

opvatting is onjuist. Daarop stuiten de klachten van deze onderdelen af.

9.3.1. Onderdeel 5 richt zich tegen rov. 9.12, eerste zin. De desbetreffende passage luidt:

“De kosten van het voeren van een tuchtrechtelijke procedure kunnen, behoudens bijzondere omstandigheden waarvan in dezen niet is gebleken, niet worden beschouwd als kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, zodat dit onderdeel van de vordering reeds hierop afstuit.”

9.3.2. Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte, althans onbegrijpelijkerwijs niet tot de conclusie is gekomen dat sprake is van bijzondere omstandigheden, nu als zodanige bijzondere omstandigheid moet worden aangemerkt dat de normen die de tuchtrechter heeft aangelegd in hoge mate identiek zijn aan de normen die door de civiele rechter moeten worden – en hier zijn – aangelegd ter beantwoording van de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen.

9.3.3. De klacht faalt. Het hof heeft met juistheid tot uitgangspunt genomen dat een tuchtrechtelijke procedure niet kan worden aangemerkt als een redelijke maatregel ter vaststelling van aansprakelijkheid, zodat niet kan worden gezegd dat de kosten daarvan redelijke kosten zijn ter vaststelling van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:96 lid 2, onder b, BW (vgl. HR 10 januari 2003, nr. C01/055, NJ 2003, 537). De in het middel vermelde omstandigheden kunnen niet worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden die een uitzondering op dit uitgangspunt zouden rechtvaardigen.

10. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 27 mei 2004;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt de Stichting in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de accountants begroot op € 5.820,58 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Stichting in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de accountants begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

NOOT

Op 13 oktober 2006 werd in drie procedures rondom het faillissement van levensverzekeraar Vie d'Or arrest gewezen: de onderhavige zaak C04/279HR betreft het cassatieberoep van (voorheen) de Verzekeringskamer tegen de Stichting Vie d'Or. Zaak C04/281HR betreft het cassatieberoep van Deloitte & Touche c.s. tegen de Stichting (te publiceren in dit tijdschrift jaargang 2007 afl. 1), en C04/286HR betreft het cassatieberoep van actuaris Hewitt Associates BV tegen de Stichting. Deze laatste zaak is hier niet gepubliceerd. In alle drie arresten vindt overigens vernietiging en verwijzing plaats. Dat zal geen aanleiding tot overwinningstemming bij de Stichting zijn geweest, zo lijkt mij.

De Vie d'Or zaak past in de toegenomen belangstelling voor het fenomeen van “toezichthoudersaansprakelijkheid”; zie tot op heden vooral A.A. van Rossum, *Toezicht, preadvies NJV 2005* en I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2005.¹ Ongetwijfeld zullen veel beschouwingen aan Vie d'Or worden gewijd. In deze annotatie volgt een eerste verkenning en ga ik dus slechts in op een beperkt aantal aspecten.

De te hanteren maatstaf: marginale toetsing?

De Hoge Raad hanteert het bekende instrument van de gezichtspuntenbenadering: onrechtmatigheid van doen en nalaten van de Verzekeringskamer kan alleen met inachtneming van alle omstandigheden van het geval worden beoordeeld, en daarbij zijn gezichtspunten van belang (r.o. 4.3.3). Maar de overkoepelende maatstaf wordt ook genoemd: het gaat om “behoorlijk en zorgvuldig toezicht”, en bij het toetsen van het handelen van de Verzekeringskamer moet er rekening mee worden gehouden dat dit handelen steeds weer een afweging vergt van de betrokken belangen. De Verzekeringskamer heeft bovendien van de wetgever de nodige beleids- en beoordelingsvrijheid gekregen, aldus de Hoge Raad, en dat brengt een “terughoudende

1. Zie voor een overzicht van literatuur tot op heden losbl. *Onrechtmatige daad*, V.C (onrechtmatige overheidssdaad; bijzonder deel) aant. 385 (Scheltema).

toetsing door de rechter” met zich. Bovendien mag niet geoordeeld worden met wijsheid achteraf. Tegelijk sluit de Hoge Raad af – waar het gaat om het uitblijven van de aanstelling van een stille curator – met de vraag “of in de omstandigheden en met de kennis van toen de Verzekeringskamer in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen” (r.o. 4.3.4).

Is deze “terughoudende toetsing” van het “in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen” meer dan een marginale toetsing? Het lijkt er op dat de Hoge Raad hier op twee gedachten hinkt. Enerzijds heeft hij het begrip “marginale toetsing” voor de rol van de civiele rechter bij het beoordelen van de rechtmatigheid van overheidshandelen in de ban gedaan in Van den Berg/De Oude Rijnstromen.² Anderzijds is het de Wtv zélf die de ruimte geeft aan de Verzekeringskamer om met eigen beleid en beoordeling te vullen en dus wordt de Hoge Raad toch weer in de armen van een min of meer marginale(re) toetsing gedreven.

In de uitspraak krijgt de terughoudende toetsing daardoor een centrale betekenis. Bij auteurs als Van Rossum en Giesen is dat anders. Zij lijken de bedoelde vrijheid veel meer als een gezichtspunt dan een ijkpunt te zien. Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie (nr. 3.18) wijst er in dit verband nog op dat een rechter in het geval van wettelijke beoordelings- en beleidsvrijheid niet tot een volledige herbeoordeling en herwaardering behoort over te gaan en dat de genoemde auteurs geen aandacht zouden hebben besteed aan de vraag of de toezichthouder een bevoegdheid uitoefent waaraan de wetgever zélf beoordelings- en beleidsvrijheid heeft willen verbinden.³

Het “op twee gedachten hinken” van de Hoge Raad is te verklaren uit de aard van de functie

van de toezichthouder zélf. Deze moet niet te weinig maar ook niet te veel sturen; hij moet laveren tussen “pappen en nathouden” en radicaal het roer omgooien. Dat verklaart waarom enerzijds als maatstaf wordt gehanteerd wat betreft het niet benoemen van een stille bewindvoerder dat de Verzekeringskamer ten opzichte van de polishouders onrechtmatig handelt indien zij in de omstandigheden van het geval, uitgaande van de gegevens waarover zij beschikte of behoorde te beschikken en gelet op het geheel van de reeds getroffen maatregelen en de gebleken (in)effectiviteit daarvan, alle belangen in aanmerking genomen – de mogelijk nadelige effecten van de benoeming van een stille bewindvoerder daaronder begrepen – met het oog op de aantasting van de individuele vermogensbelangen van de polishouders in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat ook zonder de benoeming van een stille bewindvoerder het gevaar voor een uiteindelijke deconfiture zo veel mogelijk bleef afgewend (r.o. 4.3.3).

