opvatting gaf blijk van een te enge kijk op waar het in dit soort zaken werkelijk om gaat.

Volgens de Hoge Raad brengt een redelijke uitleg van art. 3:305a mee dat een vordering tot vergoeding van buitengerechtigde kosten van een vereniging of stichting in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt. Hij legt hierbij de nadruk op het belang van een efficiënte afdoening van massaschadeclaims. Door middel van een actie op grond van art. 3:305a kunnen immers diverse vliegen in een klap worden geslagen. Bovendien zouden deze kosten ook voor vergoeding in aanmerking zijn gekomen als

de benadeelden hun schadevordering individueel zouden hebben ingediend (het totaalbedrag zou dan zelfs aanzienlijk hoger hebben kunnen uitvallen). De door de Hoge Raad gevolgde uitleg is dus ook in het belang van de aansprakelijk gestelde partij.

28. In de praktijk betekent de beslissing een forse steun in de rug van belangenorganisaties en stichtingen die individuele claims bundelen door middel van het vorderen van een verklaring voor recht. Wat het Drenth-arrest in 1987 betekende voor de individuele benadeelde-advocatuur (HR 3 april 1987, NJ 1988, 275, m.nt. CJHB), betekent het Vie d'Or arrest bijna 20 jaar later voor de collectieve benadeelde-advocatuur. De Hoge Raad verleent hiermee een aanzienlijke bijdrage aan het soepel afwickelen van collectieve claims. De beslissing van de Hoge Raad is echter niet beperkt tot gevallen van massaschade maar geldt voor alle acties op grond van art. 3:305a BW, inclusief algemeen belang-acties.

Uit de door de Hoge Raad aangegeven strekking van zijn overwegingen (een efficiënte afdoening van massaschadeclaims) kan mijns inziens worden afgeleid dat de beslissing eveneens geldt voor de kosten die een belangenorganisatie maakt voorafgaande aan een procedure in het kader van de WCAM. Aldus wordt de effectiviteit van deze wet verder versterkt. Dit is een extra reden om bij de onderhandelingen een regeling te treffen over de vergoeding van de buitengerechtelijke kosten en deze neer te leggen in de aan de rechter voor te leggen overeenkomst (zie onder meer N. Frenk, *NJB* 2007, p. 2619).

En passant bevestigde de Hoge Raad zijn standpunt, dat een tuchtrechtelijke procedure geen redelijke maatregel ter vaststelling van aansprakelijkheid is en dat deze kosten dus geen redelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid in de zin van art. 6:96 lid 2, onder b, BW zijn (HR 10 januari 2003, NJ NJ 2003, 537, m.nt. WMK).