

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/78688>

Please be advised that this information was generated on 2021-09-23 and may be subject to change.

## **JOR 2006/295**

### **Hoge Raad**

13 oktober 2006, C04/279HR; LJN  
AW2077.

( Mr. Beukenhorst

Mr. Van Buchem-Spapens

Mr. Kop

Mr. Numann

Mr. Van Schendel )

(Concl. A-G Timmerman )

De Nederlandsche Bank NV,  
rechtsopvolgster onder  
algemene titel krachtens juridische fusie  
van de stichting Stichting  
Pensioen- en Verzekeringskamer, te  
Amsterdam,  
eiseres tot cassatie,  
incidenteel verweerster,  
advocaat: mr. G. Snijders,  
tegen  
Stichting Vie d'Or te Eindhoven,  
verweerster in cassatie,  
incidenteel eiseres,  
advocaat: mr. E. Grabandt.

Faillissement Vie d'Or, Collectieve actie,  
Toezichthouder Verzekeringskamer handelt  
onrechtmatig jegens de polishouders indien  
zij in de omstandigheden van het geval 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, Hof heeft onjuiste  
toetsingsmaatstaf aangelegd, Hoge Raad  
vernietigt arrest en verwijst geding naar  
Hof Amsterdam ter verdere behandeling en  
beslissing, Cassatie van Hof 's-Gravenhage  
27 mei 2004, «JOR» 2004/206, m.nt. Van  
Ravels en Van Andel

[BW Boek 3 - 305a; BW Boek 6 - 162;  
Wtv - 34]

## **» Samenvatting**

De onderdelen 2 en 3 stellen de vraag aan de orde welke maatstaf moet worden aangelegd ter beantwoording van de vraag of de Verzekeringskamer bij de uitoefening van de haar volgens de Wtv toekomstende bevoegdheden is tekortgeschoten en uit dien hoofde ten opzichte van de betrokken polishouders onrechtmatig heeft gehandeld. Deze vraag spitst zich toe op het door het hof aan de Verzekeringskamer verweten nalaten tijdig gebruik te maken van de bevoegdheid tot het benoemen van een stille bewindvoerder.

Bij de beantwoording van de vraag of het toezicht zoals dat in de desbetreffende periode door de Verzekeringskamer is uitgeoefend voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld, komt het aan op alle omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de volgende gezichtspunten van belang. Het stelsel van toezicht is in beginsel normatief en repressief en bestaat in belangrijke mate uit controle achteraf op de naleving van wettelijke normen. Bij de uitoefening van haar toezicht en het al of niet gebruiken van de haar in dat verband toekomstende wettelijke bevoegdheden komt de Verzekeringskamer een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid toe. Deze beleids- en beoordelingsvrijheid brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee. 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 redelijke kennis van toen de Verzekeringskamer in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen. Het toezicht dient mede ertoe het vermogensbelang van de (toekomstige) polishouders zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar van deconfiture van de verzekeraar. De enkele omstandigheid dat het toezicht van de Verzekeringskamer niet heeft kunnen voorkomen dat verzekerden schade lijden

als gevolg van een deconfiture van de verzekeraar is onvoldoende om de uitoefening van dat toezicht ten opzichte van die verzekerden als onrechtmatig aan te merken. Het toezicht kan niet garanderen dat een deconfiture wordt voorkomen. Niettemin dient de Verzekeringskamer haar toezichthoudende bevoegdheden zodanig uit te oefenen dat het risico van een uiteindelijke deconfiture zo gering mogelijk blijft. Dat houdt ook in dat zij niet ermee kan volstaan eerst dan maatregelen te treffen indien sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar voor deconfiture van de verzekeraar, maar dat zij tijdig en adequaat die maatregelen treft, die met het oog op het zoveel mogelijk voorkomen van een deconfiture in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van haar kunnen worden gevergd.

Tegen de achtergrond van het vorenstaande geldt voor de beantwoording van de vraag of de Verzekeringskamer is tekortgeschoten in de uitoefening van haar toezichthoudende taak de volgende maatstaf. De Verzekeringskamer handelt ten opzichte van de polishouders onrechtmatig 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, 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.

Het door het hof gehanteerde criterium miskent deze maatstaf. Niet alleen komt daarin onvoldoende tot uitdrukking de mate waarin aan de Verzekeringskamer beleids- en beoordelingsruimte toekomt bij de uitoefening van haar wettelijke

bevoegdheden en de in dat verband geboden terughoudendheid van de rechterlijke toetsing, maar ook ontbreekt daarin toereikende aandacht voor de samenhang van alle hier in aanmerking te nemen aspecten.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

### Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Timmerman)

#### 1. Feiten

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan. [\[noot:1\]](#)

1.2. N.V. Levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or (hierna: Vie d'Or) oefende vanaf 1 november 1985 het levensverzekeringsbedrijf uit. Sinds 26 februari 1988 geschiedde dat na invoering van de desbetreffende vergunningplicht krachtens een door de Verzekeringskamer verleende vergunning.

1.3. Vanaf de oprichting van Vie d'Or tot 1 november 1993 was [betrokkene 5] bestuurder van Vie d'Or en geruime tijd ook enig aandeelhouder. In de loop van de tijd is het aandelenbelang van [betrokkene 5] gedaald als gevolg van het toetreden van nieuwe aandeelhouders, zoals Banque de Suez Nederland NV en Janivo Participants.

1.4. Vie d'Or richtte zich bij de aanvang van haar activiteiten op een beperkte groep van vermogende particulieren. In de jaren 1989 tot en met 1991 is het aantal door haar aangegane verzekeringsovereenkomsten na een intensieve marktwerking explosief gegroeid. Het premie-inkomen steeg van 1987 tot 1991 van f 6 mln naar f 154 mln.

1.5. Een bijzonderheid van Vie d'Or was dat zij de door haar bij afsluiting van verzekeringen gemaakte kosten pas na verloop van tijd kon terugverdienen. Dit vond zijn oorzaak in de bijzondere aard van de nieuwe verzekeringsproducten die Vie d'Or op de markt bracht. Deze brachten aanvankelijk lage inkomsten op, maar hadden tegelijkertijd wel hoge kosten tot gevolg. Mede als gevolg hiervan behaalde Vie d'Or telkens negatieve resultaten. Omdat haar eigen vermogen niet toereikend was om deze verliezen op te vangen, heeft Vie d'Or constructies (onder andere de zogenaamde surplus relief contracten) gebruikt om toekomstige baten naar voren te halen. Het gaat hierbij om een type herverzekering dat tot een bepaalde omvang toekomstige baten garandeert.

1.6. Vie d'Or heeft risico's gelopen door het laten ontstaan van een "mismatch" tussen bij voorbeeld door de polishouders gekozen en werkelijk uitgevoerde beleggingen en tussen te ontvangen en te betalen rente op uitgezette en geleende gelden.

1.7. Vie d'Or onderhield met een aantal door [betrokkene 5] beheerde vennootschappen rekening-courant-verhoudingen. De saldi van die verhoudingen resulteerden tot 1991 in een schuld aan Vie d'Or. Nadien zijn de saldi van die verhoudingen in (aanzienlijke) vorderingen van Vie d'Or op de betrokken vennootschappen uitgemond.

1.8. De verzekeringen werden door Vie d'Or afgesloten door bemiddeling van tussenpersonen. De premies werden rechtstreeks of via de tussenpersoon voldaan. In 1992 heeft Vie d'Or een aanvang gemaakt met het opzetten van een rekening-courant administratie per tussenpersoon. De omvang van de wederzijdse verplichtingen is daarbij niet geheel duidelijk geworden.

1.9. De administratie van Vie d'Or is lange tijd ontoereikend geweest. Er waren onder andere problemen met de verwerking van de zich in 1989 en 1990 voordoende sterke omzetsijging. Ook beschikte Vie d'Or niet over een goed functionerend automatiseringssysteem.

1.10. Vie d'Or had ieder jaar als gevolg van de door haar geleden verliezen problemen om aan de voor haar wettelijk verplichte solvabiliteitsmarge te voldoen.

1.11. Op 17 november 1993 kwamen er via de nieuwe directeur van Vie d'Or, [betrokkene 6], – deze was per 1 november 1993 als opvolger van [betrokkene 5] aangetreden – berichten naar buiten over de door hem bij Vie d'Or aangetroffen situatie. Deze duiden zijns inziens op mismanagement en strafbare feiten.

1.12. Op 18 november 1993 heeft de Verzekeringskamer [betrokkene 7] tot stille bewindvoerder van Vie d'Or benoemd. Zij heeft op 14 december 1993 de vergunning van Vie d'Or ingetrokken. Op 15 december 1993 heeft de rechtbank te 's-Hertogenbosch op aanvraag van de Verzekeringskamer ten aanzien van Vie d'Or de noodregeling van art. 66 e.v. van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (verder Wtv) uitgesproken. Daarbij is de Verzekeringskamer een machtiging verleend tot vereffening en overdracht van het vermogen van Vie d'Or.

1.13. Op 11 december 1995 is Vie d'Or failliet verklaard.

1.14. Bij overeenkomst van 1 augustus 1994 zijn de verplichtingen van Vie d'Or jegens de polishouders krachtens de aan de Verzekeringskamer verleende machtiging overgedragen aan Levensverzekeringsmaatschappij Twenteleven N.V. (hierna: Twenteleven). Daarbij zijn de verplichtingen uit de polissen aanzienlijk gekort. Als gevolg

hiervan hebben de betrokken polishouders aanzienlijke schade geleden.

1.15. Vie d'Or stond vanaf haar oprichting krachtens de toen geldende Wtv onder toezicht van de Verzekeringkamer.

1.16. Deloitte & Touche en de bij deze firma werkzame accountants, [betrokkene 1 t/m 3] (gezamenlijk hierna de accountants) zijn betrokken geweest bij het afgeven van de goedkeurende verklaringen over de boekjaren 1989, 1990, 1991 en 1992 van Vie d'Or. Op de jaarrekeningen over 1993 en 1994 is geen accountantscontrole toegepast. De accountants hebben tevens over de jaren 1989 tot en met 1992 over de staten als bedoeld in art. 28 Wtv een getrouwheidsverklaring afgegeven (en wel in positieve zin).

1.17. [A] B.V. en de bij dit kantoor werkzame actuaire [betrokkene 4] (gezamenlijk hierna de actuaire) zijn tot mei 1991 als extern actuaire bij Vie d'Or betrokken geweest. Als zodanig heeft de actuaire onder meer de actuariële staten die Vie d'Or jaarlijks bij de Verzekeringkamer moest indienen gecertificeerd. De actuaire heeft bij brief van 30 mei 1991 de relatie met Vie d'Or opgezegd. Hij heeft nadien nog wel zijn werkzaamheden met betrekking tot het boekjaar 1990 afgerond. Daarna zette een ander bureau (Tillinghast) de actuariële werkzaamheden voort.

1.18. De Verzekeringkamer heeft in de loop van de tijd een steeds intensievere bemoeienis met de gang van zaken bij Vie d'Or gekregen. Zij heeft uit dien hoofde contact onderhouden met het bestuur van Vie d'Or, de accountant en de actuaire. De Verzekeringkamer heeft herhaaldelijk aangedrongen op verbetering van de administratie en de solvabiliteitsmarge. Voorts heeft zij een aantal malen gebruik gemaakt van haar bevoegdheden tot ingrijpen op grond van de Wtv. Zo heeft de Verzekeringkamer onder andere op 30

september 1991 een aanwijzing gegeven op grond van het toenmalige [\[noot:2\]](#) art. 34, eerste lid Wtv. Die aanwijzing hield in dat Vie d'Or voor 1 december 1991 al die maatregelen moest hebben getroffen die tot een zodanige verbetering van de administratieve organisatie zouden leiden dat door de Verzekeringkamer tijdig een goed inzicht zou worden verkregen in de financiële positie van Vie d'Or. Voorts heeft de Verzekeringkamer op 27 november 1991 van Vie d'Or geëist dat zij voor 8 december 1991 een nieuw financieringsplan zou indienen dat tenminste zou moeten leiden tot een nieuw vermogen van f 20 mln. Op 20 december 1991 heeft de Verzekeringkamer de aanwijzing gegeven dat de (IDP-) polishouders duidelijk moest worden meegedeeld dat rekening moest worden gehouden met een aftrek wegens mogelijk niet verrekende kosten op het uit te keren bedrag. Bij brief van 28 augustus 1992 heeft de Verzekeringkamer van Vie d'Or geëist om het tekort per eind 1991 op te vullen. Dat plan moest uiterlijk 11 september 1992 worden ingediend. Tevens heeft de Verzekeringkamer voor 1 december 1992 een structurele oplossing voor de solvabiliteitsproblemen geëist. Als dat niet zou gebeuren, zou de Verzekeringkamer overwegen een verkoopverbod in te stellen of de vergunning in te trekken. De oplossing zou bij voorkeur moeten worden gerealiseerd door de overname van de verzekeringsportefeuille door een financieel krachtige onderneming.

1.19. De Stichting is op 19 april 1994 door de Verzekeringkamer opgericht. Haar statutaire doel is het behartigen van de belangen van de "voormalige polishouders" van Vie d'Or.

1.20. Bij beschikking van 3 augustus 1995 heeft de Ondernemingskamer op vordering van de procureur-generaal van het hof Amsterdam een onderzoek gelast naar het beleid en de gang zaken bij Vie d'Or vanaf

1 januari 1988. In verband met de omstandigheid dat de onderzoeksperiode mede omvatte de periode gedurende welke de noodregeling van kracht was, heeft de Verzekeringskamer cassatieberoep ingesteld tegen deze beschikking. De Hoge Raad heeft dit beroep bij beschikking van 15 januari 1997 [\[noot:3\]](#) verworpen. Op 11 november 1997 hebben de onderzoekers hun rapport van onderzoek gedeponneerd. [\[noot:4\]](#) Bij beschikking van 9 juli 1998 [\[noot:5\]](#) heeft de Ondernemingskamer op vordering van de procureur-generaal bij het hof Amsterdam geoordeeld dat gebleken is van wanbeleid in de periode van 1988 tot januari 1994 door het bestuur en de raad van commissarissen van Vie d'Or en door de Verzekeringskamer. Daarbij heeft de Ondernemingskamer de besluiten tot vaststelling van de jaarrekeningen over 1989 tot en met 1993. Ook is het besluit tot het verlenen van decharge aan statutair directeur [betrokkene 8] over de periode 25 mei 1989 tot en met 31 december 1991 vernietigd. Bij beschikking van 31 mei 2000 [\[noot:6\]](#) heeft de Hoge Raad de beschikking van de Ondernemingskamer vernietigd op overigens formele gronden.

1.21. De Raad van Tucht voor Registeraccountants en Accountants-Administratieconsulenten heeft de klacht van de Stichting tegen de accountants bij uitspraak van 10 april 1997 deels gegrond verklaard en de maatregel opgelegd van een schriftelijke berisping. [\[noot:7\]](#) Het tegen deze uitspraak ingestelde beroep is bij uitspraak van 3 december 1998 door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven verworpen. [\[noot:8\]](#)

1.22. Het College van Rechtspraak van het Actuarieel Genootschap heeft de klacht van de Stichting tegen de actuaris bij uitspraak van 7 februari 1997 deels gegrond verklaard en de tuchtrechtelijke maatregel van een schriftelijke berisping opgelegd. [\[noot:9\]](#) Het tegen deze uitspraak door de actuaris ingestelde beroep is bij uitspraak van 21 november door de Raad van Beroep

van het Actuarieel Genootschap verworpen. [\[noot:10\]](#)

1.23. Elf voormalige polishouders hebben hun (eventuele) vorderingen jegens de Verzekeringskamer, de Staat der Nederlanden (verder te noemen de Staat), de accountants en de actuaris terzake van de in verband met de déconfiture van Vie d'Or geleden schade aan de Stichting gecedeerd.

## 2. Procesverloop

2.1. De Stichting en de curatoren in het faillissement van Vie d'Or hebben bij dagvaarding van 15 juli 1998 (i) de Verzekeringskamer, (ii) de Staat, (iii) de accountants, en (iv) de actuaris, gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage en, na wijziging van eis, [\[noot:11\]](#) gevorderd:

**a** voor recht te verklaren dat de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris onrechtmatig hebben gehandeld jegens alle voormalige polishouders van Vie d'Or en deze deswege jegens hen hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van schadevergoeding;

**b** de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris als hoofdelijk medeschuldenaren te veroordelen tot betaling aan de Stichting van een bedrag van f 497.120,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 augustus 1994, en betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, zulks voor het geval de hierna te vermelden vordering van de curatoren onder d, voor zover mede betrekking hebbend op het genoemde bedrag van f 497.120,= (inclusief de gevorderde wettelijke rente), niet zal worden toegewezen.

De curatoren vorderden in deze procedure na wijziging van eis:

**c** voor het geval de vordering van de Stichting als onder a vermeld in verband

met haar statutaire doelstelling niet door de Stichting kan worden ingesteld: een verklaring voor recht als door de Stichting onder a gevorderd, doch alsdan niet slechts namens de oud-polishouders van Vie d'Or doch namens alle crediteuren van Vie d'Or;

**d** de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris als hoofdelijk medeschuldenaren te veroordelen:

- tot betaling aan hen van een bedrag van f 177.000.000,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 augustus 1994, alsmede
- tot betaling van een bedrag ter hoogte van het tekort in de boedel van Vie d'Or, voor zover betrekking hebbende op de voorlopig erkende vorderingen van andere crediteuren dan de oud-polishouders, welk bedrag bestaat uit een vordering van f 296.353,79 (preferent) en overigens f 9.894.436,18, zulks onder de opschortende voorwaarde dat (en voor zover) die vorderingen ter verificatievergadering of na een renvooiprocedure zullen worden geverifieerd, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 11 december 1995, maar te verminderen met het bedrag dat ingevolge onderdeel b van de vordering aan de Stichting zal worden toegewezen,
- alsmede tot betaling van schadevergoeding nader op te maken bij staat;

**e** voor het geval de hiervoor vermelde onderdelen van de vordering onder d niet kunnen worden toegewezen: een verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris onrechtmatig hebben gehandeld en zij deswege jegens de gezamenlijke crediteuren van Vie d'Or aansprakelijk zijn, zulks op grond van de vorderingen van de elf ten processe

bedoelde polishouders, wier vorderingen aan de Stichting zijn gecedeerd.

2.2. De Verzekeringskamer, de Staat, de accountants en de actuaris hebben de vordering bestreden.

2.3. De rechtbank heeft bij vonnis van 13 juni 2001:

I. de curatoren niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen;

II. de Stichting niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen, voor zover die ertoe strekken op te komen voor de belangen van oud-polishouders die hun rechten en verplichtingen uit een verzekeringsovereenkomst met Vie d'Or niet hebben overgedragen (of zullen overdragen) aan Twenteleven, dan wel – voor zover zij dat wel hebben gedaan en in dat verband een overeenkomst, dan wel overeenkomsten met Twenteleven hebben gesloten – deze overeenkomst(en) met Twenteleven niet hebben gecontinueerd;

III. de Stichting niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering tot het uitspreken van een verklaring voor recht, voor zover die verklaring zich mede uitstrekt tot de vaststelling van de aansprakelijkheid en hoofdelijkheid daarvan;

IV. voor recht verklaard dat de accountants onrechtmatig hebben gehandeld jegens de oud-polishouders van Vie d'Or, voor zover die oud-polishouders hun rechten en verplichtingen uit een verzekeringsovereenkomst met Vie d'Or hebben overgedragen (of zullen overdragen) aan Twenteleven en de in dat verband met Twenteleven gesloten (of te sluiten) overeenkomsten van levensverzekering hebben gecontinueerd (of zullen continueren);

V. de accountants veroordeeld om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de Stichting te betalen f 12.200,=;

VI. de accountants veroordeeld in de kosten van deze procedure aan de zijde van de Stichting;

VII. de Stichting en de curatoren veroordeeld in de kosten van deze procedure aan de zijde van de Staat en de Verzekeringskamer, alsmede aan de zijde van de actuaris;

VIII. dit vonnis wat betreft de onderdelen V, VI en VII uitvoerbaar bij voorraad verklaard, en

IX. het meer of anders gevorderde afgewezen.

2.4. Tegen dit vonnis hebben de Stichting en de curatoren hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Bij memorie van grieven hebben de Stichting en de curatoren hun eis in hoger beroep gewijzigd en heeft de Stichting daarbij gevorderd:

1.a. een verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris onrechtmatig hebben gehandeld jegens alle voormalige polishouders van Vie d'Or en zij, alsmede de Staat, deswege jegens hen hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade die de polishouders in het faillissement van Vie d'Or hebben geleden;

2.a. de Verzekeringskamer, de Staat, de accountants en de actuaris als hoofdelijk medeschuldenaren te veroordelen tot betaling aan de Stichting van €225.583,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 augustus 1994, althans tot betaling van schadevergoeding in goede justitie door het hof te bepalen ten behoeve van een elftal individuele polishouders die hun vorderingen terzake van die schadevergoeding aan de Stichting hebben gecedeerd;

2.b. de Verzekeringskamer, de Staat, de accountants en de actuaris als hoofdelijk

medeschuldenaren te veroordelen tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, ter zake van het door een drietal polishouders die hun schadevergoedingsvordering aan de Stichting hebben gecedeerd, misgelopen gegarandeerde rendement op de premies die zij na 1 augustus 1994 bij Vie d'Or zouden hebben ingelegd;

2.c. voorts de Verzekeringskamer, de Staat, de accountants en de actuaris te veroordelen bepaalde bedragen vermeerderd met de wettelijke rente (een en ander zoals gespecificeerd in het petitum van de memorie van grieven) aan de Stichting te betalen ter zake van de door de Stichting gemaakte kosten tot vaststelling van schade en aansprakelijkheid en tot verkrijging van voldoening buiten rechte, met dien verstande dat deze vordering subsidiair is ingesteld ten opzichte van de (hierna te vermelden) vordering onder 3 van de curatoren, voor zover het instellen van deze vordering (2.c) aan toewijzing van de vordering van de curatoren in de weg zou staan.

De vordering onder 1.a is door de Stichting ingesteld op de voet van art. 3:305a BW. De vorderingen onder 2.b en 2.c heeft de Stichting ingesteld als cessionaris van de genoemde elf voormalige polishouders.

De curatoren hebben bij memorie van grieven gevorderd:

1.b. voor zover het onder 1.a gevorderde niet (geheel) toewijsbaar is, voor recht te verklaren dat door de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris onrechtmatig is gehandeld jegens alle crediteuren van Vie d'Or en dat zij, alsmede de Staat deswege jegens hen hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade die deze crediteuren in het faillissement van Vie d'Or hebben geleden;

3. voorts de Verzekeringskamer, de Staat, de accountants en de actuaris als hoofdelijk



medeschuldenaren te veroordelen tot betaling van €80.319.098,=, te verminderen met het ingevolge de vordering sub 2. toe te wijzen bedrag, en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 augustus 1994, alsmede van €4.624.378,88 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 11 december 1995.

2.5. De accountants hebben incidenteel hoger beroep ingesteld en gevorderd, kort gezegd, dat de tegen hen ingestelde vordering alsnog wordt afgewezen.

2.6. Bij tussenarrest van 27 mei 2004 heeft het hof de vorderingen tegen de Staat afgewezen [\[noot:12\]](#) en overigens onder meer het volgende overwogen:

“E. Slotsom

15.1. De slotsom is dat het principaal appel en het incidenteel appel beide deels gegrond zijn. In het principaal appel zal dit deels leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak en deels tot bekrachtiging daarvan, met dien verstande dat de rechtbank ten onrechte curatoren in hun vorderingen niet-ontvankelijk heeft verklaard in plaats van deze af te wijzen. Het hof zal in dit opzicht doen wat de rechtbank had behoren te doen. Het incidenteel appel is eveneens deels gegrond, maar dit leidt niet tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank doch slechts tot bekrachtiging met verbetering van gronden. Het voorgaande leidt thans reeds tot de volgende conclusies ten aanzien van de diverse onderdelen van het petitum.

Petitum onder 1.a

Dit onderdeel is toewijsbaar, behoudens voorzover daarin wordt gevorderd voor recht te verklaren dat alle gedaagden deswege jegens alle voormalige polishouders hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade die deze polishouders in het faillissement van Vie

d’Or hebben geleden. Voor zover de rechtbank dit onderdeel van het petitum reeds heeft toegewezen, namelijk tegen de accountants, zal het vonnis met verbetering van gronden worden bekrachtigd.

Petitum onder 1.b en 3

Deze onderdelen van het petitum moeten worden afgewezen.

Petitum onder 2.a en 2.b

Het hof zal de beslissing over deze onderdelen van de vordering aanhouden tot na de in deze zaak te gelasten comparitie.

Petitum 2.c

Dit onderdeel is toewijsbaar, behalve voor zover het betreft de kosten van de tuchtprocedures.

15.2. Aangezien het hof in dit tussenarrest op een aantal principiële punten uitspraak heeft gedaan, zal tussentijds cassatieberoep worden opengesteld.”

2.7. In het dictum van het tussenarrest van 27 mei 2004 heeft het hof een inlichtingencomparitie van partijen bevolen, bepaald dat de Stichting uiterlijk 1 september 2004 de in rov. 9.10 van het arrest bedoelde berekeningen aan de raadsheer-commissaris, met afschrift aan de wederpartijen, zal toezenden, op de voet van art. 401a lid 2 Rv., bepaald dat tegen het arrest tussentijds cassatieberoep kan worden ingesteld en iedere verdere beslissing aangehouden.

2.8. De Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris hebben tijdig beroep in cassatie ingesteld. [\[noot:13\]](#) De Stichting heeft gemotiveerd verweer gevoerd [\[noot:14\]](#) en incidenteel cassatieberoep ingesteld. [\[noot:15\]](#) De Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris hebben gemotiveerd verweer

gevoerd [\[noot:16\]](#) tegen het incidentele cassatieberoep. [\[noot:17\]](#)

2.9. De Stichting heeft naast incidenteel cassatieberoep een incidentele vordering ingesteld tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de beslissing van het hof, als weergegeven in het dictum van zijn arrest. Bij arrest van 29 april 2005 heeft de Hoge Raad de incidentele vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorbaat afgewezen.

### **3. Inleiding op het cassatiemiddel**

#### **Kader**

3.1. Deze cassatieprocedure betreft het aansprakelijk houden van de Verzekeringskamer voor het onvoldoende vervullen van een publiekrechtelijke taak: het houden van toezicht op Vie d'Or. Het hof heeft de Verzekeringskamer in het bijzonder verweten dat zij eind november 1991 op grond van art. 34 Wtv geen stille bewindvoerder heeft aangesteld en dit als onrechtmatige gedraging aangemerkt jegens de oud-polishouders.

3.2. De Verzekeringskamer maakte aanvankelijk als zelfstandig bestuursorgaan deel uit van de Staat. Vervolgens was zij vanaf 1 september 1992 een in een privaatrechtelijk kleed (te weten een Stichting) gehuld zelfstandig bestuursorgaan dat ingevolge de toentertijd geldende Wtv – primair ter behartiging van het algemeen belang – belast was met de publieke taak van het houden van toezicht op het verzekeringswezen. De Verzekeringskamer is inmiddels per 1 januari 2005 door een juridische fusie in DNB opgegaan.

3.3. Het door de Verzekeringskamer uitgeoefende toezicht op Vie d'Or komt aan de orde in het rapport Ybema. De Commissie Ybema is in 1995 door de Tweede Kamer ingesteld. De commissie was belast met een onderzoek naar het

functioneren van het toezicht door de Verzekeringskamer op verzekeringsmaatschappijen. [\[noot:18\]](#)

3.4. Het juridische kader van deze zaak is dat van de overheidsaansprakelijkheid. Ik maak over dit algemene kader enige inleidende opmerkingen.

#### **Overheidsaansprakelijkheid**

3.5. Zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht geldt dat toerekenbaar onrechtmatig handelen (of nalaten) jegens een ander tot een verplichting leidt de schade die de ander daardoor lijdt te vergoeden. [\[noot:19\]](#) De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State formuleerde dit als volgt: [\[noot:20\]](#)

“Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 29 nov. 1996 inzake nr. E03.94.1703 (AB 1997, 66) berust de bevoegdheid van een bestuursorgaan tot het nemen van een beslissing op een verzoek om vergoeding van schade, voorzover het schade betreft ten gevolge van de onrechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, op het – in art. 6:162 van het BW en in art. 8:73 van de Awb tot uiting komende – algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden. Dit rechtsbeginsel is publiekrechtelijk van aard indien het zijn werking doet voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.”

3.6. De rechtsverhouding tussen de overheid en haar zelfstandige bestuursorganen enerzijds en anderzijds de burger wordt beheerst door het publiekrecht. Wat betreft de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid en haar bestuursorganen geldt dat, voor zover sprake is van een “besluit”

zoals gedefinieerd in de Algemene wet bestuursrecht, de bestuursrechter dient te worden geadieerd. [\[noot:21\]](#) De civiele rechter is – als restrechter – bevoegd het overige handelen van de overheid en haar bestuursorganen te beoordelen. Nu voor de onrechtmatige overheidsdaad geen specifieke wettelijke regeling bestaat ligt het voor de hand aan te sluiten bij art. 6:162 BW, waarin dit door de Afdeling aangehaalde “algemeen geldende beginsel” voor het civiele recht is uitgewerkt. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen door een zelfstandig bestuursorgaan dient de civiele rechter wel het publiekrecht – of meer specifiek het bestuursrecht – als uitgangspunt te nemen. [\[noot:22\]](#)

3.7. Art 6:162 lid 2 BW merkt als onrechtmatig aan (behoudens een rechtvaardigingsgrond): (i) een inbreuk op een recht, (ii) een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, of (iii) een doen of nalaten met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Onder deze laatste categorie valt strijdigheid met een zorgvuldigheidsnorm. [\[noot:23\]](#) Aan de orde is de vraag welke zorgvuldigheidsnorm de Verzekeringskamer bij het uitoefenen van toezicht in acht dient te nemen. Anders gezegd: wanneer handelt de Verzekeringskamer toerekenbaar onrechtmatig?

### **De redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder**

3.8. De algemene opvatting in de literatuur [\[noot:24\]](#) en de rechtspraak [\[noot:25\]](#) is dat “de redelijk handelende en redelijke bekwame Verzekeringskamer” als maatstaf geldt. Daarmee wordt aangeknoopt bij de norm die geldt voor vrije beroepsbeoefenaren, zoals advocaten, [\[noot:26\]](#) artsen [\[noot:27\]](#) en notarissen. [\[noot:28\]](#) Toezichthouders presenteren zich

inmiddels als professionele, min of meer bedrijfsmatig geleide organisaties. Daarom past de norm van “de redelijk handelende en redelijk bekwame functionaris” bij toezichthouders.

3.9. De norm van de redelijk handelende en redelijke bekwame functionaris is in het aansprakelijkheidsrecht een gebruikelijke maatstaf. [\[noot:29\]](#) Een verschil met de vrijeberoepsbeoefenaren is uiteraard dat de Verzekeringskamer een publiekrechtelijke taak uitoefent en primair gehouden is het algemeen belang (in het geval van de Verzekeringskamer het toezien op verzekeringsmaatschappijen) te behartigen. Dit doet niet af aan de bruikbaarheid van de norm “redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder”. Maar de behartiging van het algemeen belang beïnvloedt wel de invulling ervan. De norm van de redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder geeft weliswaar een zekere indicatie van hetgeen van een toezichthouder wordt verwacht, maar is tegelijkertijd ook een vage norm waarin uiteenlopende gezichtspunten meewegen.

3.10. Ter illustratie verwijs ik naar het Maclou-arrest [\[noot:30\]](#) waarin het ging om de vraag of een faillissementscurator persoonlijk aansprakelijk is jegens derden die nadeel hebben ondervonden van de wijze waarop hij bij het beheren en vereffenen van de failliete boedel te werk is gegaan. Ten aanzien van de te hanteren maatstaf overwoog de Hoge Raad als volgt:

“3.6. (...) Onder 2.2.a verdedigt het onderdeel de stelling dat ‘de aan een faillissementscurator (...) te stellen zorgvuldigheidsnorm’ in beginsel gelijk is aan die welke geldt voor advocaten en vergelijkbare beroepsbeoefenaren. Deze stelling kan niet als juist worden aanvaard. Zij miskent vooreerst dat een curator, ook al beoefent hij het beroep van advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep, bij het vervullen van zijn taak als curator niet optreedt als beoefenaar van dat beroep.

Voorts miskent die stelling dat de curator, anders dan de beoefenaar van een beroep als dat van advocaat, niet in een contractuele betrekking staat tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, alsmede dat hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard.

Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.’’

De maatstaf voor het handelen van een curator is een andere dan die voor een advocaat nu zijn functie een andere is. Aangezien een curator ook maatschappelijke belangen heeft te behartigen, komt de norm niet inhoudelijk overeen met die van advocaten en vergelijkbare beroepsbeoefenaren. Zie ik het goed dan is de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf nog steeds ‘‘de redelijk handelende en de redelijke bekwame curator’’. Ik citeer de woorden van P-G Hartkamp in zijn conclusie bij dit arrest:

‘‘Anders dan het middel stelt, zou ik niet willen aannemen dat de zorgvuldigheidseisen inhoudelijk identiek zijn aan die welke voor een advocaat gelden. Wel moet de curator, evenals advocaten e.d., zijn taak naar behoren verrichten, d.w.z. als een redelijk bekwame en redelijk handelend curator (zie noot J.B.M. Vranken onder HR 28 juni 1991, NJ

1992, 420, alwaar meer literatuur en jurisprudentie). Maar zijn taak is anders en kan dus andere eisen stellen. Belangrijk verschil is dat de advocaat het belang van één partij behartigt; de curator heeft te maken met meerdere belangen (met name die van de – concurrente en preferente – crediteuren, de gefailleerde en de werknemers), die ook kunnen conflicteren. Zie M. de Leeuw in Jonge balie congresbundel 1991, p. 24; Verstijlen, WPNR 1994, p. 700–702; HR 24 februari 1995, RvdW 1995, 47. In laatstgenoemd arrest wordt overwogen dat de curator ook rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid van de werknemers van het gefailleerde bedrijf.’’

3.11. Zoals blijkt uit de aangehaalde passage uit het Maclou-arrest verwijst de maatstaf van ‘‘de redelijk handelende, redelijk bekwame’’ advocaat, arts, etc. niet naar de gemiddelde bekwaamheid binnen een bepaalde beroepsgroep, maar naar hetgeen van een redelijke bekwame en redelijk handelende beroepsbeoefenaar verwacht mag worden. Daarom gaat mijns inziens de stelling niet op ‘‘dat er van de Verzekeringkamer maar één is’’ en de maatstaf van de ‘‘redelijk handelende Verzekeringkamer’’ bruikbaarheid mist bij gebreke aan vergelijkingsmateriaal. [\[noot:31\]](#) Niet relevant is dat men geen gemiddelde kan nemen. Het gaat erom wat men redelijkerwijs van een toezichthouder als de Verzekeringkamer mag verwachten.

3.12. Mijn tussenconclusie is dat de redelijk handelende en redelijk bekwame Verzekeringkamer een bruikbare maatstaf biedt voor de aansprakelijkheid van de toezichthouders. Met behulp van welke gezichtspunten dient deze norm te worden ingevuld? [\[noot:32\]](#)

## **Legaliteitsbeginsel**

3.13. In de eerste plaats door de wettelijke taken en bevoegdheden van de Verzekeringkamer in ogenschouw te nemen. Zoals de norm van redelijk handelende en redelijk bekwame advocaat mede wordt vormgegeven door zijn wettelijke taken en bevoegdheden, zo dient de norm van de redelijk handelende en de redelijk bekwame Verzekeringkamer te worden begrepen tegen de achtergrond van de aan de Verzekeringkamer gegeven taken en bevoegdheden. [\[noot:33\]](#) Daarbij komt dat voor de Verzekeringkamer – een publiekrechtelijk orgaan – het legaliteitsbeginsel geldt. Al het handelen van de Verzekeringkamer vereist een wettelijke basis. Zo komt bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm voor de Verzekeringkamer een veel groter gewicht toe aan de wettelijke taak en de haar gegeven bevoegdheden dan bij bijvoorbeeld advocaten. Een toezichthouder die wel had willen ingrijpen, maar dat wegens het ontbreken van een wettelijke voorziening niet heeft kunnen doen, zal geen verwijt kunnen worden gemaakt. Als een toezichthouder daarentegen wel ingrijpt, maar hiertoe niet over een wettelijke bevoegdheid beschikt, handelt hij onrechtmatig.

### **Algemene beginselen van behoorlijk bestuur**

3.14. Bij de vrije beroepen vormen gedragsregels veelal een bruikbare invulling van de maatstaf van de redelijk handelend arts, de redelijk handelend advocaat, etc. De gedragsregels en het daaraan gekoppelde tuchtrecht hebben tot doel het bevorderen en handhaven van een behoorlijk niveau van beroepsuitoefening. [\[noot:34\]](#) Indien in een concreet geval de norm van “een redelijk handelende” professional dient te worden ingevuld, zullen de gedragsregels deze norm vaak concretiseren en tegelijkertijd objectiveren. Uit het enkele feit dat een tuchtrechter een handeling in strijd met de gedragsregels heeft gekwalificeerd, valt nog geen

onrechtmatigheid af te leiden. Dit alleen al niet aangezien een tuchtprocedure niet tot doel heeft de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar vast te stellen. [\[noot:35\]](#) Vergelijkbare professionele standaarden ontbreken als hulpmiddel om de norm van de redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder voor de Verzekeringkamer in te vullen. [\[noot:36\]](#) Wel gelden voor handelingen van de overheid de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. [\[noot:37\]](#) Deze zijn ook van toepassing indien de overheid bevoegdheden uitoefent die haar naar burgerlijk recht toekomen. [\[noot:38\]](#) Inmiddels geldt via art. 3:1 lid 2 Awb dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn op andere handelingen van de overheid dan besluiten. [\[noot:39\]](#) Met behulp van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan de door de overheid in een specifiek geval in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm nader worden bepaald. [\[noot:40\]](#) Dit is conform de bedoeling van de wetgever, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Awb: [\[noot:41\]](#)

“Ook bij invulling van wat voor de overheid een onrechtmatige gedraging is, spelen algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke rol.”