Maar anderzijds zien we dat de opdracht aan de Verzekeringskamer kennelijk er een is van maximale risicoreductie. Dat zijn moeilijk te verenigen opdrachten. De Hoge Raad oordeelt dat de Verzekeringskamer haar toezichthoudende bevoegdheden zodanig moet uitoefenen dat het risico van een uiteindelijke deconfiture van de verzekeraar zo gering mogelijk blijft (r.o. 4.3.3). Ik ga ervan uit dat hiermee niet werkelijk bedoeld is een maximale handhaving die tot maximale risicoreductie leidt. Bedoeld zal zijn – dat neem ik althans aan – een *optimale* risicoreductie, dat wil zeggen het zo gering mogelijk maken van het risico als redelijk is en binnen de wettelijke bevoegdheden mogelijk is. Risico’s kunnen in theorie namelijk altijd kleiner worden gemaakt, maar niet zonder ernstige neveneffecten zoals onevenredig hoge toezichtskosten aan de kant van de toezichthouder of administratieve lasten aan de kant van het bedrijfsleven. Bovendien zijn toezichthouders gebonden aan de wettelijke bevoegdheden die ze zijn toebedeeld, zodat ook om die reden de minimalisering van risico’s niet onbegrensd is.

Belangrijk is ten slotte de algemene overweging die de Hoge Raad geeft over het wezen van toezicht houden op verzekeraars: de toezichthouder dient tijdig en adequaat die

2. HR 9 november 2001, nr. C00/102HR, NJ 2002, 446. Vgl. ook de benadering van HR 28 mei 2004, C02/322HR, NJ 2006, 430 (proefverlof TBS-er), besproken o.a. door G.E. van Maanen, AV&S 2004/5 en W.H. van Boom, in: W.H. van Boom en M.J. Borgers, De rekenende rechter, Den Haag: BJU 2004, p. 35 e.v.
3. Ik begrijp Giesen, a.w., p. 90 voetnoot 73 overigens zo dat hij in dit verband de totstandkomingsgeschiedenis van een wet ook slechts een gezichtspunt vindt.

maatregelen te treffen die met het oog op het zoveel mogelijk voorkomen van een deconfiture in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van haar kunnen worden gevergd. Treft de toezichthouder een maatregel dan dient zij nauwlettend erop toe te zien dat deze maatregel het beoogde effect heeft en, zo dit niet het geval blijkt te zijn, behoort zij een meer effectieve maatregel te nemen. Dit is bijzonder belangrijk: een toezichthouder kan in de fout gaan door te laat in te grijpen, maar ook door weliswaar tijdig in te grijpen en maatregelen te treffen (bijvoorbeeld een last te geven) en vervolgens niet te controleren of de maatregel wordt nageleefd door de onder toezicht staande onderneming. Het gebruik van een wettelijke bevoegdheid tot ingreep vergt dus *monitoring op effectiviteit*. Heeft de maatregel niet dit beoogde effect, dan behoort zij een meer effectieve maatregel te nemen, aldus de Hoge Raad.⁴

Toezien op effectiviteit van de getroffen maatregel; verhouding tot Jetblast

Men kan zich afvragen of de Hoge Raad hiermee ook een nadere verduidelijking heeft gegeven van het Jetblast-arrest.⁵ In die zaak werd het Princess Juliana Airport te St. Maarten aansprakelijk gesteld voor het letsel van een toeriste die een foto wilde maken van een opstijgend vliegtuig. De jetblast tilde haar op en smeed haar neer. Had het Airport voldoende gewaarschuwd tegen het gevaar? Er stonden waarschuwborden, maar die meldden alleen dat de jetblast "physical injury" kon veroorzaken. Bovendien werden de borden genegeerd door toeristen. In het arrest werd geoordeeld dat wat betreft waarschuwingen geldt dat, als het bij gebreke van maatregelen die het gevaar kunnen wegnemen slechts mogelijk is om te waarschuwen voor het gevaar, deze waarschuwing alleen dan een afdoende maatregel is wanneer te verwachten

valt dat de werknemer door de waarschuwing het gevaar zal vermijden. Het arrest liet open welke alternatieve maatregelen het Princess Juliana Airport zou hebben moeten treffen als zij inderdaad tot de conclusie was gekomen dat de waarschuwingen die zij toentertijd gaf, niet effectief waren.

Moeten we nu concluderen dat alsdan ook in die zaak dan naar een meer effectieve maatregel gezocht zou moeten worden? Ja en nee. Het idee dat iemand die op grond van maatschappelijke betamelijkheid gehouden is een bepaalde maatregel te treffen ook verplicht is om in de gaten te houden of die maatregel effectief is en om een alternatieve maatregel te treffen als dat niet het geval blijkt te zijn, spreekt natuurlijk aan. Maar er zijn grenzen: de bevoegdheden tot het treffen van andere maatregelen kunnen ontbreken en de kosten daarvan kunnen te bezwaarlijk zijn. In dit verband lijkt mij relevant dat het verschil tussen Jetblast en Vie d'Or is dat bij Jetblast niet op voorhand vast te stellen is welke alternatieve maatregelen door de aansprakelijke getroffen kunnen worden. De Verzekeringskamer heeft een min of meer omlijnd arsenaal aan instrumenten om in te grijpen, van waarschuwen tot ingrijpen in de bedrijfsvoering. Bij het Princess Juliana Airport moeten we met meer verbeelding zoeken naar alternatieven; het vliegveld kan mogelijk indringender waarschuwen en als dat niet helpt kan het wellicht een dichte schutting neerzetten of een wacht plaatsen die waarschuwt en aandringt op voorzichtigheid. Maar de bevoegdheden van het Airport zijn niet oneindig: het meest effectieve alternatief is uiteraard het volledig afsluiten van Maho Beach, maar dat behoort niet tot de bevoegdheden van het Airport.

