

Beraadslaging over Toezicht

*Referentie van prof. mr. I. Giessen¹ bij het preadvies van
prof. mr. A.A. van Rossum*

De argumenten voor of tegen aansprakelijkheid van toezichthouders

Preadviseur Van Rossum heeft in haar mooie preadvies vele heldere lijnen getrokken en goed laten zien waar wij op dit moment staan met de civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders. Haar boek verdient daarvoor ons aller lof.

Bekijk ik de uitkomsten van haar onderzoek, waarbij ik dan de gestelde vraagpunten als leidende gedachten voor de beoogde discussie beschouw, dan vrees ik echter dat wij wel eens snel uitgepraat zouden kunnen zijn. De eerste twee civielrechtelijke vraagpunten roepen namelijk tussen de preadviseur en mezelf geen enkel strijdpunt op. Wij zijn het helemaal eens. En ook Hartlief in het NJB² is het met Van Rossum (en ondergetekende) eens. Sterker nog, hij gaat er alvast vanuit dat ook de vergadering het van harte eens zal zijn met het preadvies ten aanzien van die eerste twee vragen.³ En tenzij de vergadering, als betrof het hier de 'Europese Grondwet', besluit tot een massale proteststem omdat men al bij voorbaat te horen heeft gekregen wat men zou moeten stemmen, en men dat dan niet wenst te accepteren, verwacht ook ik dat de vergadering vrijwel unaniem met ons van mening zal willen zijn dat de eerste twee vragen een ontkennend antwoord verdienen.

Om het echter niet nodeloos met elkaar eens te hoeven te zijn, wilde ik dan ook, met u welnemen, voorzitter, de preadviseur meenemen *voorbij* haar preadvies. Ik wil trachten, nu we het zo eens zijn, om nog een extra stap te maken, en bezien of we het ook nog eens kunnen worden over een aantal aspecten die de aansprakelijkheid voor toezichthouders net iets verder inkleuren. Dat 'verder inkleuren' kunnen en moeten wij dan naar mijn mening niet doen door te blijven staan bij de casus zoals deze zich in het

1. Ivo Giesen is hoogleraar Privaatrecht aan het Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht.
2. T. Hartlief, Aansprakelijkheid van toezichthouders: vertrouwen is goed, controle is beter, NJB 2005.

verleden voorgedaan hebben. Wat er uit de bestaande rechtspraak te halen is, weten wij immers na lezing van Van Rossum's preadvies. In plaats daarvan zouden wij mijns inziens moeten trachten een extra stap te zetten, en ons moeten losweken van welke potentiële casus dan ook, en op een iets abstracter niveau moeten gaan opereren.

Wij moeten, en wie mijn boek over de aansprakelijkheid van toezichthouders gelezen heeft,⁴ zal dat niet verbazen, op zoek naar *de achterliggende argumenten*, de redenen, de rechtvaardigingsgronden die voor de aansprakelijkheid van toezichthouders van belang zijn, en wij zullen moeten bezien welke waarde die argumenten stuk voor stuk en in onderling verband bezien werkelijk hebben of zouden moeten hebben. Ik doe dat in navolging van Hartlief⁵ die graag meer te weten zou zijn gekomen over wat de preadviseur van de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht vindt. Maar ik neem wel graag zijn punt nog breder, te weten voor *alle* argumenten die er op dit terrein te verzinnen zijn. Wellicht komen wij zo dan ook meteen uit bij het door Hartlief gewenste, maar zijns inziens nog ontbrekende toetsingskader.⁶

Indien wij het eens zouden kunnen worden over *welke argumenten* wezenlijk en beslissend zijn, zou dat geweldig zijn, omdat dan immers in beginsel elk toekomstig geval van mogelijke aansprakelijkheid van toezichthouders langs die meetlat van argumenten gelegd zou kunnen worden, zodat door die argumenten op dat geval los te laten, bij wijze van spreken met een enkele druk op de knop, bepaald zou kunnen worden of er in dat geval ruimte voor aansprakelijkheid zou moeten zijn of niet.

Bij wijze van voorschot op deze discussie, heb ik mijn visie op een en ander vast in een schema gezet (zie hierna), waarbij ik tevens zo vrij ben geweest de bijdrage van Hartlief in het NJB te verwerken,⁷ hij zal me wel willen corrigeren waar nodig, en waarbij dan zo meteen de antwoorden van de preadviseur ingevuld kunnen worden.

Eigenlijk zou ik er overigens een voorstander van zijn als ook de zaal zich per argument zou kunnen uitspreken, als een soort van lijst van subvraagpunten, maar of dat realiseerbaar is, voorzitter, weet ik niet. Ik geef het de vergadering ter overweging mee.