### **Kelderluik-criteria**

3.15. Bij beoordeling van de vraag of de Verzekeringkamer in een concreet geval heeft gehandeld als een redelijk handelende en redelijk bekwame Verzekeringkamer kunnen de bekende Kelderluik-criteria [\[noot:42\]](#) worden toegepast. [\[noot:43\]](#) Ook in een publiekrechtelijke verhouding zijn deze criteria bruikbaar om vast te stellen of sprake is van schending van een zorgvuldigheidsnorm. [\[noot:44\]](#) Op basis van deze criteria dient in een concreet geval gelet te worden op (i) de aard en omvang van de schade, (ii) de bekendheid en voorzienbaarheid van de schade, (iii) de

aard van de gedraging (of het nalaten) van de Verzekeringskamer, en (iv) of eventueel (op eenvoudige wijze) voorzorgsmaatregelen getroffen hadden kunnen worden die de schade hadden kunnen voorkomen. [\[noot:45\]](#)

3.16. Naar mate de toezichthouder meer bekend is met misstanden, neemt voorzienbaarheid van de schade toe en wordt de in acht te nemen toezichtsnorm strenger. Was de toezichthouder niets bekend over misstanden dan is het veel lastiger hem een verwijt te maken. In de rechtspraak en literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen algemeen en concreet toezichtsfalen. In de woorden van de rechtbank Den Haag [\[noot:46\]](#) betekent dit onderscheid het volgende:

“Van algemeen toezichtsfalen kan worden gesproken, indien het bevoegde bestuursorgaan zijn wettelijke taken op dit gebied verwaarloost. Gelet op de aan het bestuur toekomende vrijheid bij de verdeling van de beschikbare financiële en personele middelen over verschillende beleidsterreinen, zal een dergelijke taakverwaarlozing slechts in uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig zijn jegens een ingezetene (natuurlijke of rechtspersoon). Bij specifiek toezichtsfalen moet worden gedacht aan het negeren van concrete aanwijzingen of het in de wind slaan van waarschuwingen dat bepaalde regels of voorschriften worden overtreden”.

Aansprakelijkheid wegens algemeen toezichtsfalen wordt nauwelijks denkbaar geacht. [\[noot:47\]](#) De wijze waarop het bestuur de haar ter beschikking staande middelen wenst te verdelen zal in rechte slechts beperkt toetsbaar zijn. Dit betreft immers in hoge mate een politieke keuze. Voor een overzicht van gevallen waarin aansprakelijkheid werd aangenomen op grond van concreet toezichtsfalen verwijst ik naar de bespreking van deze jurisprudentie door Van Rossum. [\[noot:48\]](#)

3.17. De Kelderluik-criteria zijn naar hun aard context-gebonden. De mate van strengheid van de zorgvuldigheidsnorm richt zich naar de context waarin de criteria worden toegepast. [\[noot:49\]](#) In geval van aansprakelijkstelling van een toezichthouder is er sprake van een afgeleide aansprakelijkheid. [\[noot:50\]](#) De toezichthouder is niet de primaire veroorzaker van de schade. Ik acht het van belang dat bij toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm acht wordt geslagen op het feit dat de onder toezicht gestelde primair verantwoordelijk is voor de schadeveroorzakende gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende schade. Een toezichthouder kan nimmer worden verweten dat de schade is ontstaan. Hem kan slechts worden verweten dat hij het ontstaan van de schade niet heeft voorkomen, terwijl dit van hem in het concrete geval wel verwacht mocht worden. [\[noot:51\]](#)

### **Beoordelings- en beleidsvrijheid**

3.18. Van belang is ook de aan de toezichthouder toekomende beoordelings- en beleidsvrijheid. Waren de tot dusverre genoemde factoren aansprakelijkheidsvestigend, de beoordelings- en beleidsvrijheid hebben daarentegen beperking van de aansprakelijkheid van de toezichthouder tot gevolg. Indien de wetgever aan een bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid heeft toegekend, [\[noot:52\]](#) is het primair aan het bestuursorgaan de feiten te waarderen en de betrokken belangen af te wegen en op basis daarvan invulling te geven aan de hem toekomende discretionaire bevoegdheden. De door de wetgever aan een bestuursorgaan verleende vrijheid komt het orgaan toe met uitsluiting van ieder ander. [\[noot:53\]](#) Dit geldt in beginsel ook tegenover de rechter. Een rechter dient niet bij beoordelings- en beleidsvrijheid tot een volledige herbeoordeling en herwaardering over te gaan. [\[noot:54\]](#) Daarvoor zijn

belangrijke praktische argumenten aan te voeren, bijvoorbeeld: de rechter overziet slechts een deel van de omstandigheden en mist veelal de vereiste deskundigheid.

[noot:55] Ook zijn er argumenten van meer principiële aard aan te voeren. Volledige toetsing van bestuursbeleid door de rechter verdraagt zich slecht met de in ons staatsbestel [noot:56] nagestreefde verdeling van bevoegdheden tussen de rechter en het bestuur.

3.19. Beoordelings- en beleidsvrijheid heeft tot gevolg dat de wijze waarop een bestuursorgaan gebruikt maakt van zijn bevoegdheden door een rechter slechts beperkt kan worden getoetst. De maatstaf daarbij is of geen redelijk handelende en geen redelijke bekwame toezichthouder tot het aangevallen besluit of oordeel heeft kunnen komen. [noot:57] Het gaat – anders gezegd – om een in redelijkheid niet te verdedigen gedragslijn van de toezichthouder. In een concreet geval zal de aansprakelijkheidsnorm van “de redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder” erop neerkomen dat een toezichthouder in geval hij bij het uitoefenen van een bevoegdheid over beleidsvrijheid beschikt pas aansprakelijk is voor het niet- of onjuist gebruiken van een toezichtsbevoegdheid, indien er sprake is van ernstig tekortschieten. Dit alles kan ertoe leiden dat slechts in een beperkt aantal gevallen aansprakelijkheid van de toezichthouder wordt aangenomen. Dit neemt niet weg dat enige dreiging en enige tucht van aansprakelijkheid nuttig is, omdat dit eraan kan bijdragen de toezichthouder, zoals dat in het aansprakelijkheidsrecht wordt genoemd, te prikkelen en scherp te houden.

3.20. Sommige auteurs hechten aan het idee van de beleidsvrijheid naar mijn indruk minder betekenis dan ik in het bovenstaande heb aangegeven. Ik wijs bij voorbeeld op het NJV-advies van Van Rossum. Wanneer ik haar betoog goed interpreteer, ziet zij voor beleidsvrijheid

van de toezichthouder betrekkelijk weinig ruimte. Zij verzet zich tegen, wat zij noemt, een beperking van toezichthoudersaansprakelijkheid tot wat zij een “gekwalificeerde schending” d.w.z. ernstig toezichtsfalen noemt.

[noot:58] Ik heb mij afgevraagd waarom Van Rossum aan het idee van de beleidsvrijheid minder lijkt te hechten dan ik zou willen doen. De reden daarvan is mijns inziens dat zij de aansprakelijkheid van de toezichthouder op een andere wijze beperkt dan met behulp van de aan de beleidsvrijheid inherente beperking van aansprakelijkheid, namelijk via het idee van proportionele aansprakelijkheid van de toezichthouder. [noot:59] Iets vergelijkbaars ziet men bij Giesen. Ook deze auteur lijkt aan het concept van de beleidsvrijheid niet het gewicht te geven dat hierbij mijns inziens past. Hij merkt op: “Ook los van het hier besproken onderscheid, komt aan de notie beleidsvrijheid als zodanig bij de aansprakelijkheid van toezichthouders geen doorslaggevende betekenis toe”. [noot:60] Hij is er wel een voorstander van dat een toezichthouder pas aansprakelijk is als hij de primaire dader geen verhaal blijkt te bieden. [noot:61] Opmerkelijk is dat in het betoog van Giesen – hetzelfde geldt trouwens voor Van Rossum – geen aandacht wordt besteed aan de vraag of de toezichthouder een bevoegdheid uitoefent waaraan de wetgever beoordelings- en beleidsvrijheid heeft willen verbinden. Voor het antwoord op de vraag of de Verzekeringskamer beoordelings- en beleidsvrijheid heeft bij het aanstellen van een stille bewindvoerder – over het uitoefenen van deze bevoegdheid gaat het in deze zaak – is mijns inziens een analyse van het toenmalige art. 34 Wtv vereist. In dat artikel was deze bevoegdheid van de Verzekeringskamer geregeld. De wil van de wetgever om voor deze bevoegdheid beoordelings- en beleidsvrijheid toe te kennen dient voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag naar mijn mening gewicht in de schaal te leggen.

## Weging van de gezichtspunten

3.21. Het is lastig de precieze verhouding tussen de hierboven aangegeven gezichtspunten te bepalen. De geschreven en ongeschreven rechtsnormen – waaronder begrepen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – begrenzen de wijze waarop een orgaan gebruik kan maken van haar beleids- of beoordelingsvrijheid. [\[noot:62\]](#) Zo kan een beleidskeuze die op zichzelf beschouwd wellicht de redelijkheidstoets kan doorstaan, niettemin onrechtmatig worden geoordeeld indien de toezichthouder bijvoorbeeld handelt in strijd met het vertrouwensbeginsel. [\[noot:63\]](#) De rechterlijke toetsing van overheidshandelen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is – in beginsel – een volledige en niet een beperkte toetsing. [\[noot:64\]](#) Bij toetsing aan bijvoorbeeld het motiveringsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel bepaalt de rechter aan de hand van het concrete geval zelf de norm, d.w.z. de motivering of gelijkheid die rechtens vereist is. Het oordeel van de rechter betreft een zwart/wit oordeel. [\[noot:65\]](#) Het betreft geen toetsing waarbij verschillende uitkomsten aanvaardbaar kunnen zijn, zoals zich wel bij beleidsvrijheid kan voordoen. [\[noot:66\]](#) Bij rechterlijke toetsing van het handelen van een toezichthouder zal dienen te worden vastgesteld in hoeverre deze in het concrete geval aanspraak kon maken op beleids- en beoordelingsvrijheid. Als na een desbetreffend verweer van de kant van de betrokken toezichthouder wordt vastgesteld dat deze inderdaad beleids- of beoordelingsvrijheid toekwam, is de rechterlijke toetsing daarvan terughoudend.

3.22. De Kelderluik-criteria brengen met zich dat in het algemeen zal gelden dat naar mate een toezichthouder meer signalen over misstanden ontvangt, de beleidsruimte om niet in te grijpen afneemt. Bedacht moet echter worden dat een ingreep ook in geval van bij de toezichthouder bekende en

omvangrijke risico's bij voorbeeld tot allerlei publiciteit kan leiden waarvan de gevolgen niet te voorzien zijn en hetgeen tegen ingrijpen kan pleiten. De inschatting van die gevolgen komt in beginsel toe aan de toezichthouder. Een ander probleem is nog dat de toezichthouder zich ook aan te voortvarend toezicht schuldig kan maken. Hierover kan de onder toezicht gestelde zich doorgaans beklagen bij de bestuursrechter. Ik wil met dit alles tot uitdrukking brengen dat de positie van de toezichthouder vaak lastig en delicaat is. Hij bevindt zich dikwijls tussen vele vuren. Veelal zullen er voor diverse gedragslijnen van de toezichthouder goede en verdedigbare motieven bestaan. Er dient dan geen aansprakelijkheid van de toezichthouder te worden aangenomen.

## De internationale context

3.23. In diverse buurlanden wordt ook geworsteld met de aansprakelijkheid van vooral de financiële toezichthouders. In Duitsland, België en Engeland heeft dit tot wettelijke regelingen geleid die de aansprakelijkheid van dergelijke toezichthouders hebben beperkt. De Belgische en Engelse wetgevers hebben mijns inziens de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders – kort gezegd – beperkt tot gevallen waarin ernstige fouten door de toezichthouder zijn gemaakt. In Duitsland heeft de wetgever er zelfs voor gekozen aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders geheel uit te sluiten. Ik verwijs voor een overzicht van deze buitenlandse regelingen naar het NJV-advies van Van Rossum. [\[noot:67\]](#) Zowel in Duitsland, België en Engeland is een terughoudende benadering in het aannemen van aansprakelijkheid voor toezichtsfalen wenselijk geacht met het oog op het goed kunnen functioneren van toezichthouders. Toezichthouders dienen snel te kunnen reageren op een situatie. Indien toezichthouders bij iedere toezichtshandeling uitvoerig stil zouden moeten staan bij de vraag naar eventuele



aansprakelijkheidsrisico's, zou dit hun functioneren bemoeilijken.

3.24. Beduchtheid voor aansprakelijkheid voor toezichtsfouten op te lichte gronden hebben de toezichthouders zelf ook tot uitdrukking gebracht in de "Core Principles for Effective Banking Supervision". Deze principes zijn opgesteld door het Basel Committee on Banking Supervision waarin ook DNB is vertegenwoordigd. Deze beginselen zijn bedoeld om op nationaal niveau geïmplementeerd te worden. Voor alle duidelijkheid: er geldt geen verplichting hiertoe. Met name het eerste beginsel van deze Core Principles is van belang:

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

Het gaat om de woorden "and legal protection for the supervisors". In de toelichting wordt daarover opgemerkt dat hieronder dient te worden verstaan "(...) protection (normally in law) from personal and institutional liability for supervisory actions taken in good faith in the course of performing supervisory duties". Deze aanbeveling wil dus de aansprakelijkheid van een bancaire toezichthouder beperken tot gevallen waarin deze te kwader trouw handelt. Er wordt in deze Principles een voorzichtige benadering van de

aansprakelijkheid van de toezichthouders bepleit. Deze sluit aan bij de door mij in het bovenstaande bepleite terughoudende benadering van de aansprakelijkheid van de toezichthouder ingeval de wetgever beoordelings- of beleidsvrijheid aan een toezichthouder heeft willen verlenen: geen immuniteit voor de toezichthouder, maar ook weer niet te snel aansprakelijkheid aannemen. Het respecteren van een zekere mate van beleidsvrijheid van de toezichthouder biedt mijns inziens voor het vinden van een middenweg goede mogelijkheden. [\[noot:68\]](#)

## 4. Bespreking van het cassatiemiddel I

### Relativiteit

4.1. Onderdeel 1.1 betoogt dat het hof aan het oordeel dat de Verzekeringskamer te laat een stille bewindvoerder heeft aangesteld bij Vie d'Or, niet de conclusie kan verbinden dat de Verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld jegens de voormalige polishouders van Vie d'Or. De Verzekeringskamer beoogt te bevorderen dat verzekeraars te allen tijde aan hun verplichtingen kunnen voldoen. Het wettelijke toezicht beoogt dit niet te garanderen. De norm dat de Verzekeringskamer het haar bij wet opgedragen toezicht naar behoren moet uitoefenen strekt daarmee niet tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de polishouders, aldus het middel.

4.2. De vraag naar de relativiteit betreft de vraag of de geschonden norm de strekking heeft deze schade van deze persoon te beschermen. [\[noot:69\]](#) Ik onderscheid in het onderdeel twee relativiteitsklachten: (i) het wettelijke toezicht – en meer specifiek de bevoegdheid van de Verzekeringskamer tot benoeming van een stille curator – strekt slechts ter bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen in het algemeen; het strekt niet tot bescherming

van het vermogensbelang van de individuele polishouder, en (ii) voor zover de norm wel strekt tot bescherming van de individuele polishouder is de norm minder vergaand dan het hof heeft aangenomen; de norm beoogt slechts te bevorderen dat verzekeraars hun verplichtingen ten opzichte van de individuele polishouders kunnen nakomen, maar beoogt dit niet te garanderen.

4.3. De klacht zoals geformuleerd onder (ii) dient mijns inziens bij voorbaat te falen. Indien moet worden aangenomen dat de toezichthoudende functie van de Verzekeringskamer mede strekt tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van de polishouders is aan het relativiteitsvereiste voldaan. Als eenmaal wordt vastgesteld dat de toezichthoudende functie van de Verzekeringskamer strekt ter voorkoming van (i) vermogensschade, en (ii) van de polishouders, kan mijns inziens niet worden volgehouden dat, indien deze vermogensschade zich bij de polishouders voordoet, niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste aangezien de norm niet beoogt te garanderen dat deze vermogensschade zich nimmer zou voordoen.

4.4. Daarmee kom ik tot bespreking van de klacht zoals geformuleerd onder (i) hierboven. Ook deze klacht faalt. Ik meen dat moet worden aangenomen dat met het wettelijke toezicht – en daaronder begrepen de bevoegdheid van de Verzekeringskamer tot benoeming van een stille curator – (mede) beoogd is de vermogensbelangen van de individuele polishouder te beschermen. Dit om de hierna volgende redenen.

### **Duwbak-Linda**

4.5. In het Duwbak-Linda-arrest [\[noot:70\]](#) heeft de Hoge Raad uiteengezet hoe beoordeeld dient te worden of voldaan is aan het relativiteitsvereiste – zoals

neergelegd in art. 6:163 BW – bij een vordering uit hoofde van onrechtmatige overheidsdaad. In dit arrest verwierp de Hoge Raad bij gebreke aan relativiteit de mogelijkheid dat de Staat aansprakelijk kon worden gesteld wegens het gebrekkig uitvoeren van een (wettelijk verplichte) keuring van een schip. De Hoge Raad formuleerde als uitgangspunt dat het bij de beoordeling of voldaan is aan het relativiteitsvereiste aankomt 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.”  
[\[noot:71\]](#)

De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat uit de wetsgeschiedenis met betrekking tot de relevante regelingen op het gebied van de bevordering van veiligheid van het scheepvaartverkeer niet opgemaakt kan worden “dat deze regelingen mede strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang”. Daarmee neemt de Hoge Raad in aanmerking dat de potentieel benadeelden in dit geval een in beginsel onbeperkte groep betreffen en de wijze van het ontstaan van schade vooraf veelal niet is te voorzien. In de woorden van de Hoge Raad:

“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 verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat

verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen.’’

4.6. De wijze waarop de Hoge Raad toetst of is voldaan aan het relativiteitsvereiste in het Duwbak-Linda-arrest sluit aan op de heersende leer. [\[noot:72\]](#) Het leerstuk van de relativiteit voorkomt dat uit onrechtmatig handelen aansprakelijkheid jegens een ieder voor alle schade kan voortvloeien. Vaststelling van het doel en de strekking van de norm geschiedt dan ook aan de hand van onderzoek naar het beoogde beschermingsbereik, de omvang van de te beschermen groep van personen en de soort schade.

4.7. In de literatuur is kritiek geleverd op het feit dat de Hoge Raad in het Duwbak-Linda-arrest uit het enkele feit dat de parlementaire geschiedenis zweeg over de bescherming van individuele vermogensbelangen afleidde dat de norm deze ook niet beoogde te beschermen. [\[noot:73\]](#) Van Ommeren [\[noot:74\]](#) merkt in zijn noot bij dit arrest op dat bij de totstandkoming van bijzondere wet- en regelgeving zelden wordt aangegeven in hoeverre overtreding daarvan leidt tot aansprakelijkheid. Het heeft iets willekeurigs om uit het stilzwijgen van de wetgever de reikwijdte van de norm af te leiden. [\[noot:75\]](#)

4.8. Arbitraire of politieke redenen kunnen er debet aan zijn dat tijdens de parlementaire behandeling van een wet de vraag naar de beschermingsomvang van de in de betreffende wet vervatte normen niet aan de orde is geweest. Enerzijds kan de wetgever niet alles overzien, anderzijds vereist het wetgevende proces een gerichtheid op consensus, waarin het om politieke redenen vaak verstandig is om elementen in een toelichting die weerstand kunnen opwekken zoveel mogelijk te vermijden. Bij het bepalen van de beschermingsomvang van normen aan de hand van de parlementaire geschiedenis zal dit in ogenschouw moeten worden

genomen. Ook zal acht dienen te worden geslagen op het feit dat de wetsgeschiedenis soms wellicht als verouderd dient te worden beschouwd. De benadering van de Hoge Raad in het Duwbak-Linda-arrest acht ik met het voorgaande niet in strijd. Naarmate de soort schade minder voorzienbaar en de groep van personen die potentieel kunnen worden getroffen meer onbepaald is, dient kritischer beoordeeld te worden of wel is voldaan aan het relativiteitsvereiste. Het relativiteitsvereiste beoogt immers te voorkomen dat een verplichting tot het vergoeden van schade wordt aangenomen die voor de veroorzaker niet is te voorzien. [\[noot:76\]](#) In dit licht acht ik de conclusie die de Hoge Raad in het Duwbak-Linda-arrest verbindt aan zwijgen van de wetgever niet arbitrair. In het Staat/Shell-arrest formuleerde de Hoge Raad dit vereiste van voorzienbaarheid als volgt:

“3.8.4. Zoals gezegd, gaat het in deze verhaalsacties op de voet van art. 21 IBS [verhaalsactie van de Staat op de veroorzaker van bodemverontreiniging voor saneringskosten, LT] telkens om de vraag of sprake is van onrechtmatigheid in de zin van art. 1401 (oud) BW doordat is gehandeld in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Of van zodanig handelen sprake is, hangt – in abstracto – daarvan af of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen. Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn. Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre)

niet onrechtmatig heeft gehandeld (vgl. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536). In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.’’

4.9. Ook Giesen [\[noot:77\]](#) acht het ongelukkig dat de Hoge Raad in het Duwbak-Linda-arrest aansprakelijkheid heeft afgewezen op grond van de relativiteit. Hij pleit ervoor dat de Hoge Raad in dit soort gevallen de zorgvuldigheidsnorm gebruikt om aansprakelijkheid af te wijzen, nu daarmee eventuele rechtspolitieke redenen voor het afwijzen van aansprakelijkheid beter zichtbaar worden. Echter, ook in die benadering ontkomt men mijns inziens niet aan de vraag in hoeverre de door de Verzekeringskamer in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm zich uitstrekt tot individuele polishouders.

### **Wetsgeschiedenis Wtv**

4.10. In maart 1990 is art. 34 van de Wtv gewijzigd [\[noot:78\]](#) waarbij voor de Verzekeringskamer de bevoegdheid is geïntroduceerd in voorkomende gevallen een stille bewindvoerder te benoemen. Blijkens de MvT was deze wijziging mede geïnspireerd door de deconfiture van de verzekeringsmaatschappij ‘De Wereld’. [\[noot:79\]](#) Over de invoering van de stille curatele bevat de MvT verder de volgende toelichting:

‘‘Verschillende ontwikkelingen noodzaken tot deze versterking van het toezichtsinstrumentarium. De belangrijkste zijn dat een groeiend economisch en maatschappelijk belang met het verzekeringsbedrijf is gemoeid en dat de concurrentie op de Nederlandse verzekeringsmarkt is toegenomen en in sommige branches zelfs fel is. De (potentiële) gevaren voor de soliditeit van verzekeringsmaatschappijen en daarmee voor de belangen van de verzekerden

[onderstreping LT] zijn dienovereenkomstig gegroeid.’’

Dat de bevoegdheid van de Verzekeringskamer een stille curator te benoemen strekt tot bescherming van de belangen van de individuele polishouders blijkt ook uit de volgende passage uit de MvT: [\[noot:80\]](#)

‘‘Ingevolge het eerste lid is het criterium voor de uitoefening van het aanwijzingsrecht gelijk aan dat van het huidige adviesrecht. Een aanwijzing zal derhalve niet alleen gegeven kunnen worden in het belang van de verzekeringsnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen van bestaande overeenkomsten van verzekering, maar ook met het oog op de nog te sluiten verzekeringen. Aldus kan bij de hantering van het aanwijzingsrecht worden geanticipeerd op de ontwikkelingen die naar het oordeel van de Verzekeringskamer in de toekomst de belangen van bedoelde personen zouden kunnen schaden. [onderstreping LT]’’

4.11. Overigens werd met de versterking van het toezichtsinstrumentarium niet een intensievere toezichthoudende rol voor de Verzekeringskamer beoogd: [\[noot:81\]](#)

‘‘Het huidige toezichtsregime voor verzekeraars kent bepalingen van overwegend normatieve aard met betrekking tot de toegang tot en de uitoefening van het verzekeringsbedrijf. Het toezicht beperkt zich in beginsel tot een controle op de naleving van wettelijke normen die uitgaan van de principes van vrijheid van bedrijfsvoering en van openbaarheid van bedrijfsgegevens. Op die wijze komt tot uitdrukking dat de verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering primair bij de verzekeringsondernemingen zelf ligt. De toezichthouder heeft daarbij hoofdzakelijk een controlerende en soms een corrigerende taak. Ook bij de recente

herziening van de toezichtswetgeving is dit uitgangspunt gehandhaafd”.

4.12. Ik merk verder op dat tijdens de parlementaire behandeling ook uitvoerig is gediscussieerd over de vraag of niet tevens een garantieregeling ter bescherming van verzekeringscrediteuren zou moeten worden ingevoerd. In een brief daarover aan de Tweede Kamer schreef de Minister:

“Het financiële en economische belang van continuïteit in verzekeringsdekking en de te dien aanzien bij het publiek bestaande verwachtingen dat de krachtens de verzekeringsovereenkomsten in het vooruitzicht gestelde prestaties ook zullen worden nagekomen, vormt de ratio van het toezicht door de overheid op de verzekeringssector. Een garantieregeling in de verzekeringssector zou het sluitstuk kunnen vormen van het bestaande toezichtsregime op verzekeraars en van andere wettelijke voorschriften die (mede) ten doel hebben de positie van verzekeringscrediteuren te beschermen [onderstreping LT] in die gevallen, waarin zij als gevolg van manifeste financiële problemen van een verzekeraar in hun belangen zouden worden geschaad.”

De Minister adviseerde geen garantieregeling in te voeren en merkte daarbij op:

“(…) dat het huidige toezichtsinstrumentarium (met inbegrip van de daarop te voorziene nadere uitbreidingen [o.a. de stille curatele, LT], adequaat is om, met uitzondering van zeer bijzondere situaties, financieel nadeel voor verzekeringscrediteuren als gevolg van faillissement van een verzekeraar te voorkomen [onderstreping LT].”

4.13. Tenslotte vermeldt de MvT met betrekking tot de verzelfstandiging van de Verzekeringskamer over de toezichthoudende functie van de

Verzekeringskamer meer in het algemeen: [\[noot:82\]](#)

“Het voornaamste doel van het toezicht is te waarborgen dat verzekeringsmaatschappijen en pensioenfondsen te allen tijden hun verplichtingen kunnen nakomen.”

### **Conclusie met betrekking tot onderdeel 1**

4.14. Na bovenstaande analyse van de wetsgeschiedenis is het duidelijk dat deze zaak in drie opzichten afwijkt van de casus die voorlag in het Duwbak-Linda-arrest:

i. uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het doel en de strekking van het toezicht zoals dat wordt uitgeoefend door de Verzekeringskamer 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 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.

4.15. Op grond van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat de aan de Verzekeringskamer opgedragen taken en daarmee verbandhoudende bevoegdheden (mede) strekken tot bescherming van het vermogensbelang van de individuele polishouders. [\[noot:83\]](#) Daarop stuit al

hetgeen wordt aangevoerd in het eerste onderdeel af.

## **Wijze van toetsing door de burgerlijke rechter**

4.16. Het tweede onderdeel van het eerste middel betreft een rechtsklacht. Het leent zich voor gezamenlijke behandeling met de onderdelen 3a, 3b en 3c. Kort gezegd komen de onderdelen erop neer dat het hof – anders dan de rechtbank – een onjuiste maatstaf heeft aangelegd, waardoor het hof onvoldoende rekening heeft gehouden met de beleids- en beoordelingsvrijheid die de Verzekeringskamer op grond van art. 34 Wtv toekomt.

4.17. In deze zaak besliste de rechtbank over de te hanteren maatstaf en de wijze van toetsing als volgt:

“In het algemeen zal van de Verzekeringskamer moeten worden verwacht dat zij zich bij de uitoefening van haar toezichthoudende taak gedraagt als een redelijk handelend toezichthouder. Meer toegespitst op concrete beslissingen waarvan wordt gesteld dat die onder bepaalde omstandigheden hadden moeten worden genomen of juist achterwege hadden dienen te blijven dient aandacht te worden besteed aan de wijze waarop in de Wtv de bevoegdheid tot het nemen van een zodanige beslissing aan de Verzekeringskamer is (of destijds was) toegekend. Uit de formulering van die toedeling zal moeten worden afgeleid of het gaat om een bevoegdheid tot het nemen van een bepaalde beslissing, in welk kader de Verzekeringskamer beschikt over beleidsruimte om al dan niet tot het nemen van die beslissing over te gaan, dan wel om een gehoudenheid om onder bepaalde omstandigheden (voorwaarden) een bepaalde beslissing te nemen. In het eerste geval zal de rechter de beslissing (of het nalaten die beslissing te nemen) slechts marginaal mogen toetsen, in het tweede geval dient volledig te worden getoetst. Los

hiervan staat dat ook in het geval sprake is van een bevoegdheid te beslissen en derhalve van beleidsvrijheid van de Verzekeringskamer, de wijze waarop dit beleid ten uitvoer wordt gelegd ten volle door de rechtbank moet worden getoetst aan geschreven en ongeschreven rechtsnormen.[onderstreping LT]

Van onrechtmatig handelen van de Verzekeringskamer is dan ook sprake, indien moet worden vastgesteld dat de Verzekeringskamer – in de gevallen waarin haar op grond van de Wtv beleidsvrijheid toekomt – niet in redelijkheid tot een door haar genomen beslissing heeft kunnen komen, dan wel niet in redelijkheid heeft kunnen nalaten van een haar toegekende bevoegdheid gebruik te maken, alsmede – in de gevallen waarin zij op grond van de Wtv gehouden is onder bepaalde omstandigheden een bepaalde beslissing te nemen – ten onrechte tot een bepaalde beslissing is gekomen, dan wel ten onrechte heeft nagelaten een bepaalde beslissing te nemen.”

4.18. Het hof heeft dit een onjuiste maatstaf geacht en draait de formulering van de rechtbank om. Er dient volledig getoetst te worden met inachtneming van de beleidsvrijheid: [\[noot:84\]](#)

“7.4. De Stichting bestrijdt in de eerste plaats het door de rechtbank gehanteerde criterium. Het standpunt van de Stichting dienaangaande begrijpt het hof aldus dat zij de door de rechtbank gehanteerde norm onderschrijft voor zover deze inhoudt dat de Verzekeringskamer moet handelen als een redelijk handelend toezichthouder, maar dat zij bestrijdt dat, daar waar de Verzekeringskamer beleidsvrijheid heeft, slechts sprake zou kunnen zijn van een marginale toetsing. De Stichting wijst in dat verband onder meer op HR 9 november 2001, NJ 2002, 446 m. nt. CJHB.

7.5. Het betoog van de Stichting is juist. De vraag of het optreden van de

Verzekeringskamer beantwoordt aan hetgeen van een redelijk handelend toezichthouder gevergd mag worden, moet van geval tot geval beantwoord worden aan de hand van alle relevante omstandigheden. Daarbij is het weliswaar zo dat bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden die door de wet aan de Verzekeringskamer zijn toegekend de Verzekeringskamer een zekere beleidsvrijheid heeft (zoals bij de vraag of een stille bewindvoerder zal worden benoemd op grond van het bepaalde in art. 34 lid 3 of 4 Wtv) en dat de rechter met die beleidsvrijheid rekening zal moeten houden, maar dit betekent niet dat het optreden van de Verzekeringskamer slechts marginaal mag worden getoetst. Ook in gevallen waarin aan de Verzekeringskamer beleidsvrijheid toekomt, is de maatstaf of de Verzekeringskamer als een redelijk handelend toezichthouder heeft gehandeld en die toetsing is een volledige toetsing op zorgvuldigheid en niet een marginale.”

4.19. Het hof heeft met zijn formulering aansluiting gezocht bij de jurisprudentie over de aansprakelijkheid van waterschappen voor het niet voorkomen van overstromingen (de maatstaf voor aansprakelijkheid uit hoofde van de waterbeheerstaak). Het hof verwijst bij zijn oordeel naar het Oude-Rijnstromen-arrest. [\[noot:85\]](#) Daarin overwoog de Hoge Raad het volgende:

“3.5.3. Onderdeel 2.4 klaagt terecht erover dat het Hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting aangezien het voor de toetsing van de door het Waterschap genomen maatregel om in 1994 na de hevige regenval van 28 juli 1994 te volstaan met het instellen van de automatische pomp op een lager peil in plaats van het toepassen van voortdurende handmatig bediende bemaling, als maatstaf heeft gehanteerd of het Waterschap in redelijkheid heeft kunnen komen tot de desbetreffende maatregel. Hoewel aan een Waterschap ‘een zekere beleidsvrijheid

toekomt’ (vgl. het arrest van de Hoge Raad van 8 januari 1999, nr. 16 754, NJ 1999, 319), gaat deze vrijheid niet zo ver dat het optreden van een waterschap slechts marginaal zou kunnen worden getoetst.”

4.20. In dit Waterschaps-geval lijkt de Hoge Raad geen of in ieder geval minder ruimte te laten voor een beperkte toetsing. Kennelijk is in het daar berechte geval een (min of meer) volledige toetsing van het aangevallen gedrag van het Waterschap aangewezen. Het is uiteraard interessant zich over de vraag te buigen waarom dit in dit geval volgens de Hoge Raad zo was. [\[noot:86\]](#) Ik zie daarvan af. Veel belangrijker en relevanter voor dit rechtsgeding is het mijns inziens na te gaan welke mate van beleidsvrijheid de Verzekeringskamer bij het al dan niet toepassen van haar in het toenmalige art. 34 Wtv opgenomen bevoegdheid tot het aanstellen van een stille bewindvoerder heeft. Bij verschillende wettelijke bevoegdheden van bij voorbeeld toezichthouders kan de door de wetgever toegekende mate van beleidsvrijheid uiteenlopend zijn. Waterbeheer door een waterschap is in ieder geval een andersoortige activiteit en berust op een andere wetsbepaling dan het houden van toezicht op een verzekeringsmaatschappij die in problemen verkeert. Voor deze activiteiten kunnen heel wel verschillende gradaties van beleidsvrijheid gelden. Daarom is het mijns inziens nodig de desbetreffende bevoegdheid van de Verzekeringskamer nauwkeurig te analyseren.

### **Wetsgeschiedenis art. 34 Wtv**

4.21. Ik besteedde in nr. 4.10–4.13 van deze conclusie al een enige aandacht aan de wetsgeschiedenis van art. 34 Wvt. Ik wil daaraan nog het volgende toevoegen. Ingevolge het eerste lid van art. 34 Wtv kon de Verzekeringskamer, indien zij zulks noodzakelijk achtte in het belang van degenen die als verzekeringnemers,

verzekerden of gerechtigden op uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, de verzekeraar een met redenen omklede aanwijzing geven. Het tweede lid van art. 34 bepaalde vervolgens dat de verzekeraar verplicht was deze aanwijzing binnen de door de Verzekeringskamer bepaalde termijn op te volgen. De leden 3 en 4 van art. 34 geeft de Verzekeringskamer de mogelijkheid (De Verzekeringskamer kan.....) om, indien het in het eerste lid bedoelde belang onverwijld ingrijpen vereist, zonder toepassing van het eerste lid, onmiddellijk uitvoering te geven aan de bevoegdheid om de verzekeraar aan te zeggen dat vanaf een bepaald tijdstip alle of bepaalde organen van de verzekeraar hun bevoegdheid slechts mogen uitoefenen na goedkeuring door een of meer door de verzekeringskamer aangewezen personen. Art. 34, lid 8 bepaalt dat de Verzekeringskamer de stille bewindvoering intrekt, indien zij van oordeel is dat het belang van de verzekeringnemers deze maatregel niet langer noodzakelijk maakt. Art. 34 kent voor de daarin geregelde bevoegdheden – zo meen ik uit de tekst van art. 34 te mogen concluderen – aan de Verzekeringskamer zowel beoordelingsvrijheid (Indien de Verzekeringskamer zulks noodzakelijk acht....) en beleidsvrijheid (het gaat hier om zogenaamde kan-bepalingen). Van Ravels wijst er ook nog op dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook het tijdstip waarop wordt ingegrepen ter beoordeling van de Verzekeringskamer staat. [\[noot:87\]](#) In de MvA, 20884, nr. 7, p. 13 is inderdaad over het geven van een aanwijzing (maar waarom zou hetzelfde niet dienen te gelden voor het aanstellen van een stille bewindvoerder?) het volgende te lezen:

“Het tijdstip waarop een aanwijzing wordt gegeven is ter beoordeling van de Verzekeringskamer. Dit kan in een vroeg stadium en de facto zelfs preventieve werking hebben, afhankelijk van de omstandigheden”.

Deze beoordelings- en beleidsvrijheid heeft mijns inziens zowel betrekking op het gebruikmaken van een in art. 34 Wtv genoemde bevoegdheid als het afzien daarvan.