Op dit moment zijn de waarschuwborden bij het Princess Juliana Airport aangescherpt; niettemin is de jetblast op St. Maarten nog steeds een aanlokkende attractie voor *backpackers* en andere avontuurlijke toeristen. Betekent dit dat het Airport wederom aansprakelijk zal zijn voor letsel van een toerist die het waarschuwbord negeert? Niet zonder meer, dunkt mij. Er zal weer een Kelderluik-afweging gemaakt moeten worden: kan van het Airport een alternatieve maatregel worden gevergd gezien de grootte van het gevaar, aard en ernst van de te verwachten

4. Ik voeg hier aan toe dat dit alleen aan de orde kan zijn als zij daartoe de bevoegdheid heeft.
5. HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 (Hartmann/Princess Juliana Airport), vervolgd door het verwijzingsarrest van het Gemeenschappelijk Hof Ned. Antillen en Aruba 18 maart 2005, NJ 2005, 302. Kritisch over het Jetblast arrest I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2005.

schade en de bezwaarlijkheid van de mogelijke maatregelen?⁶ De te verwachten baten van een voorzorgmaatregel moeten tegen de kosten daarvan worden afgewogen en dat kan ook tot de conclusie leiden dat van het Airport niet meer of anders gevegd kon worden dan zij heeft gedaan. Bij Vie d'Or kan men door de wettelijke omlijning van het arsenaal aan handhavinginstrumenten waarschijnlijk ook veel beter aangeven hoe de volgorde van ingrijpen is: eerst maatregel A, dan toezien op naleving, als die niet volgt dan maatregel B, et cetera. Of de kosten en baten van maatregel B dan in balans zijn en of het treffen van die maatregel *bezwaarlijk* is voor de toezichthouder, is dan minder relevant: kennelijk heeft de wetgever die afweging al gemaakt. Bij toezicht kan ook om een andere reden de balans anders uitvallen: bij Jetblast is een element van vrijwilligheid van het latere slachtoffer – en dus eigen schuld – aan de orde. Dat kan zijn uitwerking hebben in de mate van voorzorg die men van het Airport mag verwachten. Anders ligt dat bij polishouders die in algemene zin vertrouwen in de stille toezichthouder op de achtergrond; zij stellen zichzelf niet met wetenschap van het gevaar van insolventie bloot aan het risico, terwijl die wetenschap bij de *backpackers* inmiddels wel aanwezig mag worden geacht.

Wanneer heeft toezicht gefaald?

Gezichtspuntenbenadering

De Hoge Raad kiest als gezegd een maatstaf die met gezichtspunten ingevuld moet worden. De gezichtspunten zijn kort gezegd de volgende:

1. Het stelsel van toezicht is normatief en repressief en bestaat uit controle achteraf op de naleving van wettelijke normen, in het bijzonder die met betrekking tot de solvabiliteit van de verzekeraar, bij welk toezicht de Verzekeringskamer de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeraar voor de bedrijfsvoering tot uitgangspunt heeft te nemen.
2. Bij de uitoefening van haar toezicht en het al of niet gebruiken van de haar in dat verband toekomende wettelijke bevoegdheden komt de

Verzekeringskamer een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid toe, ook bij het kiezen van de sanctie.

3. Deze beleids- en beoordelingsvrijheid brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee. Het gaat niet erom of achteraf gezien een andere beslissing beter was geweest en of daardoor schade aan derden had kunnen worden voorkomen, maar of in de omstandigheden en met de kennis van toen de Verzekeringskamer in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen.
4. De Verzekeringskamer behoort het belang van polishouders naast de belangen van de verzekeraar en de belangen van maatschappelijke aard in haar afweging te betrekken. Bij die afweging spelen ook eisen van doelmatigheid, evenredigheid, proportionaliteit en subsidiariteit, alsmede de eventuele nadelige gevolgen van de te treffen maatregel een rol.
5. Als de Verzekeringskamer voor een "toezichthoudersdilemma" komt te staan, zal de rechter in zijn overwegingen moeten betrekken in hoeverre de Verzekeringskamer zelf ertoe heeft bijgedragen dat dit dilemma ontstond.

Wat betreft de gezichtspunten slechts een aantal korte opmerkingen.

(Ad 1) Het stelsel van toezicht is uiteraard van belang voor de vraag wat de bevoegdheden van de toezichthouder zijn: repressief toezicht werkt anders dan preventief toezicht dat toelating tot de markt bepaalt. Bij preventief toezicht staat het maken van fouten door de toezichthouder mogelijk in directer causaal verband met de schadelijke gevolgen. Maar voor het overige past wel nuancering bij het gezichtspunt: eigen verantwoordelijkheid van de onder toezicht staande ondernemer voor de bedrijfsvoering speelt natuurlijk ook een rol bij preventief toezicht. Een importeur van Chinees kinderspeelgoed die voor toelating op de EU-markt een certificaat nodig heeft en zich tot een certificeringsinstelling wendt, die door onzorgvuldigheid van deze instelling het certificaat inderdaad verkrijgt en vervolgens speelgoed op de markt brengt met een onaanvaardbare hoeveelheid weekmakers in het speelgoed, heeft natuurlijk ook een eigen

6. Over de Kelderluik-criteria zie men algemeen C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, p. 173 e.v.

verantwoordelijkheid.⁷ Het verschil tussen speelgoed en solventie van een verzekeraar is denk ik niet alleen gelegen in het repressieve of preventieve karakter van het toezicht, maar vooral ook in het verschil in complexiteit van de toezichtshandeling. De Verzekeringskamer moest niet een product certificeren aan de hand van duidelijke en concrete regels, maar een integraal bedrijfsproces doorlopend op *insolventierisico's* doorlichten, blijvend (en achteraf) in de gaten houden en zonodig ingrijpen in de bedrijfsvoering.

(Ad 2 en 3) Bij het uitoefenen van haar bevoegdheden en het opleggen van sancties had de Verzekeringskamer aanzienlijke vrijheid. Dat is een belangrijk gezichtspunt; de Hoge Raad stelt voorop dat de rechter het gebruik van die vrijheid terughoudend dient te toetsen. Het gaat niet erom of, achteraf oordelend, een andere beslissing beter ware geweest en of daardoor schade aan derden door een uiteindelijke deconfiture van de verzekeraar had kunnen worden voorkomen, maar of in de omstandigheden en met de kennis van toen de Verzekeringskamer in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen. Dat is een belangrijke overweging: de Hoge Raad benadrukt nog eens dat de toetsing van gedrag niet met wijsheid achteraf mag gebeuren. De neiging om met wetenschap van nu naar gedrag uit het verleden te kijken moet in een op gedragstoetsing gebaseerd aansprakelijkheidsrecht worden onderdrukt.⁸ Advocaat-generaal Timmerman wijst ook op onderzoek naar *hindsight bias*: het fenomeen dat personen de waarschijnlijkheid van een bepaald ongeval groter inschatten als het ongeval zich eenmaal heeft voorgedaan. Er is inderdaad veel onderzoek over die "cognitieve stoorzender" bij het nemen van beslissingen, maar zo langzamerhand moeten we ons afvragen hoe we die stoorzender in het juridische beslissingsmodel – oordelen over voorbij gedrag in het licht van reeds ontstane schade – zoveel als mogelijk kunnen uitschakelen zonder tot het andere uiterste te neigen: het goedpraten van fout gedrag met in het

achterhoofd dat het "te gemakkelijk" is om te oordelen over vroeger met de inzichten van nu. Ik zie hier een uitdaging voor wetenschap en rechtspraak, zeker ook tegen de achtergrond van een contraire lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad waaruit volgt dat het treffen van maatregelen ná een ongeval als gegeven mag worden meegewogen bij de vraag of die maatregelen ook al vóór het ongeval getroffen hadden kunnen en moeten worden.⁹