Welnu, welke zijn dan in potentie die argumenten en welke waarde hebben ze? In mijn boek heb ik daarover al het een en ander kunnen zeggen, ik ga

3. Zie Hartlief, t.a.p., p. 1129, en noot 20.

4. I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2005.

5. Hartlief, t.a.p., p. 1127.

6. Hartlief, t.a.p., p. 1127.

7. Zie Hartlief, t.a.p.

dat hier niet uitvoerig herhalen, maar kort samengevat gaat het mijns inziens om het navolgende.⁸

Ten eerste is er de wenselijkheid, noodzaak en mogelijkheid van *preventie van schade*, ofwel de prikkelwerking die het aansprakelijkheidsrecht heeft op dit terrein. Dat argument spreekt mijns inziens sterk voor aansprakelijkheid. Met Hartlief in zijn NJB-bespreking vraag ik de preadviseur welke waarde zij hecht aan dit argument.⁹ Ik koppel die preventieve werking zelf aan het gegeven dat er bij falend toezicht sprake is van *opgewekt, doch beschaamd vertrouwen*. Ik meen te mogen begrijpen dat onze preadviseur dit argument van groot belang acht. Is dat correct? Ten derde pleit mijns inziens ook de *ratio van toezicht* (voorkomen van letsel; creëren van vertrouwen), voor een (eerder ruimhartige dan milde) vorm van aansprakelijkheid van toezichthouders. Wat vindt Van Rossum hiervan?

Het voorgaande positieve oordeel inzake de mogelijkheid om tot aansprakelijkheid te komen, wordt mijns inziens nog versterkt doordat de eventueel aanwezige redenen (er zijn er drie) voor een zekere *terughoudendheid ten onrechte* als zodanig te boek staan. Dat het om a) een *nalaten* gaat en dat het b) om een *afgeleide aansprakelijkheid* gaat, weegt als argument tegen aansprakelijkheid namelijk onvoldoende zwaar, en datzelfde geldt voor de notie c) dat *de 'vrije wil' in gevaar* zou zijn (omdat het opleggen van een plicht tot handelen meer inbreuk maakt op die vrije wil dan het opleggen van een plicht om bepaald gedrag na te laten). Is de preadviseur dat met mij eens?

Wellicht kan er vervolgens gestreden worden over de waarde van het argument dat de *'floodgates'*, de sluizen van aansprakelijkheid, via deze vorm van aansprakelijkheid te wijd zouden worden opengezet, waaraan dan meteen gekoppeld wordt dat zulks dan tot *'defensive conduct'* zou leiden. Ik heb eerder betoogd dat de waarde van die twee argumenten op zijn zachts gezegd twijfelachtig is, maar wat vindt uw preadviseur daarvan?

Overigens, als intermezzo: dat niet alle argumenten al definitieve antwoorden hebben in die zin dat ze voor of tegen aansprakelijkheid pleiten, is mijn inziens in dit stadium geen probleem. Dat geeft alleen aan dat we ons toekomstig onderzoek daarop zullen moeten focussen, met uiteraard als potentieel gevolg dat de afweging ten aanzien van de argumenten in de loop der tijd veranderen zal. Dat is niet erg. Recht is immers slechts het voorlopige resultaat van meningsvorming.¹⁰

Zo bezien heeft het er overigens inderdaad alle schijn van dat er een voldoende solide basis aanwezig is om toezichthouders een ten minste nor-

8. Zie Giesen, a.w., p. 217-218, en uitvoeriger op p. 146-164.

9. Zie Hartlief, t.a.p.

10. Asser-Vranken, Algemeen Deel**, Kluwer: Deventer 1995, nr. 217.

male mate van verantwoordelijkheid op te kunnen leggen, zodat Van Rossum en ik het terecht eens zijn op dit punt.

Ik voeg daar echter nog aan toe¹¹ dat *compensatie van schade* op zichzelf geen argument is voor aansprakelijkheid (maar veeleer een gevolg van een op andere gronden genomen beslissing om tot aansprakelijkheid te komen) en dat de notie van *spreiding van schade* wellicht ook niet direct in de ene of ander richting wijst, maar dat zulks in beide varianten niet aan het voorgaande af doet, om de simpele reden dat deze aspecten ook niet tegen aansprakelijkheid pleiten. Of zie ik dat niet goed?

Een lastig argument als het om toezicht gaat, is het gezichtspunt van de *kosten van het aansprakelijkheidsrecht*. Dat gezichtspunt wijst, als ik het goed zie, niet één bepaalde kant uit, omdat de baten van toezicht niet te meten blijken te zijn, terwijl het natuurlijk wel, en niet alleen als het over de overheid gaat, een wezenlijk element is in de kosten-baten-afweging die een mogelijke toekomstige dader zal moeten maken. Hoe staat onze preadviseur hier tegenover?

