

Aansprakelijkheidsbeperking van (markt)-toezichthouders: de weg naar beter toezicht?

R.J. Dijkstra & L.T. Visscher

In dit artikel onderzoeken wij met behulp van inzichten uit de rechtseconomie of beperking van de aansprakelijkheid van toezichthouders wegens falend toezicht wenselijk is. Omdat er redenen zijn om te vrezen dat onbeperkte aansprakelijkheid tot excessief toezicht leidt, betogen wij dat de aansprakelijkheid inderdaad beperkt moet worden. Deze beperking moet niet bestaan in een maximumbedrag waarvoor de toezichthouder aansprakelijk kan zijn, maar in een soepeler gedragsstandaard, zoals 'opzet of grove schuld'.

Inleiding

Aansprakelijkheid voor toezichthouders, en de eventuele beperking daarvan, is al enige tijd een *hot topic*. In de discussies die over dit onderwerp gevoerd worden, verschillen de meningen sterk en worden veel argumenten pro en contra aansprakelijkheid, en pro en contra beperking van die aansprakelijkheid aangevoerd.¹ Het zal niemand verbazen dat de toezichthouders zelf voorstander zijn van een beperking van hun aansprakelijkheid. In de notitie 'Effectief Markttoezicht' betogen verschillende markttoezichthouders dat de dreiging van schadeclaims onder omstandigheden een verlammeende werking kan hebben op het toezicht.² Deze gewenste beperking van aansprakelijkheid is voor één categorie van toezichthouders realiteit geworden. Op 1 juli 2012 is namelijk de *Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen* in werking getreden. Deze wet introduceert een expliciete wettelijke beperking van de aan-

- 1 Zie bijvoorbeeld I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005; A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders* (Preadvies Nederlandse Juristenvereniging), Deventer: Kluwer 2005; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, British Institute of International and Comparative Law 2006; I. Giesen, *Regulating regulators through liability. The case for applying normal tort rules to supervisors*, *Utrecht Law Review* (2006) vol. 2, issue 1; D. Busch, *Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010; D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?*, Deventer: Kluwer 2011. Zie ook de brief (FM 2005-02 345 U) van 11 oktober 2005 van de minister van Financiën betreffende Kamervragen over de aansprakelijkheid van de AFM.
- 2 Notitie Effectief Markttoezicht, inbreng van Markttoezichthoudersberaad AFM, Consumentenautoriteit, CBP, DNB, NMa, NZa en OPTA voor de herziening van de Kaderstellende Visie op Toezicht (KVOTIII), 5 september 2011, p. 17 (<www.nza.nl/104107/137001/Effectief_Markttoezicht.pdf>).

sprakelijkheid ten opzichte van het eerdere aansprakelijkheidsregime voor de toezichthoudende taken van de AFM en DNB die voortvloeien uit de Wet op het financieel toezicht (Wft). Artikel 1:25d van de wet beperkt de aansprakelijkheid tot gevallen van opzet of grove schuld aan de zijde van AFM en DNB. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat een expliciete beperking van de aansprakelijkheid kan bijdragen aan het doortastend en slagvaardig optreden van financieel toezichthouders. Zowel de argumentatie uit de notitie 'Effectief Markttoezicht' als die in de memorie van toelichting refereert aan een rechtseconomische kijk op het aansprakelijkheidsrecht. Immers, in de rechtseconomie wordt aansprakelijkheid gezien als een mechanisme dat het gedrag van partijen beïnvloedt.

In de onderhavige bijdrage zullen wij het onderwerp van beperking van aansprakelijkheid van toezichthouders dan ook vanuit een rechtseconomisch perspectief bespreken. Wij beginnen onze analyse met een schets van de rechtseconomische visie op aansprakelijkheid en toezicht. Daarna zullen we specifiek ingaan op aansprakelijkheid van toezichthouders, waarbij wij ons richten op gevallen waarin gedupeerde derden overwegen de toezichthouder aansprakelijk te stellen. Vervolgens zullen we proberen de geschetste inzichten toe te passen op een aantal Nederlandse markttoezichthouders en de vraag beantwoorden welke gevolgen we mogen verwachten van een beperking van de aansprakelijkheid. We sluiten af met enkele overkoepelende conclusies. Onze bijdrage heeft als doel duidelijk te maken hoe er in de rechtseconomie tegen beperking van toezichthoudersaansprakelijkheid wordt aangekeken. Een gedetailleerde bespreking van de juridische regeling van deze vorm van aansprakelijkheid in Nederland valt dus buiten het bestek van onze bijdrage.