4.22. Art. 34 Wtv is ontleend aan art. 24 van de toenmalige Wet toezicht kredietwezen. [\[noot:88\]](#) De mogelijkheid een stille bewindvoerder aan te stellen is ook te vinden in art. 28, lid 4 Wet toezicht effectenverkeer 1995 en art. 21, lid 4 Wet toezicht beleggingsinstellingen. Ook daar gaat het telkens om zogenaamde ‘kan’ bepalingen. Dat impliceert beleidsvrijheid. In deze drie vergelijkbare wetsbepalingen wordt ook beoordelingsvrijheid aan de toezichthouder toegekend.

4.23. De door mij voorgestane uitleg van art. 34 Wtv waarin ruimte voor beoordelings- en beleidsvrijheid wordt gelaten is in overeenstemming met die welke het College van Beroep voor het Bedrijfsleven aan het zojuist genoemde art. 21, lid 4 Wet toezicht beleggingsinstellingen heeft gegeven. [\[noot:89\]](#) Dit college stelde:

“in dit verband voorop dat primair ter beoordeling van een toezichthouder staat welke maatregel(en) hij in een concreet geval doelmatig acht in het kader van een goede uitvoering van zijn taken. De evenredigheid en doelmatigheid van het opleggen van de maatregel van stille curatele dienen door de rechter naar het oordeel van het College met terughoudendheid te worden getoetst. Voor rechterlijk ingrijpen in dit verband is slechts plaats, indien de maatregel van stille curatele niet in verhouding staat tot het daarmee te dienen doel of indien deze maatregel kennelijk ongeschikt is om dat doel te bereiken”.

### **Inzicht achteraf**

4.24. Ik vind het door de wetgever beoogde stelsel met ruime beoordelings- en



beleidsvrijheid voor de Verzekeringskamer goed verdedigbaar. Het is lastig om uit te maken wat een verstandige, effectieve en proportionele toezichtmaatregel is wanneer een verzekeraar in problemen verkeert. Hier spelen vele uiteenlopende belangen (die van oude en nieuwe polishouders, die van aandeelhouders, van schuldeisers en van werknemers van de verzekeringsmaatschappij, algemene maatschappelijke belangen, zoals de soliditeit van het Nederlandse financiële systeem) en lastig in te schatten verwachtingen over de effecten van het al dan niet nemen van maatregelen een rol. Er moet voor worden gewaakt dat, als een toezichthouder voor een bepaald scenario kiest, al te gemakkelijk met kennis achteraf geoordeeld wordt dat een andere gedragslijn betere resultaten afgeworpen zou hebben. Over het verschijnsel van wijsheid achteraf zegt Kroeze het één en ander dat mij aanspreekt in zijn recent uitgesproken oratie: [\[noot:90\]](#)

“Uit psychologisch onderzoek blijkt dat iedereen die moet oordelen over een handeling waarvan de gevolgen al bekend zijn, de handeling beoordeelt in het licht van de gevolgen. Dit noemt de hindsight bias. Mensen schatten waarschijnlijkheden daardoor fors hoger in. Het blijkt dat mensen zich niet aan hindsight bias kunnen onttrekken. Ook rechters niet. Zelfs niet als het effect bekend is bij degene die moet oordelen. De zwaarte van het criterium ‘ernstige verwijtbaarheid’ komt aan dit bezwaar wel enigszins tegemoet, maar niet voldoende. Ik wijs op een Amerikaans onderzoek waarbij aan personen die geschikt waren om als jurylid te fungeren, gevraagd werd om te beoordelen of een bepaalde gedraging roekeloos was. Van de personen die alleen de gedraging kenden en aan wie de gevolgen van die gedraging niet waren meegedeeld, vond 33% dat de gedraging roekeloos was. Van de personen die alleen de gedraging kenden en aan wie ook de desastreuze gevolgen daarvan

waren meegedeeld, vond 67% de gedraging roekeloos”.

Wanneer op het punt van de aansprakelijkheid via het concept van de beoordelings- en beleidsvrijheid geen terughoudendheid in de rechterlijke beoordeling wordt betracht, wordt het lastig voor een toezichthouder om zelfstandig, onafhankelijk en evenwichtig toezicht uit te oefenen. Dit laatste wordt echter wel van hem verwacht. Er is noch belang bij al te voortvarend toezicht noch bij al te terughoudend toezicht. Het gaat erom onder andere via het aansprakelijkheidsrecht weloverwogen en goed controleerbaar toezicht te bevorderen. Het aansprakelijkheidszwaard dient – om dit te bereiken – mijns inziens slechts te vallen bij evidente toezichtsfouten.

### **Conclusie met betrekking tot de onderdelen 2 en 3**

4.25. Het verwijt dat het hof in het bijzonder in rov. 7.16 van het bestreden arrest aan de Verzekeringskamer maakt komt erop neer dat deze in de door het hof in rov. 7.15 genoemde omstandigheden van het geval had moeten besluiten tot de aanstelling van een stille bewindvoerder. Middel I, onderdeel 2, 3a, 3b en 3c maakt er in essentie, zij het telkens in enigszins andere bewoordingen en met enigszins andere accenten, bezwaar tegen dat het hof in rov. 7.16 geen kenbare en toereikende aandacht heeft geschonken aan de aan het idee van de beleidsvrijheid inherente terughoudendheid die de rechter in acht dient te nemen bij de beoordeling van de vraag of de Verzekeringskamer haar bevoegdheid dient toe te passen om een stille bewindvoerder aan te stellen. Eerder lijkt het hof – zo vat ik het middelonderdeel samen – een maatstaf te volgen die bij de toepassing van art. 34, lid 3 en lid 4 Wtv een nogal geringe ruimte voor beleidsvrijheid van de toezichthouder laat. Dit komt volgens het middel met name naar voren, wanneer het hof in rov. 7.5 met

zoveel woorden overweegt dat ook in gevallen waarin aan de Verzekeringskamer beleidsvrijheid toekomt de toetsing op zorgvuldigheid een volledige is en geen marginale. Het hof had volgens het middel moeten nagaan of de Verzekeringskamer bij haar gedragingen jegens Vie d'Or in redelijkheid tot haar oordelen had kunnen komen. Ik meen dat het middel op dit punt dient te slagen. In het geval waarin de wetgever aan een toezichthouder beleidsvrijheid heeft toegekend en de toezichthouder op deze beleidsvrijheid een beroep doet, dient de toetsing van het toezichtshandelen door de rechter in beginsel terughoudend te zijn. De rechter dient voor het beoordelen van de aansprakelijkheid van de toezichthouder na te gaan of de toezichthouder in redelijkheid en in aanmerking nemend de omstandigheden, zoals deze ten tijde van het aangevallen toezichtshandelen waren, tot de door hem gevolgde gedragslijn kon komen. Mijns inziens heeft het hof deze maatstaf in ieder geval niet voldoende kenbaar toegepast. Ik kan uit het bestreden arrest van het hof niet afleiden in hoeverre het hof met de beleidsvrijheid van de Verzekeringskamer heeft rekening gehouden. Ik acht dat onjuist.

#### **De beoordeling van de door de Verzekeringskamer getroffen toezichtmaatregelen (de onderdelen 4 en 5)**

4.26. De m.i niet juiste methode van beoordeling door het hof van het toezichtsgedrag van de Verzekeringskamer heeft tot gevolg dat het hof zich – anders dan de rechtbank in zijn vonnis van 13 juni 2001 – in zijn arrest slechts in beperkte mate kenbaar en mijns inziens nogal selectief rekenschap heeft gegeven van het belang van de in de onderdelen 4 en 5 van het eerste middel beschreven handelingen en maatregelen die de Verzekeringskamer wel heeft verricht en getroffen naar aanleiding van de op zich zelf ernstige feiten die het hof in rov. 7.15 heeft

vastgesteld en zich niet (kenbaar) heeft afgevraagd of de Verzekeringskamer in de omstandigheden van het geval van eind november 1991 in redelijkheid kon menen dat de maatregelen die zij wel heeft getroffen toereikend waren. Ik meen dat het gevolg hiervan is dat het hof met te weinig terughoudendheid geoordeeld heeft dat de Verzekeringskamer in ieder geval eind november 1991 een stille bewindvoerder had moeten aanstellen.

4.27. Het hof heeft mijns inziens het geheel van de door de Verzekeringskamer wel verrichte handelingen en getroffen maatregelen onvoldoende kenbaar beoordeeld en zich niet voldoende kenbaar afgevraagd of de Verzekeringskamer toentertijd in redelijkheid kon menen dat de door haar wel getroffen maatregelen tegemoet kwamen aan de ook naar het oordeel van de Verzekeringskamer ernstige problemen die zich bij Vie d'Or voordeden. Het hof geeft in rov. 7.15 onder a, b, c, d en e weliswaar aan welke slechte toestand de Verzekeringskamer bij Vie d'Or op het gebied van de administratie en de solvabiliteit aantrof. Maar het hof bespreekt de handelingen en maatregelen die de Verzekeringskamer wel heeft getroffen niet in de sleutel van de vraag of zij in redelijkheid kon menen dat de wel getroffen maatregelen naar de toen geldende inzichten omtrent het toezicht toereikend waren. Voor zover het hof dit wel heeft gedaan, heeft het dit mijns inziens selectief gedaan. In rov. 7.17 is het volgende te lezen:

“Onder deze omstandigheden was het geven van een aanwijzing op 30 september 1991, inhoudende dat de administratieve organisatie voor 1 december 1991 zodanig diende te verbeteren dat door de Verzekeringskamer tijdig een goed inzicht kon worden verkregen van de maatschappij en dat Vie d'Or met ingang van 1 april 1992 over een adequaat informatiesysteem zou dienen te beschikken, volstrekt ontoereikend en, gelet op de inschatting

door de accountant van de tijd die met het op orde brengen van de administratie gemoeid zou zijn, ook niet erg reëel. Inderdaad bleek in december 1991 al dat de termijn van 1 april 1992 niet zou worden gehaald''.

4.28. Het valt op dat het hof in deze rechtsoverweging geen kenbare aandacht heeft besteed aan bij voorbeeld de brief die de Verzekeringkamer op 27 november 1991 deed uitgaan. [noot:91] Het doen uitgaan van deze brief valt zo ongeveer samen met het moment waarop de Verzekeringkamer volgens het hof een stille bewindvoerder had moeten aanstellen. Deze brief had geen betrekking op de niet-adequate administratiesystemen die Vie d'Or gebruikte. Dit is begrijpelijk, omdat op dat punt naar het inzicht van de Verzekeringkamer [noot:92] sprake was van een aanzienlijke verbetering [noot:93] en het volledig op orde brengen van een administratie veel tijd kostte. Maar deze had betrekking op problemen met de solvabiliteit van Vie d'Or waarop het hof in rov. 7.9.-7.12 van zijn bestreden arrest ook attendeert. In deze brief legt de Verzekeringkamer aan Vie d'Or nogal vergaande maatregelen op, zoals de eis van een door de Verzekeringkamer goed te keuren financieringsplan dat op het toenmalige art. 55 van de Wtv is gebaseerd en de eis van f 20 mln nieuw eigen vermogen. Bovendien wordt er gedreigd met een verbod om in de toekomst nog nieuwe verzekeringsovereenkomsten af te sluiten. Uit deze brief, maar ook uit andere getroffen maatregelen komt niet het beeld naar voren dat de Verzekeringkamer in 1991 achterover heeft geleund en de (administratieve) problemen bij Vie d'Or op zijn beloop heeft gelaten.

4.29. Hier komt nog iets anders bij: uit het oogpunt van een goede motivering van het oordeel van het hof acht ik het ook minder juist dat het hof geen kenbare aandacht heeft besteed aan de bevindingen van de door Tweede Kamer ingestelde

onderzoekcommissie Ybema over de wijze waarop de Verzekeringkamer op Vie d'Or toezicht heeft gehouden. Deze Commissie heeft onder andere uitvoerige aandacht besteed aan de maatregelen die Verzekeringkamer heeft getroffen naar aanleiding van onder andere de administratieve problemen bij Vie d'Or. Ik citeer enige mijns inziens relevante passages uit dit rapport:

“De commissie concludeert dat de Verzekeringkamer pas eind 1990/ begin 1991 op de hoogte geraakte van de staat van de administratieve organisatie. Zij heeft kennelijk niet de beschikking gehad over eerdere managementletters van de accountant van Vie d'Or op dit punt. Vervolgens heeft zij Vie d'Or in de loop van 1991 een formele aanwijzing gegeven waarop door Vie d'Or ook serieus actie is ondernomen. Naar de mening van de Commissie heeft de Verzekeringkamer hiermee adequaat op de haar gesignaleerde problemen gereageerd [onderstreping van LT]. Gelet op de nog steeds aanwezige onvolkomenheden in de administratie die naderhand zijn gebleken kan wel de vraag worden gesteld of de Verzekeringkamer voldoende follow up heeft gegeven aan haar aanwijzing. Bij haar vaststelling eind 1992 dat de administratie van Vie d'Or redelijk op orde was, is zij mogelijk te veel op de mededelingen van Vie d'Or zelf en van de accountant afgegaan en op het afnemen van het aantal klachten” (p. 47).

“In dit verband plaatst de Commissie ook een vraagteken bij het terughoudende standpunt van de Verzekeringkamer ten aanzien van de praktische waarde van het haar bij wet gegeven instrument tot het benoemen van een bewindvoerder. De commissie meent dat de Verzekeringkamer daarmee een interpretatie aan de betreffende wetbepaling geeft, die niet in overeenstemming is met de expliciete bedoeling van de wetgever. Waar de verzekeringkamer in 1991 de benoeming

van een bewindvoerder heeft overwogen (maar niet heeft uitgevoerd), is er naar de mening van de commissie vanaf augustus 1992, en zeker in april 1993, voldoende aanleiding geweest om tot een dergelijke benoeming over te gaan [onderstreping LT]” (p. 55).

Deze oordelen van de Commissie Ybema over het toezicht van de Verzekeringskamer zijn kritisch, maar lijken minder streng dan die van het hof. Daarbij komt dat de Commissie haar oordelen niet in het context van de strenge aansprakelijkheidsnorm van het “in redelijkheid niet kunnen komen tot” heeft gegeven. Met het oog op een adequate en transparante motivering zou ik het juister hebben, wanneer het hof aangegeven zou hebben waarom het is afgeweken van de beoedeling van de Commissie Ybema.

4.30. Gezien het voorgaande treffen de onderdelen 2 tot en met 5 van het eerste middel mijns inziens doel.

### **Vertrek van actuaris**

4.31. Onderdeel 6 van het eerste middel keert zich tegen rov. 7.15 sub e en 7.17. Het onderdeel voert aan dat onbegrijpelijk is dat het hof uit de eigen stelling van de Verzekeringskamer dat zij in een gesprek in april 1991 met de actuaris heeft aangegeven dat deze óf een krachtiger en onafhankelijker invulling aan zijn functie moest geven óf moest overwegen zijn functie ter beschikking te stellen, heeft gemeend te kunnen afleiden dat de Verzekeringskamer van oordeel was dat voor de actuaris ook daadwerkelijk aanleiding was zich onafhankelijker op te stellen “omdat, naar het oordeel van de Verzekeringskamer, dat wat Vie d’Or van de actuaris verlangde actuarieel niet (steeds) door de beugel kon”.

4.32. Het onderdeel wordt tevergeefs voorgesteld. Ik acht het oordeel van het hof in rov. 7.17 dat de Verzekeringskamer het

feit dat de actuaris in mei 1991 zijn relatie met Vie d’Or had beëindigd “als een signaal dat aan een goede gang van zaken bij Vie d’Or moest worden getwijfeld” [\[noot:94\]](#) had moeten opvatten niet onbegrijpelijk. Dit oordeel lijkt mij niet onbegrijpelijk gezien de andere in rov. 7.12 door het hof genoemde omstandigheden die reden gaven voor twijfel aan de goede gang van zaken bij Vie d’Or. Mijns inziens dient de opmerking van het hof in rov. 7.12 onder e over hetgeen Vie d’Or van de actuaris verlangde ook in deze zin begrepen te worden.

### **Verdamping van solvabiliteit**

4.33. Onderdeel 7a van het eerste middel keert zich tegen de vaststelling van het hof in rov. 7.12 dat de Stichting onweersproken heeft gesteld dat de solvabiliteit die aan het NRG-contract werd ontleend zou “verdampen” ingeval van insolventie van Vie d’Or.

4.34. De klacht slaagt. Naar mijn mening heeft het hof zich onvoldoende kenbaar afgevraagd wat nu precies het effect van insolventie van Vie d’Or zou zijn op het NRG-contract. Dit met name tegen de achtergrond van de stelling van de Verzekeringskamer dat het NRG-contract een zekere bate was en als gevolg van de overgang van de verzekeringsportefeuille naar Twenteleven van winstverdamping geen sprake is geweest [\[noot:95\]](#) en het oordeel van het hof zelf in rov. 7.9 dat deze contracten onzekere winsten zeker stelden. Onderdeel 7b slaagt op dezelfde gronden als onderdeel 7a.

4.35. Onderdeel 7c voert aan dat de aanname van het hof dat de Verzekeringskamer in het najaar van 1991 extra voorzichtig moest zijn met het oog op het – kort gezegd – mogelijke faillissement van Vie d’Or onvoldoende is gemotiveerd dan wel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

4.36. Het middel faalt. Ik begrijp rov. 7.12 aldus dat het hof daarin wijst op de financieel zorgelijke situatie waarin Vie d'Or in 1991 kwam te verkeren. Dat is geen onbegrijpelijke overweging mede in het licht van de door hof in rov. 7.15 vastgestelde omstandigheid dat de solvabiliteitsmarge beneden het niveau van het minimumgarantiefonds was gedaald.

### **Toezichtshoudersdilemma**

4.37. Onderdeel 8 keert zich tegen rov. 7.19 waarin het hof het verweer van de Verzekeringskamer bespreekt dat zij voor het zogenaamde toezichtshoudersdilemma stond, hetgeen wil zeggen dat ingrijpen het vertrouwen van de markt in Vie d'Or zodanig zou kunnen schaden dat dit voor de bestaande polishouders van Vie d'Or ernstig nadeel tot gevolg zou hebben gehad. Kort gezegd heeft het hof op dit punt overwogen dat de Verzekeringskamer niettemin een stille bewindvoerder had kunnen benoemen en het standpunt van de Verzekeringskamer dat in dat geval voor het bekend worden van de stille bewindvoering moest worden gevreesd door haar onvoldoende is onderbouwd. Dit is in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk, aldus het onderdeel. Het onderdeel wijst erop dat het een feit van algemene bekendheid is dat financieel-economisch relevante informatie waar het publiek belangstelling voor heeft – zoals de aanstelling van een stille bewindvoerder bij een verzekeraar – vroeger of later bij derden bekend kan raken en in de publiciteit kan komen. Het hof is kennelijk uitgegaan van een verkeerde lezing van het standpunt van de Verzekeringskamer dat het benoemen van een stille bewindvoerder met zekerheid bekend zou raken. De Verzekeringskamer heeft zich slechts beroepen op het risico van bekend raken van de benoeming van een stille bewindvoerder en heeft dit in haar afwegingen betrokken.

4.38. Het onderdeel slaagt. Aan het benoemen van een stille bewindvoerder zijn zekere risico's (in het bijzonder voor de bestaande polishouders) vanwege uitlekken verbonden. Elke maatregel die door een toezichthouder in een moeilijke en complexe situatie, zoals deze zich bij Vie d'Or voordeed, wordt getroffen, heeft uiteenlopende risico's tot gevolg en heeft bepaalde voor- en nadelen. Het hof had zich mijns inziens dienen af te vragen of de Verzekeringskamer in redelijkheid tot de door haar gevolgde gedragslijnen en maatregelen kon komen waarbij het aandacht diende te besteden aan de door de Verzekeringskamer naar voren gebrachte kans op het uitlekken van benoeming van een stille bewindvoerder met als gevolg bij voorbeeld nadelen voor de bestaande polishouders. Ik kan niet inzien dat de Verzekeringskamer dit risico verdergaand had moeten onderbouwen dan zij heeft gedaan, wil dat risico voor de door de aansprakelijkheidsrechter te voltrekken afwegingen relevant zijn.

4.39. Na de gegrondbevinding van het eerste cassatiemiddel behoef ik strikt genomen niet meer op het tweede en derde cassatiemiddel in te gaan. Ik maak daarover niettemin enige opmerkingen.

## **5. Bespreking van cassatiemiddel II**

### **Causaliteit**

5.1. Het tweede middel keert zich tegen de aanname van het hof dat tijdig ingrijpen door de Verzekeringskamer het faillissement van Vie d'Or – en daarmee het ontstaan van de schade voor de polishouders – had kunnen voorkomen. In rov. 13.4 heeft het hof daaromtrent overwogen:

“13.4. De Verzekeringskamer heeft, voor het geval geoordeeld zou worden dat zij onrechtmatig heeft gehandeld, betwist dat causaal verband tussen dit onrechtmatig handelen en de schade bestaat. Ook dit

verweer moet worden verworpen. Het hof verwijst hier naar hetgeen hiervoor werd overwogen ten aanzien van het causaal verband tussen de onrechtmatige daad van de actuaris en de accountants en de schade. Hetgeen daar is overwogen omtrent het achterwege laten van voldoende duidelijke waarschuwingen (onder andere aan de raad van commissarissen) geldt evenzeer voor het nalaten van de benoeming van een stille bewindvoerder in diezelfde periode. Het hof is van oordeel dat door een eerdere/tijdige benoeming van een stille bewindvoerder de uiteindelijke déconfiture van Vie d'Or zou zijn voorkomen.”

5.2. Onderdeel 1 voert aan dat het hof door aldus te overwegen voorbij is gegaan aan het verweer van de Stichting dat in de eerste en voornaamste plaats de schade van de voormalige polishouders van Vie d'Or is ontstaan doordat de nieuwe directeur [betrokkene 6] in november 1993 de publiciteit heeft gezocht met alarmerende berichten over de door hem bij Vie d'Or aangetroffen situatie. Daardoor kon de tot dan toe toegepaste, op continuïteit gebaseerde, waardering van de financiële positie van Vie d'Or niet meer gehanteerd kon worden.

5.3. Het onderdeel mist feitelijke grondslag. Het hof is aan de door het onderdeel bedoelde stelling niet voorbijgegaan, doch heeft haar blijkens rov. 10.21 onder ogen gezien en verworpen.

5.4. Onderdeel 2 voert aan dat de verwerping van het in onderdeel 1 genoemde verweer in rov. 10.21 in ieder geval onvoldoende is gemotiveerd.

5.5. Het onderdeel 2.(a) klaagt over het feit dat het hof aan het artikel in het Financieel Economische Magazine van 30 oktober 1993 [noot:96] geen bewijs heeft kunnen ontlenen voor zijn oordeel dat Vie d'Or reeds vóór het naar buiten treden van [betrokkene 6] “in opspraak was”.

5.6. De klacht faalt nu 's hofs oordeel niet onbegrijpelijk is te noemen. In het artikel wordt openlijk getwijfeld aan de financiële positie van Vie d'Or. In deze zin moeten mijns inziens ook de woorden van het hof – dat Vie d'Or reeds in opspraak was – worden begrepen. Overigens was ook de Commissie Ybema [noot:97] tot deze conclusie gekomen:

“Waar de Verzekeringskamer in 1991 de benoeming van een bewindvoerder heeft overwogen (maar niet heeft uitgevoerd, is er naar de mening van de commissie vanaf augustus 1992, en zeker in april 1993, voldoende aanleiding geweest om tot een dergelijke benoeming over te gaan”.

“Binnen de verzekeringswereld was toen [april 1993, toevoeging LT] allang bekend dat Vie d'Or in grote problemen verkeerde.”

Voor het overige kan dit oordeel in cassatie niet getoetst worden nu het betrekking heeft op de waardering van bewijs, hetgeen aan de feitenrechter is voorbehouden.

5.7. Onderdeel 2 (b) voert aan dat de overweging van het hof in rov. 10.21 dat “veeleer [aannemelijk is] dat de problemen Vie d'Or zo ernstig waren dat deze ook los van het optreden van [betrokkene 6] binnen korte termijn tot ingrijpen van de Verzekeringskamer en tot het faillissement [van Vie d'Or] zouden hebben geleid” een onvoldoende weerlegging is van de stellingen van de Verzekeringskamer op dit punt.

5.8. Het onderdeel faalt. Deze overweging van het hof behoefde geen nadere motivering om 's hofs oordeel te kunnen dragen nu het aansluit bij – met name – rov. 10.20 waarin hof onder meer concludeert:

“Het hof merkt ten slotte nog op dat de stellingen van de accountants dat liquidatie van Vie d'Or onnodig was en dat deze

bovendien op de verkeerde wijze is uitgevoerd, op volstrekt onvoldoende wijze zijn onderbouwd. De accountants hebben bijvoorbeeld, met name in het licht van de gemotiveerde stellingen van de Stichting, niet duidelijk kunnen maken hoe Vie d'Or, indien zij niet zou zijn geliquideerd, uit de reeds jaren bestaande verliessituatie zou zijn gekomen. (...) Tegen deze achtergrond valt niet in te zien dat het verliesgevende Vie d'Or (...) kans zou hebben gezien zelfstandig het hoofd boven water te houden of zelfs maar de – kennelijk door Chase Manhattan niet winstgevend geachte – portefeuille zou hebben kunnen laten aflopen.’’

Ook de klacht dat de stellingen van de Verzekeringkamer – dat Vie d'Or nodeloos is gefailleerd – onvoldoende zijn weerlegd dient te falen. Eenzelfde standpunt is in feitelijke instantie door de accountants ingenomen. Het is door het hof besproken en verworpen in de rov. 10.17 tot en met 10.20. Gelet op hetgeen in rov. 13.4 is overwogen, ligt daarin tevens de verwerping van de stellingen van de Verzekeringkamer besloten.

5.9. Onderdeel 3 voert aan dat niet naar behoren is gemotiveerd hetgeen het hof overweegt ter weerlegging van de stelling van de accountants dat de liquidatie van Vie d'Or onnodig was. In rov. 10.20 is door het hof vastgesteld dat (i) dat er sprake was van een reeds jaren bestaande verliessituatie en ook over de jaren 1990, 1991 en 1992 forse verliezen waren geleden, (ii) de gedachte dat de polissen hadden kunnen worden gecontinueerd onaannemelijk is nu Twenteleven slechts bereid was de polissen van Vie d'Or over te nemen tegen forse kortingen, (iii) de Chase Manhattan Bank in april 1993 tot de conclusie was gekomen dat Vie d'Or niet voor een positief bedrag zou kunnen worden verkocht en (iv) de stille bewindvoerder [betrokkene 7] eind 1993 tot de conclusie was gekomen dat een bijdrage van f 30 miljoen nodig was om te

overleven en geen van de aandeelhouders bereid bleek een dergelijk bedrag te fourneren. Het onderdeel voert aan dat (a) uit het feit dat verliezen worden geleden nog geen dreigende ondergang kan worden afgeleid en de embedded value van Vie d'Or destijds goed was, terwijl het niet ongebruikelijk is dat een jonge levensverzekeringsmaatschappij in het begin verlies draait.

5.10. Deze klacht faalt nu het niet onbegrijpelijk is dat het hof het feit dat er sprake was van een reeds jaren bestaande verliessituatie en het feit dat ook in de jaren 1990, 1991 en 1992 omvangrijke verliezen werden geleden heeft opgevat als een signaal dat Vie d'Or zich in een kwetsbare financiële positie bevond.

5.11. Voorts voert het onderdeel aan dat (b) de verwijzing naar de korting bij de overdracht van de polissen aan Twenteleven niet begrijpelijk is nu deze pas plaatsvond nadat de discontinuïteit van Vie d'Or was ingetreden.

5.12. Deze klacht miskent het oordeel van het hof dat het onwaarschijnlijk moet worden geacht dat de reeds bestaande polissen hadden kunnen worden gecontinueerd.

5.13. Onderdeel (c) betoogt dat uit de opinie van de Chase Manhattan Bank niet kan worden afgeleid dat de portefeuille in het geheel niet winstgevend zou zijn geweest of dat onvoldoende dekking voor de aangegane verplichtingen zou bestaan.

5.14. Deze gevolgtrekkingen heeft het hof niet uit de opinie van de Chase Manhattan Bank afgeleid. Daarom faalt deze klacht bij gebrek aan feitelijke grondslag. Niet onbegrijpelijk acht ik de gevolgtrekking van het hof dat de opinie van de Chase Manhattan Bank de stelling van de accountants dat liquidatie van Vie d'Or onnodig was weerspreekt.

5.15. Tenslotte voert het onderdeel aan dat (d) de mening van de stille bewindvoerder betrekking heeft op de situatie die ontstaan is na de door [betrokkene 6] veroorzaakte publiciteit en na de daardoor ingetreden discontinuïteit.

5.16. Het onderdeel faalt nu het er kennelijk van uitgaat dat, indien [betrokkene 6] de publiciteit niet zou hebben gezocht, er geen sprake zou zijn geweest van discontinuïteit en schade. Dit miskent dat het hof – zie hierboven onder nr. 5.12 – heeft vastgesteld dat het onwaarschijnlijk moet worden geacht dat de polissen zouden kunnen worden gecontinueerd. Ik verwijs voorts naar rov. 10.21 en naar de bespreking van de – naar ik meen ten onrechte – aangevoerde klachten (middelonderdeel II.1) tegen deze rechtsoverweging hierboven.

## **6. Bespreking van het derde middel**

### **Art. 3: 305a BW en kostenveroordeling**

6.1. Het derde middel richt zich tegen de toewijzing door het hof van de door de Stichting gevorderde buitengerechtelijke kosten. Het hof overweegt daarover in rov. 9.13:

“9.13. Voor wat betreft de kosten van de rapportages ter vaststelling van aansprakelijkheid (de drie KPMG-rapportages en het rapport [D]) geldt het volgende. Anders dan de actuaris aanvoert staat aan de vordering tot voldoening van (eigen) schade niet in de weg dat gedaagden jegens de Stichting geen onrechtmatige daad of wanprestatie hebben gepleegd. Uit de wetsgeschiedenis van art. 3:305a BW (TK 1991-1992, 22486, nr. 3 p. 30) blijkt immers dat met die bepaling niet beoogd is de mogelijkheid uit te sluiten dat de rechter op vordering van een belangenorganisatie een verklaring voor recht geeft dat een gedraging onrechtmatig is en dat individuele gedupeerden met een

dergelijk declaratoir vervolgens hun voordeel doen, bijvoorbeeld door eigen vorderingen tot schadevergoeding in te stellen. Niet valt in te zien waarom de kosten die de Stichting in verband met het verkrijgen van een dergelijke verklaring voor recht maakt niet als kosten gemaakt ter vaststelling van aansprakelijkheid zouden kunnen worden aangemerkt en ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebracht. Er bestaat immers evenmin twijfel over dat de Stichting aanspraak kan maken op vergoeding van de proceskosten. Hierbij is voorts van belang dat in gevallen van massaschade, zoals Vie d’Or er één van is, de proceseconomie ermee is gediend indien in een procedure op grond van art. 3:305a BW een verklaring voor recht aangaande de onrechtmatigheid wordt gevorderd. Ook gedaagden zijn ermee gebaat dat over die vraag niet in talloze afzonderlijke procedures wordt geprocedeerd. Tegen die achtergrond valt niet in te zien waarom de Stichting geen aanspraak zou kunnen maken op vergoeding van de kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid. Bij het voorgaande komt nog dat de Stichting tevens optreedt als cessionaris van vorderingen van de 11 polishouders en in die hoedanigheid schadevergoeding vordert. Alleen al om die reden kan de Stichting vergoeding van kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid vorderen.”

6.2. Ik bespreek eerst de onderdelen 2, 3, 4a en 4b. Onderdeel 2 voert aan dat het hof ten onrechte in aanmerking neemt dat de Stichting tevens optreedt als cessionaris van de vorderingen van elf polishouders nu het in rov. 9.12 expliciet vaststelt dat de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid door de Stichting als eigen kosten worden gevorderd.

6.3. Het onderdeel 2 miskent dat hetgeen het hof in rov. 9.12 heeft overwogen betrekking heeft op de grief van de actuaris dat de rechtbank ten onrechte voorbij is



gegaan aan het feit dat de Stichting geen buitengerechtelijke kosten kan vorderen nu art. 3:305a lid 3 BW verhindert dat de Stichting aanspraak kan maken op schadevergoeding in geld ten behoeve van de oud-polishouders. Het hof merkt op dat de Stichting dit ook niet doet. De Stichting vordert (primair) vergoeding voor buitengerechtelijke kosten als eigen schade. Daarmee heeft het hof de grief weerlegd. Hiermee is het niet in strijd dat de Stichting subsidiair vergoeding van de buitengerechtelijke kosten vraagt als cessionaris, zoals het hof in rov. 9.13 (slot) vaststelt.

6.4. Onderdelen 3 en 4a lenen zich voor gezamenlijke behandeling. De onderdelen voeren aan dat het hof in rov. 9.14 onvoldoende motiveert waarom de door de Stichting gevorderde kosten redelijk zijn zoals bedoeld in de zin van art. 6:96 lid 2 BW aanhef en onder b, nu de kosten in omvang de vordering van de 11 polishouders ruimschoots overtreffen.

6.5. De wetsgeschiedenis van art. 6:96 BW vermeldt over de betekenis van ‘redelijk’ het volgende: [\[noot:98\]](#)

‘‘De gekozen omschrijving omvat zowel expertisecosten als bijv. kosten van juridische adviezen en verzameling van bewijs, alsook de eigenlijke incassokosten, voor zover deze niet zijn te rekenen tot de gerechtelijke kosten die geregeld blijven in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, voor zover het de kosten van een dagvaardingsprocedure betreft in de artikelen 56 e.v. De ondergetekende zou voor het overige geen nadere eis willen stellen dan dat de betreffende kosten redelijk moeten zijn, hetgeen insluit dat zij niet alleen binnen een redelijk omvang moeten blijven, maar ook dat het in de gegeven omstandigheden redelijk was ze te maken.’’

In aansluiting hierop oordeelde de Hoge Raad in het AMEV/Staat-arrest: [\[noot:99\]](#)

‘‘Het Hof heeft bij de beoordeling van de vraag of de onderhavige kosten [de kosten als bedoeld in 6:96 lid 2 sub b en c BW, LT] voor vergoeding in aanmerking komen, onderzocht of zij redelijk zijn en of de verrichte werkzaamheden in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze noodzakelijk waren om schadevergoeding te verkrijgen (rov. 4.12 arrest I). Aldus heeft het Hof een juiste maatstaf aangelegd.’’

6.6. Bij de beoordeling van de redelijkheid van de gevorderde buitengerechtelijke kosten tot vaststelling van schade en aansprakelijkheid heeft het hof vooropgesteld dat dit een complex geval betreft, waarbij vragen rijzen met betrekking tot aansprakelijkheid en schade die ingewikkeld zijn, zowel vanuit juridisch, verzekeringstechnisch, financieel en boekhoudkundig oogpunt. Daarmee is het hof nagegaan of het redelijk was dat de Stichting expertisecosten heeft gemaakt. Verder heeft het hof in zijn oordeel uitdrukkelijk meegewogen dat de procedure moet worden beschouwd als een proefprocedure, die indien succesvol als opstap kan dienen voor andere polishouders. Daarbij neemt het hof in aanmerking ‘‘dat een efficiënte procesvoering ermee gebaat is dat eerst slechts door een beperkt aantal polishouders schadevergoeding wordt gevorderd en dat het redelijk is dat die efficiënte vorm van procederen niet meebrengt dat de Stichting de door haar gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid niet volledig zou kunnen verhalen.’’ Aldus heeft het hof naar mijn mening voldoende tot uitdrukking gebracht dat het bedrag van de buitengerechtelijke kosten niet enkel dient te worden gerelateerd aan de omvang van de vermogensschade van de 11 polishouders, maar dient te worden beoordeeld tegen de achtergrond van de gehele vermogensschade die door de oud-polishouders gezamenlijk is geleden. In dit licht acht ik de vaststelling van het hof dat

het redelijk is dat de Stichting de in rov. 9.14 bedoelde kosten gemaakt heeft en deze kosten naar omvang redelijk zijn niet onvoldoende gemotiveerd.

6.7. De eerste zin van onderdeel 4b bevat geen klacht. De klacht vervat in de tweede zin verwijst naar onderdeel 3 en deelt het lot daarvan. Voorts voert het onderdeel aan dat het schaderapport van KPMG van geheel andere uitgangspunten uitgaat dan het hof in rov. 9.7 juist acht. Tegen deze achtergrond is het oordeel dat het desalniettemin redelijk zou zijn dat het schaderapport van KPMG voor vergoeding in aanmerking komt niet begrijpelijk dan wel rechtens onjuist.

6.8. In zijn algemeenheid bestaat er geen rechtsregel die met zich brengt dat de kosten voor het opstellen van een schaderapport niet als redelijk kunnen gelden indien het rapport in rechte niet wordt gevolgd. Het hof heeft het recht dan ook niet miskend. De klacht dat in dit geval onbegrijpelijk is dat het hof de vergoeding van de kosten van het schaderapport van KPMG als redelijk heeft aangemerkt betreft voor het overige dezelfde klacht als aangevoerd in onderdeel 3, zodat het faalt op de onder de nrs. 6.5 en 6.6. besproken gronden.

6.9. Onderdeel 1 voert aan dat het hof in rov. 9.13 ten onrechte oordeelt dat aan voldoening van de vordering van de Stichting tot vergoeding van de kosten die zij heeft gemaakt in verband met de aldaar genoemde rapportages ter vaststelling van aansprakelijkheid, niet in de weg staat dat gedaagden geen onrechtmatige daad of wanprestatie hebben gepleegd jegens de Stichting. De Stichting kan deze kosten alleen van gedaagden – onder wie de Verzekeringkamer – vorderen als gedaagden jegens haar aansprakelijk voor die kosten zijn. Daarvoor is de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsgrond vereist. Zo'n

grond heeft het hof in zijn arrest niet vastgesteld.