(Ad 4) de Verzekeringskamer behoort bij beslissingen om (en in hoeverre) gebruik te maken van haar bevoegdheden verschillende belangen af te wegen: niet alleen de direct betrokken belangen van verzekeraar en polishouders maar ook "belangen van maatschappelijke aard". Het is mij niet direct duidelijk wat hiermee bedoeld zou kunnen zijn, maar ik kan me indenken dat behoud van werkgelegenheid een direct betrokken belang is dat in deze categorie valt. Belangen van aandeelhouders lijken me indirect betrokken en via het belang van de verzekeraar zelf reeds verdisconteerd.

(Ad 5) als het toezichthoudersdilemma is ontstaan, is mede van belang in hoeverre het dilemma door de Verzekeringskamer zelf in het leven is geroepen. Waarom is dat eigenlijk van belang? Gedacht moet hier worden aan gevallen waarin de toezichthouder bijvoorbeeld weinig voortvarend optreedt en de situatie zozeer laat escaleren dat hij als het ware in het dilemma ("als ik ingrijp, verliest de markt het vertrouwen in de verzekeraar en gaat hij vrijwel zeker failliet, maar als ik niet ingrijp kunnen nieuwe, onwetende klanten verder gedupeerd raken als achteraf alsnog faillissement volgt door het beleid van de verzekeraar") gezogen wordt door zijn eigen opstelling. Op papier lijkt me dit een fraai gezichtspunt maar of er praktisch gesproken iets mee kan worden gedaan is minder duidelijk. Als men de toezichthouder verwijt nalatig te zijn geweest in een eerdere fase en

7. Het voorbeeld is fictief.
8. Vgl. ook de rechtspraak van de Hoge Raad inzake bestgerelateerde aandoeningen, zoals HR 17 december 2004, C03/211HR, «JA» 2005/2, nr. 14 (Hertel).

9. Zie o.a. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst), HR 11 november 2005, C04/253HR, «JA» 2006/11 (amputatiegevaar Multivac machine) en HR 20 oktober 2000, NJ 2000, 700 (Foekens/Naim). Vgl. W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: BJU 2003, p. 15 e.v.

daardoor in het toezichthoudersdilemma terecht te zijn gekomen in een latere fase, dan zal de aansprakelijkheidskwestie zich richten op de vraag of de toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld in die eerdere fase. Wat die fase betreft is het dan nogal logisch dat dan van belang is in hoeverre het dilemma door de toezichthouder zelf in het leven is geroepen: die vraag bepaalt goeddeels de aansprakelijkheid.

Relativiteit, bepaalbaarheid van potentiële slachtoffers, en de verhouding van Vie d'Or tot Duwbak Linda

De geschonden norm moet het geschade belang beogen te beschermen, aldus heel kort gezegd het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. Het relativiteitsvereiste speelt in de eerste plaats een rol bij wetsovertreding en overtreding van (op een wet gebaseerde) vergunningsvoorschriften, waarbij dan centraal staat de vraag of de overtreden wetbepaling of vergunningsvoorschrift strekt tot bescherming tegen de door de benadeelde geleden schade. Bij de maatschappelijke betamelijkheid is de rol van art. 163 minder groot omdat de vraagstelling van art. 163 als het ware al in de formulering van de ongeschreven norm verdisconteerd kan worden.¹⁰ Bij de Vie d'Or zaak speelt relativiteit naar het lijkt niet de beperkte rol zoals hierboven beschreven. Nergens in de Wtv staat een stellige wettelijke norm van het type "de Verzekeringskamer is verplicht dit te doen of dat te doen" die overtreden is. Het gaat er naar mijn gevoel veeleer om te bepalen welke handelingen de maatschappelijke betamelijkheid vergt van de Verzekeringskamer in het licht van de *wettelijke* toezichthoudende bevoegdheden die zij heeft.¹¹ Daarbij is een tekstexegese van de totstandkomingsgeschiedenis van de Wtv van belang omdat die helderheid verschaft over de vraag welke personen en belangen beschermd worden door de toezichthoudende taken van de Verzekeringskamer. Verzaking van die taken is dan niet eens zozeer het handelen in directe

strijd met een wettelijke plicht als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW, maar veeleer een doen of nalaten dat gezien de wettelijke taakstelling ook tegenover de polishouders *onbetamelijk* is. In Vie d'Or gebruikt de Hoge Raad net als in Duwbak Linda¹² een uitgebreide, driedelige versie van het relativiteitsvereiste: onderzocht moet worden tot welke personen en tot welke schade én welke wijzen van ontstaan van schade de door de norm beoogde bescherming zich uitstrekt. De eerste twee aspecten, te weten: welke personen en welke belangen (de Hoge Raad spreekt van schade) worden beschermd, zijn algemeen bekend en aanvaard. Het laatste vereiste, dat overigens tot de parlementaire geschiedenis terug te voeren is,¹³ lijkt mij eigenlijk meer iets voor de bepaling van de reikwijdte van het causaal verband, temeer omdat als de normsteller helemaal niet gedacht heeft aan de onvoorzienbare wijze *waarop* de schade in het gegeven geval is ontstaan al snel de conclusie kan zijn dat de normsteller niet het oog heeft gehad op deze wijze van ontstaan en dat er dus in het geheel geen aansprakelijkheid kan zijn. Dat lijkt mij te strikt; zo strikt toegepast leidt het relativiteitsvereiste bij voorzienbare schade die op onvoorzienbare wijze ontstaat tot afwijzing van aansprakelijkheid. Betwijfeld kan worden of dat wenselijk en bedoeld is. Zo wordt ten aanzien van de toezichtstaken van de Verzekeringskamer op grond van de Wtv benadrukt dat deze tegen schade *door deconfiture* beoogt te beschermen. Als we de maatstaf die de Hoge Raad hanteert strikt toepassen, zou dit betekenen dat de Verzekeringskamer niet aansprakelijk is als het niet tot deconfiture was gekomen maar de polisverplichtingen al op een eerder moment – ter afwijking van schade door deconfiture, maar niettemin na falend toezicht – zouden zijn overgedragen aan een andere verzekeraar en in dat verband een (kleinere) korting zou hebben plaatsgevonden of op andere wijze

10. Zie HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 (Staat/Shell).

11. Asser-Hartkamp-Sieburgh III, nr. 98a spreekt in dit verband van een op de "relativiteitsleer berustende redenering", waarbij wellicht ook wordt geduid op het hier bedoelde onderscheid.

12. HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. J. Hijma, AV&S 2004/5, nr. 39, m.nt. W.A.M. Rupert (Paes/Staat e.a., duwbak Linda). Hetzelfde driedelige relativiteitsvereiste zien we ook in HR 24 maart 2006, C04/325HR, RvdW 2006, 310 (Pfizer e.a./Cosmétique), HR 10 november 2006, C06/070HR (Astrazeneca/Amicon c.s.).

13. Zie PG Boek 6, p. 637.

nadeel zou zijn geleden. Het schijnt mij toe dat ook dat schade verband houdend met deconfiture kan zijn, en hoewel de wijze waarop de schade zich manifesteert mogelijk niet bij de wetgever op het netvlies stond toen hij de taken van de toezichthouder formuleerde kan mijns inziens toch niet gezegd worden dat de wet niet beoogde te beschermen tegen de schade zoals geleden door de benadeelde. Wat betreft relativiteit is ook van belang de verhouding tot het al genoemde arrest Duwbak Linda.¹⁴ In deze zaak stond een Rijnvaartkeuring centraal. De 32 jaar oude duwbak Linda was op grond van het *Reglement onderzoek schepen op de Rijn* gekeurd door een expertisebureau. Op grond van die keuring verleende de Staat een certificaat dat kort gezegd benodigd is voor toelating op het water. Het expertisebureau had fouten gemaakt bij het keuren en het certificaat was dus ten onrechte afgegeven. De duwbak was vervolgens gezonken en had daarbij schade aan een ander schip toegebracht. De eigenaar van dat andere schip vordert vervolgens vergoeding van de Staat en het expertisebureau. De vraag was nu of het niet-inacht nemen van de normen van het bedoelde Reglement onrechtmatig was tegenover de eigenaar van het andere schip. De Hoge Raad oordeelde daarover als volgt. Bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt (3.4.1). Dan verwijst de Hoge Raad naar de tekst-exegese van hof en Advocaat-Generaal Spier om te concluderen dat het hof kennelijk en terecht heeft geoordeeld dat het Reglement en de daarin voorziene eis van een certificaat beogen de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen, met inbegrip van het voorkomen van ongevallen als gevolg van ondeugdelijkheid. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat aan de Rijnvaart-

akte en daaraan gerelateerde regels niet kan worden ontleend dat deze mede strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden en dat derhalve de Staat of het particuliere onderzoeksbureau dat in dit verband het schip ten behoeve van de Staat heeft onderzocht, voor de onderhavige schade aansprakelijk zou zijn te stellen. Hierbij moet bovendien in overweging worden genomen, aldus nog steeds de Hoge Raad, dat de betrokkenheid van de Staat bij de afgifte van het certificaat en de daarvoor vereiste keuring van schepen voortvloeit uit de algemene verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer. De Hoge Raad benadrukt de primaire verantwoordelijkheid van de eigenaar van het gekeurde schip: de betrokkenheid van de Staat neemt niet weg dat het de eigenaar van het schip is die voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip bij de exploitatie en de deelname aan het verkeer en voor een regelmatige controle en onderhoud van het schip verantwoordelijk blijft. Het vereiste van de keuring en het certificaat hebben vooral deze functie, dat zij de naleving van de verplichting van de eigenaar het schip in een deugdelijke en veilige staat te houden bevorderen en daarop een zekere controle mogelijk maken, aldus de Hoge Raad. Het certificaat geeft geen garantie voor deugdelijkheid van het schip. Indien zich na een keuring een ongeval met het schip voordoet dat (mede) wordt veroorzaakt door ondeugdelijkheid of onveiligheid van het schip die bij een zorgvuldig uitgevoerde keuring aan het licht had moeten komen, dan berust de aansprakelijkheid van de eigenaar voor de dientengevolge door een derde geleden vermogensschade niet daarop dat hij ondanks een ondeugdelijk uitgevoerde keuring het schip in de vaart heeft gehouden, maar op het feit dat hij verantwoordelijk is voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip. Op die overweging volgt de afwijzing: "Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld 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 verlening van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van

14. Zie nt. 12.

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 ontlennen." Ten slotte geeft de Hoge Raad nog aan (r.o. 3.4.4) dat hier het beschermingsbereik van geschreven regels centraal stond, maar dat de omstandigheid dat het om een 32 jaar oude duwbak ging onvoldoende omstandigheid oplevert om te oordelen dat expertisebureau en de Staat ook los van gestelde schending van de verplichting het aan de verlenging van het certificaat ten grondslag liggende onderzoek zorgvuldig uit te voeren jegens de latere benadeelde onrechtmatig hebben gehandeld.

Tot zover de overwegingen van de Hoge Raad in Duwbak Linda. Ik heb ze uitgebreid weergegeven, omdat uit dit arrest destijds door een aantal auteurs – en naar ik meen niet ten onrechte – de conclusie is getrokken dat toezichthoudersaansprakelijkheid *de facto*, zij het met weinig overtuigende argumentatie, de nek was omgedraaid.¹⁵ Die conclusie is onjuist gebleken, zo blijkt uit *Vie d'Or*. De houding van de Hoge Raad in Duwbak Linda straalde niettemin grote terughoudendheid uit, ook achteraf oordelend. Is er dan een houdbaar verschil te vinden tussen beide zaken? Een kernverschil tussen beide casus lijkt door de Hoge Raad zelf te worden benoemd in *Vie d'Or*: het gaat hier om "de tot een in beginsel bepaalde groep van (potentiële) benadeelden behorende polishouders". Ook Advocaat-Generaal Timmerman zet het onderscheid tussen beide zaken in deze sleutel. Hij gaat uitgebreid in op de relatie tussen de onderhavige problematiek en de Duwbak Linda. Timmerman (conclusie sub 4.8) billijkt de

