

II. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders, geen immuniteit!

*Prof. mr. I. Giesen**

Aansprakelijkheid van toezichthouders rust op een stevig fundament. Gelukkig heeft Van Maanen dat fundament hiervoor al mooi geschetst via de drie genoemde argumenten (preventie, vertrouwen, ratio), dat scheelt een hoop discussie. Die drie argumenten pleiten ervoor – en krachtig, zo zal duidelijk zijn – om op toezichthouders gewoon ons ‘normale’ aansprakelijkheidsrecht zoals dat voor alle burgers, bedrijven en overheden geldt, toe te passen. Op basis van een toets aan de zogenoemde zorgvuldigheidsnorm wordt dan vervolgens bekeken of de toezichthouder ‘aan de maat’ gepresteerd heeft (wat had een redelijk handelend toezichthouder in een vergelijkbare situatie gedaan?). Is dat het geval, dan wordt de vordering afgewezen; is dat niet zo, dan is de toezichthouder aansprakelijk, net zozeer als ieder ander aansprakelijk is indien hij of zij niet ‘aan de maat’ gepresteerd heeft. Toezichthouders zijn gewoonweg niet zodanig bijzonder dat zij, en anderen niet, de toepassing van een apart (en minder zwaar) aansprakelijkheidsregime zouden mogen claimen.

Het tegenargument van Van Maanen, namelijk het gevaar van ‘defensive conduct’, ofwel de verlamdende werking die van aansprakelijkheid uit zou gaan, gekoppeld aan het zogenoemde toezichthouderdilemma, overtuigt niet. Het overtuigt mij in elk geval niet.

Ten eerste niet omdat in die stelsels waarin toezichthouders wél aansprakelijk gehouden (kunnen of konden) worden, zoals dat nu toe in Nederland geldt, maar bijvoorbeeld ook in de financiële sector in België het geval was, niet ‘ontspoord’ zijn en ook geen ‘defensive conduct’ laten zien. Empirisch is de claim van de verlamdende werking van het aansprakelijkheidsrecht op dit terrein dus niet vol te houden. Bovendien is een beetje defensieve houding helemaal niet erg, sterker nog, juist prijzenswaardig. Dat dient immers de preventie van ongelukken en schade. Goed toezichthouderschap vergt dan ook dat men soms wel twee of drie keer nadenkt voordat er al dan niet drastische stappen genomen worden. Enige terughoudendheid maakt dus juist dat er zorgvuldig(er) te werk wordt gegaan. En daarmee is meteen alle vrees definitief van de baan, want de toezichthouder die zorgvuldig handelde, die zijn opties afgewogen heeft, die voors en tegens bedacht en door-dacht heeft, zal niet aansprakelijk zijn. Hij heeft ‘aan de maat’ gehandeld, er valt hem niets te verwijten.

Dat betekent dus ook dat de vrees van Van Maanen, bijvoorbeeld een te terughoudende ‘Inspectie Verkeer en Waterstaat’ en daarmee onveilige vliegtuigen, niet nodig is. Zolang zij hun werk goed en zorgvuldig doen, is er niets aan de hand. Alleen als ze een fout maken, bijvoorbeeld het vliegtuig onveilig de lucht in sturen, dan wel achteraf bezien volledig ongefundeerd aan de grond houden, is er een probleem. Maar ja, dat mag dan ook wel, want dat soort fouten horen niet ongestraft te blijven.

Dat Van Maanen de controle op toezichthouders niet via het aansprakelijkheidsrecht wil laten lopen maar elders wil leggen – want ook hij wil uiteindelijk dat er ook iemand op de toezichthouders let – verbaast mij. Het OM is onderbemand en hoeft niet op te treden (opportuïteitsbeginsel), en politici komen alleen in het geweer als er echt te scoren valt. Nu is dat bij toezichtsfalen vaak het geval en zal de politiek zich dus geregeld roeren, maar voor die gevallen waarin dat niet zo is, wil ik de gedupeerde burger een eigen mogelijkheid bieden (beter: laten behouden) om op te treden en om onzorgvuldigheden aan de kaak te stellen. Het aansprakelijkheidsrecht is daarvoor een geschikt middel.

Mijn conclusie is dus dat civielrechtelijke immuniteit voor bepaalde toezichthouders afgewezen zou moeten worden, ook als het gaat om diegenen die belast zijn met veiligheidstoezicht.

* Prof. mr. I. Giesen is verbonden aan de Universiteit Utrecht.