6.10. Nu de overweging van het hof dat de Stichting tevens optreedt als cessionaris van de vorderingen van de oud-polishouders en dit toewijzing van een vergoeding voor de kosten tot vaststelling van schade en aansprakelijkheid zelfstandig kan dragen niet met succes is bestreden faalt het eerste onderdeel bij gebrek aan belang.

6.11. Niettemin maak ik (ten overvloede) enige opmerkingen over de vraag of bij een collectieve actie uit art. 3:305a BW aanspraak gemaakt kan worden op de vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Over het antwoord op deze vraag bestaat geen duidelijkheid. [\[noot:100\]](#) In de wetsgeschiedenis van art. 3:305a BW [\[noot:101\]](#) is deze vraag niet aan de orde geweest. Dit geldt evenzeer voor de wetsgeschiedenis van de op 1 augustus 2005 in werking getreden Wet collectieve afwikkeling massaschade. [\[noot:102\]](#) De Hoge Raad heeft zich nog niet over deze vraag uitgelaten. Verder lijkt noch in de lagere rechtspraak noch in de literatuur deze vraag expliciet te zijn beantwoord.

6.12. Sinds de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek per 1 januari 1992 biedt art. 6:96 lid 2 BW de basis voor vergoeding van buitengerechtelijke kosten. [\[noot:103\]](#) Art. 6:96 lid 2 BW luidt:

“2. Als vermogensschade komen mede voor vergoeding in aanmerking:

**a** redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht;

**b** redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid;

**c** redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, wat de kosten

onder b en c betreft, behoudens voor zover in het gegeven geval krachtens artikel 241 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de regels betreffende proceskosten van toepassing zijn.’’

Deze bepaling geldt voor alle vormen van wettelijke aansprakelijkheid. [\[noot:104\]](#) Het onderdeel voert aan dat dit artikel niet zelfstandig een grondslag voor aansprakelijkheid kan scheppen en verwijst daarbij naar HR 11 juli 2003, NJ 2005, 50 ([...]/London Verzekeringen NV).

6.13. In genoemd arrest was de vraag aan de orde of ook buitengerechtelijke kosten door een benadeelde konden worden gevorderd indien nog niet in rechte vast is komen te staan dat schade is geleden. Daarop oordeelde de Hoge Raad:

‘‘3.5.2. Bij de beantwoording van deze vraag wordt vooropgesteld dat art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW zelf geen grondslag biedt voor een verplichting tot vergoeding van kosten die worden gemaakt om vast te stellen of als gevolg van een gebeurtenis schade is geleden en, zo ja, of daarvoor iemand aansprakelijk kan worden gehouden. De bepaling veronderstelt, integendeel, juist dat een wettelijke verplichting tot schadevergoeding bestaat, in welk geval de bedoelde kosten mede, dat wil zeggen naast andere als gevolg van de gebeurtenis geleden schade, voor vergoeding in aanmerking komen.

Blijkens de wetsgeschiedenis strekt de onderhavige bepaling echter ertoe buiten twijfel te stellen dat de daarin genoemde schadeposten toewijsbaar kunnen zijn indien een wettelijke verplichting tot schadevergoeding bestaat. Noch de bewoordingen van deze bepaling, noch de strekking daarvan brengen mee dat een zodanige aansprakelijkheid slechts kan ontstaan binnen de grenzen die dit artikel naar de letter ervan stelt.’’

‘‘3.5.3. Omdat degene die aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van een door hem veroorzaakte aanrijding – zoals in het onderhavige geval, naar niet omstreden is, de verzekerde van Elvia – in beginsel binnen de grenzen van art. 6:98 BW aansprakelijk is voor alle schade die de benadeelde als gevolg van die gebeurtenis heeft geleden, kunnen de (redelijke) kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ook voor vergoeding in aanmerking komen wanneer uiteindelijk niet komt vast te staan dat schade is geleden. Wel moeten die kosten als gevolg van de aanrijding zijn gemaakt (sine-qua-non-verband) en dienen zij tevens in een zodanig verband met de aanrijding te staan dat zij aan de daarvoor aansprakelijke persoon, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als gevolg van deze gebeurtenis kunnen worden toegerekend.’’

Anders dan in het geval van [...]/ London Verzekeringen N.V. is in dit geval niet omstreden dat er een wettelijke aanspraak op schadevergoeding bestaat, namelijk jegens de oud-polishouders. Niet in discussie is ook dat de oud-polishouders aanspraak kunnen maken op vergoeding van redelijke kosten tot het vaststellen van schade en aansprakelijkheid. De te beantwoorden vraag betreft derhalve niet of een aanspraak ex art. 6:96 lid 2 sub b BW bestaat (zoals in [...] / London Verzekeringen N.V.), maar de vraag of ook de Stichting die deze kosten heeft gemaakt en een actie ex art. 3:305a BW instelt vergoeding daarvan kan vragen. De Stichting heeft in beginsel geen titel om de buitengerechtelijke kosten te kunnen vorderen. Jegens de Stichting is immers geen onrechtmatige daad of wanprestatie gepleegd. Desalniettemin acht ik het oordeel van het hof dat de redelijkheid met zich brengt dat de Stichting aanspraak kan maken op vergoeding van door haar gemaakte buitengerechtelijke kosten juist. De redelijkheid brengt met zich dat een aansprakelijke niet behoort te profiteren

van het feit dat omwille van de efficiëntie de Stichting de kosten tot het vaststellen van de schade en de aansprakelijkheid voor haar rekening heeft genomen, ten behoeve en in plaats van de individuele polishouders.

6.14. Mijns inziens kan ter verdediging van de opvatting van het hof aangeknoopt worden bij de jurisprudentie inzake de uitoefening van verhaalsrechten, meer in het bijzonder bij HR 26 september 2003, NJ 2003, 645 (Sterpolis/Amicon) en HR 9 juli 2004, NJ 2004, 572 (Zwolsche Algemeene/Vormenfabriek). Een ziekenfonds (Amicon) sprak een WAM-verzekeraar (Sterpolis) aan voor vergoeding van schade die door verzekerden van Sterpolis bij verzekerden van Amicon was veroorzaakt. Deze schade betrof onder meer medische kosten ten behoeve van de benadeelden, die ten laste kwamen van het ziekenfonds van de benadeelden. Het ziekenfonds vorderde op basis van het verhaalsrecht van art. 83b Ziekenfondswet de kosten terug van Sterpolis. Daarbij vorderde Amicon ook voldoening van buitengerechtelijke kosten die zijzelf had gemaakt. [\[noot:105\]](#) Sterpolis verweerde zich met – onder meer – de stelling dat niet gezegd kon worden dat bij het ziekenfonds schade was ontstaan. Daarop oordeelde de Hoge Raad:

“3.3.1. Het middel strekt in de eerste plaats ten betoge, dat de Rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat door onrechtmatige daden van verzekerden van Sterpolis voor Amicon schade is ontstaan. Deze klacht faalt. Nu het hier gaat om ziektekosten, die voor een gelaedeerde zonder ziekenfondsverzekering vermogensschade zouden vormen en deze vermogensschade naar het ziekenfonds wordt verplaatst, doordat het ziekenfonds de ziektekosten voor zijn rekening neemt, is het oordeel van de Rechtbank juist. De door het ziekenfonds voor zijn rekening genomen ziektekosten moeten worden aangemerkt

als vermogensschade als bedoeld in art. 6:95 BW”.

De Hoge Raad vervolgt dan:

“3.3.3. In het middel wordt ten slotte aangevoerd, dat de Rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de onderhavige administratiekosten van Amicon in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen op grond van art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW. In een geval als het onderhavige komen de in art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW vermelde redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking, indien en voorzover deze door de benadeelde zijn gemaakt, of, zo deze zijn gemaakt door de verzekeraar, zij onder deze bepaling zouden vallen, indien zij door de benadeelde zouden zijn gemaakt. Dit brengt mee dat, anders dan de Rechtbank heeft geoordeeld, van de interne administratiekosten slechts voor vergoeding in aanmerking komen de kosten die aan voormeld criterium voldoen. In zoverre is de klacht gegrond. Na verwijzing zal de rechter dus hebben te onderzoeken, welke van de gevorderde kostenposten (zie hiervoor in 3.1 onder (v)) aan dit criterium voldoen.”

Daarmee is er nog geen grond voor een vordering van de vermogensschade van Amicon, nu afdeling 6.1.10 BW door de Hoge Raad niet van toepassing werd geoordeeld op het wettelijke verhaalsrecht van het ziekenfonds. De klacht dat er geen grondslag was voor vergoeding van buitengerechtelijke kosten werd echter door de Hoge Raad afgewezen met een beroep op de strekking van het verhaalsrecht. Gezien deze strekking werd art. 6:96 lid 2 aanhef en onder b, BW van overeenkomstige toepassing geacht:

“3.3.2. Het middel bevat voorts de klacht, dat de Rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld, dat het verhaalsrecht op grond

van art. 83b ZFW een schadevergoedingsvordering is, waarop afdeling 6.1.10 BW en dus ook art. 6:96 BW van toepassing is. Deze klacht faalt. Het verhaalsrecht strekt ertoe te voorkomen, dat degene die schade heeft veroorzaakt, aan zijn verplichting tot vergoeding van de schade ontkomt en daarvan profiteert, doordat de door hem veroorzaakte schade wordt vergoed door de verzekeraar van degene die de schade heeft geleden. De verplichting van de laedens jegens het ziekenfonds dat zijn verhaalsrecht uitoefent, kan niet worden aangemerkt als een wettelijke verplichting tot schadevergoeding als bedoeld in afdeling 6.1.10 BW. Even vermelde strekking van het verhaalsrecht brengt evenwel mee, dat de bepaling van art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW van overeenkomstige toepassing moet worden geacht in het geval dat een ziekenfonds zijn verhaalsrecht uitoefent, zodat het ziekenfonds ook de door hem gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid als bedoeld in die bepaling kan verhalen”.

In navolging hiervan heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 9 juli 2004 geoordeeld dat bij uitoefening van het verhaalsrecht door de werkgever ex art. 6:107a BW art. 6:96, lid 2, sub b BW ook van overeenkomstige toepassing is.

6.15. Eenzelfde benadering acht ik verdedigbaar bij de vordering van de Stichting ex art. 3:305a BW, ook al bepaalt art. 3:305a lid 3 laatste zin BW dat een vordering op basis van dit artikel niet kan strekken tot voldoening van een schadevergoeding in geld. Bedacht moet evenwel worden dat blijkens de wetsgeschiedenis dit artikel juist wel beoogt een basis te bieden om met behulp van een verklaring voor recht aansprakelijkheid en schadelijktigheid vast te stellen:

“Een en ander laat uiteraard onverlet dat een belangenorganisatie de rechter vraagt voor recht te verklaren dat een gedraging onrechtmatig is of een schuldenaar in zijn verplichting tekort schiet, waarmee in principe de schadelijktigheid vaststaat.”  
[\[noot:106\]](#)

Nu de wetgever juist heeft beoogd dat met een vordering op basis van artikel 3:305a BW aansprakelijkheid en schadelijktigheid kan worden vastgesteld, brengt een redelijke wetsuitleg mee dat bij het instellen van een dergelijke vordering ook aanspraak gemaakt kan worden op vergoeding van de redelijke kosten tot het vaststellen van schade [\[noot:107\]](#) en aansprakelijkheid zoals bedoeld in art. 6:96 aanhef en onder b BW. Dit lijkt mij ook in lijn met de teleologische wijze van interpreteren van art. 6:96 aanhef en onder b BW door de Hoge Raad, zoals die blijkt uit het [...] / London Verzekeringen N.V. arrest. Ik wijs op het slot van rechtsoverweging 3.5.2:

“Blijkens de wetsgeschiedenis strekt de onderhavige bepaling echter ertoe buiten twijfel te stellen dat de daarin genoemde schadeposten toewijsbaar kunnen zijn indien een wettelijke verplichting tot schadevergoeding bestaat. Noch de bewoordingen van deze bepaling, noch de strekking daarvan brengen mee dat een zodanige aansprakelijkheid slechts kan ontstaan binnen de grenzen die dit artikel naar de letter ervan stelt.”

Het lijkt mij juist deze bepaling van overeenkomstige toepassing te achten op de vordering van de Stichting. [\[noot:108\]](#)

## **7. Bespreking van het incidenteel cassatiemiddel**

### **Art. 305a BW en veroordeling tot hoofdelijke aansprakelijkheid**

7.1. Onderdeel 1 van het incidentele cassatiemiddel keert zicht tegen hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 4.2:

“4.2. De grief faalt omdat het oordeel van de rechtbank juist is. De Stichting vordert (petitum sub 1.a) niet alleen een verklaring voor recht dat gedaagden (behalve de Staat) onrechtmatig hebben gehandeld jegens alle voormalige polishouders van Vie d’Or, maar ook dat alle gedaagden deswegen jegens hen hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade die deze polishouders in het faillissement van Vie d’Or hebben geleden.”

Ter onderbouwing van dit oordeel overweegt heeft het hof in de eerste plaats het volgende:

“Hetgeen de Stichting aldus vordert verschilt niet wezenlijk van een veroordeling tot betaling van schadevergoeding op te maken bij staat, omdat ook in dat geval alleen nog de omvang van de schade per polishouder moet worden vastgesteld. Voorzover de Stichting aldus meer vordert dan een verklaring voor recht dat gedaagden onrechtmatig hebben gehandeld, verdraagt dit zich niet met het bepaalde in art. 3:305a lid 3 BW, inhoudende dat een collectieve actie niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.”

In de tweede plaats overweegt het hof:

“Daar komt bij dat de vraag of causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige gedraging en de schade in beginsel voor iedere individuele polishouder zal moeten worden onderzocht, zodat daarover niet zodanige algemene uitspraken kunnen worden gedaan dat een vordering ex art. 3:305a BW op zijn plaats is. Ook al kan, naar uit het hierna volgende zal blijken in zijn algemeenheid worden gezegd dat Vie d’Or door een onrechtmatige daad van gedaagden ten onder is gedaan en dat het gevolg daarvan is geweest dat aanspraken

onder polissen van de oud-polishouders zijn gekort, dit neemt niet weg dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat in de individuele gevallen specifieke omstandigheden, die thans niet kunnen worden overzien, aan causaal verband in de weg staan. Dit betekent dat daarover niet de algemene uitspraken kunnen worden gedaan die de Stichting van het hof verlangt.”

7.2. Onderdeel 1.a voert aan dat het hof heeft miskend dat voor de beoordeling van de toewijsbaarheid van de gevorderde verklaring voor recht dat de verweerders hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade, geen oordeel over (de omvang van) de schade van de voormalige polishouders noodzakelijk is.

7.3. Dit onderdeel gaat voorbij aan de overweging van het hof dat

“(…) de vraag of causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige gedraging en de schade in beginsel voor iedere individuele polishouder zal moeten worden onderzocht, zodat daarover niet zodanige algemene uitspraken kunnen worden gedaan dat een vordering ex art. 3:305a BW op zijn plaats is.”

Nu het onderdeel niet bestrijdt dat om het gevorderde te kunnen toewijzen het hof het causale verband tussen onrechtmatig handelen en de schade voor alle afzonderlijke polishouders zou moeten vaststellen, faalt het onderdeel bij gebrek aan belang.

7.4. Onderdeel 1.b voert aan dat het hof het gevorderde ook zonder beantwoording van de causaliteitsvraag zou hebben kunnen toewijzen.

7.5. De verklaring voor recht, zoals door de Stichting gevorderd, impliceert dat het voor art. 6:162 BW vereiste conditio sine qua non-verband bestaat tussen de door het hof als onrechtmatig gekwalificeerde

handelingen van gedaagden en de gehele schade zoals geleden door de individuele polishouders. Dit miskent dat de vraag in welke mate het handelen van de Verzekeringskamer, de actuaris en de accountant heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade bij de individuele polishouders door het hof niet is beantwoord. Voor zover het onderdeel betoogt dat het hof hiertoe gehouden was, miskent het onderdeel de strekking van art. 3:305a BW. De wetgever heeft niet gewild dat in een procedure ex art. 3:305a BW de vraag naar de omvang van de schadevergoedingsverplichting aan de orde zou kunnen worden gesteld wegens de juridisch-technische complicaties die dit met zich zou brengen:

“(…) De juridisch-technische complicaties waarop wordt gedoeld houden onder meer in dat vastgesteld moet worden hoe groot de totale schade is, die geleden is door de groep van personen waarvoor de organisatie opkomt, en vervolgens bepaald moet worden hoe het totale schadebedrag over deze groep verdeeld moet worden. Hierbij zal doorgaans per individu de schadeomvang verschillend zijn en kunnen bovendien vragen als eigen schuld de schade vergoedingsverplichting beïnvloeden.(…)” [\[noot:109\]](#)

Nu het hof niet kon treden in de beantwoording van de vraag in hoeverre causaal verband bestaat tussen het onrechtmatig geoordeelde handelen van, respectievelijk, de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris enerzijds en de schade van de individuele polishouders anderzijds, heeft het hof de gevorderde verklaring voor recht van hoofdelijke aansprakelijkheid terecht afgewezen. Daarop faalt het onderdeel.

7.6. Onderdeel 1.c voert aan dat elders in het arrest het hof wel uitspraken doet over veralgemeniseerbare vraagstukken van causaliteit en aansprakelijkheid.

7.7. Dit onderdeel faalt nu het miskent dat om het gevorderde te kunnen toewijzen het hof het causale verband tussen het onrechtmatig handelen en de schade voor alle polishouders afzonderlijk zou moeten vaststellen en veralgemeniseerbare uitspraken omtrent het causale verband niet volstaan.

7.8. Onderdeel 1.d voert aan dat niet valt in te zien waarom dergelijke veralgemeniseerbare uitspraken niet mogelijk zijn nu als gevolg van het onrechtmatig handelen per 1 augustus 1994 de aanspraken van alle polishouders zijn gekort.

7.9. Het onderdeel faalt nu het voorbijgaat aan het feit dat het hof in rov. 4.2 expliciet overweegt dat dit in beginsel zo moge zijn, maar dat niet kan worden uitgesloten dat dit in individuele gevallen anders is door omstandigheden die in deze procedure niet kunnen worden overzien. Nu ik deze overweging niet onbegrijpelijk acht, faalt het onderdeel.

7.10. Onderdeel 1.e faalt nu het – naar ik meen ten onrechte – uitgaat van de juistheid van één van de voorgaande klachten.

### **Voor wie kan de stichting een verklaring voor recht ex art. 305a BW vorderen?**

7.11. Onderdeel 2 keert zich tegen rov. 5.1 tot en met 5.5 waarin het hof heeft geoordeeld dat voor de vraag in hoeverre de Stichting mede namens andere polishouders dan degenen die nog bij Twenteleven verzekerd zijn een verklaring voor recht ex art. 3:305a BW kan vragen, de tekst van de doelomschrijving van de Stichting beslissend is. Het onderdeel voert aan dat dit oordeel gelet op de doelstelling van art. 3:305a BW in de omstandigheden van het geval rechtens onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd is.

7.12. Vooropgesteld dient te worden dat het hof terecht overweegt dat de wet nadrukkelijk de eis stelt dat een belangenorganisatie slechts een collectieve actie ex art. 3:305a BW kan instellen ter bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt (art. 3:305a lid 1 BW). Alleen voor deze belangen kan de rechtspersoon in rechte opkomen [\[noot:110\]](#) De Hoge Raad hanteert deze eis streng: [\[noot:111\]](#)

“3.5. Voor de ontvankelijkheid van een rechtspersoon in een rechtsvordering strekkende tot bescherming van de belangen van een bepaalde groep personen is ten minste vereist dat deze rechtspersoon die belangen ingevolge de statuten behartigt. Deze regel lijdt geen uitzondering in het geval dat de rechtspersoon zich in feite met het behartigen van die belangen bezighoudt. Onderdeel 2 gaat van een andere opvatting uit en faalt derhalve.”

7.13. In de statuten van de Stichting wordt “voormalig polishouder” gedefinieerd als:

“de persoon wiens rechten en verplichtingen uit een verzekeringsovereenkomst (...) zijn of zullen worden overgedragen aan Levensverzekeringmaatschappij Twenteleven N.V. (...) voor zolang deze persoon deze overeenkomst(en) van levensverzekering met Levensverzekeringmaatschappij Twenteleven N.V. continueert.”

's Hofs oordeel getuigt van een duidelijke motivering waarom “afkopers” en “aflopers” niet kunnen worden aangemerkt als “voormalig polishouder” als bedoeld in de statuten. Dit oordeel wordt in cassatie niet betwist. Dat het opkomen voor de belangen van “afkopers” en “aflopers” niet onder de statutaire doelomschrijving valt, is des te klemmender nu de statuten van de Stichting

de kring van personen waarvan het belang de Stichting kan behartigen nauwkeurig omschrijft. Hierop stuiten de onderdelen 2 a en b af.

7.14. De onderdelen 2c en d richten zich tegen rov. 5.3. Hetgeen het hof hier heeft overwogen is niet zelfstandig dragend voor haar oordeel. De onderdelen laten onverlet het oordeel dat “aflopers” en “afkopers” niet onder de statutaire doelomschrijving van de Stichting vallen. Daarop wijst het hof met zoveel woorden in de laatste zin van rov. 5.3. Beide onderdelen falen daarom reeds bij gebrek aan belang.

7.15. Onderdeel 2e mist feitelijke grondslag nu het er ten onrechte van uitgaat dat het hof in rov. 5.4 degene wiens polis tot uitkering komt ook als een afloper heeft aangemerkt. Deze uitleg (van de Stichting) heeft het hof juist in deze rechtsoverweging verworpen. Blijkens rov. 5.1 zijn aflopers slechts de polishouders die hun overeenkomst wel hebben overgedragen aan Twenteleven maar deze vervolgens niet hebben gecontinueerd.

### **Bijdrage aan solvabiliteit van surplus relief contracten**

7.16. Onderdeel 3 heeft betrekking op de surplus relief contracten en het Modco-contract. Ik maak enige opmerkingen ter inleiding op de bespreking van dit onderdeel. Uit het hierboven (nr. 1.20 van deze conclusie) genoemde enquêterapport (p. 44) blijkt dat de surplus relief contracten aan Vie d'Or een uitkering tegen het genot van een premie verschaffen, indien bepaalde beleggingsinkomsten in een bepaald jaar bij een bepaald normbedrag achterblijven. Deze uitkeringen zijn telkens aan bepaalde maxima gebonden. Het effect van deze contracten is dat de uitblijvende winst door uitkeringen onder het contract wordt opgevuld. In najaar van 1991 was er een dergelijk contract met NRG afgesloten. In het enquêterapport zijn gegevens te vinden



over de uiteenlopende zienswijzen op de precieze betekenis van deze contracten. Het Modco-contract lijkt op een “normaal” surplus relief contract, maar leverde daarbij nog onmiddellijk liquiditeit op in de vorm van een provisie van f 9 mln.

7.17. In het bestreden arrest van het hof komt de vraag aan de orde of deze contracten mogen meetellen voor het bepalen van de solvabiliteit van Vie d’Or. Hierover overweegt het hof het volgende:

rov. 7.9 “(...) Dit alles leidt tot de conclusie dat het in aanmerking nemen van de SCR’s en het Modco-contract bij de vaststelling van de solvabiliteit van Vie d’Or, door middel van welke contracten immers – tegen betaling van een bepaalde prijs – Vie d’Or in wezen toekomstige onzekere winsten had zeker gesteld, op grond van de destijds geldende regels niet per se ongeoorloofd was en dat het aan de Verzekeringskamer was om te beoordelen of dergelijke zekere gestelde winsten in het geval van Vie d’Or geheel of gedeeltelijk in aanmerking konden worden genomen”.

Het hof vervolgt dan in rov 7.11:

“7.11. Het antwoord op de vraag of de Verzekeringskamer in dit geval mocht besluiten de door de SCR’s en het Modco-contract zekergestelde winsten voor de berekening van de aanwezige solvabiliteit in aanmerking te nemen op de wijze waarop dit is geschied zal het hof in het midden laten omdat het voor de beslissing op de door Stichting tegen de Verzekeringskamer ingestelde vordering niet relevant is. De reden hiervoor is dat het hof de stelling van de Stichting dat de Verzekeringskamer in het najaar van 1991 bij Vie d’Or had moeten ingrijpen door het benoemen van een stille bewindvoerder gegrond acht, ook al zou de zojuist genoemde vraag bevestigend moeten worden beantwoord. Het hof zal dan ook bij de bespreking van verwijt e er veronderstellenderwijs vanuit gaan dat de

Verzekeringskamer heeft mogen besluiten dat op grond van het contract met NRG (het enige van de surplus relief contracten dat in het najaar van 1991 reeds was afgesloten) een bedrag van f 13.000.000,= voor de aanwezige solvabiliteit mocht meetellen”.

7.18. Ik leid uit de beide geciteerde overwegingen af dat het hof geen beslissing heeft genomen over de vraag of de Verzekeringskamer gelet op de destijds toepasselijke wettelijke regels mocht toestaan dat de surplus relief contracten en het Modco-contract tot de solvabiliteit en het minimumgarantiefonds gerekend dienen te worden. In rov. 7.9 heeft het hof niet meer tot uitdrukking gebracht dan dat de betrokken contracten meegerekend zouden kunnen worden (het is niet per se verboden, zo zegt het hof; als iets niet per se verboden is, kan dat mijns inziens in bepaalde omstandigheden niettemin verboden zijn; het kan echter na uiteindelijke weging van de relevante factoren ook toegestaan zijn). Een uiteindelijk oordeel over deze kwestie bevat de betrokken rechtsoverweging mijns inziens niet. In rov. 7.11 is te lezen dat het hof de betrokken vraag in het midden laat. Dat is dus in overeenstemming met rov. 7.9. Als het principale cassatieberoep zou slagen, zou het verwijzingshof over deze kwesties alsnog een beslissing dienen te nemen ervan uitgaande dat het door de Verzekeringskamer op onjuiste gronden toestaan dat de betrokken contracten voor de solvabiliteit meegeteld zijn in de omstandigheden van het geval aan een eventuele onrechtmatige daad van de Verzekeringskamer jegens de polishouders kunnen hebben bijgedragen. Deze kwestie wordt in de par. 112 en 113 van MvG aan de orde gesteld.

7.19. Onderdeel 3.a.1 keert zich tegen rov. 7.9 en gaat er van uit dat volgens het hof de surplus relief contracten en het Modco-contract hebben mogen dienen als dekking

van het minimumbedrag van het garantiefonds.

7.20. De klacht miskent dat het hof in het midden laat of de in het onderdeel genoemde contracten als dekking mochten dienen van het minimumbedrag van het garantiefonds. Ik lees in de aanvang van rov. 7.9. wel dat toekomstige verwachte winst niet mocht dienen als dekking van dit minimumbedrag. Het hof gaat er in het slot van rov. 7.9 echter vanuit dat de surplus relief contracten en het Modco contract zeker gestelde winst betrof. Het hof zegt vervolgens niet meer dan dat het in aanmerking nemen van deze zeker gestelde winsten niet per se verboden is en laat, zoals ik hierboven heb aangegeven, de kwestie vervolgens in het midden. Het onderdeel faalt bij gebreke aan feitelijke grondslag.

7.21. Onderdeel 3.a.2 voert aan dat het hof ten onrechte heeft nagelaten te beoordelen of de surplus relief contracten en het Modco-contract niet hebben gediend als dekking van het minimumbedrag van het garantiefonds.

7.22. Het hof mocht mijns inziens deze kwestie in het midden laten, nu het op andere gronden tot onrechtmatig handelen van de Verzekeringskamer heeft geconcludeerd.

7.23. Onderdeel 3.a.3 voert aan dat het oordeel van het hof dat de herverzekeringscontracten niet als “verwachte (toekomstige) winsten”, maar als “zekergestelde” winsten moeten worden beschouwd, niet begrijpelijk is in het licht van het feit dat het hof elders overweegt dat deze “zekergestelde winsten” zouden verdampen bij insolventie van Vie d’Or.

7.24. Het onderdeel slaagt. Het hof maakt onvoldoende inzichtelijk waarom de herverzekeringscontracten enerzijds volgens het hof zeker gestelde winst

opleveren en anderzijds verdampen in geval van insolventie.

7.25. Onderdeel 3.b voert – voorwaardelijk – aan dat het hof een onjuiste uitleg heeft gegeven aan art. 18 lid 3 van de Eerste coördinatierichtlijn levensverzekering. [\[noot:112\]](#)

7.26. Het onderdeel faalt nu art. 18 lid 3 sub a alleen ziet op toekomstige (onzekere) winsten. Nu het hof de te verwachten winst uit de herverzekeringscontracten als zeker gestelde winst heeft aangemerkt, is art. 18 lid 1 van toepassing. Dat acht ik noch rechtens onjuist noch onvoldoende gemotiveerd.

7.27. Onderdeel 3.c voert aan dat het hof ten onrechte aan het betoog van de Stichting voorbij is gegaan dat de beslissing van de Ondernemingskamer dat de herverzekeringscontracten, althans de SRC’s, niet in de jaarrekening hadden mogen worden geactiveerd in de onderhavige procedure gezag van gewijsde heeft (in ieder geval ten aanzien van de Verzekeringskamer, gezien de beschikking van de Ondernemingskamer d.d. 9 juli 1998).

7.28. Het onderdeel stuit reeds af op het feit dat in deze zaak niet de inrichting van de vennootschappelijke jaarrekening, maar die van staten – die met het oog op het toezicht door de Verzekeringskamer worden samengesteld – aan de orde is.

### **Uitleg van de stellingen van de Stichting**

7.29. Onderdeel 4 keert zich tegen rov. 7.14 waar het hof overweegt dat volgens de Stichting de Verzekeringskamer verweten kan worden geen uitvoering te hebben gegeven aan haar plan van aanpak. Het onderdeel voert aan dat blijkens hetgeen het hof hier heeft overwogen, het hof een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven van de stellingen van de Stichting. De Stichting

heeft namelijk meer aangevoerd ter onderbouwing van haar standpunt dan in de betreffende rechtsoverweging is weergegeven.

7.30. Het onderdeel faalt. Blijkens hetgeen het hof in rov. 7.14 en 7.15 heeft overwogen heeft het niet zozeer relevant geacht de vraag of de Verzekeringskamer gehouden was het plan van aanpak uit te voeren, maar of gezien alle omstandigheden van het geval voor het benoemen van een stille bewindvoerder voldoende grond bestond. Nu de Verzekeringskamer niet verplicht was een plan van aanpak op te stellen, mocht zij daar ook op terugkomen, aldus het hof. Vervolgens heeft het hof – blijkens rov. 7.15 – de door de Stichting aangevoerde factoren die zouden nopen tot de uitvoering van het plan van aanpak, betrokken in de vraag of gezien de omstandigheden van het geval de Verzekeringskamer heeft kunnen afzien van het benoemen van een stille bewindvoerder. Aldus heeft het hof de stellingen van de Stichting niet te beperkt opgevat, maar betrokken in de beantwoording van de door het hof relevant geachte rechtsvraag.

### **Kosten van tuchtrechtelijke procedure**

7.31. Onderdeel 5 voert aan dat het hof in rov. 9.12 ten onrechte heeft overwogen dat de kosten voor het voeren van een tuchtrechtelijke procedure, behoudens bijzondere omstandigheden waarvan niet is gebleken, niet kunnen worden beschouwd als kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid. Het onderdeel voert daarbij aan dat het hof heeft miskend dat het feit dat de normen die de tuchtrechter heeft aangelegd in grote mate identiek zijn aan de normen die door de civiele rechter moeten worden (en zijn) aangelegd bij beantwoording van de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen. Onder deze omstandigheden had het hof zijn oordeel nader dienen te motiveren.

7.32. Deze klacht faalt bij gebrek aan belang. Deze klacht is aangevoerd in de procedure tegen de Verzekeringskamer. De vordering tot vergoeding van de kosten van gevoerde tuchtrechtelijke procedures is niet tegen de Verzekeringskamer ingesteld. Overigens dient de klacht ook op inhoudelijke gronden te falen. In HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 (WMK) heeft de Hoge Raad overwogen:

“(…) dat als uitgangspunt moet worden aanvaard 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.”

Wel kan de uitspraak van de tuchtrechter betekenis hebben in de civiele procedure, aldus de Hoge Raad in dit arrest. Dat het hof heeft overwogen dat in dit geval de tuchtrechtelijke regels in hoge mate corresponderen met de civiele aansprakelijkheidsnormen is een omstandigheid die niet zo uitzonderlijk is dat deze een afwijking van de door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt rechtvaardigt.

## **7. Conclusie**

Deze strekt in het principaal en incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing.

Hoge Raad

(...; red.)

## **3. Uitgangspunten in cassatie**

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. N.V. Levensverzekeringsmaatschappij Vie d’Or (hierna: Vie d’Or) is op 20

september 1985 opgericht en oefende vanaf 1 november 1985 het levensverzekeringsbedrijf uit. Sinds 26 februari 1988 geschiedde dat, na invoering van de desbetreffende vergunningplicht, krachtens een vergunning als bedoeld in de in de onderhavige zaak toepasselijke, tot 1 juli 1994 geldende, Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wet van 27 juni 1990 tot wijziging van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf, Stb. 341; hierna: Wtv), verleend door de Verzekeringskamer. De Verzekeringskamer was tot 1 september 1992 een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan, vanaf die datum een privaatrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan en is met ingang van 1 januari 2005 door een juridische fusie opgegaan in De Nederlandsche Bank N.V.

ii. Vanaf de oprichting van Vie d'Or tot 1 november 1993 was [betrokkene 5] bestuurder van Vie d'Or en geruime tijd ook enig aandeelhouder. In de loop van de tijd is het aandelenbelang van [betrokkene 5] gedaald als gevolg van het toetreden van nieuwe aandeelhouders.

iii. Vie d'Or richtte zich bij de aanvang van haar activiteiten op een beperkte groep van vermogende particulieren. In de jaren 1989 tot en met 1991 is het aantal door haar aangegane verzekeringsovereenkomsten na een intensieve marktwerking explosief gegroeid. Het premie-inkomen steeg van 1987 tot 1991 van f 6 mln naar f 154 mln.

iv. De constructie van sommige van de verzekeringsproducten van Vie d'Or bracht mee dat zij de door haar bij afsluiting van verzekeringen gemaakte kosten pas na verloop van tijd kon terugverdienen. Dit vond zijn oorzaak in de bijzondere aard van de nieuwe verzekeringsproducten die Vie d'Or op de markt bracht. Deze brachten aanvankelijk lage inkomsten op, maar hadden tegelijkertijd hoge kosten tot gevolg. Mede als gevolg hiervan behaalde Vie d'Or telkens negatieve resultaten. Omdat haar eigen vermogen niet

toereikend was om deze verliezen op te vangen, heeft Vie d'Or constructies gebruikt om toekomstige baten naar voren te halen. Het gaat hierbij om een type herverzekering dat tot een bepaalde omvang toekomstige overwinsten of baten uit de premiebeleggingen garandeert (de zogenoemde surplus relief contracten (SRC's) of waarbij een deel van de verzekeringsportefeuille tegen ontvangst van een bepaald bedrag aan een herverzekeraar werd overgedragen (Modified Co-insurance contract; Modco-contract).

v. Vie d'Or heeft risico's gelopen door het laten ontstaan van een "mismatch" tussen bijvoorbeeld door de polishouders gekozen en werkelijk uitgevoerde beleggingen en tussen te ontvangen en te betalen rente op uitgezette en geleende gelden.

vi. Vie d'Or onderhield met een aantal door [betrokkene 5] beheerde vennootschappen rekening-courantverhoudingen. De saldi van die verhoudingen resulteerden tot 1991 in een schuld aan Vie d'Or. Nadien zijn die saldi uitgemond in (aanzienlijke) vorderingen van Vie d'Or op de betrokken vennootschappen.

vii. De verzekeringen werden door Vie d'Or afgesloten door bemiddeling van tussenpersonen. De premies werden rechtstreeks of via de tussenpersoon voldaan. In 1992 heeft Vie d'Or een aanvang gemaakt met het opzetten van een rekening-courantadministratie per tussenpersoon. De omvang van de wederzijdse verplichtingen is daarbij niet geheel duidelijk geworden.

viii. De administratie van Vie d'Or is lange tijd ontoereikend geweest. Er waren onder andere problemen met de verwerking van de zich in 1989 en 1990 voordoende sterke omzetting. Ook beschikte Vie d'Or niet over een goed functionerend automatiseringssysteem.

ix. Vie d'Or had ieder jaar als gevolg van de door haar geleden verliezen problemen om aan de voor haar wettelijk verplichte solvabiliteitsmarge te voldoen.

x. Op 17 november 1993 kwamen via de nieuwe directeur van Vie d'Or, [betrokkene 6], die per 1 november 1993 als opvolger van [betrokkene 5] was aangetreden, berichten naar buiten over de door hem bij Vie d'Or aangetroffen situatie. Deze duiden zijns inziens op mismanagement en strafbare feiten.

xi. Op 18 november 1993 heeft de Verzekeringkamer [betrokkene 7] op de voet van art. 34 lid 4 in verbinding met lid 3 Wtv aangewezen als de persoon wiens goedkeuring is vereist voor – kort gezegd – het handelen van Vie d'Or en aldus benoemd tot stille bewindvoerder van Vie d'Or.