benadering van de Hoge Raad in die zaak: hij stelt dat naarmate de soort schade minder voorzienbaar en de groep van personen die potentieel kunnen worden getroffen meer onbepaald is, kritischer moet worden beoordeeld of wel is voldaan aan het relativiteitsvereiste. Het relativiteitsvereiste beoogt immers, aldus Timmerman, te voorkomen dat een verplichting tot het vergoeden van schade wordt aangenomen die voor de veroorzaker niet is te voorzien. Het stilzwijgen van de wetgever in Duwbak Linda acht hij daarom niet arbitrair. Ik denk echter dat stilzwijgen ófwel betekent dat de wetgever zich het aan de civiele rechter voorgelegde probleem niet heeft gerealiseerd – hetgeen vaker het geval is – ófwel het niet onder ogen heeft willen zien (min of meer genegeerd). In geen van beide gevallen kan een bedoeling van de wetgever tot uitsluiting van bescherming van individuele belangen uit de wetsgeschiedenis worden gereconstrueerd. Dat kan alleen als er expliciet op wordt ingegaan, zo lijkt mij voor de hand te liggen. Ik meen dus ook dat zwiigende wetsgeschiedenis als zodanig een arbitraire maatstaf oplevert om te beslissen of de wet beoogt individuele belangen te beschermen. Uit stilzwijgen als zodanig valt nu eenmaal weinig af te leiden. Beter is het dus de context van de wetsgeschiedenis te bestuderen. Timmerman heeft uiteraard wel gelijk als hij stelt dat als men aansprakelijkheid wil gronden op veronachtzaming van een ongeschreven betamelijkheidsnorm in essentie dezelfde vraag kan opdoemen: wat stond de wetgever precies voor ogen?

Timmerman analyseert vervolgens de wetsgeschiedenis van de WtV en komt dan tot drie verschillen tussen Duwbak Linda en *Vie d'Or*. Ik citeer:

"i. uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het doel en de strekking van het toezicht zoals dat wordt uitgeoefend door de Verzekeringkamer mede dient ter bescherming van het vermogensbelang van de individuele polishouder; er wordt weliswaar niet met zoveel woorden over vermogensbelangen gesproken; uit de context blijkt mijns inziens telkens wel dat dit niettemin zo is bedoeld;

ii. er is geen sprake van een onbegrensde groep van personen die potentieel kunnen worden getroffen maar van een – weliswaar

15. In die richting neigen bijv. T. Hartlief, AV&S 2004/6, nr. 44, Van Rossum, a.w., p. 82.

grote maar – begrensde groep: de groep van polishouders.
 iii. anders dan de vermogensschade waarvoor vergoeding werd gezocht in het Duwbak-Linda-arrest kan de vermogensschade van de polishouders in zijn algemeenheid wel geacht worden een voorzienbaar gevolg te zijn van toezichtsfalen.”

Op grond daarvan komt advocaat-generaal Timmerman tot de conclusie dat de wettelijke taakstelling van de Verzekeringskamer mede strekt tot bescherming van de vermogensbelangen van de individuele polishouders. Slechts de eerste overweging overtuigt mij; de tweede en derde zijn naar mijn mening in het geheel niet overtuigend. Gesuggereerd wordt kennelijk 1) dat de duwbak Linda een gevaar vormde voor een onbegrensde groep van belangen/personen en 2) dat zaakschade als veroorzaakt door de duwbak Linda niet een voorzienbaar gevolg zou zijn van toezichtsfalen.

Ik acht dit betoog niet overtuigend: waarom is de groep van eigenaren van schepen die zich op het moment waarop onzeewaardigheid van de Linda ontstaat en zich alsdan in hetzelfde vaarwater bevinden als de Linda onbegrensd en de groep van polishouders die ten tijde van het tekortschieten van de Verzekeringskamer polissen bij Vie d’Or hadden niet onbegrensd? De identiteit van laatstgenoemde groep is in theorie eenvoudiger vast te stellen dan die van de eerstgenoemde groep. Is dat beslissend? Dat lijkt mij niet, tenzij men meent dat de theoretische vaststelbaarheid (ex ante) van identiteit van de potentiële groep benadeelden ertoe leiden kan dat de latere aansprakelijke beter in staat is de baten en risico’s van zijn onzorgvuldigheid af te wegen. Maar ik maak mij sterk dat dat helemaal niet waar is: het ex ante calculeren van de voorzienbare schade door onzorgvuldige afgifte van een Rijnvaart-certificaat is bij benadering heel goed te doen: men neemt de gemiddelde waarde van een schip en zijn lading welke door aanvaring beschadigd kan raken. Dat is net zo eenvoudig of net zo moeilijk als het ex ante calculeren van de vermogensschade van polishouders door deconfiture van Vie d’Or. Veel moeilijker is het inschatten van de kans op het intreden van die schade, maar dat probleem lijkt mij bij beide casus vergelijkbaar.

De behoefte aan “begrenzing” van een groep lijkt te duiden op het argument dat het aannemen van relativiteit tot het onwenselijke resultaat zou kunnen leiden dat “the defendant would be exposed to a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class.” (Ultramares Corporation vs. Touche Niven & Company (1931) 255 NY 170, per Cardozo J.). Dat argument van “indeterminacy” gaat naar mijn gevoel in geen van beide zaken op. Problematischer zou het worden – niet zozeer vanwege de onvoorzienbaarheid van de schade maar veeleer vanwege de enorme omvang daarvan – wanneer men zou oordelen dat de plicht tot het afgeven van een deugdelijk Rijnvaart-certificaat mede beoogt te beschermen tegen bijvoorbeeld vertragingsschade die de scheepvaart oploopt wanneer de duwbak Linda zinkt in een drukbevaren vaargeul. Maar over dat type “fileschade” ging het noch in de Duwbak Linda noch in de Vie d’Or zaak.

Om kort te gaan: het beperken van de groep potentiële claimanten is om tal van redenen nuttig en noodzakelijk, daarover hoeft geen twijfel te bestaan. Maar voorzienbaarheid is de laatste tijd niet echt een geschikt instrument gebleken omdat het door de rechtspraak in zeer wisselende betekenissen wordt gebruikt.¹⁶ Datzelfde lijkt nu te gebeuren met “bepaalbaarheid” van de personen of belangen die door de normschending in gevaar worden gebracht. Of het als overtuigend (exclusief) instrument van afbakening dienst zal kunnen doen, waag ik daarom te betwijfelen. Als uiteindelijke rechtvaardiging voor het onderscheid tussen Duwbak Linda en Vie d’Or volstaat het niet.