Beleidsvrijheid bestaat in bepaalde gevallen en tot op zekere hoogte voor de toezichthouders, maar is naar mijn mening uiteindelijk niet beslissend omdat die vrijheid geen onbeperkte vrijbrief geeft of kan geven aan wie dan ook. Ik weet niet zeker of Van Rossum dat met me eens is, dus vraag ik er hier maar naar.

De moderne notie van meta-toezicht ('toezicht op toezicht') ofwel *accountability*, op basis waarvan het aansprakelijkheidsrecht dan geldt als een methode om toezicht te kunnen houden op de anderszins betrekkelijk ongebonden toezichthouders, pleit vervolgens weer voor aanvaarding van aansprakelijkheid, toch?

Voorzitter, dames en heren. Terwijl ik u deze lijst van argumenten en mijn waardering ervan geef, hecht ik eraan duidelijk te maken dat het bijeen zetten van de argumenten zoals ik dat hier gedaan heb, uiteraard niet wil impliceren dat Van Rossum de bedoelde argumentatie niet voldoende zou hebben besproken, integendeel. Ook haar insteek heb ik dan ook in het hierna opgenomen schema gezet.

Ten eerste merk ik te dien aanzien op dat ik bij Van Rossum, hoewel ze tegen de uitsluiting van aansprakelijkheid of de introductie van een verzwaarde vorm van verwijtbaarheid is, wel bespeur dat ze een zekere terughoudendheid ten opzichte van de aansprakelijkheid van toezichthouders niet slecht vindt. Een beperking tot 'ernstige schade' lees ik op p. 74 en p.

11. Zie nogmaals Giesen, a.w., p. 217-218, en uitvoeriger op p. 146-164.

99, en het explicieter invoegen van het beschermingsbereik in wettelijke normen, teneinde dan bij aansprakelijkheidsvragen de relativiteit te kunnen benutten, zo vermoed ik, lees ik op p. 123. Ook p. 92 en 106 getuigen van deze terughoudendheid.

Keren we terug naar de argumentatie die Van Rossum benut, dan lezen wij bijvoorbeeld al in hoofdstuk drie dat het vertrouwensbeginsel een aansprekend argument is (zie p. 40 en p. 77). En ik destilleer uit opmerkingen op p. 74, 76, 92 en p. 93 dat de notie van afgeleide aansprakelijkheid wel appelleert aan onze preadviseur in die zin dat enige terughoudendheid ten aanzien van aansprakelijkheid daaruit afgeleid mag worden. Lees ik vervolgens de opmerkingen naar aanleiding van het Duwbak Linda-arrest¹² op p. 82, dan meen ik te mogen concluderen dat Van Rossum de notie van 'floodgates' meer waarde geeft dan ik zou doen, hoewel zij op p. 93 daarover veel minder positief is. Aldaar, op p. 93, worden de argumenten van het gevaar van 'defensief gedrag' en 'nalaten' (zie ook p. 100) ook door Van Rossum afgewezen, als ik het wel heb. Toezicht mag niet als financieel vangnet dienen, zo lezen we op p. 95, en dat heb ik dan maar onder het kopje 'compensatie' gezet. Ook beleidsvrijheid wordt diverse malen (bijv. op p. 76 en p. 94) genoemd als relevante factor voor terughoudendheid, net zoals capaciteitsproblemen (de toezichthouder kan niet alles controleren).

Voorzitter, ik kom tot een afronding. Veel is al gezegd in het preadvies, maar ik zou toch graag op enkele punten meer duidelijkheid willen en graag de argumenten in hun geheel in ogenschouw willen nemen, ook omdat volgens mij Van Rossum ten aanzien van vrij veel argumenten meent dat deze *tegen* (althans niet voor) aansprakelijkheid pleiten (zie het schema hierna), terwijl ze wel *voor* aansprakelijkheid van toezichthouders is.

Ik wil haar dan ook vragen, en haar uitdagen, om de argumenten zoals zij die zelf ook op diverse plaatsen in haar preadvies bespreekt en benut, los te weken van de concrete context waarin ze het argument in kwestie benut en besproken heeft. Ik wil haar dus vragen om in abstracto, los van de omstandigheden van welk geval dan ook, over die argumenten in zijn totaliteit een uitspraak te doen. Welke waarde hecht onze preadviseur aan de genoemde argumentatie? Wat is (zijn) voor haar de meest waardevolle reden(en) om aansprakelijkheid toe te staan en om daarbij van een gewone Kelderluik-aansprakelijkheid uit te gaan?

12. HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67, en daarover Giesen, a.w., p. 170.