De Verzekeringkamer heeft op 14 december 1993 de onder (i) vermelde vergunning van Vie d'Or ingetrokken. Op 15 december 1993 heeft de rechtbank te 's-Hertogenbosch op aanvraag van de Verzekeringkamer ten aanzien van Vie d'Or de noodregeling als bedoeld in art. 66 lid 1 Wtv uitgesproken. Daarbij is de Verzekeringkamer op de wijze als voorzien in het tweede lid van voormeld artikel machtiging verleend tot vereffening en overdracht van het vermogen van Vie d'Or.

xii. Op 11 december 1995 is Vie d'Or failliet verklaard.

xiii. Bij overeenkomst van 1 augustus 1994 zijn de verplichtingen van Vie d'Or jegens de polishouders krachtens de aan de Verzekeringkamer verleende machtiging overgedragen aan Levensverzekeringsmaatschappij Twenteleven N.V. (hierna: Twenteleven). Daarbij zijn de verplichtingen uit de polissen aanzienlijk gekort. Als gevolg

hiervan hebben de betrokken polishouders aanzienlijke schade geleden.

xiv. Vie d'Or stond vanaf haar oprichting krachtens de toen geldende Wet toezicht verzekeringsbedrijf onder toezicht van de Verzekeringkamer.

xv. De Verzekeringkamer heeft in de loop van de tijd een steeds intensievere bemoeienis met de gang van zaken bij Vie d'Or gekregen. Zij heeft uit dien hoofde contact onderhouden met het bestuur van Vie d'Or, de accountant en de actuaaris.

De Verzekeringkamer heeft herhaaldelijk aangedrongen op verbetering van de administratie en de solvabiliteitsmarge.

Voorts heeft zij een aantal malen gebruik gemaakt van haar bevoegdheden tot ingrijpen op grond van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf.

Zo heeft de Verzekeringkamer onder andere op 30 september 1991 een aanwijzing gegeven op grond van art. 34 lid 1 Wtv. Die aanwijzing hield in dat Vie d'Or voor 1 december 1991 al die maatregelen moest hebben getroffen die tot een zodanige verbetering van de administratieve organisatie zouden leiden dat door de Verzekeringkamer tijdig een goed inzicht zou worden verkregen in de financiële positie van Vie d'Or.

Ook heeft de Verzekeringkamer op 27 november 1991 van Vie d'Or geëist dat zij voor 8 december 1991 een nieuw financieringsplan zou indienen dat tenminste zou moeten leiden tot een nieuw vermogen van f 20 mln.

Op 20 december 1991 heeft de Verzekeringkamer de aanwijzing gegeven dat de houders van een polis van het verzekeringsproduct "Individueel Depot Plan" (IDP-polishouders) duidelijk diende te worden meegedeeld dat rekening moest worden gehouden met een aftrek wegens

mogelijk niet verrekenende kosten op het uit te keren bedrag.

Bij brief van 28 augustus 1992 heeft de Verzekeringskamer van Vie d'Or geëist het tekort per eind 1991 aan te vullen. Een daartoe strekkend plan moest uiterlijk 11 september 1992 worden ingediend.

Tevens heeft de Verzekeringskamer een structurele oplossing voor de solvabiliteitsproblemen vóór 1 december 1992 geëist. Als dat niet zou gebeuren, zou de Verzekeringskamer overwegen een verkoopverbod in te stellen of de vergunning in te trekken. De oplossing zou bij voorkeur moeten worden gerealiseerd door de overname van de verzekeringsportefeuille door een financieel krachtige onderneming.

xvi. Deloitte & Touche en de bij deze firma werkzame accountants [betrokkene 1 t/m 3] (gezamenlijk hierna: de accountants), zijn ter uitvoering van art. 2:393 (oud) BW betrokken geweest bij het afgeven van goedkeurende verklaringen over de boekjaren 1989, 1990, 1991 en 1992 van Vie d'Or. [Betrokkene 1] heeft de jaarrekeningen over 1989, 1990 en 1991 van een goedkeurende verklaring voorzien. [Betrokkene 2 en 3] zijn betrokken geweest bij de goedkeurende verklaring betreffende de jaarrekening 1992. Op de jaarrekeningen over 1993 en 1994 is geen accountantscontrole toegepast. De accountants hebben tevens over de jaren 1989 tot en met 1992 over de staten als bedoeld in art. 28 Wtv een getrouwheidsverklaring afgegeven en wel in positieve zin.

xvii. [A] B.V. en de bij dit kantoor werkzame actuaaris [betrokkene 4] (gezamenlijk hierna: de actuaaris) zijn tot mei 1991 als extern actuaaris bij Vie d'Or betrokken geweest. Als zodanig heeft de actuaaris onder meer de actuariële staten die Vie d'Or jaarlijks bij de Verzekeringskamer moest indienen

gecertificeerd. De actuaaris heeft bij brief van 30 mei 1991 de relatie met Vie d'Or opgezegd. Hij heeft nadien nog wel zijn werkzaamheden met betrekking tot het boekjaar 1990 afgerond. Daarna zette een ander bureau ([C]) de actuariële werkzaamheden voort.

xviii. Bij beschikking van 3 augustus 1995 heeft de Ondernemingskamer op vordering van de procureur-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam een onderzoek gelast naar het beleid en de gang van zaken bij Vie d'Or vanaf 1 januari 1988. In verband met de omstandigheid dat de onderzoeksperiode mede omvatte de periode gedurende welke de noodregeling van kracht was, heeft de Verzekeringskamer cassatieberoep ingesteld tegen deze beschikking. De Hoge Raad heeft dit beroep bij beschikking van 15 januari 1997 verworpen. Op 11 december 1997 hebben de onderzoekers hun rapport van onderzoek gedeponereerd.

Bij beschikking van 9 juli 1998 heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat gebleken is van wanbeleid in de periode van 1988 tot januari 1994 door het bestuur en de raad van commissarissen van Vie d'Or en door de Verzekeringskamer. Daarbij heeft de Ondernemingskamer onder meer de besluiten van de raad van commissarissen tot goedkeuring en van de algemene vergadering van aandeelhouders van Vie d'Or tot vaststelling van de jaarrekeningen over 1989 tot en met 1992 vernietigd en heeft zij het besluit van de Verzekeringskamer waarbij de jaarrekening 1993 is vastgesteld vernietigd. Bij beschikking van 31 mei 2000, nr. OK 70, NJ 2000, 555 heeft de Hoge Raad de beschikking van de Ondernemingskamer vernietigd. Het ging daarbij in cassatie om gegrond bevonden klachten omtrent het door de Ondernemingskamer als onzorgvuldig aangemerkte handelen van de Verzekeringskamer onder de noodregeling met betrekking tot de zogenoemde Merrill Lynch-contracten.

xix. De Raad van Tucht voor Registeraccountants en Accountants-Administratieconsulenten heeft de klacht van de Stichting tegen de accountants bij uitspraak van 10 april 1997 deels gegrond verklaard en de maatregel van een schriftelijke berisping opgelegd. De Raad van Tucht is tot de conclusie gekomen dat de controle van de jaarrekeningen over 1989 en over 1992 niet tot goedkeurende verklaringen had mogen leiden. Met betrekking tot de informatie aan de Verzekeringskamer over de aflossing van de vordering van Vie d'Or uit hoofde van de rekening-courantverhoudingen met de – hiervoor onder (vi) bedoelde – [betrokkene 5]-vennootschappen als vermeld in de jaarrekening 1992, waarin nieuwe financieringen ten behoeve van die vennootschappen onvermeld zijn gelaten, heeft de Raad van Tucht overwogen:

“De informatie inzake de aflossing van de vordering op de [betrokkene 5]-vennootschappen was voor de Verzekeringskamer evenzeer misleidend als voor een gebruiker van de jaarrekening.”

Het tegen de uitspraak van de Raad van Tucht ingestelde beroep is bij uitspraak van 3 december 1998 door het College van Beroep voor het bedrijfsleven verworpen.

xx. Het College van Rechtspraak van het Actuarieel Genootschap heeft de klacht van de Stichting tegen de actuaris bij uitspraak van 7 februari 1997 deels gegrond verklaard en de tuchtrechtelijke maatregel van een schriftelijke berisping opgelegd. Het tegen deze uitspraak door de actuaris ingestelde beroep is bij uitspraak van 21 november 1997 door de Raad van Beroep van het Actuarieel Genootschap verworpen. Het tuchtrechtelijk oordeel komt erop neer dat de actuaris uitdrukkelijk in een actuariel rapport mededeling had moeten doen van de gesignaleerde actuariële probleempunten, dat de omstandigheid dat het overleg tussen de

actuaris en de directie van Vie d'Or omtrent activering van toekomstige winst niet het gewenste effect had gesorteerd de noodzaak van een schriftelijke waarschuwing onderstreept, dat de actuaris zeker had moeten stellen dat ook de Raad van Commissarissen van de zorgwekkende toestand op de hoogte was en dat de opzegging van de relatie geen wijziging in afnemende zin brengt in de taak en daarmee de verantwoordelijkheid van de actuaris bij zijn afrondende werkzaamheden.

xxi. De Stichting is op 19 april 1994 door de Verzekeringskamer opgericht. Haar statutaire doel is het behartigen van de belangen van de voormalige polishouders van Vie d'Or. Het begrip “voormalige polishouder” is in de statuten, voor zover thans van belang, als volgt omschreven:

“de persoon wiens rechten en verplichtingen uit een verzekeringsovereenkomst met de vennootschap [Vie d'Or] krachtens machtiging van de Arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch zijn of zullen worden overgedragen aan (...) Twenteleven (...), voor zolang deze persoon deze overeenkomst(en) van levensverzekering met (...) Twenteleven continueert.”

xxii. Elf voormalige polishouders hebben hun (eventuele) vorderingen jegens de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris ter zake van de in verband met de deconfiture van Vie d'Or geleden schade aan de Stichting gecedeerd.

3.2.1. De Stichting heeft de vorderingen ingesteld als hiervoor onder 1 vermeld.

3.2.2. De rechtbank heeft, kort gezegd, voor recht verklaard dat de accountants onrechtmatig hebben gehandeld jegens de in de statuten van de Stichting omschreven oud-polishouders van Vie d'Or en de vorderingen voor het overige afgewezen of

de Stichting daarin niet-ontvankelijk verklaard.

3.2.3. Voor zover thans van belang, heeft de Stichting in hoger beroep gevorderd:

**a** op de voet van art. 3:305a BW een verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris onrechtmatig hebben gehandeld jegens alle voormalige polishouders van Vie d'Or en deswege jegens hen hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade die de polishouders in het faillissement van Vie d'Or hebben geleden (vordering 1.a);

**b** veroordeling van de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris als hoofdelijk medeschuldenaren tot betaling aan de Stichting van €225.583,= (vordering 2.a);

**c** veroordeling van de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris als hoofdelijk medeschuldenaren tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, ter zake van het door bepaalde polishouders misgelopen gegarandeerde rendement op de premies die zij na 1 augustus 1994 bij Vie d'Or zouden hebben ingelegd (vordering 2.b) en

**d** veroordeling van de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris, tot betaling aan de Stichting van bepaalde bedragen ter zake van de door de Stichting gemaakte kosten tot vaststelling van schade en aansprakelijkheid en tot verkrijging van voldoening buiten rechte (vordering 2.c).

3.2.4. Het hof heeft in de bestreden uitspraak

a. de vordering onder 1.a toewijsbaar geoordeeld, behoudens voor zover daarin wordt gevorderd voor recht te verklaren dat de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris deswege jegens alle polishouders hoofdelijk zijn gehouden tot voldoening van de schade;

b. de beslissing op de vordering onder 2.a aangehouden;

c. de beslissing op de vordering onder 2.b aangehouden en

d. de vordering onder 2.c toewijsbaar geoordeeld, behalve voor zover het betreft de kosten van de tuchtprocedures.

3.3. De Stichting heeft aan haar vorderingen tegen de Verzekeringskamer ten grondslag gelegd dat deze als toezichthouder heeft gefaald. Meer concreet heeft de Stichting de Verzekeringskamer verweten hetgeen samengevat is weergegeven onder a tot en met i in rov. 3.9 van het vonnis van de rechtbank. De juistheid van deze weergave is in hoger beroep niet bestreden.

In cassatie zijn de onder b en e vermelde verwijten van belang. Deze verwijten houden het volgende in.

“b. De Verzekeringskamer heeft ten onrechte een aantal vermogensbestanddelen (aandeelhoudersgaranties, geactiveerde toekomstige baten) betrokken bij de beoordeling van de solvabiliteit van Vie d'Or. Ter zake van de aandeelhoudersgaranties gaat het om garanties van aandeelhouders die waren gelieerd aan [betrokkene 5], te weten [B] Beheer B.V. en Zurmand AG, waarvan de solvabiliteit twijfelachtig was. Wat betreft de activering van toekomstige baten is gewezen op de gang van zaken ten aanzien van drie herverzekeringscontracten, te weten twee zogenoemde Surplus Relief Contracten (SRC's) en het zogenoemde Modified Co-insurance contract (Modco-contract). Bij de SRC's ging het erom dat toekomstige en derhalve onzekere baten uit hoofde van bepaalde verzekeringsportefeuilles van Vie d'Or, te weten die ter zake van het Individueel Depot plan (een flexibel beleggingsplan), zeker te stellen. Tegen betaling van



premies verzekerde Vie d'Or zich tegen de mogelijkheid van tegenvallende beleggingsresultaten. Het eerste SRC betrof de in 1989 afgesloten IDP-polissen en werd gesloten met de Nederlandse Reassurantie Groep (NRG), het tweede betrof de in 1991 afgesloten IDP-polissen met (gezamenlijk) het [E]-Konzern Globale en [F] (hierna gezamenlijk: [E]/[F]). Vie d'Or activeerde de toekomstige baten uit deze contracten voor aanzienlijke bedragen op de balans en haalde daarmee in wezen toekomstige baten naar voren. Het Modco-contract met herverzekeraar [E] hield in dat Vie d'Or tegen ontvangst van een provisiebedrag toekomstige winsten op bepaalde portefeuilles (anders dan de IDP-polissen) verkocht. De opbrengst werd op de balans als winst geactiveerd. Volgens de Stichting had de Verzekeringskamer de aldus geactiveerde (toekomstige) baten niet, althans niet op de wijze waarop dat is geschied mogen meenemen bij de beoordeling van de solvabiliteit van Vie d'Or en daarmee deze vermogensbestanddelen laten meewegen als dekking van toekomstige aanspraken van de polishouders. Hierdoor handelde de Verzekeringskamer in strijd met het bepaalde in de Eerste coördinatie-richtlijn levensverzekering van de Raad van de Europese Gemeenschappen (79/267/EEG; hierna: de Eerste coördinatie-richtlijn), zoals nadien gewijzigd. Voor zover er geen sprake zou zijn van strijd met deze richtlijn, geldt dat de Verzekeringskamer in elk geval onverantwoord, want in weerwil van bedrijfseconomische bezwaren, heeft gehandeld.

e. De Verzekeringskamer heeft ten onrechte nagelaten in de zomer van 1991 haar 'plan van aanpak', dat onder meer voorzag in het benoemen van een stille curator, ten uitvoer te leggen. Dit plan van aanpak was ontwikkeld om te worden toegepast, indien Vie d'Or niet tijdig (dat wil zeggen: vóór 1 juli 1991) de staten zou hebben ingediend en niet binnen bekwame tijd tegemoet zou zijn gekomen aan andere

bezwaren van de Verzekeringskamer met betrekking tot de solvabiliteit van Vie d'Or. Toen de staten niet vóór 1 juli 1991 waren ingediend en de Verzekeringskamer op 15 juli 1991 slechts een voorlopige balans en resultatenrekening had ontvangen en duidelijk was geworden dat de actuaire zijn werkzaamheden ten behoeve van Vie d'Or zou neerleggen, had de Verzekeringskamer daadkrachtig moeten ingrijpen door tenuitvoerlegging van het plan van aanpak. De Stichting heeft in dit verband gewezen op een advies van [D] van 28 juni 1996 waarin mede op basis van rapportages van KPMG (forensic accounting) en de Commissie Ybema (de naar aanleiding van de déconfiture van Vie d'Or door de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingestelde Tijdelijke Commissie Toezicht Verzekeringskamer, die op 16 oktober 1995 haar eindrapport heeft opgesteld) is aangegeven: 'Het niet doorvoeren van het opgestelde 'plan van aanpak' of van andere maatregelen is als een tekortkoming in het toezicht aan te merken'.'

3.4. Het hof heeft de vorderingen van de Stichting tegen de Verzekeringskamer en de daartegen aangevoerde verweren behandeld in rov. 7.1 tot en met 7.20 en in rov. 13.1 tot en met 13.4.

De overwegingen 7.1 tot en met 7.20 luiden als volgt:

“7.1. In grief VI komt de Stichting op tegen het oordeel van de rechtbank dat de Verzekeringskamer niet onrechtmatig heeft gehandeld en dus niet op dezelfde voet jegens de polishouders en andere crediteuren aansprakelijk is als de accountants. Dit oordeel van de rechtbank berust op overwegingen die als volgt kunnen worden samengevat.

7.2. Allereerst stelt de rechtbank het criterium voorop waaraan het handelen van een toezichthouder als de Verzekeringskamer moet worden getoetst. Volgens de rechtbank zal in het algemeen

van de Verzekeringskamer moeten [het hof leest: mogen] worden verwacht dat zij zich bij de uitoefening van haar toezichthoudende taak gedraagt als een redelijk handelend toezichthouder. Daar waar de Verzekeringskamer op grond van de Wtv beleidsvrijheid heeft om een bepaalde beslissing al dan niet te nemen mag de rechter de handelwijze van de Verzekeringskamer slechts marginaal toetsen, terwijl in die gevallen waarin de Verzekeringskamer gehouden is een bepaalde beslissing te nemen volledig zal moeten worden getoetst. Van onrechtmatig handelen van de Verzekeringskamer is volgens de rechtbank sprake, indien moet worden vastgesteld dat de Verzekeringskamer – in de gevallen waarin haar op grond van de Wtv beleidsvrijheid toekomt – niet in redelijkheid tot een door haar genomen beslissing heeft kunnen komen, dan wel niet in redelijkheid heeft kunnen nalaten van een haar toegekende bevoegdheid gebruik te maken, alsmede – in de gevallen waarin zij op grond van de Wtv gehouden is onder bepaalde omstandigheden een bepaalde beslissing te nemen – ten onrechte tot een bepaalde beslissing is gekomen, dan wel ten onrechte heeft nagelaten een bepaalde beslissing te nemen.

7.3. Vervolgens heeft de rechtbank de door de Stichting aan de Verzekeringskamer gerichte verwijten (genummerd a tot en met i) besproken en aan het door haar geformuleerde criterium getoetst. De slotsom van die toetsing is dat de rechtbank van oordeel is dat die afzonderlijke verwijten er niet toe leiden dat de Verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld en dat, ook indien deze verwijten in onderling verband worden gezien, zij de rechtbank geen aanleiding geven tot het oordeel dat de Verzekeringskamer zich bij de uitoefening van haar toezichthoudende taak niet heeft gedragen als een redelijk handelend toezichthouder.

7.4. De Stichting bestrijdt in de eerste plaats het door de rechtbank gehanteerde criterium. Het standpunt van de Stichting dienaangaande begrijpt het hof aldus dat zij de door de rechtbank gehanteerde norm onderschrijft voor zover deze inhoudt dat de Verzekeringskamer moet handelen als een redelijk handelend toezichthouder, maar dat zij bestrijdt dat, daar waar de Verzekeringskamer beleidsvrijheid heeft, slechts sprake zou kunnen zijn van een marginale toetsing. De Stichting wijst in dat verband onder meer op HR 9 november 2001, NJ 2002, 446 m. nt. CJHB.

7.5. Het betoog van de Stichting is juist. De vraag of het optreden van de Verzekeringskamer beantwoordt aan hetgeen van een redelijk handelend toezichthouder gevegd mag worden, moet van geval tot geval beantwoord worden aan de hand van alle relevante omstandigheden. Daarbij is het weliswaar zo dat bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden die door de wet aan de Verzekeringskamer zijn toegekend de Verzekeringskamer een zekere beleidsvrijheid heeft (zoals bij de vraag of een stille bewindvoerder zal worden benoemd op grond van het bepaalde in art. 34 lid 3 of 4 Wtv) en dat de rechter met die beleidsvrijheid rekening zal moeten houden, maar dit betekent niet dat het optreden van de Verzekeringskamer slechts marginaal mag worden getoetst. Ook in gevallen waarin aan de Verzekeringskamer beleidsvrijheid toekomt, is de maatstaf of de Verzekeringskamer als een redelijk handelend toezichthouder heeft gehandeld en die toetsing is een volledige toetsing op zorgvuldigheid en niet een marginale.

7.6. Het hof zal thans aan de hand van het in r.o. 7.5 geformuleerde criterium nagaan of de Verzekeringskamer in haar toezichthoudende taak tekort is geschoten. Van de vele door de Stichting tot de Verzekeringskamer gerichte verwijten zijn de belangrijkste (in de nummering van de rechtbank):

b. het ten onrechte voor de solvabiliteit laten meetellen van de Surplus Relief Contracten (SRC's, hieronder zijn te verstaan het contract met NRG voor 1989 en het contract met [E]/[F] voor 1991) en het Modified Co-insurance contract (het Modco-contract);

e. het ten onrechte nalaten in de zomer van 1991 het 'plan van aanpak' (dat voorzag in de benoeming van een stille bewindvoerder) ten uitvoer te leggen.

Het hof zal deze verwijten eerst bespreken en daarna bezien of er aanleiding is ook nog de andere verwijten te beoordelen.

7.7. Voor wat betreft verwijt b (het ten onrechte laten meetellen van de genoemde contracten voor de beoordeling van de solvabiliteit van Vie d'Or) is het volgende van belang. Ingevolge art. 39 lid 1 Wtv dient een verzekeraar te beschikken over een solvabiliteitsmarge die ten minste een bedrag belooft dat wordt berekend op de wijze voorgeschreven in een krachtens art. 28 lid 6 Wtv vast te stellen model van een staat. Over de omvang van de solvabiliteitsmarge bestaat tussen partijen geen verschil van mening. Een derde gedeelte van de solvabiliteitsmarge vormt het garantiefonds, dat ten minste een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag belooft (art. 39 lid 2). In een krachtens art. 28 lid 6 Wtv vast te stellen model van een staat wordt bepaald (i) welke vermogensbestanddelen de solvabiliteitsmarge – en voor levensverzekeraars het garantiefonds – kunnen vormen en welke vermogensbestanddelen daarbij een aftrek dienen te vormen en (ii) de mate waarin en de voorwaarden waaronder dit geschiedt; de Verzekeringskamer kan tegen de waardering van de vermogensbestanddelen bezwaar maken (art. 39 lid 4).

7.8. Bij Koninklijk Besluit van 11 juni 1987, Stb. 291 (het Statenbesluit schade- en levensverzekeringbedrijf, hierna: het

Statenbesluit), zijn onder andere de in r.o. 7.7 bedoelde staten vastgesteld. Van belang in dit verband is Staat 1.301 (Aanwezige Solvabiliteitsmarge), waarin onder de te specificeren bestanddelen van de aanwezige solvabiliteit is vermeld:

(...)

Andere bestanddelen voor zover de verzekeringskamer tegen het in aanmerking nemen hiervan geen bezwaar heeft

Marges op grond van de waardering van balansposten dan wel op grond van winstverwachtingen, indien voor het in aanmerking nemen van de marges de instemming van de Verzekeringskamer is verkregen en voor zover deze marges niet dienen tot dekking van het minimum bedrag van het garantiefonds of van zoveel meer als de helft van het garantiefonds belooft (specificeren en op een bijlage toelichten)

7.9. Naar het oordeel van het hof volgt uit de Wtv en de daarop gebaseerde regelgeving dat deze zich niet verzet tegen het in aanmerking nemen van verwachte (toekomstige) winsten bij de berekening van de aanwezige solvabiliteit, indien en voorzover de Verzekeringskamer daarmee instemt en mits deze niet dienen tot dekking van het minimum bedrag van het garantiefonds of van meer dan de helft van het garantiefonds. Tevens blijkt daaruit dat de Verzekeringskamer een zekere mate van vrijheid heeft bij de waardering van de bestanddelen van de aanwezige solvabiliteit. Dit alles leidt tot de conclusie dat het in aanmerking nemen van de SRC's en het Modco-contract bij de vaststelling van de solvabiliteit van Vie d'Or, door middel van welke contracten immers – tegen betaling van een bepaalde prijs – Vie d'Or in wezen toekomstige, onzekere winsten had zeker gesteld, op grond van de destijds geldende regels niet per se ongeoorloofd was en dat het aan de Verzekeringskamer was om te beoordelen

of dergelijke zeker gestelde winsten in het geval van Vie d'Or geheel of gedeeltelijk in aanmerking konden worden genomen.

7.10. De Stichting heeft nog aangevoerd dat een en ander in strijd zou zijn met de Eerste Richtlijn van de EG van 5 maart 1979 (79/267/EEG), meer in het bijzonder met art. 18 lid 3 daarvan. Daaruit zou volgens de Stichting volgen, dat toekomstige winsten slechts mogen meetellen voor de aanwezige solvabiliteit indien in de afgelopen vijf jaar winst is gemaakt. Dit betoog gaat evenwel niet op, omdat deze bepaling klaarblijkelijk betrekking heeft op toekomstige, onzekere winsten en niet op winsten die door middel van een herverzekeringscontract zijn zeker gesteld. Voor het overige bevat de Eerste Richtlijn geen bepalingen die tot het oordeel zouden moeten leiden dat het in aanmerking nemen van verzekerde toekomstige winsten is uitgesloten. Integendeel, uit het feit dat ingevolge art. 18 lid 3 – binnen bepaalde grenzen – zelfs onverzekerde winst kan meetellen, mag worden afgeleid dat geen principieel bezwaar bestaat tegen het in aanmerking nemen van zeker gestelde winsten. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat de opsomming van hetgeen tot het vermogen van de onderneming behoort in art. 18 lid 1 kennelijk niet limitatief is bedoeld, gelet op het gebruik van de woorden: 'dit vermogen omvat met name'.

7.11. Het antwoord op de vraag of de Verzekeringskamer in dit geval mocht besluiten de door de SRC's en het Modco-contract zeker gestelde winsten voor de berekening van de aanwezige solvabiliteit in aanmerking te nemen op de wijze waarop dit is geschied, zal het hof in het midden laten omdat het voor de beslissing op de door de Stichting tegen de Verzekeringskamer ingestelde vordering niet relevant is. De reden hiervoor is dat het hof de stelling van de Stichting, dat de Verzekeringskamer in het najaar van 1991 bij Vie d'Or had moeten ingrijpen door het

benoemen van een stille bewindvoeder gegrond acht, ook al zou de zojuist genoemde vraag bevestigend moeten worden beantwoord. Het hof zal dan ook bij de bespreking van verwijt e er veronderstellenderwijs vanuit gaan, dat de Verzekeringskamer heeft mogen besluiten dat op grond van het contract met NRG (het enige van de surplus relief contracten dat in het najaar van 1991 reeds was afgesloten) een bedrag van f 13.000.000,= voor de aanwezige solvabiliteit mocht meetellen.

7.12. Het voorafgaande neemt niet weg, dat uit de hiervoor weergegeven regelgeving rond de (vereiste) aanwezige solvabiliteit blijkt, dat de aanwezige solvabiliteit kan en mag bestaan uit activa van verschillende kwaliteit. Zo is gestort aandelenkapitaal een sterker bestanddeel van de aanwezige solvabiliteit dan verwachte winst. Dit betekent dat de Verzekeringskamer zich bij het door haar uit te oefenen toezicht, bijvoorbeeld bij de afweging die zij in voorkomend geval zal moeten maken of een bewindvoerder ex art. 34 lid 4 Wtv dient te worden benoemd, de kwaliteit van de aanwezige solvabiliteit niet buiten beschouwing kan laten. Hierbij is in het geval van het contract met NRG met name van belang dat, naar de Stichting onweersproken heeft gesteld en naar de Verzekeringskamer ook in 1991 had moeten beseffen, de solvabiliteit die aan het NRG-contract werd ontleend zou 'verdampen' ingeval van insolventie van Vie d'Or. Ook immers indien, zoals de Verzekeringskamer heeft betoogd, in het algemeen van de continuïteit van de (verzekerings)onderneming mag worden uitgegaan, betekent dit niet dat de Verzekeringskamer, indien er aanwijzingen zijn dat aan een goede gang van zaken bij die onderneming moet worden getwijfeld, zich niet behoeft af te vragen wat de gevolgen voor de aanwezige solvabiliteit zouden zijn indien de continuïteit van de betreffende verzekeringsmaatschappij niet langer zou zijn gewaarborgd.

7.13. Tegen deze achtergrond zal het hof het verwijt beoordelen dat de Verzekeringskamer in 1991 (of op zijn minst in 1992) bij Vie d'Or had moeten ingrijpen door een stille bewindvoerder te benoemen. De Stichting doelt hiermee op de in lid 3 van art. 34 Wtv aan de Verzekeringskamer toegekende bevoegdheid, indien het in lid 1 van dat artikel bedoelde belang (het belang van degenen die als verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten door een verzekeraar) onverwijld ingrijpen noodzakelijk maakt, onmiddellijk de verzekeraar kan aanzeggen dat vanaf een bepaald tijdstip alle of bepaalde organen van de verzekeraar hun bevoegdheid slechts mogen uitoefenen na goedkeuring door een of meer door de Verzekeringskamer aangewezen personen.

7.14. De Stichting heeft aangevoerd dat de Verzekeringskamer in de zomer van 1991 een 'plan van aanpak' had klaarliggen dat ten uitvoer zou worden gelegd indien niet aan bepaalde voorwaarden zou zijn voldaan en dat de Verzekeringskamer dit plan vervolgens niet heeft uitgevoerd hoewel aan die voorwaarden niet was voldaan. De Stichting meent dat dit een aan de Verzekeringskamer toe te rekenen fout is. Het hof is evenwel van oordeel dat het antwoord op de vraag of de Verzekeringskamer had moeten ingrijpen door het benoemen van een stille bewindvoerder, ervan afhangt of daarvoor in de omstandigheden van het geval voldoende reden bestond, onafhankelijk van de toekomstige gedragslijn die de Verzekeringskamer in haar plan van aanpak aanvankelijk had neergelegd. Nu de Verzekeringskamer niet verplicht was een plan van aanpak op te stellen, stond het haar ook vrij terug te komen op haar aanvankelijke voornemen een stille bewindvoerder te benoemen indien Vie d'Or niet aan een aantal voorwaarden zou voldoen.

7.15. Bij het beantwoorden van de vraag of de Verzekeringskamer als een redelijk handelend toezichthouder heeft gehandeld door in of na de zomer van 1991 geen stille bewindvoerder te benoemen, neemt het hof de volgende feiten en omstandigheden tot uitgangspunt:

a. De Verzekeringskamer heeft de staten op grond waarvan zij moest beoordelen of Vie d'Or aan de solvabiliteitseisen voldeed en die vóór 1 juli van elk kalenderjaar moeten worden ingediend, over het jaar 1990 pas op 18 oktober 1991 ontvangen. Dit was in afwijking van de eerdere toezegging van de directie, de accountants en de actuaaris dat de staten op 2 augustus 1991 zouden worden ingediend. Overigens ontving de Verzekeringskamer de verslagstaten over het jaar 1989 ook al te laat, namelijk op 30 augustus 1990. Anders dan de Verzekeringskamer, acht het hof het bij herhaling en – in 1991 – in afwijking van eerdere toezeggingen ruim overschrijden van de voorgeschreven termijn een ernstige aanwijzing dat aan een goede gang van zaken bij Vie d'Or moest worden getwijfeld. Het gaat er bij deze staten immers om de Verzekeringskamer in staat te stellen de voor de polishouders van groot belang zijnde solvabiliteit te beoordelen, waarbij juist het feit dat het daarbij om een beoordeling achteraf gaat de Verzekeringskamer extra alert had moeten doen zijn indien indiening van de staten plaatsvindt ruim na het verstrijken van de voorgeschreven termijn.

b. In de loop van november 1991 kwam de Verzekeringskamer tot de conclusie dat de solvabiliteitspositie in de verslagstaten over 1990 een geflatteerd beeld gaf van de werkelijkheid; correcties op de jaarrekening leidden tot een daling van de aanwezige solvabiliteitsmarge tot beneden het niveau van het minimumgarantiefonds (memorie van antwoord Verzekeringskamer nr. 38). Hieruit moest de Verzekeringskamer derhalve blijken dat de door Vie d'Or op 15 juli 1991

ingediende voorlopige balans en resultatenrekening over 1990, volgens welke gegevens Vie d'Or per eind 1990 aan de vereiste solvabiliteitsmarge zou voldoen, in ieder geval op dit punt een onjuist beeld gaven.

c. Vanaf 10 oktober 1990 tot maart 1991 heeft de Verzekeringskamer onderzoek bij Vie d'Or ingesteld. Uit dit onderzoek constateerde de Verzekeringskamer dat Vie d'Or een achterstand had bij de administratieve verwerking van verzekeringsgegevens (memorie van antwoord Verzekeringskamer nr. 21). In maart 1991 heeft de actuaris de Verzekeringskamer ervan op de hoogte gesteld dat de administratie bij Vie d'Or niet adequaat was. 'Vie d'Or maakte zoveel productie dat zij achter de feiten aanholde. Een inschatting van de resultaten uit de bedrijfsvoering was daarom niet goed mogelijk' (memorie van antwoord Verzekeringskamer nr. 20). Op 4 september 1991 deelde de accountant mee dat de administratie pas op een termijn van anderhalf jaar volledig op orde zou zijn (memorie van antwoord Verzekeringskamer nr. 33).

d. Op 12 juli 1990 is het surplus-reliefcontract met NRG tot stand gekomen. De hieruit resulterende solvabiliteit van f 13 miljoen zou bij insolventie van Vie d'Or in rook opgaan. Het bedrag van f 13 miljoen is op de balans van Vie d'Or per 31 december 1989 geheel als actief opgenomen en in dat jaar tevens als winst in de jaarrekening verantwoord.

e. Bij brief van 30 mei 1991 heeft de actuaris de relatie met Vie d'Or opgezegd. Dit gebeurde nadat de Verzekeringskamer in een gesprek in april 1991 aan de actuaris te kennen had gegeven dat deze óf een krachtiger en onafhankelijker invulling aan zijn functie moest geven óf moest overwegen zijn functie ter beschikking te stellen (memorie van antwoord Verzekeringskamer nr. 22). De opstelling

van de Verzekeringskamer kan bezwaarlijk anders worden begrepen (bij pleidooi heeft het hof de Verzekeringskamer nog gevraagd haar opstelling jegens de actuaris nader toe te lichten, maar deze is – anders dan door een herhaling van wat ook reeds uit de stukken bleek – niet gegeven) dan dat zij van oordeel was dat er voor de actuaris ook daadwerkelijk aanleiding wás zich onafhankelijker op te stellen omdat, naar het oordeel van de Verzekeringskamer, dat wat Vie d'Or van de actuaris verlangde actuarieel niet (steeds) door de beugel kon. Indien dan vervolgens de Verzekeringskamer constateert dat de actuaris ontslag neemt, van welk ontslag de Verzekeringskamer op 7 augustus 1991 kennis nam, diende de Verzekeringskamer dit op te vatten als een signaal dat aan een goede gang van zaken bij Vie d'Or moest worden getwijfeld.

7.16. Het hof is van oordeel dat de Verzekeringskamer onder de hiervoor genoemde omstandigheden in ieder geval eind november 1991 had moeten besluiten tot het benoemen van een stille bewindvoerder, omdat het belang van bestaande en toekomstige polishouders een dergelijk ingrijpen onverwijld noodzakelijk maakte. Door dit na te laten heeft de Verzekeringskamer niet gehandeld als van een redelijk handelend toezichthouder mocht worden verwacht. Daarbij acht het hof met name van belang dat de Verzekeringskamer onvoldoende heeft onderkend dat een levensverzekeringsmaatschappij, van wie bij herhaling blijkt dat de administratie op essentiële punten tekortschiet op de wijze zoals hiervoor aangegeven, een gevaar vormt voor al degenen die in het maatschappelijk verkeer op de soliditeit van een onder toezicht staande verzekeringsmaatschappij vertrouwen. De Verzekeringskamer had voorts moeten onderkennen dat de effectiviteit van het door haar uitgeoefende toezicht staat of valt met een behoorlijke administratie van de onder toezicht staande. In dit geval was de

Verzekeringskamer door de accountants te verstaan gegeven dat de administratie pas op een termijn van anderhalf jaar (gerekend vanaf begin september 1991) volledig op orde kon zijn.

7.17. Daarbij komt, dat het vertrek van de actuaaris, onder omstandigheden die hiervoor zijn beschreven, voor de Verzekeringskamer aanleiding hadden moeten zijn zich zorgen te maken over de kwaliteit van de directie van Vie d'Or en wel zodanig dat het – ook weer gelet op de toestand van de administratie en de financiële rapportage – niet langer verantwoord was de directie te laten functioneren zonder de mate van direct toezicht die alleen de stille bewindvoering kon verschaffen. Onder deze omstandigheden was het geven van een aanwijzing op 30 september 1991, inhoudende dat de administratieve organisatie voor 1 december 1991 zodanig diende te verbeteren dat door de Verzekeringskamer tijdig een goed inzicht kon worden verkregen in de financiële positie van de maatschappij en dat Vie d'Or met ingang van 1 april 1992 over een adequaat informatiesysteem zou dienen te beschikken, volstrekt ontoereikend en, gelet op de inschatting door de accountant van de tijd die met het op orde brengen van de administratie gemoeid zou zijn, ook niet erg reëel. Inderdaad bleek in december 1991 al dat de termijn van 1 april 1992 niet zou worden gehaald.

7.18. De noodzaak tot het aanstellen van een stille bewindvoerder wordt nog vergroot, indien bedacht wordt dat een deel van de solvabiliteit, te weten een bedrag van f 13.000.000,= terzake het NRG-contract, bij faillissement van Vie d'Or in rook zou opgaan. Dit had de Verzekeringskamer in het najaar van 1991, toen duidelijk naar voren trad dat Vie d'Or met enkele ernstige problemen kampte, tot extra voorzichtigheid moeten aanzetten.