“Omwille van een doelmatige afdoening van vormen van massaschade”

Het Vie d’Or arrest is niet alleen een belangrijke uitspraak vanwege verduidelijking op het vlak van toezichthoudersaansprakelijkheid, maar ook vanwege een aantal beslissingen op

16. Zie bijv. B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005 en ook W.H. van Boom, ‘Hoe groot is de kans? Over waarschijnlijkheidsoordelen bij ongevallen en hoe juristen ermee omgaan’, in: W.H. van Boom en M.J. Borgers (red.), *De rekenende rechter*, Den Haag: BJu 2004, p. 33 e.v.

het vlak van de afdoening van massaschade. Allereerst is er – weinig verrassend – het oordeel van de Hoge Raad in r.o. 8.2.4 dat een stichting die een collectieve actie als bedoeld in art 3:305a BW instelt niet kan opkomen voor belangen van anderen dan degenen die uitdrukkelijk en nauwkeurig in de statuten van de stichting zijn omschreven.¹⁷

In de tweede plaats zijn er belangrijke overwegingen over toepasselijkheid van art. 6:96 BW. De Stichting heeft in de aanloop naar de onderhavige procedure veel kosten gemaakt – bijvoorbeeld voor het inwinnen van deskundig advies en juridische bijstand – die zij (ook) op de Verzekeringkamer tracht te verhalen. Kan dat? Het belang van het antwoord op die vraag is bijzonder groot: als de rechter zou oordelen dat dergelijke kosten nimmer voor vergoeding in aanmerking komen bij een actie uit art. 3:305a BW, dan kan dat de doodsteek betekenen voor de collectieve actie als effectief handhavingsinstrument.

De Hoge Raad grijpt bij beantwoording van de vraag terug op de idee van de collectieve actie, het bevorderen van een doelmatige afdoening van vormen van massaschade. In r.o. 7.2.2 beslist de Hoge Raad dat het verhaal inderdaad is toegestaan en hij overweegt kort en goed dat een redelijke uitleg van art. 3:305a BW jo. art. 6:96 lid 2 (b) BW met zich brengt dat buitengerechtigde kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ook voor vergoeding in aanmerking kunnen komen indien de Stichting deze als eigen schade heeft gevorderd en geleden. Daaraan doet niet af dat de rechtspersoon deze kosten zelf heeft gemaakt en dat de aangesprokene voor de schade jegens de rechtspersoon zelf niet aansprakelijk is. Overigens moeten de gemaakte kosten wel dienstig zijn aan het doel van de collectieve actie en niet omgekeerd. Kostenverhaal van het type dat centraal stond in Rb. Rotterdam 15 maart 1991, NJ 1992, 91 (Borcea) lijkt alleen mogelijk te zijn als sprake is van een onrechtmatige daad gepleegd jegens de agerende stichting of vereniging. Voorop staat dus dat buitengerechtigde kosten ook voor vergoeding in aanmerking kunnen komen indien de Stichting Vie d'Or deze als eigen schade heeft gevorderd. Maar

wat te denken van de zinsnede “terwijl deze kosten, gemaakt ten behoeve van die personen, kunnen behoren tot de vermogensschade die, zo deze personen die kosten zelf zouden hebben gemaakt, jegens hen voor vergoeding in aanmerking komt.”? Is daarmee de beperking aangebracht dat de belangenbehartiger niet meer of anders kan dan elk van de individuele benadeelden? Dat lijkt me niet; zou men in het kader van art. 6:96 BW de vraag stellen of het redelijk is om een enorm recherche- en onderzoeksapparaat in stelling te brengen om te achterhalen of één consument voor een paar euro benadeeld is, dan is het antwoord allicht minder snel bevestigend dan wanneer diezelfde kosten worden gemaakt door een collectieve belangenbehartiger die voor duizenden zoniet miljoenen consumenten optreedt. Minst genomen zou dus moeten gelden dat de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 BW tot een afweging in financiële termen aanleiding geeft van de totale waarde van de vorderingen van alle benadeelden enerzijds tegen de totale kosten die de belangenbehartiger maakt anderzijds. Dat wil overigens niet zeggen dat de laatstbedoelde kosten nooit hoger mogen uitvallen dan de eerstgenoemde. Bovendien zal elk van de benadeelden individueel ook weer kosten moeten maken om in een *follow on action* schadevergoeding te verkrijgen. Ik vermoed dat hier niet snel een zuiver rekenkundige balans gevonden kan worden, en ik zou dan ook willen bepleiten om niet te zuinig met art. 6:96 BW om te springen als het gaat om kosten gemaakt door de belangenbehartiger: zijn inspanningen om doelmatige handhaving van regels ter voorkoming van (massa)schade te bewerkstelligen moeten aangemoedigd worden.

Schadevergoedingsrechten laten zich (naar geldend recht) niet bundelen

Een belangrijke beslissing van de Hoge Raad – die overigens in de lijn van art. 3:305a BW en haar totstandkomingsgeschiedenis ligt – is dat bij een collectieve actie als bedoeld in art. 305a niet toegestaan is om een verklaring voor recht te vorderen dat schadeplichtigheid bestaat tegenover individuen. De Hoge Raad geeft in r.o. 8.1.3 aan dat een verklaring voor recht dat de gedaagden gehouden zijn tot voldoening van schade van de polishouders niet behoort

17. Vgl. HR 1 juli 1992, NJ 1993, 450 (Abva/Kabo).

tot de vorderingen die in verband met de te bundelen gelijksoortige belangen van de polishouders in een procedure op de voet van art. 3:305a BW kunnen worden ingesteld. Als men een dergelijke verklaring voor recht vordert dan vraagt men de rechter eigenlijk de omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens ieder van de individuele polishouders vast te stellen, en die vaststelling niet kan geschieden zonder te treden in beoordeling van concrete omstandigheden in elk van de rechtsverhoudingen met individuele benadeelden. De Hoge Raad doelt hier ongetwijfeld op vereisten als schade(omvang), causaal verband en eigen schuld, waarbij van geval tot geval een vaststelling moet plaatsvinden.

Ten slotte kan met betrekking tot de bundeling van schadevergoedingsvorderingen nog gewezen worden op de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (zie art. 7:907 BW): als na verwijzing alsnog komt vast te staan dat de Verzekeringskamer gefaald heeft in het toezicht en deswege toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de polishouders wier belangen door de Stichting worden behartigd, zou het vervolgens tot een vaststellingsovereenkomst kunnen komen tussen enerzijds vertegenwoordigers van de benadeelde polishouders (hier: de Stichting) en anderzijds de aansprakelijke partij(en) met als inzet het collectief vergoeden van de geleden schade. De overeenkomst kan vervolgens op verzoek algemeen verbindend verklaard worden door het Hof Amsterdam (art. 7:907 BW jo. art. 1013 lid 3 Rv). Overigens is de druk om tot een dergelijke vaststellingsovereenkomst te komen wel verminderd door de (begrijpelijke) beslissing van de Hoge Raad in het onderhavige arrest dat de collectieve actie van art. 3:305a BW niet kan worden gebruikt om een verklaring voor recht te verkrijgen dat sprake is van individuele schadelijktigheid tegenover individuele polishouders. Voordat het tot een collectieve vaststellingsovereenkomst komt zal dus enige overeenstemming – of door een proefprocedure met een individuele benadeelde als eisende partij – moeten ontstaan over de bepaling van de omvang van de individuele schade en vooral ook het causaal verband: hoe waarschijnlijk is het dat Vie d’Or niet gefailleerd zou zijn, althans hoe waarschijnlijk is het

dat de rechten van polishouders onaangetast zouden zijn gebleven als de toezichthouder wel (tijdig en adequaat) zou hebben ingegrepen?