7.19. De Verzekeringskamer heeft aangevoerd dat zij voor het zogenaamde toezichthoudersdilemma stond, waarmee zij wil zeggen dat ingrijpen bij een levensverzekeringsmaatschappij, bijvoorbeeld door het intrekken van de vergunning, weliswaar toekomstige polishouders voor schade behoedt, maar de bestaande polishouders juist dupeert. Wat er van deze redenering ook zij, de Verzekeringskamer verliest uit het oog dat haar niet het verwijt wordt gemaakt dat zij de vergunning van Vie d'Or niet heeft ingetrokken, maar dat zij heeft nagelaten tijdig een stille bewindvoerder te benoemen. Door een stille bewindvoerder te benoemen had de Verzekeringskamer juist de mogelijkheid om de continuïteit van Vie d'Or zoveel mogelijk te bevorderen. Het standpunt van de Verzekeringskamer dat benoeming van een stille bewindvoerder in de markt toch snel bekend zou zijn geworden en daardoor het einde van Vie d'Or zou hebben betekend, moet worden verworpen. De mogelijkheid een stille bewindvoerder te benoemen was in 1990, dus zeer recent in de Wtv opgenomen. Bij die gelegenheid is in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel overwogen dat de stille bewindvoering ter vermindering van onevenredige schade niet bekend zou worden gemaakt (TK 1988–1989, 20 884 nr. 3 p. 9). De Verzekeringskamer heeft haar standpunt dat desalniettemin voor het bekend worden van stille bewindvoering moest worden gevreesd in dat licht onvoldoende met feiten onderbouwd.

7.20. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat grief VI slaagt. Hetgeen de Stichting overigens nog aan deze grief ten grondslag heeft gelegd heeft dan ook geen behandeling.’’

#### **4. Beoordeling van de onderdelen 1–3c van middel I in het principale beroep**

## **Inleidende beschouwingen omtrent het toezicht van de Verzekeringskamer**

4.1.1. Omtrent het in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf geregelde toezicht van de Verzekeringskamer op levensverzekeringsmaatschappijen wordt het volgende vooropgesteld.

4.1.2. Blijkens de wetsgeschiedenis, laat de aard van het systeem van het in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf voorziene toezicht door de Verzekeringskamer zich als volgt kenschetsen.

Het regime van het toezicht heeft een overwegend normatief karakter. Uitgangspunt van het toezichtssysteem is dan ook de vrijheid van bedrijfsuitoefening en bedrijfsbeleid binnen zekere algemene wettelijke normen van voornamelijk financiële aard, met daaraan verbonden openbaarheid van bedrijfsgegevens. De taak van de Verzekeringskamer als het toezichthoudend orgaan beperkt zich in beginsel tot een controle op de naleving van wettelijke normen. De verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering ligt primair bij de verzekeringsondernemingen zelf en de verantwoordelijkheid voor beleidsbeslissingen verschuift niet in meer of mindere mate naar de toezichthouder. De toezichthouder heeft hoofdzakelijk een controlerende en soms corrigerende taak. Omdat dit toezicht voornamelijk achteraf plaatsvindt is het een repressief stelsel. Zie over een en ander: Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 3, blz. 2; Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 7, blz. 3.

De in het kader van de parlementaire behandeling van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf door de minister van Financiën aan de Tweede Kamer gezonden Notitie garantieregeling verzekeringsbedrijf houdt voorts omtrent de aard van het systeem van toezicht onder meer het volgende in:

“a. De aard van het systeem van toezicht

Het instellen van het toezicht op het verzekeringsbedrijf kwam voort uit de wens aan het vertrouwen van de verzekeringnemers in de verzekeraar een hechtere basis te geven.

De verzekeringnemer moet immers niet alleen beoordelen of de desbetreffende verzekeraar bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst solide is, maar ook of hij dat gedurende de duur van de verzekeringsovereenkomst zal blijven. Vooral bij levensverzekeringen, waarvan de duur van de overeenkomst een groot aantal jaren zal belopen, dient de verzekeringnemer er op te kunnen vertrouwen dat de verzekeraar solide blijft en de aangegane verplichtingen zal nakomen.

Bij de beantwoording van de vraag hoever bij het treffen van wettelijke voorzieningen moet worden gegaan, is in Nederland steeds gekozen voor het normatieve toezichtssysteem en is het materiële toezichtssysteem nadrukkelijk afgewezen.

(...)

Het normatieve systeem laat daarentegen de verzekeraars in beginsel vrij hun bedrijfsbeleid zelf te bepalen mits zij voldoen aan algemene wettelijke normen van voornamelijk financiële aard. De taak van het toezichthoudende orgaan beperkt zich hierbij in hoofdzaak tot toezicht op de nakoming van deze normen. Dit systeem laat de verzekeraars derhalve de beleidsruimte om zich flexibel aan te passen aan de signalen uit de markt teneinde mede in het belang van de verzekerden te komen tot een zo efficiënt mogelijke allocatie van middelen. De consequentie hiervan is wel dat in beginsel niet geheel kan worden uitgesloten dat een verzekeraar als gevolg van verkeerde beleidsbeslissingen failliet kan gaan en de



crediteuren alsdan hun vorderingen niet of niet volledig kunnen verhalen.

Dienaangaande zij in de eerste plaats opgemerkt dat geen enkel toezichtssysteem, ook niet het materiële systeem in zijn meest vergaande vorm, kan garanderen dat een verzekeraar niet failliet gaat. In de tweede plaats teken ik hierbij aan dat (...) het toezicht mede als gevolg van recente wijzigingen zodanig is ingericht dat de kans op een déconfiture met financieel nadeel voor de verzekerden zeer gering moet worden geacht. Bovendien zal door de uitbreiding van de bevoegdheden van de Verzekeringskamer, zoals voorgesteld in het inmiddels aan de Kamer aangeboden wetsvoorstel tot wijziging van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (kamerstukken II 1988/89, 20 884, nr. 1–3), de kans daarop nog verder afnemen.

#### b. Recente en nog voorziene aanpassingen in het toezichtssysteem

(...)

Op grond van het bovenstaande meen ik dat het bestaande en voorziene toezichtsinstrumentarium voldoende mogelijkheden biedt een gevaarlijke ontwikkeling bij een verzekeraar bijtijds te signaleren en bij te sturen dan wel tijdig zodanige voorzieningen te treffen dat de belangen van verzekeringscrediteuren zoveel mogelijk worden veiliggesteld. De kans dat in normale omstandigheden een verzekeraar in een tekortsituatie terecht komt is niet alleen klein, de kans dat de verzekeringscrediteur van die situatie financieel nadeel zal ondervinden is door de genoemde preferentie [gedoeld wordt op art. 80 Wtv, Hoge Raad] verder teruggebracht, uiteraard binnen de grenzen van de beschikbare middelen.

Hoewel in het hierboven omschreven toezichtssysteem de kans niet geheel uitgesloten kan worden dat financiële

problemen bij een verzekeraar zullen leiden tot financieel nadeel voor de verzekeringscrediteuren acht ik deze kans alleen al uit hoofde van dit toezicht zeer gering.’

(Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 4, blz. 3-6)

“Op grond daarvan ben ik van mening dat het huidige toezichtsinstrumentarium (met inbegrip van de daarop te voorziene nadere uitbreidingen) adequaat is om, met uitzondering van zeer bijzondere situaties, financieel nadeel voor verzekeringscrediteuren als gevolg van faillissement van een verzekeraar te voorkomen.’

(Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 4, blz. 11)

4.1.3. In verband met de opvatting van de wetgever omtrent het doel van het wettelijk toezicht door de Verzekeringskamer kan nog het volgende worden ontleend aan de parlementaire voorbereiding

– van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf:

“De Tweede Kamer heeft zich, mede naar aanleiding van de deconfiture van de verzekeringsmaatschappij ‘De Wereld’ (...) uitgesproken voor verder gaande aanpassingen in de bevoegdheden die de Verzekeringskamer ten dienste staan bij het toezicht op verzekeraars (...).

(...)

Verskillende ontwikkelingen noodzaken tot deze versterking van het toezichtsinstrumentarium. De belangrijkste zijn dat een groeiend economisch en maatschappelijk belang met het verzekeringsbedrijf is gemoeid en dat de concurrentie op de Nederlandse verzekeringsmarkt is toegenomen en in sommige branches zelfs fel is. De (potentiële) gevaren voor de soliditeit van

verzekeringsmaatschappijen en daarmee voor de belangen van de verzekerden zijn dienovereenkomstig gegroeid. Naar de huidige inzichten vereisen deze wijzigingen in de markt derhalve een verscherping van het toezicht op de marktpartijen. (...) In die omstandigheden past de invoering van vooral selectief inzetbare en slagvaardige instrumenten, zoals het aanwijzingsrecht en de bevoegdheid tot uitoefening van stille curatele.”

(Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 3, blz. 1 en 3)

“Het financiële en economische belang van continuïteit in verzekeringsdekking en de te dien aanzien bij het publiek bestaande verwachting dat de krachtens de verzekeringsovereenkomst in het vooruitzicht gestelde prestaties ook zullen worden nagekomen, vormt de ratio van het toezicht door de overheid op de verzekeringssector. Een garantieregeling in de verzekeringssector zou het sluitstuk kunnen vormen van het bestaande toezichtsregime op verzekeraars en van andere wettelijke voorschriften die (mede) ten doel hebben de positie van verzekeringscrediteuren te beschermen in die gevallen, waarin zij als gevolg van manifeste financiële problemen van een verzekeraar in hun belangen zouden worden geschaad.”

(Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 4, blz. 2)

– van (de voorloper van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf:) de Wet van 18 december 1985, Stb. 705 (Wet toezicht schadeverzekeringsbedrijf):

“10. Aspecten van consumentenbescherming

Doel van het toezicht, dat de Verzekeringskamer uitoefent op het verzekeringswezen, is allereerst de belangen van de verzekerden zo goed

mogelijk te beschermen tegen de mogelijkheid van niet-nakoming door de verzekeraars van de verplichtingen die deze op zich hebben genomen.”

(Kamerstukken II 1978–1979, 15 612, nr. 3, blz. 10)

– van de Wet van 1 juli 1992, houdende regelen met betrekking tot de verzelfstandiging van de Verzekeringskamer, Stb. 372:

“De Verzekeringskamer is een zelfstandig bestuursorgaan belast met overheidstoezicht op verzekeringsmaatschappijen (...). Het voornaamste doel van het toezicht is te waarborgen dat verzekeringsmaatschappijen (...) te allen tijde hun verplichtingen kunnen nakomen.”

(Kamerstukken II 1991–1992, 22 316, nr. 3, blz. 2)

4.1.4. Art. 28 Wtv bepaalt dat de verzekeraar binnen zes maanden na afloop van elk boekjaar bij de Verzekeringskamer staten indient die tezamen een duidelijk beeld geven van het door de verzekeraar gevoerde beheer en van zijn financiële toestand, vergezeld van een verklaring van een accountant omtrent de getrouwheid. Tot die staten behoort het actuariële verslag, voorzien van een verklaring van de actuaaris dat de in het verslag genoemde voorzieningen juist zijn vastgesteld en de opgenomen sterftevergelijking juist is weergegeven.

Art. 29 Wtv schrijft voor dat het jaarverslag binnen zes maanden na afloop van het boekjaar bij de Verzekeringskamer wordt ingediend.

De verzekeraar is krachtens art. 37 en 38 Wtv verplicht toereikende technische voorzieningen aan te houden, die volledig door waarden moeten zijn gedekt.

De waarden die dienen ter dekking van de technische voorzieningen moeten worden geadmistreerd in de staten als bedoeld in art. 28 Wtv.

Ingevolge art. 39 Wtv dient de verzekeraar te beschikken over een minimum solvabiliteitsmarge, die overeenkomstig de wet wordt vastgesteld, waarvan het zogenoemde garantiefonds deel uitmaakt.

Het toezicht geschiedt door achteraf, op basis van de staten en het jaarverslag, te beoordelen of de verzekeraar toereikende technische voorzieningen aanhoudt en of de verzekeraar beschikt over de door art. 39 Wtv voorgeschreven solvabiliteitsmarge.

4.1.5. Tot de aan de Verzekeringskamer toekomende wettelijke bevoegdheden behoren de volgende.

De Verzekeringskamer verleent de vergunning waarover de verzekeraar dient te beschikken (art. 10 e.v. Wtv). De Verzekeringskamer verleent een vergunning aan ieder die te haren genoegen heeft aangetoond dat hij aan de bij of krachtens de wet gestelde eisen voor het verkrijgen van de vergunning voldoet (art. 12 Wtv). De deskundigheid van de personen die het dagelijks beleid van een verzekeraar bepalen dient naar het oordeel van de Verzekeringskamer voldoende te worden geacht in verband met de uitoefening van het verzekeringsbedrijf (art. 18 lid 1 Wtv). De handelingen en antecedenten van die personen mogen de Verzekeringskamer geen aanleiding geven tot het oordeel dat de belangen van degenen die als verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten met de verzekeraar, in gevaar zouden kunnen komen (art. 18 lid 2 Wtv). De aanvrager van een vergunning dient onder meer te beschikken over een solvabiliteitsmarge ter hoogte van het

minimum bedrag van het garantiefonds als bedoeld in art. 39 Wtv (art. 19 Wtv).

Een verzekeraar is verplicht aan de Verzekeringskamer binnen de door haar te bepalen termijn de inlichtingen te verstrekken die zij voor de vervulling van haar taak mocht verlangen (art. 31 Wtv). De Verzekeringskamer is bevoegd getuigen en deskundigen alsmede bestuurders en commissarissen op te roepen en te horen (art. 32 Wtv) en inzage te nemen van de boeken en zakelijke bescheiden van de verzekeraar (art. 33 Wtv).

De Verzekeringskamer kan bezwaar maken tegen de aard en de waardering van de waarden van de technische voorzieningen, aan welk bezwaar de verzekeraar tegemoet dient te komen (art. 37 lid 2 Wtv) en kan bezwaar maken tegen de waardering van de vermogensbestanddelen die de solvabiliteitsmarge en het garantiefonds vormen (art. 39 lid 4 Wtv).

Indien een verzekeraar niet meer beschikt over de vereiste solvabiliteitsmarge, is deze verplicht binnen twee maanden, of zoveel eerder als de Verzekeringskamer bepaalt, een saneringsplan ter goedkeuring bij de Verzekeringskamer in te dienen, dat aangeeft binnen welke termijn de solvabiliteitsmarge weer op de vereiste omvang zal worden gebracht. Indien de solvabiliteitsmarge is gedaald of naar het oordeel van de Verzekeringskamer zal dalen beneden het vereiste garantiefonds, moet de verzekeraar binnen een door de Verzekeringskamer te bepalen termijn een financieringsplan ter goedkeuring indienen, dat aangeeft hoe op korte termijn de solvabiliteitsmarge weer op de vereiste omvang zal worden gebracht. In dat geval is de Verzekeringskamer bevoegd de vrije beschikking door de verzekeraar over zijn waarden te beperken of te verbieden. De Verzekeringskamer heft de beperking of het verbod op, zodra de verzekeraar weer voldoet aan de gestelde eisen. Een verzekeraar wiens solvabiliteitsmarge niet

aan de wettelijke vereisten voldoet, moet aan de Verzekeringskamer binnen de door deze te bepalen termijn en op de door deze te bepalen wijze opgave doen van de in art. 38 Wtv bedoelde waarden en van de wijzigingen die daarin vervolgens optreden (art. 55–57 Wtv).

De Verzekeringskamer is bevoegd de aan de verzekeraar verleende vergunning in te trekken indien de verzekeraar niet meer voldoet aan de eisen die voor het verkrijgen daarvan zijn gesteld, niet binnen de ingevolge art. 55 bepaalde termijn de solvabiliteitsmarge op de vereiste omvang heeft gebracht of ernstig in gebreke blijft aan de verplichtingen te voldoen (art. 58–61 Wtv). Indien alle vergunningen zijn ingetrokken kan de rechtbank op verzoek van de Verzekeringskamer de noodregeling uitspreken, waarbij machtiging wordt verleend aan de Verzekeringskamer tot vereffening van de portefeuille en tot overdracht daarvan (art. 65–66 Wtv).

4.1.6. Wat de bevoegdheid van de Verzekeringskamer tot het treffen van maatregelen aangaat, verdient art. 34 Wtv bijzondere aandacht.

Indien de Verzekeringskamer zulks noodzakelijk acht in het belang van degenen die als verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten door een verzekeraar, kan zij deze verzekeraar een met redenen omklede aanwijzing geven (lid 1), waaraan de verzekeraar verplicht is binnen de door de Verzekeringskamer gestelde termijn te voldoen (lid 2).

Indien de Verzekeringskamer niet binnen veertien dagen na de aanwijzing een haar bevredigend antwoord van de verzekeraar heeft ontvangen of naar haar oordeel niet of onvoldoende aan haar aanwijzingen is gevolg gegeven, kan zij aanzeggen dat alle of bepaalde organen van de verzekeraar

hun bevoegdheden slechts mogen uitoefenen na goedkeuring door een of meer door de Verzekeringskamer aangewezen personen en met inachtneming van de opdrachten van deze personen (stille bewindvoering) en/of de aanwijzing publiceren (lid 3). De Verzekeringskamer trekt de maatregel van stille bewindvoering in zodra zij van oordeel is dat het in lid 1 bedoelde belang deze maatregel niet langer noodzakelijk maakt (lid 8).

Aan de parlementaire geschiedenis kan omtrent doel en aard van deze aanwijzingsbevoegdheid nog het volgende worden ontleend:

“Vanuit de noodzaak van een anticiperend en meer slagvaardig toezicht is de optie van een tijdig en verder gaand ingrijpen met zo nodig onmiddellijke werking vereist, zodat het voorzorgskarakter van het toezicht aan betekenis wint. Aan deze eisen voldoet een aanwijzingsrecht. (...) Een aanwijzing kan inhouden dat de Verzekeringskamer aan een verzekeraar voorschrijft maatregelen te treffen ter zake van specifieke of alle onderdelen van het bedrijfsbeleid, die naar de mening van de Verzekeringskamer voor verbetering in aanmerking komen.

(...)

Deze bevoegdheid tot het instellen van een stille curatele krijgt de Verzekeringskamer ook indien er sprake is van een acute situatie waarin de belangen van de verzekerden nopen tot onverwijld ingrijpen.”

(Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 3, blz. 5)

“Een aanwijzing zal derhalve niet alleen gegeven kunnen worden in het belang van de verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen van bestaande overeenkomsten van verzekering, maar ook met het oog op de nog te sluiten verzekeringen. Aldus kan bij de hantering

van het aanwijzingsrecht worden geanticipeerd op ontwikkelingen die naar het oordeel van de Verzekeringskamer in de toekomst de belangen van bedoelde personen zouden kunnen schaden. Voorts moet het gaan om het belang van de totaliteit van de (toekomstige) verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen van de betrokken verzekeraar.”

(Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 3, blz 7–8)

“Het tijdstip waarop een aanwijzing wordt gegeven is ter beoordeling van de Verzekeringskamer. Dit kan in een vroeg stadium zijn en de facto zelfs een preventieve werking hebben, afhankelijk van de omstandigheden.”

(Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 7, blz. 13)

“Bij de uitoefening van het aanwijzingsrecht is geen sprake van verantwoordelijkheidsoverneming. De verzekeraar dient zelf de desbetreffende maatregelen te nemen. De verzekeraar is en blijft verantwoordelijk voor het bedrijfsbeleid, zowel voor de situatie die aanleiding heeft gegeven tot het geven van de aanwijzing door de Verzekeringskamer als voor de wijze waarop zij aan een aanwijzing gevolg geeft. De Verzekeringskamer treedt bij haar bemoeienis met een verzekeraar niet in diens plaats.”

(Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 7, blz. 15)

“In beginsel kan het aanwijzingsrecht elke situatie en elk aspect van de uitoefening van het verzekeringsbedrijf betreffen. Bepalend is of er sprake is van situaties waar de belangen van bij de verzekeringsovereenkomst betrokkenen worden geschaad. De aanwijzing kan zich afhankelijk van de omstandigheden richten

tot elk aspect van het bedrijfsbeleid, zoals de premies en tarieven, de polisvoorwaarden, de administratie en de advertering.”

(Kamerstukken II 1988–1989, 20 884, nr. 7, blz. 17)

“Een aanwijzing kan strekken tot het redresseren van een ongewenste situatie of het redresseren van een ongewenste ontwikkeling. Het aanwijzingsrecht is repressief in de zin dat er al sprake is van omstandigheden die tot ingrijpen nopen, maar werkt preventief in de zin dat de ontwikkeling naar de toekomst toe wordt beïnvloed. (...) Wanneer hantering van het aanwijzingsrecht geboden blijkt, dient de Verzekeringskamer uiteraard in een zo vroeg mogelijk stadium op te treden. Onder welke omstandigheden zich daartoe de noodzaak voordoet, is niet in abstracto aan te geven.”

(Kamerstukken II 1989–1990, 20 884, nr. 9, blz. 15–16)

## **Relativiteitsvereiste**

4.2.1. Onderdeel 1 richt zich tegen het oordeel van het hof dat de Verzekeringskamer door niet reeds eind november 1991 een stille bewindvoerder te benoemen onrechtmatig heeft gehandeld jegens de voormalige polishouders van Vie d’Or. Het klaagt dat dit oordeel onjuist is, omdat de door de Verzekeringskamer bij de uitoefening van haar toezicht volgens het hof geschonden norm niet strekt tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de verzekerden.

4.2.2. Bij de beantwoording van de vraag of aan het in art. 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste is voldaan, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm. Aan de hand daarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee

beoogde bescherming zich uitstrekt (vgl. HR 7 mei 2004, nr. C02/310, NJ 2006, 281, rov. 3.4.1).

Uit hetgeen hiervoor in de inleidende beschouwingen is vooropgesteld, moet worden afgeleid dat het in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf voorziene toezicht van de Verzekeringskamer op een verzekeraar mede tot doel heeft het financiële belang van een polishouder, zoals dat voorzienbaar met een deconfiture van de verzekeraar is gemoeid, te beschermen. Het strookt met het stelsel van de wet, het doel van het toezicht en met de bedoeling van de wetgever, zoals daarvan uit de parlementaire geschiedenis blijkt, dat dit wettelijk toezicht – naast het algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen – mede beoogt de individuele vermogensbelangen van degenen die als verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden tot uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten met de verzekeraar (hierna ook gezamenlijk aan te duiden als de polishouders), zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen tegenover de betrokken polishouders kan voldoen en mede beoogt te bewerkstelligen dat het risico van een deconfiture van de verzekeraar zo gering mogelijk is. Daaruit volgt dat een tekortschieten van de Verzekeringskamer in de uitoefening van de haar in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf opgedragen toezichthoudende taak, als gevolg waarvan de betrokken – tot een in beginsel bepaalde groep van (potentiële) benadeelden behorende – polishouders in hun individuele vermogensbelangen worden getroffen en deswege schade lijden doordat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst kan voldoen, onrechtmatig is jegens die polishouders.

Het door het onderdeel bestreden oordeel van het hof is dus juist. Het onderdeel faalt.

### **Beoordelingsmaatstaf**

4.3.1. Onderdeel 2 behelst de klacht dat het hof bij zijn oordeel omtrent het handelen van de Verzekeringskamer in rov. 7.4–7.19 van zijn arrest is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting of van onjuiste maatstaven. Volgens het onderdeel heeft het hof ten onrechte zijn eigen oordeel omtrent de noodzaak en opportuniteit van het aanstellen van een stille bewindvoerder in de plaats gesteld van het oordeel dat de Verzekeringskamer destijds had, in plaats van te beoordelen of de Verzekeringskamer in verband met de haar toekomende beleids- en beoordelingsruimte toen in redelijkheid tot haar oordeel en besluit heeft kunnen komen. Daarbij heeft het hof, aldus het onderdeel, ten onrechte geen aandacht geschonken aan de terughoudendheid die de Verzekeringskamer bij de uitoefening van haar bevoegdheid tot aanstelling van een stille bewindvoerder in acht dient te nemen in verband met de in het stelsel van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf besloten liggende eigen verantwoordelijkheid van de verzekeraar voor de bedrijfsvoering en de bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de uitoefening van de bevoegdheden van de Verzekeringskamer in acht te nemen beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Onderdeel 3a klaagt dat het hof in rov. 7.5 ten onrechte heeft geoordeeld dat het handelen van de Verzekeringskamer volledig en niet marginaal getoetst dient te worden. Onderdeel 3b behelst de klacht dat het hof heeft miskend dat de Verzekeringskamer bij het gebruik van haar bevoegdheden niet alleen beleidsvrijheid maar in de regel tevens beoordelingsvrijheid toekomt. Onderdeel 3c bestrijdt de door het hof aangelegde maatstaf van een redelijk handelend toezichthouder indien en voor zover het hof

daarmee is uitgegaan of heeft bedoeld uit te gaan van een andere rechtsopvatting of van een andere maatstaf dan in de onderdelen 2, 3a en 3b wordt bepleit.

Deze onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.3.2. De onderdelen stellen de vraag aan de orde welke maatstaf moet worden aangelegd ter beantwoording van de vraag of de Verzekeringskamer bij de uitoefening van de haar volgens de Wet toezicht verzekeringsbedrijf toekomende bevoegdheden is tekortgeschoten en uit dien hoofde ten opzichte van de betrokken polishouders onrechtmatig heeft gehandeld. Deze vraag spitst zich toe op het door het hof aan de Verzekeringskamer verweten nalaten tijdig gebruik te maken van de bevoegdheid tot het benoemen van een stille bewindvoerder.

4.3.3. Bij de beantwoording van de vraag of het toezicht zoals dat in de desbetreffende periode door de Verzekeringskamer is uitgeoefend voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld, komt het aan op alle omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de volgende gezichtspunten van belang.

Het stelsel van toezicht is, naar hiervoor in de inleidende beschouwingen is aangeduid, in beginsel normatief en repressief en bestaat in belangrijke mate 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.

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. Dat blijkt uit het hiervoor in de inleidende beschouwingen geschetste stelsel van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf en in het bijzonder uit de formuleringen van de hiervoor in 4.1.5 en 4.1.6 samengevatte bevoegdheden die de Verzekeringskamer ten dienste staan. Indien de verzekeraar zijn wettelijke verplichtingen niet nakomt of naar het oordeel van de Verzekeringskamer niet op bevredigende wijze voldoet aan de aanwijzingen die zij noodzakelijk heeft geacht, is het in beginsel aan het inzicht van de Verzekeringskamer overgelaten of zij daaraan gevolgen zal verbinden en, zo ja, welke. Dat geldt evenzeer voor de bevoegdheid tot het treffen van bijzondere maatregelen in het geval de waarden van de technische voorzieningen of de solvabiliteitsmarge niet voldoen aan de wettelijke eisen. Deze beleids- en beoordelingsvrijheid brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee. 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.

Het toezicht dient, naar hiervoor in 4.2.2 is overwogen, mede ertoe het vermogensbelang van de (toekomstige) polishouders, welk belang de Verzekeringskamer uit de aard van haar toezicht kent of behoort te kennen, zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar van deconfiture van de verzekeraar. De Verzekeringskamer behoort bij de uitoefening van het toezicht en haar oordeel omtrent de noodzakelijkheid en effectiviteit van de in dat kader al of niet te treffen maatregelen dit belang – 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. Bij dit laatste verdient opmerking dat de Verzekeringskamer voor een ‘‘toezichthoudersdilemma’’ kan komen te staan, waarbij de belangen van de polishouders enerzijds gediend zijn met maatregelen ter onverkorte naleving van financiële normen, maar die maatregelen anderzijds de continuïteit van de bedrijfsvoering van de verzekeraar in gevaar brengen, hetgeen het belang van de polishouders kan schaden. Bij de beoordeling van deze belangenafweging zal de rechter onder meer moeten betrekken in hoeverre de Verzekeringskamer zelf ertoe heeft bijgedragen dat dit dilemma ontstond, bijvoorbeeld doordat zij ongunstige ontwikkelingen van structurele aard op hun beloop heeft gelaten.

De enkele omstandigheid dat het toezicht van de Verzekeringskamer niet heeft kunnen voorkomen dat verzekerden schade lijden als gevolg van een deconfiture van de verzekeraar is onvoldoende om de uitoefening van dat toezicht ten opzichte van die verzekerden als onrechtmatig aan te merken. Het toezicht kan, naar volgt uit hetgeen hiervoor in de inleidende beschouwingen omtrent aard en doel van het toezicht is overwogen, niet garanderen dat een deconfiture wordt voorkomen. Niettemin dient de Verzekeringskamer haar toezichthoudende bevoegdheden zodanig uit te oefenen dat het risico van een uiteindelijke deconfiture van de verzekeraar zo gering mogelijk blijft. Dat houdt ook in dat de Verzekeringskamer niet ermee kan volstaan eerst dan maatregelen te treffen indien sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar voor deconfiture van de verzekeraar, maar dat zij tijdig en adequaat die maatregelen treft, die met het oog op het zoveel mogelijk voorkomen van een deconfiture in de gegeven omstandigheden in redelijkheid

van haar kunnen worden gevegd. Treft de Verzekeringskamer enigerlei 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. De beoordeling van de keuze van de Verzekeringskamer tot het treffen of achterwege laten van een bepaalde maatregel dient dan ook mede te geschieden met inachtneming van het geheel van het voordien uitgeoefende toezicht en de in dat kader reeds getroffen maatregelen en gebleken effecten.

4.3.4. Toegesneden op het verwijt in de onderhavige zaak dat de Verzekeringskamer heeft nagelaten tijdig van haar bevoegdheid tot benoeming van een stille bewindvoerder als bedoeld in art. 34 Wtv gebruik te maken, geldt tegen de achtergrond van het vorenstaande voor de beantwoording van de vraag of de Verzekeringskamer is tekortgeschoten in de uitoefening van haar toezichthoudende taak de volgende maatstaf.

De Verzekeringskamer handelt ten opzichte van de polishouders onrechtmatig 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.

4.3.5. Het door het hof in rov. 7.5 gehanteerde criterium miskent de hiervoor in 4.3.4, tweede alinea, omschreven



maatstaf. Niet alleen komt daarin onvoldoende tot uitdrukking de mate waarin aan de Verzekeringskamer beleids- en beoordelingsruimte toekomt bij de uitoefening van haar wettelijke bevoegdheden en de in dat verband geboden terughoudendheid van de rechterlijke toetsing, maar ook ontbreekt daarin toereikende aandacht voor de samenhang van alle hier in aanmerking te nemen aspecten. De onderdelen klagen daarover terecht. Zij slagen.

## **5. Beoordeling van de onderdelen 4–8 van middel I in het principale beroep**

5.1.1. Onderdeel 4 richt zich tegen rov. 7.16 van het bestreden arrest. Het klaagt dat het oordeel van het hof, dat de omstandigheid dat de administratie van Vie d'Or in 1991 op essentiële punten tekortschoot de Verzekeringskamer in ieder geval eind november 1991 had moeten doen besluiten tot het benoemen van een stille bewindvoerder, niet begrijpelijk of niet voldoende gemotiveerd is, dan wel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. In het licht van hetgeen de Verzekeringskamer in feitelijke aanleg gemotiveerd heeft aangevoerd en in het middel is opgesomd, is, aldus het onderdeel, onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd dan wel blijkt gevend van een onjuiste rechtsopvatting het oordeel van het hof dat (a) de Verzekeringskamer onvoldoende heeft onderkend dat de administratie tekortschoot en dat de effectiviteit van het toezicht staat of valt met een behoorlijke administratie, (b) de administratieve problemen reden hadden moeten zijn voor het aanstellen van een stille bewindvoerder en (c) de benoeming van een stille bewindvoerder onverwijld noodzakelijk was.

5.1.2. Het onderdeel slaagt voor zover het erover klaagt dat het hof niet de juiste maatstaf heeft toegepast bij de beoordeling van de beslissing van de

Verzekeringskamer eind november 1991 niet over te gaan tot benoeming van een stille bewindvoerder. Het hof heeft de hiervoor in 4.3.4 bedoelde maatstaf immers niet aangelegd.

5.1.3. Het onderdeel slaagt eveneens voor zover het klaagt over de onbegrijpelijkheid van 's hofs oordeel op dit punt. Het hof is niet of niet toereikend gemotiveerd ingegaan op de – in het onderdeel samengevatte – gemotiveerde stellingen van de Verzekeringskamer, die erop neerkomen dat zij vanaf 1990 uitdrukkelijk heeft onderkend dat en waardoor de administratie van Vie d'Or tekortschoot en dat zij terzake de nodige indringende en concrete maatregelen heeft getroffen, die voldoende adequaat waren en tot een sterke verbetering van de administratie hadden geleid, zodat naar haar inzicht in de administratieve problemen, waarvan de oplossing een tijdrovend proces was, geen reden school om op dat moment onverwijld een stille bewindvoerder te benoemen.

5.2.1. Onderdeel 5a klaagt over de onbegrijpelijkheid of ontoereikende motivering van het oordeel van het hof, dat de vaststelling in rov. 7.15 onder (a) dat de verslagstaten over 1989 en 1990 te laat zijn ingediend mede grond oplevert voor de gevolgtrekking in rov. 7.16 dat de Verzekeringskamer eind november 1991 een stille bewindvoerder had moeten benoemen. Het onderdeel verwijst daartoe mede naar de, in onderdeel 4 opgesomde, in feitelijke aanleg betrokken gemotiveerde stellingen van de Verzekeringskamer, waaruit zou volgen dat de, met grote frequentie ook bij andere verzekeraars voorkomende, te late indiening hier te wijten was aan de bedoelde administratieve problemen, waartegen adequaat en met positief resultaat is opgetreden en welke omstandigheid volgens de Verzekeringskamer als zodanig geen aanwijzing vormt voor een niet naar behoren functioneren van Vie d'Or. Onderdeel 5b acht onbegrijpelijk dat het

hof van oordeel is dat de Verzekeringskamer de te late indiening van de staten geen ernstige aanwijzing vindt of zou hebben gevonden dat aan de goede gang van zaken bij Vie d'Or getwijfeld moest worden, omdat de Verzekeringskamer heeft aangevoerd dat zij in verband daarmee een onderzoek heeft ingesteld en een aanwijzing als bedoeld in art. 34 lid 1 Wtv heeft gegeven tot verbetering van de gebrekkige administratie, die de oorzaak van de te late indiening vormde, terwijl deze aanwijzing voldoende adequaat is opgevolgd. Onderdeel 5c klaagt dat onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is dat het hof aan zijn oordeel in rov. 7.16 ten grondslag legt de in rov. 7.15 onder (c) aangehaalde uitlatingen van de actuaris van 27 maart 1991 en van de accountant van 4 september 1991, omdat deze uitlatingen dateren van vóór het tijdstip dat de Verzekeringskamer naar haar stellingen krachtig is gaan aandringen op verbetering van de administratie, respectievelijk van vóór het tijdstip van de aanwijzing van de Verzekeringskamer van 30 september 1991 (zie hiervoor in rov. 3.1 onder (xv)). Onderdeel 5d behelst de klacht dat, om de in onderdeel 5c genoemde redenen, niet begrijpelijk of niet voldoende gemotiveerd is het oordeel van het hof, dat de in rov. 7.16 en 7.17 vermelde schatting door de accountant van de tijd die gemoeid zou zijn met het op orde brengen van de administratie ten grondslag kan worden gelegd aan zijn oordeel dat de Verzekeringskamer niet tijdig een stille bewindvoerder heeft benoemd. Onderdeel 5e bestrijdt als onbegrijpelijk in het licht van het in de onderdelen 4 en 5a-5c aangevoerde dat het hof aan zijn oordeel in rov. 7.16 ten grondslag heeft gelegd zijn vaststellingen in rov. 7.15 onder (b) dat de Verzekeringskamer aan de hand van de verslagstaten over 1990 wist dat deze een geflatteerd beeld gaven van de solvabiliteitspositie van Vie d'Or, omdat uit die enkele omstandigheid nog niet volgt dat het beleid van de Verzekeringskamer,

dat was gericht op verbetering van de administratie, niet juist of niet verantwoord was.

De onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.2.2. De onderdelen slagen. Zonder nadere motivering, die evenwel ontbreekt, is, gelet op hetgeen de Verzekeringskamer daaromtrent bij het hof gemotiveerd heeft aangevoerd – zoals in de onderdelen 4 en 5a–5e aangeduid – en waaraan het hof niet of niet voldoende kenbaar aandacht heeft besteed, niet begrijpelijk dat de door het hof in rov. 7.15 en 7.17 genoemde en door de onderdelen bestreden feiten en omstandigheden de in rov. 7.16 getrokken conclusie kunnen wettigen dat in ieder geval eind november 1991 de Verzekeringskamer had moeten besluiten een stille bewindvoerder te benoemen en door dit na te laten onrechtmatig heeft gehandeld. Daarbij verdient opmerking dat, zoals hiervoor in 5.1.2 is overwogen, het hof te dien aanzien ook niet de juiste maatstaf heeft aangelegd.

5.3.1. Onderdeel 6a klaagt dat onbegrijpelijk is dat het hof in rov. 7.15 onder (e) uit de eigen stelling van de Verzekeringskamer dat zij in een gesprek in april 1991 aan de actuaris te kennen heeft gegeven dat deze óf een krachtiger en onafhankelijker invulling aan zijn functie moest geven óf moest overwegen zijn functie ter beschikking te stellen, heeft afgeleid dat de Verzekeringskamer van oordeel was dat ‘‘wat Vie d'Or van de actuaris verlangde niet (steeds) door de beugel kon’’. Het onderdeel slaagt. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is niet begrijpelijk dat en waarom het hof tot het oordeel komt dat zulks uit die stelling kan worden afgeleid.

5.3.2. Het slagen van onderdeel 6a brengt mee dat onderdeel 6b slaagt. Onderdeel 6b klaagt immers dat het door onderdeel 6a – met succes – bestreden oordeel ook het op

de in rov. 7.15 onder (e) gebaseerde oordeel in rov. 7.17 aantast dat het vertrek van de actuaire voor de Verzekeringkamer aanleiding had moeten zijn te beslissen dat het niet langer verantwoord was de directie van Vie d'Or te laten functioneren zonder de mate van direct toezicht die alleen de stille bewindvoering kon verschaffen.

5.4.1. Onderdeel 7a bevat de klacht dat de vaststelling van het hof in rov. 7.12 dat de Stichting onweersproken heeft gesteld dat de solvabiliteit die aan het NRG-contract werd ontleend zou "verdampen" in geval van insolventie van Vie d'Or onbegrijpelijk is. Volgens het onderdeel heeft de Verzekeringkamer deze stelling wel weersproken door erop te wijzen dat de winst van Vie d'Or die het NRG-contract zeker stelde na de overdracht van de verzekeringsportefeuille van Vie d'Or aan Twenteleven uiteindelijk voor het overgrote deel ten goede is gekomen aan de polishouders en dus niet is verdampt. In onderdeel 7b wordt betoogd dat de gegrondheid van onderdeel 7a de vaststelling van het hof in rov. 7.15 onder (d) aantast dat bij insolventie van Vie d'Or de uit het NRG-contract resulterende solvabiliteit "in rook zou opgaan" en het oordeel in rov. 7.18 dat deze omstandigheid de Verzekeringkamer in het najaar van 1991 tot extra voorzichtigheid had moeten aanzetten.

Onderdeel 7a slaagt. De constatering van het hof dat de bedoelde stelling niet is weersproken is in het licht van hetgeen de Verzekeringkamer gemotiveerd heeft aangevoerd niet begrijpelijk. Het daarop gebaseerde oordeel dat deze omstandigheid de Verzekeringkamer tot extra voorzichtigheid had moeten aanzetten kan dus niet in stand blijven. Ook onderdeel 7b slaagt.

5.4.2. Onderdeel 7c klaagt dat niet begrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is, dan wel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting dat het hof

aanneemt dat de Verzekeringkamer in het najaar van 1991 extra voorzichtig moest zijn met het oog op – kort gezegd – de mogelijkheid van een faillissement van Vie d'Or.

De klacht slaagt. Het hof heeft aan zijn overweging in rov. 7.18 dat de Verzekeringkamer in het najaar van 1991 "toen duidelijk naar voren trad dat Vie d'Or met enkele ernstige problemen kampte" extra voorzichtig had moeten zijn, kennelijk aangenomen dat de Verzekeringkamer toen met de mogelijkheid van een faillissement van Vie d'Or rekening had moeten houden. Waarop deze aanname berust heeft het hof evenwel nagelaten duidelijk te maken. Een nadere uiteenzetting was ook daarom nodig omdat de Verzekeringkamer bij het hof gemotiveerd had aangevoerd dat naar haar inzicht toen nog geen concrete redenen bestonden om te vrezen voor de continuïteit van Vie d'Or. 's Hof's oordeel is dus niet voldoende gemotiveerd om begrijpelijk te zijn.

5.5.1. Onderdeel 8 richt zich tegen rov. 7.19. Het behelst de klacht dat hetgeen het hof aldaar overweegt omtrent het zogenoemde toezichthoudersdilemma – het risico dat de benoeming van een stille bewindvoerder niet geheim blijft en de daaruit voortvloeiende publiciteit de continuïteit van Vie d'Or in gevaar zou brengen – niet begrijpelijk is, dan wel onvoldoende is gemotiveerd of blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Daartoe wordt betoogd dat de Verzekeringkamer bij het hof heeft aangevoerd dat dit risico niet verwaarloosbaar is, omdat de aanstelling van de stille bewindvoerder zou moeten worden meegedeeld aan organen en personeelsleden van Vie d'Or en het van algemene bekendheid is dat zulke financieel-economisch relevante informatie vroeger of later bij derden bekend kan raken en in de publiciteit kan komen. Voorts wordt aangevoerd dat het hof heeft nagelaten te overwegen waarom de

Verzekeringskamer zich bij haar beleid niet in redelijkheid heeft mogen laten leiden door de vrees voor verwezenlijking van dit risico.

5.5.2. De motiveringsklacht slaagt. Zonder nadere motivering, die echter ontbreekt, is niet begrijpelijk dat de enkele omstandigheid dat, zoals het hof heeft overwogen, in de memorie van toelichting is opgemerkt dat de stille bewindvoering ter vermindering van onevenredige schade niet bekend gemaakt zou worden, een weerlegging vormt van hetgeen de Verzekeringskamer heeft aangevoerd omtrent haar vrees voor het feitelijk bekend raken daarvan, terwijl ook niet begrijpelijk is dat en waarom “in dat licht” dit standpunt van de Verzekeringskamer onvoldoende met feiten zou zijn onderbouwd.

## **6. Beoordeling van middel II in het principale beroep**

6.1.1. Middel II richt zich tegen de verwerping in rov. 13.4 van het bestreden arrest van het verweer van de Verzekeringskamer dat causaal verband ontbreekt tussen het eventueel onrechtmatig handelen harerzijds en de door de Stichting gestelde schade van de voormalige polishouders van Vie d’Or.

Rov. 13.4 luidt als volgt:

“De Verzekeringskamer heeft, voor het geval geoordeeld zou worden dat zij onrechtmatig heeft gehandeld, betwist dat causaal verband tussen dit onrechtmatig handelen en de schade bestaat. Ook dit verweer moet worden verworpen. Het hof verwijst hier naar hetgeen hiervoor werd overwogen ten aanzien van het causaal verband tussen de onrechtmatige daad van de actuaris en de accountants en de schade. Hetgeen daar is overwogen omtrent het achterwege laten van voldoende duidelijke waarschuwingen (onder andere aan de raad van commissarissen) geldt evenzeer voor

het nalaten van de benoeming van een stille bewindvoerder in diezelfde periode. Het hof is van oordeel dat door een eerdere/tijdige benoeming van een stille bewindvoerder de uiteindelijke déconfiture van Vie d’Or zou zijn voorkomen.”

6.1.2. In rov. 13.4 wordt in globale zin verwezen naar hetgeen is overwogen ten aanzien van het causaal verband tussen de onrechtmatige daad van de actuaris en van de accountants en de schade. Daarbij doelt het hof kennelijk in het bijzonder op hetgeen in rov. 8.5 en 8.6 is overwogen met betrekking tot de op het causaal verband betrekking hebbende stellingen van de actuaris en op hetgeen in rov. 10.15, 10.16 en 10.20 is overwogen met betrekking tot die stellingen van de accountants. Het verband tussen het optreden van de per 1 november 1993 aangetreden nieuwe directeur [betrokkene 6] en het faillissement van Vie d’Or heeft het hof in rov. 10.21 beoordeeld.

Rov. 10.20 en 10.21 houden het volgende in:

“10.20. Het hof merkt ten slotte nog op dat de stellingen van de accountants dat liquidatie van Vie d’Or onnodig was en dat deze bovendien op de verkeerde wijze is uitgevoerd, op volstrekt onvoldoende wijze zijn onderbouwd. De accountants hebben bijvoorbeeld, met name in het licht van de gemotiveerde stellingen van de Stichting, niet duidelijk kunnen maken hoe Vie d’Or, indien zij niet zou zijn geliquideerd, uit de reeds jaren bestaande verliessituatie zou zijn gekomen. Ook volgens de – ongecorrigeerde – jaarrekeningen van Vie d’Or werden immers in 1990, 1991 en 1992 forse verliezen van f 5,4 miljoen, f 32,2 miljoen en f 11,7 miljoen geleden. Dat de bestaande polissen hadden kunnen worden gecontinueerd is onaannemelijk, aangezien Twenteleven deze polissen slechts met een aanzienlijke korting wilde overnemen en niet is gesteld of gebleken dat andere verzekeringsmaatschappijen bereid waren

de portefeuille zonder of tegen een lagere korting over te nemen. De Stichting wijst er bovendien terecht op dat Chase Manhattan in april 1993 tot de conclusie was gekomen dat Vie d'Or 'cannot be sold for value' en dat '[t]he maximum that can be hoped for is that one of the remaining parties to be contacted would be prepared to take over the responsibility for the existing portfolio for no consideration'. Tegen deze achtergrond valt niet in te zien dat het verliesgevende Vie d'Or, met verplichtingen tegenover onder meer Merrill Lynch, kans zou hebben gezien zelfstandig het hoofd boven water te houden of zelfs maar de – kennelijk door Chase Manhattan niet winstgevende geachte – portefeuille zou hebben kunnen laten aflopen. Tenslotte hecht het hof betekenis aan de mening van de stille bewindvoerder [betrokkene 7], die blijkens het door de accountants overgelegde interview in Welwezen vertelt dat hij eind 1993 tot de conclusie kwam dat er bij Vie d'Or f 30 miljoen bij moest en dat noch de aandeelhouders noch de andere verzekeringsmaatschappijen bereid waren dat bedrag te fourneren. De accountants maken niet duidelijk waar dat bedrag, dat blijkbaar nodig was om Vie d'Or op eigen kracht te laten voortbestaan, in hun visie vandaan zou zijn gekomen.

10.21. Wat betreft het optreden van [betrokkene 6] is het hof van oordeel dat, wat er ook zij van de vraag of dat optreden van [betrokkene 6] verstandig was of niet, niet aannemelijk is dat het faillissement van Vie d'Or zou zijn uitgebleven indien [betrokkene 6] niet met de problemen naar buiten zou zijn getreden. In de eerste plaats heeft de Stichting onvoldoende weersproken aangevoerd dat Vie d'Or ten tijde van het aantreden van [betrokkene 6] al in opspraak was, en dit blijkt ook afdoende uit een artikel uit Financieel Economisch Magazine van 30 oktober 1993, productie 64 bij pleidooi in eerste instantie. De problemen waren derhalve toen al naar buiten gekomen. In de tweede

plaats ligt het niet voor de hand dat Vie d'Or, indien er, zoals de accountants stellen, in wezen weinig met Vie d'Or mis was, in de problemen zou zijn geraakt door het enkele feit dat [betrokkene 6] met bepaalde problemen naar buiten is getreden. Aannemelijk is veeleer dat de problemen van Vie d'Or zo ernstig waren dat deze ook los van het optreden van [betrokkene 6] binnen korte termijn tot ingrijpen van de Verzekeringskamer en tot faillissement zouden hebben geleid.''

6.1.3. In de inleiding op het middel wordt gesteld dat door de Verzekeringskamer bij het hof is aangevoerd dat de schade in de eerste en voornaamste plaats is ontstaan door de publiciteit die de nieuwe directeur [betrokkene 6] in november 1993 heeft veroorzaakt door alarmerende berichten naar buiten te brengen over de door hem bij Vie d'Or aangetroffen situatie, welke wezen op mismanagement en mogelijk strafbare feiten. Als gevolg van deze negatieve publiciteit kwam de continuïteit van Vie d'Or, die zich al in een zwakke financiële positie bevond, rechtstreeks in gevaar doordat de op continuïteit gebaseerde waardering van die positie niet meer gehanteerd kon worden en een herwaardering van de activa en passiva op basis van een discontinuïteitsscenario resulteerde in een neerwaartse aanpassing van het aanwezige vermogen en een (veel) groter tekort op de aangegane verplichtingen.

6.2. Onderdeel 1 klaagt dat het hof aan het hiervoor in 6.1.1 bedoelde verweer is voorbijgegaan. De klacht kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het hof heeft dit verweer immers behandeld in rov. 10.21, waarop het bij zijn verwijzing in rov. 13.4 kennelijk mede het oog had, en heeft het aldaar verworpen.

6.3.1. Onderdeel 2 richt zich tegen rov. 10.21. Onderdeel 2a behelst motiveringsklachten ten aanzien van het oordeel van het hof dat de Stichting

onvoldoende weersproken heeft aangevoerd dat Vie d'Or "al in opspraak was". Daartoe wordt aangevoerd dat dit niet uit het vermelde artikel valt af te leiden en de inhoud van deze publicatie, anders dan de door [betrokkene 6] gegenereerde negatieve publiciteit, de continuïteit van Vie d'Or niet in gevaar bracht. Onderdeel 2b bevat motiveringsklachten ten aanzien van 's hofs overweging dat "veeleer aannemelijk is dat de problemen van Vie d'Or zo ernstig waren dat deze ook los van het optreden van [betrokkene 6] binnen korte termijn tot ingrijpen van de Verzekeringkamer en tot het faillissement zouden hebben geleid". Betoogd wordt dat daarmee de gemotiveerde stellingen van de Verzekeringkamer niet zijn weerlegd.

6.3.2. Onderdeel 2a faalt. Het oordeel van het hof dat Vie d'Or in november 1993 "al in opspraak was" en dat dit ook afdoende blijkt uit het genoemde artikel uit oktober 1993, is tegen de achtergrond van het debat van partijen niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Dit oordeel berust mede op de aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken en is zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard dat het in cassatie niet verder ten toets kan komen.

6.3.3. Onderdeel 2b faalt eveneens. De bestreden passage is, mede tegen de achtergrond van hetgeen het hof in rov. 10.20 heeft overwogen omtrent de reeds jaren bestaande verliessituatie bij Vie d'Or, de onaannemelijkheid dat de bestaande polissen hadden kunnen worden gecontinueerd en het ontbreken van de kans dat Vie d'Or zelfstandig het hoofd boven water zou kunnen houden, niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd.

6.4.1. Onderdeel 3 klaagt over de begrijpelijkheid van de verwerping in rov. 10.20 van het verweer dat de liquidatie van Vie d'Or onnodig was.

6.4.2. Onderdeel 3a bevat de klacht dat de omstandigheid dat Vie d'Or in de jaren 1990 tot en met 1992 de vermelde verliezen leed de verwerping van dit verweer niet (zonder meer) kan dragen, omdat – naar de Verzekeringkamer heeft aangevoerd – de "embedded value" destijds goed was, de aandeelhouders bereid waren kapitaal bij te storten en niet abnormaal is dat een jonge snelgroeiende levensverzekeringsmaatschappij als Vie d'Or de eerste periode met verlies draait. Onderdeel 3b acht de verwijzing naar de korting bij de overdracht van de polissen aan Twenteleven niet begrijpelijk, nu deze overdracht eerst plaatsvond in 1994, lang nadat de door [betrokkene 6] veroorzaakte publiciteit zich had voorgedaan en de discontinuïteit van Vie d'Or was ingetreden. Onderdeel 3c bestrijdt dat uit de opinie van Chase Manhattan van april 1993 kan worden afgeleid dat de portefeuille van Vie d'Or in het geheel niet winstgevend zou zijn geweest of dat onvoldoende dekking voor de aangegane verplichtingen zou bestaan. Onderdeel 3d behelst de klacht dat de aangehaalde mening van de stille bewindvoerder het oordeel van het hof niet kan dragen, omdat deze mening betrekking heeft op de situatie die is ontstaan na de door [betrokkene 6] veroorzaakte publiciteit en na de daardoor ingetreden discontinuïteit.

De onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

6.4.3. De onderdelen falen. Het bestreden oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk en is voldoende gemotiveerd. Het hof heeft uit de in rov. 10.20 vastgestelde feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, kunnen afleiden dat de financiële positie van Vie d'Or in november 1993 zodanig verliesgevend was en de kans dat de bestaande polissen hadden kunnen worden gecontinueerd zo gering was dat, nu een oplossing, bijvoorbeeld in de vorm van verkoop van Vie d'Or of door middel van het bijstorten

van een aanzienlijk kapitaal, onwaarschijnlijk moest worden geacht, de stelling dat de liquidatie van Vie d'Or onnodig was niet opging. Dat oordeel berust mede op de aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken en is overigens zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard dat dit in cassatie niet verder ten toets kan komen.

## **7. Beoordeling van middel III in het principale beroep**

7.1. Het middel – dat de Hoge Raad met het oog op het geding na verwijzing in zijn geheel zal behandelen – richt zich tegen rov. 9.13 en 9.14 van de bestreden uitspraak. Deze overwegingen houden het volgende in:

“9.13. Voor wat betreft de kosten van de rapportages ter vaststelling van aansprakelijkheid (de drie KPMG-rapportages en het rapport [D]) geldt het volgende. Anders dan de actuaris aanvoert staat aan de vordering tot voldoening van (eigen) schade niet in de weg dat gedaagden jegens de Stichting geen onrechtmatige daad of wanprestatie hebben gepleegd. Uit de wetsgeschiedenis van art. 3:305a BW (TK 1991–1992, 22 486, nr. 3 p. 30) blijkt immers dat met die bepaling niet beoogd is de mogelijkheid uit te sluiten dat de rechter op vordering van een belangenorganisatie een verklaring voor recht geeft dat een gedraging onrechtmatig is en dat individuele gedupeerden met een dergelijk declaratoir vervolgens hun voordeel doen, bijvoorbeeld door eigen vorderingen tot schadevergoeding in te stellen. Niet valt in te zien waarom de kosten die de Stichting in verband met het verkrijgen van een dergelijke verklaring voor recht maakt niet als kosten gemaakt ter vaststelling van aansprakelijkheid zouden kunnen worden aangemerkt en ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebracht. Er bestaat immers evenmin twijfel over dat de Stichting aanspraak kan maken op vergoeding van de

proceskosten. Hierbij is voorts van belang dat in gevallen van massaschade, zoals Vie d'Or er één van is, de proceseconomie ermee is gediend indien in een procedure op grond van art. 3:305a BW een verklaring voor recht aangaande de onrechtmatigheid wordt gevorderd. Ook gedaagden zijn ermee gebaat dat over die vraag niet in talloze afzonderlijke procedures wordt geprocedeerd. Tegen die achtergrond valt niet in te zien waarom de Stichting geen aanspraak zou kunnen maken op vergoeding van de kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid. Bij het voorgaande komt nog dat de Stichting tevens optreedt als cessionaris van vorderingen van de 11 polishouders en in die hoedanigheid schadevergoeding vordert. Alleen al om die reden kan de Stichting vergoeding van kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid vorderen.

9.14. De vraag is of de gevorderde kosten redelijk zijn. De gang van zaken bij Vie d'Or die tot de ondergang van deze maatschappij heeft geleid is complex en de vragen die daarbij rijzen met betrekking tot de aansprakelijkheid en de schade zijn ingewikkeld zowel vanuit juridisch als vanuit verzekeringstechnisch, financieel en boekhoudkundig oogpunt. Onder die omstandigheden acht het hof het redelijk dat de Stichting deze kosten gemaakt heeft. Ook het beloop van de kosten acht het hof, gelet op de met de déconfiture van Vie d'Or gemoeide belangen, redelijk. Daaraan staat niet in de weg dat het hof KPMG niet volgt in de wijze waarop de schade behoort te worden berekend. Ook echter indien uitsluitend zou worden gekeken naar de vordering die de Stichting als cessionaris van de 11 polishouders instelt, acht het hof de gemaakte kosten redelijk. Weliswaar gaan die kosten het in deze procedure gevorderde bedrag van €225.583,= te boven en zal dit vermoedelijk nog steeds zo zijn indien ook de schadevergoeding op te maken bij staat voor polishouders 3, 8 en 10 in aanmerking wordt genomen, maar

duidelijk is dat de vordering van de 11 polishouders in zekere zin het karakter van een proefprocedure heeft, die, indien succesvol, als opstap kan worden gebruikt voor de andere polishouders in door hen tegen gedaagden in te stellen vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding. Ook hier speelt derhalve een rol dat een efficiënte procesvoering ermee gebaat is dat eerst slechts door een beperkt aantal polishouders schadevergoeding wordt gevorderd en dat het redelijk is dat die efficiënte vorm van procederen niet meebrengt dat de Stichting de door haar gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid niet volledig zou kunnen verhalen.”

7.2.1. Onderdeel 1 bestrijdt rov. 9.13 met de klacht dat het hof heeft miskend dat de Stichting de kosten die zij heeft gemaakt in verband met de rapportages ter vaststelling van aansprakelijkheid alleen van de Verzekeringskamer kan vorderen indien daartoe een aansprakelijkheidsgrond (jegens de Stichting) bestaat, welke grond het hof niet heeft vastgesteld.

7.2.2. Deze klacht is ongegrond. Een redelijke uitleg van art. 3:305a BW in verbinding met art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW brengt mee dat, indien in een procedure op de voet van art. 3:305a BW de rechtspersoon een verklaring voor recht vordert dat degene tegen wie die rechtsvordering is ingesteld onrechtmatig heeft gehandeld of in zijn verplichtingen is tekortgeschoten en uit de toewijzing van deze vordering volgt dat de betrokkene op grond van een wettelijke verplichting aansprakelijk is voor de schade die de personen wier belangen worden behartigd als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust hebben geleden, de (redelijke) kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. 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.

Daarbij wordt in aanmerking genomen dat art. 3:305a BW, zoals mede blijkt uit de wetsgeschiedenis, ertoe strekt omwille van een doelmatige afdoening van vormen van massaschade te doen vaststellen dat de gedraging onrechtmatig is of dat de schuldenaar in zijn verplichtingen is tekortgeschoten, en dat met deze vaststelling in beginsel schadeplichtigheid gegeven is. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat de in art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW bedoelde kosten ook kunnen worden gevorderd wanneer zij zijn gemaakt ter zake van een andere vordering dan een die tot schadevergoeding strekt, mits die vordering strekt tot vaststelling van de grondslag van aansprakelijkheid. In het onderhavige geval is de grondslag van de aansprakelijkheid gelegen in de omstandigheid dat degene tegen wie op de voet van art. 3:305a BW de rechtsvordering is ingesteld jegens degenen wier gelijksoortige belangen worden behartigd onrechtmatig heeft gehandeld of in zijn verplichtingen is tekortgeschoten, 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.

7.3. Onderdeel 2 behelst de klacht dat het hof bij zijn oordeel in rov. 9.13 ten onrechte in aanmerking heeft genomen dat de Stichting tevens optreedt als cessionaris van de vorderingen van elf polishouders, nu de Stichting deze kosten als eigen schade vordert. Bij deze klacht heeft de Verzekeringskamer geen belang. Uit hetgeen hiervoor in 7.2.2 is overwogen volgt dat buitengerechtelijke kosten ook voor vergoeding in aanmerking kunnen komen indien de Stichting deze als eigen schade heeft gevorderd. Het onderdeel kan dus niet tot cassatie leiden.



7.4.1. Onderdeel 3 klaagt dat het hof in rov. 9.14 ten onrechte heeft geoordeeld dat de gevorderde buitengerechtelijke kosten redelijk zijn indien uitsluitend wordt gekeken naar de vordering van de Stichting als cessionaris van de elf polishouders. Daartoe wordt aangevoerd dat de kosten in omvang ruimschoots die vordering overtreffen. Onderdeel 4a klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de kosten van het door KPMG opgemaakte schaderapport redelijk en toewijsbaar zijn. Onderdeel 4b bevat als zelfstandige klacht dat onbegrijpelijk of onjuist is dat de kosten van het schaderapport van KPMG als redelijke kosten voor vergoeding in aanmerking komen, omdat het rapport volgens het hof van geheel andere uitgangspunten uitgaat dan het hof juist acht. Deze onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

7.4.2. De onderdelen falen. Het hof heeft aan de hand van de juiste maatstaf onderzocht of de gevorderde kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid redelijk zijn en of de verrichte werkzaamheden in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze noodzakelijk waren ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid. Het hof is tot de conclusie gekomen dat dit het geval was. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Het hof heeft immers overwogen dat het onderhavige geval complex is en de vragen die daarbij rijzen uit juridisch, verzekeringstechnisch, financieel en boekhoudkundig oogpunt ingewikkeld zijn en heeft voorts bij zijn beoordeling in aanmerking genomen de aard en effectiviteit van de onderhavige collectieve actie en het daarmee beoogde doel als opstap voor door polishouders in te stellen vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding, alsmede de omvang van de vermogensschade zoals deze in totaliteit door de oud-polishouders is geleden. De enkele omstandigheid dat het hof het KPMG-rapport niet volgt in de wijze

waarop de schade is berekend maakt zijn oordeel niet onbegrijpelijk.

## **8. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep**

8.1.1. Onderdeel 1 keert zich tegen rov. 4.2 van het bestreden arrest. Deze overweging luidt:

“4.2. De grief faalt omdat het oordeel van de rechtbank juist is. De Stichting vordert (petitum sub 1.a) niet alleen een verklaring voor recht dat gedaagden (behalve de Staat) onrechtmatig hebben gehandeld jegens alle voormalige polishouders van Vie d’Or, maar ook dat alle gedaagden deswege jegens hen hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade die deze polishouders in het faillissement van Vie d’Or hebben geleden. Hetgeen de Stichting aldus vordert verschilt niet wezenlijk van een veroordeling tot betaling van schadevergoeding op te maken bij staat, omdat ook in dat geval alleen nog de omvang van de schade per polishouder moet worden vastgesteld. Voorzover de Stichting aldus meer vordert dan een verklaring voor recht dat gedaagden onrechtmatig hebben gehandeld, verdraagt dit zich niet met het bepaalde in art. 3:305a lid 3 BW, inhoudende dat een collectieve actie niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. Daar komt bij dat de vraag of causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige gedraging en de schade in beginsel voor iedere individuele polishouder zal moeten worden onderzocht, zodat daarover niet zodanige algemene uitspraken kunnen worden gedaan dat een vordering ex art. 3:305a BW op zijn plaats is. Ook al kan, naar uit het hierna volgende zal blijken, in zijn algemeenheid worden gezegd dat Vie d’Or door een onrechtmatige daad van gedaagden ten onder is gegaan en dat het gevolg daarvan is geweest dat aanspraken onder de polissen van de oud-polishouders zijn gekort, dit neemt niet weg dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat in

individuele gevallen specifieke omstandigheden, die thans niet kunnen worden overzien, aan causaal verband in de weg staan. Dit betekent dat daarover niet de algemene uitspraken kunnen worden gedaan die de Stichting van het hof verlangt.’’

8.1.2. Onderdeel 1a behelst de klacht dat het hof heeft miskend dat voor de toewijsbaarheid van de gevorderde verklaring voor recht dat sprake is van aansprakelijkheid, althans dat de Verzekeringskamer, de actuaris en de accountants hoofdelijk zijn gehouden tot voldoening van de schade, geen oordeel over (de omvang van) de schade van de voormalige polishouders noodzakelijk is. Onderdeel 1b acht onjuist, althans onbegrijpelijk ’s hofs overweging dat aan toewijzing van deze vordering in de weg staat dat onderzoek moet worden gedaan naar het causaal verband in elk individueel geval. Onderdeel 1c betoogt dat het bestreden oordeel zich niet verdraagt met elders in het arrest gegeven beslissingen over veralgemeniseerbare vraagstukken van causaliteit en aansprakelijkheid. In onderdeel 1d wordt, subsidiair, aangevoerd dat de eis dat voor het vaststellen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad noodzakelijk is dat komt vast te staan dat schade is geleden en dat deze schade in beginsel op individuele basis moet worden begroot, niet aan toewijzing van de vordering in de weg staat, gelet op het oordeel van het hof dat het faillissement van Vie d’Or aan de handelwijze van de Verzekeringskamer, de actuaris en de accountants toerekenbaar is, de aanspraken van de polishouders als gevolg daarvan per 1 augustus 1994 zijn gekort en de schade van de polishouders per die datum moet worden berekend. Onderdeel 1e herhaalt de voorgaande klachten ten aanzien van de verhouding tussen de Stichting en de Verzekeringskamer.

De onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

8.1.3. Naar de kern genomen berusten de klachten van deze onderdelen op het standpunt dat de onderhavige vordering tot verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer, de actuaris en de accountants hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade die de voormalige polishouders in het faillissement van Vie d’Or hebben geleden, behoort 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 en dat daaraan niet in de weg staat dat deze vorderingen ingevolge lid 3 van die bepaling niet kunnen strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. Dat standpunt is niet juist.

Het hof heeft – niet onbegrijpelijk – geoordeeld dat de bedoelde rechtsvordering in wezen ertoe strekt de omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens ieder van de individuele polishouders vast te stellen. Nu deze vaststelling niet kan geschieden zonder te treden in de vraag in welke mate, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval, het ontstaan van die individuele schade aan het handelen van de Verzekeringskamer, de actuaris en de accountants kan worden toegerekend en in welke mate de aan dezen en mogelijk aan de individuele benadeelde toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, verzet de strekking van art. 3:305a BW zich tegen toewijzing van die vordering. De belangen die de rechtsvordering aldus beoogt te dienen laten zich, naar het hof niet onbegrijpelijk heeft overwogen, in dit geval in zodanig onvoldoende mate veralgemeniseren, dat zij niet gerekend kunnen worden tot de gelijksoortige belangen waarop art. 3:305a BW het oog heeft. Daaraan doet niet af dat het hof, in het bijzonder omtrent het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van de Verzekeringskamer, de actuaris en de accountants en de totale schade en het tijdstip waarop die totale schade moet

worden berekend, beslissingen heeft gegeven die op zichzelf “veralgemeenseerbare vraagstukken van causaliteit en aansprakelijkheid” betreffen.

Daarop stuiten de klachten van deze onderdelen af.

8.2.1. Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 5.1–5.5 en rov. 13.3 van de bestreden uitspraak. Het gaat in die overwegingen om de vraag of de vordering van de Stichting tot het verkrijgen van een verklaring voor recht kan betreffen polishouders die hun rechten en verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst met Vie d’Or niet hebben overgedragen aan Twenteleven (de “afkopers”) en polishouders die dat wel hebben gedaan, maar hun overeenkomst met Twenteleven vervolgens niet hebben gecontinueerd (de “aflopers”).

8.2.2. Het oordeel van het hof laat zich als volgt samenvatten. De Stichting kan op grond van art. 3:305a BW alleen een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. De statuten – zie hiervoor in 3.1 onder xxi – laten geen andere conclusie toe dan dat de Stichting slechts de belangen behartigt van de polishouders (i) wier rechten en verplichtingen aan Twenteleven zijn of zullen worden overgedragen en (ii) die de levensverzekeringsovereenkomsten met Twenteleven ook nadien continueren. Niet van belang is of de statuten niet verbieden de belangen van “afkopers” en “aflopers” te behartigen (rov. 5.2). Ook al zouden er, zoals de Stichting heeft gesteld, geen polishouders bestaan die hun rechten en verplichtingen niet hebben overgedragen aan Twenteleven, dit doet niet af aan de nadrukkelijke beperking in de statuten (rov. 5.3). Ook het argument van de Stichting dat na verloop van tijd alle polishouders “aflopers” worden, gaat niet op omdat degene wiens polis tot uitkering komt nog steeds de overeenkomst van

levensverzekering met Twenteleven continueert (rov. 5.4). De stelling dat “afkopers” en “aflopers” in een identieke positie verkeren en de te beantwoorden rechtsvragen dezelfde zijn, kan niet ertoe leiden dat de Stichting kan optreden namens oud-polishouders die blijkens haar statuten uitdrukkelijk – en kennelijk welbewust – van belangenbehartiging zijn uitgesloten (rov. 5.5). Het dienovereenkomstige verweer van de Verzekeringskamer is gegrond (rov. 13.3).

8.2.3. Onderdeel 2a komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen het oordeel van het hof dat voor het antwoord op de vraag of de Stichting mede namens andere polishouders dan diegenen die nog bij Twenteleven verzekerd zijn, een verklaring voor recht op de voet van art. 3:305a BW kan vorderen, alleen beslissend is de in de statuten met zoveel woorden aangeduide groep polishouders. Onderdeel 2b richt motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof in rov. 5.2 en 5.3, op grond van de stelling dat de statutaire doelomschrijving niet beoogt de behartiging van de belangen van de overige polishouders in zijn algemeenheid of welbewust uit te sluiten. De onderdelen 2c en 2d behelzen motiveringsklachten tegen rov. 5.3. Onderdeel 2e acht het oordeel in rov. 5.4 onjuist of onbegrijpelijk.

De onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

8.2.4. Aan de onderdelen ligt de opvatting ten grondslag dat de Stichting op de voet van art. 3:305a BW ook kan opkomen voor belangen van andere polishouders dan van degenen die, naar het hof – niet onbegrijpelijk – heeft vastgesteld, uitdrukkelijk en nauwkeurig in de statuten zijn omschreven als degenen wier belangen door de Stichting worden behartigd. Die opvatting is onjuist. Daarop stuiten de klachten van deze onderdelen af.

8.3.1. Onderdeel 3, dat is ingesteld onder de – thans vervulde – voorwaarde dat middel I in het principale beroep tot vernietiging van het bestreden arrest leidt, keert zich tegen rov. 7.9 en 7.10.

8.3.2. Onderdeel 3a.1 betreft het oordeel van het hof in rov. 7.9 dat het in aanmerking nemen van de SRC's en het Modco-contract – waarover hiervoor het een en ander is vermeld in 3.1 onder iv en in 3.3, waar onder b het desbetreffende verwijt van de Stichting aan de Verzekeringskamer is opgenomen – bij de bepaling van de solvabiliteit van Vie d'Or niet per se ongeoorloofd was. Het klaagt dat dit oordeel onjuist of onbegrijpelijk is, nu zulks niet te verenigen valt met het door het hof eerder verwoorde uitgangspunt dat deze herverzekeringscontracten in aanmerking genomen mogen worden bij de berekening van de aanwezige solvabiliteit “mits deze niet dienen tot dekking van het minimumbedrag van het garantiefonds of van meer dan de helft van het garantiefonds”. Onderdeel 3a.2 gaat ervan uit dat het oordeel van het hof aldus gelezen moet worden dat deze herverzekeringscontracten mochten meetellen voor de vereiste solvabiliteitsmarge en klaagt dat dit oordeel onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd is, omdat het hof dan heeft nagelaten de vraag te beantwoorden of de feitelijke solvabiliteit voldeed aan de eisen van het minimum garantiefonds; de Stichting heeft immers gesteld dat deze “verwachte (toekomstige) winsten” daarvoor niet mochten meetellen.

8.3.3. De onderdelen kunnen bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Zij berusten op een onjuiste lezing van de overwegingen van het hof. Het hof heeft, naar blijkt uit hetgeen in rov. 7.11 is overwogen, in het midden gelaten – en, gelet op zijn oordeel dat de Verzekeringskamer op andere gronden onrechtmatig heeft gehandeld, in het midden kunnen laten – of de

Verzekeringskamer in dit geval heeft mogen besluiten de door de SRC's en het Modco-contract “zeker gestelde winsten” voor de berekening van de aanwezige solvabiliteit in aanmerking te nemen op de wijze waarop dit is geschied en aldus ook in rov. 7.9 nog geen definitief oordeel geveld of deze herverzekeringscontracten mochten meetellen voor de vereiste solvabiliteitsmarge en mochten dienen als dekking van het minimum garantiefonds.

8.3.4. Onderdeel 3a.3 klaagt dat, voor zover het oordeel van het hof aldus moet worden gelezen dat de herverzekeringscontracten niet als “verwachte (toekomstige) winsten” worden beschouwd, maar als winsten die door middel van de bedoelde contracten waren zeker gesteld, dit oordeel onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is in het licht van de omstandigheid dat het elders (onder meer in rov. 7.12) heeft vastgesteld dat “de solvabiliteit die aan het NRG-contract werd ontleend zou ‘verdampen’ ingeval van insolventie van Vie d'Or”.

8.3.5. Het onderdeel kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het gaat uit van een onjuiste lezing van 's hofs overweging. Het hof heeft in rov. 7.9 enkel overwogen dat in beginsel niet is uitgesloten dat de Verzekeringskamer verwachte (toekomstige) winsten bij de waardering van de aanwezige solvabiliteit mag betrekken wanneer deze winsten door middel van de bedoelde contracten zijn zeker gesteld, maar vervolgens (in rov. 7.11) in het midden gelaten of de Verzekeringskamer een zelfstandig verwijt treft dat zij in het onderhavige geval deze contracten daarbij heeft betrokken. Daaruit moet worden afgeleid dat het hof ook nog niet definitief heeft beslist of en in welke mate deze winsten door de bedoelde contracten waren zeker gesteld en of en in hoeverre zij geheel of gedeeltelijk als dekking van de solvabiliteitsmarge en het

minimum garantiefonds mochten meetellen.

Opmerking verdient dat het oordeel van het hof dat de solvabiliteit die aan het NRG-contract werd ontleend bij insolventie van Vie d'Or zou "verdampen", door de gegrondbevinding van de hiervoor in 5.4.1 bedoelde motiveringsklacht in het principale beroep, nog niet als vaststaand kan gelden.

8.3.6. Onderdeel 3b, dat is voorgesteld onder de – thans vervulde – voorwaarde dat onderdeel 3a niet tot vernietiging van de bestreden uitspraak leidt, klaagt dat het hof in rov. 7.10 ten onrechte art. 18 lid 3 van de Eerste Richtlijn (79/267/EEG van de Raad van 5 maart 1979 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf, en de uitoefening daarvan; PB nr. L063, blz. 1, 1979/03/13) niet van toepassing heeft geacht op winsten die door middel van een herverzekeringscontract zijn zeker gesteld.