Efficiënt procederen bij verschillende rechters?

De Vie d’Or zaak is complex: er zijn veel partijen betrokken in uiteenlopende procedures. In het onderhavige arrest komt in dat verband de relevantie van een uitspraak van de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure aan de orde. In die procedure had de Ondernemingskamer geoordeeld dat de Verzekeringskamer met betrekking tot een bepaalde kwestie voor wanbeleid verantwoordelijk was. De waarde van die vaststelling is in een civiele aansprakelijkheidsprocedure beperkt. Ten aanzien van een dergelijke beslissing geldt “dat deze, behoudens cassatie, ook in andere procedures bindend is voor degenen die in de (...) procedure van de enquête zijn verschenen en ofwel tot toewijzing van hetgeen verzocht en/of gevorderd is hebben geconcludeerd ofwel daartegen verweer hebben gevoerd, maar dit impliceert niet de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van – in het onderhavige geval – de Verzekeringskamer. De door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs.” De bindende kracht van hetgeen de Ondernemingskamer oordeelt komt dus kort gezegd geen betekenis toe in een aansprakelijkheidsprocedure. Dat is natuurlijk begrijpelijk voor zover de Stichting in de onderhavige procedure andere feiten en omstandigheden ten grondslag legt aan haar vorderingen (kort gezegd stond in de enquêteprocedure het handelen van de Verzekeringskamer als stille curator centraal en hier het nalaten van de Verzekeringskamer als toezichthouder).

Minder begrijpelijk is dat als exact dezelfde feiten en omstandigheden (en hoedanigheden) centraal staan. Voor dat geval geldt overigens een iets genuanceerder bewijspositie: de civiele rechter *kan* aan het oordeel van de Ondernemingskamer een zwaardere betekenis toekennen.

De Hoge Raad verwijst hier naar Laurus NV c.s. vs. UB Holding BV c.s. waarin hij zich ook al had uitgelaten over de betekenis van de vaststelling door de Ondernemingskamer dat

in een onderneming sprake is geweest van wanbeleid.¹⁸ De relevantie van die vaststelling in een latere aansprakelijkheidsprocedure aangespannen door derden zoals polishouders is als gezegd zeer beperkt. Het gevolg is dat de benadeelde de waarde van de vaststelling van de Ondernemingskamer pas kan vaststellen als hij ook de beker van de aansprakelijkheidsprocedure helemaal leeggedronken heeft. En zo is het eigenlijk ook met oordelen van de tuchtrechter: wel relevant maar niet doorslaggevend in een aansprakelijkheidsprocedure.¹⁹ Enerzijds is dit begrijpelijk, want al deze verschillende rechtsgangen dienen natuurlijk ook verschillende belangen (variërend van de waarheid boven tafel krijgen, tot het algemeen belang dienen, en compensatie verkrijgen). Maar anderzijds staat de versnippering van rechtsgang wel haaks op een doelmatige afdoening én voorkoming van massaschade.

W.H. van Boom

Hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, tevens redacteur van dit tijdschrift

grond van wanprestatie aansprakelijk is voor de schade van V&D. In de onderhavige vrijwaringzaak hebben de aannemer en zijn aansprakelijkheidsverzekeraar Winterthur de onderaannemer aangesproken. De rechtbank heeft de vordering van de aannemer afgewezen omdat de onderaannemer niet aansprakelijk zou zijn voor de waterschade nu de oorzaak daarvan niet aan haar was toe te rekenen. In appel heeft het hof de aannemer geslaagd geacht in – onder meer – diens grief ten aanzien van de bewijsopdracht die de rechtbank had gegeven. In cassatie klaagt de onderaannemer allereerst dat het hof middels de uitleg van de grieven van de aannemer buiten de rechtsstrijd voor partijen is getreden. De Hoge Raad acht deze klacht geslaagd. Voorts klaagt de onderaannemer dat het hof een onjuist oordeel heeft gegeven inzake de vordering van de verzekeraar ten aanzien van de wettelijke rente. De Hoge Raad stelt de onderaannemer in het gelijk daar waar deze betoogt dat het hof ten onrechte art. 6:83 in plaats van art. 1286 (oud) BW toepaste. Nu de verbintenis waarin Winterthur is gesubrogeerd is ontstaan in november 1989 geldt op grond van de Overgangswet het oude recht in plaats van het nieuwe recht. De Hoge Raad vernietigt het arrest van Hof Arnhem en verwijst de zaak naar Hof 's-Hertogenbosch.

143

Hoge Raad
20 oktober 2006, nr. C05/161HR, LJN AX6737
(mrs. Fleers, Kop, Van Oven, Van Schendel, Asser)
(concl. A-G Keus)

Wanprestatie. Subrogatie. Wettelijke rente.

[BW art. 6:83, 7:962; Overgangswet art. 182 en 183]

In opdracht van de aannemer heeft de onderaannemer een leiding aangelegd in de kelder van Vroom & Dreesmann. Vervolgens is een lekkage ontstaan. In de hoofdzaak is geoordeeld dat de aannemer op

BAM NBM Infratechniek Noord-Oost BV, voorheen genaamd: [A] BV, te Ootmarsum,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. G. Snijders,
tegen
1. [verweerster 1] te [vestigingsplaats],
2. de vennootschap naar Zwitsers recht Winterthur Schweizerische Versicherungsgesellschaft, h.o.d.n. Winterthur Verzekeringen, te Amsterdam,
verweersters in cassatie,
advocaat: mr. R.S. Meijer.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Keus)

Het gaat in deze zaak om de afwikkeling van een in 1989 na de aanleg van een waterleiding ten behoeve van een sprinklerinstallatie ingetreden waterschade waarvoor Aqua+ als hoofdaannemer door de opdrachtgever, Vroom & Dreesmann Nederland B.V. (hierna: V&D), aansprakelijk is gehouden en waarvoor Aqua+ en haar schadeverzekeraar Winterthur (als tussenkomende partij aan wie de vorderingen van

18. HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 (Laurus NV c.s. vs. UB Holding BV c.s.).

19. Zie HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 en r.o. 5.4.3 in het arrest in zaak C04/281HR tegen de accountants van Deloitte.