8.3.7. De klacht behoeft in dit stadium geen behandeling. Na verwijzing zal aan de orde kunnen komen of – naar het hof in rov. 7.9 in verbinding met rov. 7.11 onbeslist heeft gelaten – de onderhavige herverzekeringscontracten van dien aard waren dat, kort gezegd, de Verzekeringskamer deze (geheel) heeft mogen meetellen als dekking van de solvabiliteitsmarge en het minimum garantiefonds. Daarbij kan van belang zijn of, zoals het hof heeft geoordeeld, art. 18 lid 3 van de Eerste Richtlijn – geïmplementeerd in art. 39 Wtv – in zijn algemeenheid alleen betrekking heeft op toekomstige onzekere winsten en niet op winsten die door middel van een herverzekeringscontract zijn zeker gesteld. Beslissend is dat echter niet, nu over die vraag, naar in dit geding is gebleken, verschillend kan worden gedacht, en het erom gaat of de Verzekeringskamer in het kader van het door haar te verrichten

toezicht de volgens haar juiste uitleg van de Richtlijn tot uitgangspunt heeft kunnen nemen.

8.3.8. Onderdeel 3c behelst de klacht dat het hof ten onrechte is voorbijgegaan aan het betoog van de Stichting dat de beslissing van de Ondernemingskamer dat de herverzekeringscontracten, althans de SRC's, niet in de jaarrekening hadden mogen worden geactiveerd, in de onderhavige procedure in ieder geval ten aanzien van de Verzekeringskamer gezag van gewijsde heeft.

8.3.9. De verzoekschriftprocedure voor de Ondernemingskamer, waarin onder anderen de Stichting en de Verzekeringskamer als belanghebbenden zijn verschenen, heeft geleid tot de (hiervoor in 3.1 onder xviii vermelde) beschikking van 9 juli 1998 (ook te kennen uit HR 31 mei 2000, nr. OK 70, NJ 2000, 555). In die beschikking heeft de Ondernemingskamer onder meer overwogen, kort gezegd, dat de SRC's en het NRG-contract niet in de vennootschappelijke jaarrekening hadden mogen worden geactiveerd op de wijze waarop dat is geschied, maar slechts in de toelichting op de onderscheiden jaarrekeningen hadden mogen en moeten worden vermeld, en dat Vie d'Or het advies van een door haar benoemde commissie om deze contracten in de jaarrekening te activeren tegen de nominale waarde van het resterende maximum obligo en het advies van de accountants om te dien aanzien alleen de maximaal mogelijke "inkomende" geldstroom te activeren in redelijkheid niet had mogen opvolgen (rov. 6.3.6–6.3.7). De Ondernemingskamer heeft vervolgens de vordering tot vernietiging van het besluit van de Verzekeringskamer waarbij de jaarrekening 1993 is vastgesteld toewijsbaar geoordeeld, nu deze jaarrekening op onderdelen onjuist is (rov. 7.3).

Voorts heeft de Ondernemingskamer in rov. 6.5.3 overwogen:

“De Verzekeringskamer heeft een rapport van Coopers & Lybrand van 16 februari 1998 overgelegd ter toelichting op een aantal ‘aspecten die bij de uitvoering van het toezicht door de Verzekeringskamer op (...) Vie d’Or in de periode 1989 t/m 1993 een belangrijke rol hebben gespeeld’. Aangezien het toezicht van de Verzekeringskamer geen voorwerp van onderzoek onder het enquêterecht vormt, zijn bedoelde ‘aspecten’, – en daarmee voormeld rapport – voor de beoordeling van deze zaak niet van belang. (...) De ondernemingskamer merkt slechts op dat het rapport betrekking heeft op de solvabiliteitspositie van Vie d’Or en dus niet op de in deze beschikking gegeven oordelen omtrent de jaarrekeningen en derhalve ook in zoverre niet relevant is.”

In de beschikking wordt de Verzekeringskamer verantwoordelijk gehouden voor het wanbeleid, doch uitsluitend voor zover het de behandeling van de Merrill Lynch-contracten onder de noodregeling betreft; het gaat hier om handelen van de rechtspersoon Vie d’Or, uitgevoerd door de Verzekeringskamer krachtens de haar ingevolge art. 70 lid 1 Wtv toekomende bevoegdheden (rov. 6.8.2). Ten aanzien van een dergelijke beslissing geldt dat deze, behoudens cassatie, ook in andere procedures bindend is voor degenen die in de tweede 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 (vgl. HR 8 april 2005, nr. R04/005 (OK 109), NJ 2006, 443). Tegen de beschikking van de Ondernemingskamer is, als hiervoor in 3.1 onder xviii vermeld, beroep in cassatie

ingesteld; de Hoge Raad heeft die beschikking op dit punt vernietigd.

8.3.10. Aan de klacht van onderdeel 3c ligt de veronderstelling ten grondslag dat de beslissing van de Ondernemingskamer dat de herverzekeringscontracten niet in de jaarrekening hadden mogen worden geactiveerd, in de onderhavige procedure gezag van gewijsde toekomt. Die veronderstelling is evenwel onjuist.

Uit hetgeen hiervoor in 8.3.9 is overwogen volgt dat de in het onderdeel bedoelde beslissing van de Ondernemingskamer geen bindende kracht als bedoeld in art. 67 (oud) Rv. (thans art. 236 Rv.) toekomt in de onderhavige procedure, waarin, kort gezegd, de Stichting een verklaring voor recht vordert dat de Verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld wegens gebrekkig toezicht, hieruit bestaande dat zij – naar thans uitsluitend aan de orde is – heeft toegestaan dat de bedoelde herverzekeringscontracten werden meegeteld als dekking van de solvabiliteitsmarge en het minimum garantiefonds.

Het onderdeel faalt dus.

8.4.1. Onderdeel 4, dat is ingesteld onder de – thans vervulde – voorwaarde dat middel I in het principale beroep tot vernietiging van het bestreden arrest leidt, keert zich tegen rov. 7.14.

8.4.2. Het onderdeel behelst de klacht dat het hof een onbegrijpelijke, want te beperkte, uitleg heeft gegeven aan de stellingen van de Stichting.

De klacht kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Uit hetgeen het hof in rov. 7.15 heeft overwogen blijkt onmiskenbaar dat het hof, naast de in rov. 7.14 vermelde stelling van de Stichting, ook de overige door de Stichting aangevoerde omstandigheden heeft betrokken bij de beoordeling of de

Verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld door toen niet, overeenkomstig hetgeen aanvankelijk in het plan van aanpak was voorzien, tot de benoeming van een stille bewindvoerder te besluiten.

8.5.1. 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.”

8.5.2. 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.

8.5.3. De klacht faalt. Nog daargelaten dat de tuchtrechtelijke procedures niet zijn ingesteld tegen de Verzekeringskamer, heeft het hof 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.

## 9. 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 (...; *red.*);

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Stichting in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

## » Noot

1. De Hoge Raad spreekt zich in bovenstaand arrest voor het eerst uit over een aantal aspecten van het veelbesproken thema van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van financiële toezichthouders. Daarnaast schept de uitspraak op een aantal punten duidelijkheid over wat wel en niet kan worden gevorderd op grond van de collectieve actie bepaling van art. 3:305a BW.

2. Op 18 november 1993 heeft de Pensioen- & Verzekeringskamer (hierna: PVK) in verband met de aanhoudende financiële problemen bij de onder haar toezicht staande verzekeraar NV Levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or (hierna: Vie d'Or) een stille bewindvoerder benoemd (art. 34 lid 4 jo. lid 3 van de toenmalige Wet toezicht verzekeringsondernemingen, hierna: Wtv). Op 15 december 1993 heeft de Rechtbank 's-Hertogenbosch op aanvraag van de PVK

ten aanzien van Vie d'Or de noodregeling als bedoeld in artikel 66 lid 1 Wtv uitgesproken. Daarbij is de PVK op de wijze als voorzien in art. 66 lid 2 Wtv machtiging verleend tot vereffening en overdracht van het vermogen van Vie d'Or. Op 11 december 1995 is Vie d'Or failliet verklaard. Voordien waren de verplichtingen van Vie d'Or jegens de polishouders wegens de aanhoudende financiële problemen bij Vie d'Or al overgedragen aan Levensverzekeringsmaatschappij Twenteleven NV. Daarbij zijn de verplichtingen aanzienlijk gekort. Als gevolg hiervan hebben de betrokken polishouders schade geleden. De Stichting Vie d'Or (die de gemeenschappelijke belangen van de voormalige polishouders behartigt, hierna: de Stichting) spreekt de PVK, de betrokken accountants en de betrokken actuaris op basis van de collectieveactie bepaling van art. 3:305a BW in rechte aan. In het hoger beroep vordert de Stichting (voor zover voor het doel van deze annotatie van belang) (i) een verklaring voor recht dat de voornoemde partijen onrechtmatig hebben gehandeld jegens de voormalige polishouders en deswege jegens hen hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade die zij door het faillissement van Vie d'Or hebben geleden, en (ii) een veroordeling van de voornoemde partijen tot betaling aan de Stichting van bepaalde bedragen ter zake van de door de Stichting gemaakte kosten tot vaststelling van schade en aansprakelijkheid en tot verkrijging van voldoening buiten rechte. Ten aanzien van de accountants en de actuaris heeft de Hoge Raad afzonderlijke arresten gewezen die in deze annotatie buiten beschouwing blijven. Zie voor deze arresten resp. «JOR» 2006/296 m.nt. Beckman en «JOR» 2006/297. Krachtens juridische fusie is de PVK inmiddels opgegaan in De Nederlandsche Bank NV (hierna: DNB). Ik zal in het vervolg van deze annotatie niettemin blijven spreken over de PVK, omdat het beweerde onrechtmatig handelen

zich voordeed voorafgaand aan de fusie met DNB.

3. Het hof heeft geoordeeld dat de PVK door niet reeds eind november 1991 een stille bewindvoerder te benoemen onrechtmatig heeft gehandeld jegens de voormalige polishouders van Vie d'Or. In cassatie klaagt de PVK erover dat dit onjuist is, omdat de door de PVK bij de uitoefening van haar toezicht volgens het hof geschonden norm niet strekt tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de verzekerden (het relativiteitsvereiste, zie art. 6:163 BW). Deze klacht faalt. De Hoge Raad herhaalt de maatstaf die hij introduceerde in het Duwbak-Linda-arrest (HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.4.1): bij de beantwoording van de vraag of aan het relativiteitsvereiste is voldaan 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. Het in de Wtv voorziene toezicht van de PVK op een verzekeraar heeft mede tot doel het financiële belang van een polishouder, zoals dat voorzienbaar met een deconfiture van de verzekeraar is gemoeid, te beschermen. Het strookt met het stelsel van de wet, het doel van het toezicht en met de bedoeling van de wetgever, zoals daarvan uit de parlementaire geschiedenis blijkt, dat dit wettelijk toezicht – naast het algemene belang van bescherming en bevordering van het vertrouwen in het verzekeringswezen – mede beoogt de individuele vermogensbelangen van degenen die als verzekeringnemers, verzekerden of gerechtigden tot uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten met de verzekeraar (hierna ook gezamenlijk aan te duiden als de polishouders) zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen



tegenover de betrokken polishouders kan voldoen en mede beoogt te bewerkstelligen dat het risico van een deconfiture zo gering mogelijk is. Daaruit volgt volgens de Hoge Raad dat een tekortschieten van de PVK in de uitoefening van de haar in de Wtv opgedragen toezichthoudende taak, als gevolg waarvan de betrokken – tot een in beginsel bepaalbare groep (potentiële) benadeelden behorende – polishouders in hun individuele vermogensbelangen worden getroffen en deswege schade lijden doordat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst kan voldoen, onrechtmatig is jegens die polishouders (r.o. 4.2.2).

4.1. Het hof had geoordeeld dat de vraag of het optreden van de PVK beantwoordt aan hetgeen van een redelijk handelend toezichthouder gevergd mag worden, van geval tot geval beantwoord moet worden aan de hand van alle relevante omstandigheden. Daarbij is het volgens het hof weliswaar zo dat bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden die door de wet aan de PVK zijn toegekend de PVK een zekere beleidsvrijheid heeft (zoals bij de vraag of een stille bewindvoerder zal worden benoemd op grond van het bepaalde in art. 34 lid 3 of 4 Wtv) en dat de rechter met die beleidsvrijheid rekening zal moeten houden, maar dit betekent volgens het hof niet dat het optreden van de PVK slechts marginaal mag worden getoetst. Ook in gevallen waarin aan de PVK beleidsvrijheid toekomt, is de maatstaf volgens het hof of de PVK als een redelijk handelend toezichthouder heeft gehandeld en die toetsing is een volledige toetsing op zorgvuldigheid en niet een marginale (r.o. 7.5). In cassatie klaagt de PVK erover dat het hof aldus is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting of van onjuiste maatstaven. De klacht slaagt.

4.2. De Hoge Raad begint met te overwegen dat het bij de beantwoording van de vraag of het toezicht van de PVK

zoals dat in de desbetreffende periode door de PVK is uitgeoefend voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld, aankomt op alle omstandigheden van het geval (r.o. 4.3.3). Het valt op dat de Hoge Raad hier niet – zoals A-G Timmerman (zie nrs. 3.8–3.12), de rechtbank en het hof in de onderhavige zaak en evenals in overige lagere jurisprudentie op dit punt (zie o.m. Rb. Amsterdam 7 juni 2000, «JOR» 2000/153 (Nusse Brink) en Rb. Amsterdam 14 september 2005, «JOR» 2005/277, m.nt. CMGvdK en Van Ravels (De Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/Stichting Autoriteit Financiële Markten e.a.)) – spreekt over de ‘redelijk handelend (en redelijk bekwame) toezichthouder’. Veel maakt het overigens niet uit, want het is uiteindelijk niet meer dan een etiket dat men opplakt. Waar het op aankomt is welke gezichtspunten achter het gehanteerde etiket schuilgaan. Vgl. C.C. van Dam, Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico’s wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid. Deel I: Algemeen Rapport, British Institute of International and Comparative Law, London 2006 (hierna: Van Dam (2006)), p. 92.

4.3. Volgens de Hoge Raad zijn de volgende gezichtspunten van belang (r.o. 4.3.3).

(i). Aard van het toezicht. Het stelsel van het toezicht op verzekeraars is in beginsel normatief en repressief en bestaat in belangrijke mate 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 PVK de eigen verantwoordelijkheid van de verzekeraar voor de bedrijfsvoering tot uitgangspunt heeft te nemen.

(ii). Beoordelings- en beleidsvrijheid. Uit het stelsel van de Wtv blijkt dat de PVK bij de uitoefening van haar toezicht en het al of niet gebruiken van de haar in dat verband toekomstende wettelijke bevoegdheden een aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. Indien de verzekeraar zijn wettelijke verplichtingen niet nakomt of naar het oordeel van de PVK niet op bevredigende wijze voldoet aan de aanwijzingen die zij noodzakelijk heeft geacht, is het in beginsel aan het inzicht van de PVK overgelaten of zij daaraan gevolgen zal verbinden en, zo ja, welke. Dat geldt volgens de Hoge Raad evenzeer voor de bevoegdheid tot het treffen van bijzondere maatregelen in het geval de waarden van de technische voorzieningen of de solvabiliteitsmarge niet voldoen aan de wettelijke eisen. Deze beleids- en beoordelingsvrijheid brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee.

(iii). Geen wijsheid achteraf. Het gaat er niet om 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 PVK in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen.

(iv). Doel van het toezicht. Het toezicht dient (zie nr. 3 hierboven), mede ertoe het vermogensbelang van de (toekomstige) polishouders, welk belang de PVK uit de aard van haar toezicht kent of behoort te kennen, zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar van deconfiture van de verzekeraar.

(v). Complexe belangenafweging. De PVK behoort bij de uitoefening van het toezicht en haar oordeel omtrent de noodzakelijkheid en effectiviteit van de in dat kader al of niet te treffen maatregelen het vermogensbelang van de (toekomstige)

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 het treffen van een maatregel een rol. Bij dit laatste verdient volgens de Hoge Raad opmerking dat de PVK voor een “toezichthoudersdilemma” kan komen te staan, waarbij de belangen van de polishouders enerzijds gediend zijn met maatregelen ter onverkorte naleving van financiële normen, maar die maatregelen anderzijds de continuïteit van de bedrijfsvoering van de verzekeraar in gevaar brengen, hetgeen het belang van de polishouders juist weer kan schaden. Bij de beoordeling van deze belangenafweging zal de rechter onder meer moeten betrekken in hoeverre de PVK zelf ertoe heeft bijgedragen dat dit dilemma ontstond, bijvoorbeeld doordat zij ongunstige ontwikkelingen van structurele aard op hun beloop heeft gelaten. De PVK dient, zo vat ik dit gezichtspunt samen, in de uitoefening van haar toezichthoudende taak rekening te houden met uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen en dient daarbij ook rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. In dit opzicht vertoont de positie van een toezichthouder enige gelijkens met de rol van de curator in faillissement (zie HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK (Maclou), r.o. 3.6).

(vi). Geen garanties, wel tijdig en adequaat handelen. Bedacht moet worden dat de PVK niet kan garanderen dat zich geen deconfiture voordoet. Dit volgt uit de aard en het doel van het toezicht dat de PVK uitoefent (zie gezichtspunten (i) en (iv)). De enkele omstandigheid dat het toezicht van de PVK niet heeft kunnen voorkomen dat verzekerden schade lijden als gevolg van een deconfiture van de verzekeraar is dan ook onvoldoende om de uitoefening van dat toezicht ten opzichte van die

verzekerden als onrechtmatig aan te merken. Niettemin dient de PVK haar toezichthoudende bevoegdheden zodanig uit te oefenen dat het risico van een uiteindelijke deconfiture van de verzekeraar zo gering mogelijk blijft. Dat houdt ook in dat de PVK niet ermee kan volstaan eerst dan maatregelen te treffen indien sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar voor deconfiture van de verzekeraar, maar dat zij tijdig en adequaat die maatregelen treft, die met het oog op het zoveel mogelijk voorkomen van een deconfiture in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van haar kunnen worden gevegd. Treft de PVK enigerlei 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. De beoordeling van de keuze van de PVK tot het treffen of achterwege laten van een bepaalde maatregel dient dan ook mede te geschieden met inachtneming van het geheel van het voordien uitgeoefende toezicht en de in dat kader reeds getroffen maatregelen en gebleken effecten.

4.4. Met name het gezichtspunt onder 4.3 (ii) biedt de nodige houvast voor de praktijk: daar waar de toezichthouder beoordelings- en beleidsvrijheid heeft, dient de rechter terughoudend te toetsen. Hiermee bekrachtigt de Hoge Raad de benadering die de rechtbank ook al had gekozen, maar die door het hof was verworpen. De benadering van de Hoge Raad voorkomt terecht dat de rechter op de stoel van de toezichthouder gaat zitten. De gezichtspuntencatalogus zal niet limitatief bedoeld zijn. Er zijn immers wel meer relevante gezichtspunten te bedenken. Zie de conclusie van A-G Timmerman, nrs. 3.13–3.24, waar als relevante gezichtspunten nog het legaliteitsbeginsel, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (die ten dele ook doorklinken in gezichtspunt 4.3 (v)), de Kelderluik-criteria (zie HR 5 november 1965, NJ 1966, 136) en de internationale context worden

genoemd. Vgl. voor een overzicht van de gezichtspunten die in de literatuur zoal zijn aangedragen Van Dam (2006), p. 90 e.v. Hoewel het onderwerp de laatste jaren in het brandpunt van de belangstelling staat, is de aansprakelijkheid van toezichthouders natuurlijk nog relatief onontgonnen terrein. Op termijn zal er meer casuïstiek en literatuur voorhanden zijn, zodat de gezichtspuntencatalogus ongetwijfeld nog een nadere ontwikkeling zal doormaken.

4.5. Toegespitst op het verwijt dat de PVK te laat een stille bewindvoerder zou hebben benoemd, komt de Hoge Raad tegen de achtergrond van de bovenstaande gezichtspunten tot de volgende maatstaf: de PVK handelt ten opzichte van de polishouders onrechtmatig 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 de 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. 4.3.4). Dit is deze maatstaf die het Hof Amsterdam na verwijzing zal moeten hanteren.

5.1. In cassatie klaagt de PVK erover dat het hof had geoordeeld dat de Stichting de kosten die zij heeft gemaakt in verband met rapportages ter vaststelling van aansprakelijkheid van de PVK kon vorderen, ondanks het feit dat er geen aansprakelijkheidsgrond jegens de Stichting bestaat. Hiermee stelt de PVK de vraag aan de orde of een rechtspersoon die een vordering op de voet van de collectieve actie bepaling van artikel 3:305a BW instelt

aanspraak kan maken op vergoeding van de buitengerechtelijke kosten als bedoeld in art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW (redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid). De wetsgeschiedenis biedt geen uitsluitel en de Hoge Raad had zich er nog niet over uitgelaten. Verder lijkt de vraag ook niet expliciet te zijn beantwoord in de lagere rechtspraak en de literatuur (zie A-G Timmerman, nr. 6.11). De klacht van de PVK moet volgens de Hoge Raad falen: een redelijke uitleg van de collectieve actie bepaling van art. 3:305a in verbinding met art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW brengt mee dat, indien in een procedure een rechtspersoon op grond van art. 3:305a BW een verklaring voor recht vordert dat degene tegen wie de vordering is ingesteld onrechtmatig heeft gehandeld of in zijn verplichtingen is tekortgeschoten en uit de toewijzing van deze vordering volgt dat de betrokkene op grond van een wettelijke verplichting aansprakelijk is voor de schade die de personen wier belangen worden behartigd als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust hebben geleden, de (redelijke) kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. 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. De Hoge Raad neemt daarbij in overweging dat art. 3:305a BW, zoals mede blijkt uit de wetsgeschiedenis, ertoe strekt omwille van een doelmatige afdoening van vormen van massaschade te doen vaststellen dat de gedraging onrechtmatig is of dat de schuldenaar in zijn verplichtingen is tekortgeschoten, en dat met deze vaststelling in beginsel schadeplichtigheid gegeven is (r.o. 7.2.2). Een terechte interpretatie. Gezien de zojuist genoemde doelstelling van art. 3:305a BW zou een redelijke wetsuitleg inderdaad mee moeten brengen dat bij het instellen van een vordering op grond van art. 3:305a BW ook aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van de redelijke kosten ter

vaststelling van schade en aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:96, aanhef en onder (b), BW (zie ook A-G Timmerman, nr. 6.15).

5.2. In cassatie klaagt de Stichting er in haar incidentele cassatiemiddel over dat het hof had vastgesteld dat op de voet van art. 3:305a BW geen veroordeling tot hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden gevorderd. Volgens de Stichting zou dat wel kunnen, ondanks het feit dat art. 3:305a lid 3 BW bepaalt dat een vordering op grond van art. 3:305a BW niet kan strekken tot schadevergoeding in geld. De klacht faalt. Deze vaststelling kan volgens de Hoge Raad niet geschieden zonder te treden in de vraag in welke mate, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval, het ontstaan van die individuele schade aan het handelen van de PVK, de actuaris en de accountants kan worden toegerekend en in welke mate de aan dezen en mogelijk aan de individuele benadeelde toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, zodat de strekking van art. 3:305a BW zich verzet tegen toewijzing van deze vordering (r.o. 8.1.3).

D. Busch, advocaat De Brauw Blackstone Westbroek NV te Amsterdam en honorair universitair hoofddocent Molengraaff Instituut te Utrecht

## » Voetnoten

### [\[1\]](#)

De feiten zijn ontleend aan rov. 1 van het vonnis van de rechtbank 's Gravenhage van 13 juni 2000 en rov. 11.3 tot en met 1.10 van het bestreden arrest. Het vonnis van de rechtbank is gepubliceerd in «JOR» 2001, 215; het arrest van het hof in «JOR» 2004, 206

### [\[2\]](#)

De Wtv is inmiddels vervangen door de Wtv 1993. In de nieuwe wet is het betrokken artikel te vinden in art. 54

[\[3\]](#)

NJ 1997, 368

[\[4\]](#)

Productie 5 bij de conclusie van eis

[\[5\]](#)

Productie 38 bij de conclusie van eis

[\[6\]](#)

NJ 2000, 555

[\[7\]](#)

Productie 15 bij de conclusie van eis

[\[8\]](#)

Deze uitspraak is in het geding gebracht met een brief aan de rechtbank, nadat de rechtbank om toezending van de uitspraak had verzocht

[\[9\]](#)

Productie 16 bij de conclusie van eis

[\[10\]](#)

Productie 17 bij de conclusie van eis

[\[11\]](#)

Zie het vonnis van de rechtbank Den Haag van 13 juni 2001, rov. 2.1

[\[12\]](#)

Zie rov. 14.1–14.3 van het bestreden arrest

[\[13\]](#)

De cassatiedagvaardingen zijn uitgebracht op – respectievelijk – 25, 26 en 27 augustus 2004

[\[14\]](#)

S.t. d.d. 8 april 2005 en conclusie van dupliek d.d. 29 april 2005

[\[15\]](#)

Conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep d.d. 19 november 2004

[\[16\]](#)

S.t. d.d. 8 april 2005 en conclusie van repliek d.d. 29 april 2005 van de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris, respectievelijk

[\[17\]](#)

Conclusie van antwoord in het incidenteel cassatieberoep van 17 december 2004, van respectievelijk de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris

[\[18\]](#)

Productie 18 bij de CvE van de Stichting Vie d'Or

[\[19\]](#)

Zie M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, 2003, nr. 6.2.1.2

[\[20\]](#)

ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m. nt. PvB (Van Vlodrop)

[\[21\]](#)

Zie 8:1 Awb e.v

[\[22\]](#)

Zie M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, 2003, nr. 6.2.1.3

[\[23\]](#)

Asser-Hartkamp 4-III, 2006, nr. 43

[\[24\]](#)

Zie Fransen van de Putte, *Ondernemingsrecht*, 2005, p. 565

[\[25\]](#)

Zie Rb. Amsterdam 7 juni 2000, «JOR» 2000, 153 (Nusse Brink) rov. 6.1., alsmede rechtbank en hof in deze zaak. Zie voorts Rb Amsterdam 16 augustus 2005, NJ 535 (Befra) rov. 10, waar voor de AFM de norm de redelijk handelende toezichthouder wordt gebruikt

[\[26\]](#)

HR 7 maart 2003, NJ 2003, 302

[\[27\]](#)

Bijv. HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420 en HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151

[\[28\]](#)

Bijv. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, m.nt. WMK

[\[29\]](#)

Zie bijvoorbeeld: HR 29 november 2002, NJ 2003, 549 m.nt. JBMV (Legionella)

[\[30\]](#)

HR 19 april 1996, «JOR» 1996, 48 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, NJ 1996, 727, m.nt. WMK (Maclou)

[\[31\]](#)

Zo ook Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, 2005, p. 108, met verdere literatuurverwijzingen

[\[32\]](#)

Van Rossum signaleert terecht dat de norm dermate vaag en algemeen is dat zij invulling behoeft, in: *Toezicht*, 2005, p. 25

[\[33\]](#)

Zie hierover uitgebreid Van Rossum, *Toezicht*, preadvies NJV, 2005, p. 74

[\[34\]](#)

Zie HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 (WMK), rov. 3.3. en verder L.H.A.J.M. Quant, “Wat de advocaat betaamt” en de bijbehorende aansprakelijkheid, in: Klaassen e.a., red., *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, 2003, p. 226

[\[35\]](#)

HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 (WMK), rov. 3.3

[\[36\]](#)

Van Rossum, *Toezicht*, preadvies NJV, 2005, p. 26

[\[37\]](#)

Zie hierover bijv. M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, 2003, nr. 6.2.2.3

[\[38\]](#)

HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon). Zie ook: de noot bij dit arrest van M. Scheltema in *AB Klassiek*, 2003, 191–196. Herhaald in: HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m. nt. MS (Zeeland/Hoondert), rov. 3.3. Zie ook M.W. Scheltema en M. Scheltema,

Gemeenschappelijk recht, 2003, nr. 6.2.2.3, met verdere literatuurverwijzingen

[\[39\]](#)

Art. 3:1 lid 2 Awb bepaalt: “op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.”

[\[40\]](#)

Van Maanen / De Lange, Onrechtmatige Overheidsdaad, 2000, p 55

[\[41\]](#)

MvT, Parl. Gesch. Awb I, p. 86 (r.k.)

[\[42\]](#)

HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS, (Kelderluik)

[\[43\]](#)

Zo ook Van Rossum, Toezicht, 2005, p. 74

[\[44\]](#)

Blijkens HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast)

[\[45\]](#)

Zie hierover: Van Rossum, Toezicht, preadvies NJV, 2005, p.74-75

[\[46\]](#)

Rechtbank Den Haag, 9 november 2005, LJN AU5877 (Vuurwerkkramp Enschede), rov. 3.5.2., welke overweging correspondeert met rov. 3.1.2. van rechtbank Den Haag, 24 december 2003, «JB» 2004, 69, m.n.t. C.L.G.F.H.A. (vuurwerkkramp Enschede)

[\[47\]](#)

Van Rossum, Toezicht, preadvies NJV, 2005, p. 62

[\[48\]](#)

Van Rossum, preadvies NJV, p. 43 e.v

[\[49\]](#)

Zie: T. Hartlief, Kroniek Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2003-2004, NTBR 2004, blz. 464

[\[50\]](#)

Van Rossum, Toezicht, preadvies NJV, 2005, p. 74

[\[51\]](#)

Van Rossum, Toezicht, preadvies NJV, p. 92; Giesen, a.w. nr. 132

[\[52\]](#)

Zie over het onderscheid tussen beleids- en beoordelingsvrijheid: Duk, Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, RM Themis, 1998-4, p. 158, en; Van Wijk / Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 2005, p. 141

[\[53\]](#)

Duk, Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, RM Themis, 1998-4, p. 158

[\[54\]](#)

Zie bijv. HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202 en 204 (Landsmeer-arresten)

[\[55\]](#)

Vgl. Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor

Bestuursrecht VAR; De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, Den Haag, 2004, p. 32

[\[56\]](#)

Zie HR 21 januari 1983, NJ 1983, 252 m.nt. JAB, rov. 3.4. (Grote Luyk)

[\[57\]](#)

Van Wijk / Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 2005, p. 143-146

[\[58\]](#)

Van Rossum, Toezicht, Preadvies NJV 2005, p. 76

[\[59\]](#)

Van Rossum, Toezicht, Preadvies NJV 2005, p. 97

[\[60\]](#)

I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, Serie Recht en praktijk, p. 90

[\[61\]](#)

I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, Serie Recht en praktijk, p. 43-44

[\[62\]](#)

Duk, Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, RM Themis, 1998-4, p. 158

[\[63\]](#)

Zie over deze materie ook: HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS (harmonisatiewet)

[\[64\]](#)

HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 m. nt. MS (Zeeland/ Hoondert). Zie ook M.W. Scheltema en M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, 2003, nr. 6.2.2.3, met verdere literatuurverwijzingen. Tjittes, Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaanprakelijkheid, preadv. voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1996, p. 49

[\[65\]](#)

Zie hierover de noot van B.W.N. de Waard na ABRvS, 9 mei 1996 (Maxis en Praxis) in AB Klassiek, 2003, p. p. 377

[\[66\]](#)

Een uitzondering vormt de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel dient wel marginaal te geschieden. Een rechter dient niet te beoordelen wanneer de gevolgen van overheidshandelen redelijk zijn. De invulling van de norm wat redelijke gevolgen zijn dient de rechter aan het bestuur te laten, een veelheid aan uitkomsten is immers denkbaar. Het is slechts aan hem te beoordelen of niet elke redelijkheid of evenredigheid wat betreft de gevolgen ontbreken

[\[67\]](#)

Van Rossum, Toezicht, Preadvies NJV 2005, p. 84-90 en p. 108-122

[\[68\]](#)

Zie voor een overzicht van de tegen toezichthouders aanhangig gemaakte procedures: Tweede Kamer, vergaderjaar 2005/2006, Aangangsel, p. 320

[\[69\]](#)

Van Maanen, Onrechtmatige daad (losbl.), 2001, art. 6:163 BW, aantek 1

[\[70\]](#)



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

[\[71\]](#)

Rov. 3.4.1

[\[72\]](#)

Zo ook G. H. Lankhorst, Afgifte van keuringscertificaat door de Staat onzorgvuldig jegens derden, Bb 2005, p. 115

[\[73\]](#)

I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, 2005, p. 170; M.E. Gelpke, De relativiteit van de onrechtmatige overheidsdaad, MvV 2005 nr. 7/8, p. 144

[\[74\]](#)

Noot na dit arrest in AB 2005, 127

[\[75\]](#)

Zo ook: M.E. Gelpke, De relativiteit van de onrechtmatige overheidsdaad, MvV 2005 nr. 7/8, p. 143 en Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, 2005, p. 170

[\[76\]](#)

HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB (Staat / Shell)

[\[77\]](#)

Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, 2005, p. 169 en 170

[\[78\]](#)

Wet tot wijziging van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf, 20 884, Stb. 1990, 341

[\[79\]](#)

MvT 20 884, nr.3, p. 1

[\[80\]](#)

MvT 20 884, nr.3, p. 7

[\[81\]](#)

MvT 20 884, nr.3, p. 2

[\[82\]](#)

TK 1991–1992, MvT 22 316, nr. 3, p.2

[\[83\]](#)

In gelijke zin: Van Dam, Kring van aansprakelijken bij massaschade, Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2002, 2002, p.51

[\[84\]](#)

Rov. 7.3. en 7.4

[\[85\]](#)

HR 9 november 2001, NJ 2002, 446 m. nt. CJHB

[\[86\]](#)

Zie hierover B. Ravels, De rechter tegenover de vrijheden van de toezichthouder, Samkalden-bundel, p. 149–151

[\[87\]](#)

B. van Ravels, noot onder het bestreden arrest van hof 's Gravenhage, JOR 2004, 206

[\[88\]](#)

MvT, Kamerstuk 20.884, nr. 3, p. 3

[\[89\]](#)

CBb 29 april 2004, AB 2004, 308

[\[90\]](#)

M.J. Kroeze, Bange bestuurders, p. 17 (2005)

[\[91\]](#)

Zie over deze brief onder de feiten, zoals door de rechtbank vastgesteld, onderdeel 1.18 van deze conclusie en Productie 14, bijlage 15 CvE

[\[92\]](#)

Zie onder andere CvA, 9.86–9.92, CvD, 5.137–5.138 en Pleitnotities Eerste Aanleg, nr. 39

[\[93\]](#)

Dit standpunt van de Verzekeringskamer vindt een zekere bevestiging in hetgeen de Ondernemingskamer in zijn beschikking van 9 juli 1998 aan het rapport ontleent: ‘‘Het ontbrak tot in 1991 aan een goede en tijdige administratieve vastlegging van polisgegevens’’

[\[94\]](#)

Rov. 7.15e

[\[95\]](#)

Bijvoorbeeld MvA nr. 250, pleitnota van de advocaat van de Verzekeringskamer in hoger beroep d.d. 5 december 2003, nr. 33

[\[96\]](#)

Productie 64, door de Stichting overgelegd bij pleidooi in eerste aanleg

[\[97\]](#)

TK 1995–1996, 23 669, nrs. 10–11, p. 55, aangehaald in de dagvaarding in eerste aanleg onder nr. 300

[\[98\]](#)

Parl. Gesch. Boek 6, p. 337

[\[99\]](#)

HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 m.nt. ARB (AMEV/Staat), rov. 3.5

[\[100\]](#)

Reeds gesignaleerd als een nog te beantwoorden vraag door Frenk, in: Kollektieve akties in het privaatrecht (diss. UU) 1994, p. 5. Deze vraag zelf vormt in deze dissertatie geen onderwerp van onderzoek

[\[101\]](#)

MvT, TK, 22 486, nr. 3, p. 2 e.v

[\[102\]](#)

Kamerstuknummer 29 414

[\[103\]](#)

Welke bepaling ook het daarvoor geldende recht wordt geacht weer te geven aldus HR 7 mei 1993, NJ 1993, 657 m.nt ThWvV, rov. 3.5.1, herhaald in HR 7 mei 1993, NJ 1993, 657 m.nt ThWvV en HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 m.nt. JBMV (Terminus/ZAO)

[\[104\]](#)

Parl. Gesch. Boek 6, 1981, p. 331

[\[105\]](#)

Te onderscheiden van buitengerechtelijke kosten van de benadeelde die in de regel als vermogensschade onder de verzekering zullen vallen en middels het regresrecht van de verzekeraar kunnen worden verhaald

[\[106\]](#)

TK 1991–1992, 22 486, nr. 3 p. 30. Zie Vermogensrecht (losbl.), aantek.16 bij art. 305a (Jongbloed)

Eerste coördinatierichtlijn levensverzekering van de EG van 5 maart 1979 (79/269/EEG)

[\[107\]](#)

Voor zover mogelijk. In een procedure ex art. 305a zal veelal niet precies kunnen worden vastgesteld wat de omvang van de schade is. Art. 3:305a gaat er vanuit dat dit in een latere fase per benadeelde afzonderlijk wordt bekeken. Sinds inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade bestaat voorts nog de mogelijkheid dat de rechter een overeenkomst tussen partijen terzake verbindend verklaard. Dit teneinde een veelheid aan procedures te voorkomen, zie TK 2003–2004, 29 414, nr. 3, p. 3 e.v

[\[108\]](#)

Vgl. HR 18 februari 2005, NJ 2005, 216, rov. 5.3.2, waarin art. 6:96 lid 2 aanhef en onder c BW (kosten ter voldoening van een vordering buiten rechte) van overeenkomstige toepassing wordt geoordeeld op de partij die zich verweert tegen degene die pretendeert een vordering te hebben

[\[109\]](#)

MvT 22 486, nr. 3, p. 29–31

[\[110\]](#)

Zie over deze eis ook N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss.), 1994, p. 126 en ook MvT TK 22 486, nr. 3 p. 29–31

[\[111\]](#)

Zie HR 1 juli 1992, NJ 1993, 450 (Abva/Kabo)

[\[112\]](#)