Marktfalen, aansprakelijkheid en toezicht

Negatieve externe effecten en informatieasymmetrie

In de rechtseconomie wordt menselijk keuzegedrag geanalyseerd vanuit economisch perspectief. De dominante benadering is hierbij de 'rationele keuzetheorie'. Deze theorie veronderstelt dat mensen het gedragsalternatief kiezen waarvan ze zelf denken dat het het beste voor ze is (in economische termen: mensen maximaliseren hun verwachte nut), gegeven hun verwachtingen en gegeven de informatie die ze ter beschikking hebben.³ De rationele keuzetheorie wil hiermee geen realistische beschrijving of verklaring van menselijk gedrag geven, maar wil het mogelijk maken voorspellingen over menselijk gedrag te doen, die empirisch getoetst kunnen worden. In werkelijkheid zijn mensen dus niet bezig met het maximaliseren van hun verwachte nut, maar hun gedrag kan wel beschreven en voorspeld worden *alsof ze dat doen*.⁴

3 Zie bijv. T.S. Ulen, Rational Choice Theory in Law and Economics, in: B. Bouckaert & G. De Geest (red.), Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 790-818.

4 Zie bijv. H.O. Kerkmeester, Methodology: General, in: B. Bouckaert & G. De Geest (red.), Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 383-401.

De rechtseconomie onderzoekt de invloed die rechtsregels (zoals aansprakelijkheid) kunnen hebben op dit menselijke keuzegedrag. Als de wereld eruit zou zien zoals in het economische model van *volkomen concurrentie*, dan was er geen aansprakelijkheid en geen toezicht nodig. In dit model beschikt iedereen namelijk over volledige informatie, zijn er oneindig veel vragers en aanbieders van goederen en diensten, zijn er geen transactiekosten, draagt elke activiteit alle kosten die deze activiteit veroorzaakt, enzovoort. Onder deze voorwaarden is de maatschappelijke welvaart maximaal en worden activiteiten alleen ontplooid als de voordelen ervan minimaal net zo groot zijn als alle kosten tezamen. Volkomen concurrentie is echter een ideaaltype en bestaat dus niet in de werkelijkheid. Afwijkingen van dit model heten 'marktfalen'⁵ en deze resulteren in een lagere maatschappelijke welvaart. (Rechts)economen zien de verschillende vormen van marktfalen als mogelijke redenen voor overheidsingrijpen. Voor het onderwerp van onze bijdrage zijn vooral *negatieve externe effecten* en *informatieasymmetrie* relevante vormen van marktfalen.⁶

Bij negatieve externe effecten veroorzaken producent en/of consument kosten voor derden en die kosten worden niet meegenomen in de prijs van het product of de dienst. Vanwege de te lage prijs (in vergelijking met de prijs die zou ontstaan als alle kosten in de prijsvorming zouden worden meegenomen) wordt er te veel van het product of de dienst gevraagd en worden er dus te veel van die externe effecten veroorzaakt. Ook krijgt de veroorzaker te weinig prikkels om de negatieve gevolgen voor anderen te beperken. Het kan bijvoorbeeld gaan om milieuvervuiling, maar ook om gevaarstelling, lawaai enzovoort. Het is wenselijk om de externe kosten wél in de prijsvorming te betrekken, om ze dus te *internaliseren*. Immers, op die manier wordt een product of dienst alleen verhandeld als de waarde die de koper eraan hecht hoger is dan alle kosten die ermee gemoeid zijn. De transactie verhoogt dan dus de maatschappelijke welvaart, omdat de baten hoger zijn dan de kosten, terwijl dat bij niet-geïnternaliseerde externe effecten niet zo hoeft te zijn. De nadelen voor derden kunnen daar groter zijn dan de nettobaten van de koper. Ook krijgt de veroorzaker van het negatieve externe effect

5 C.K. Rowley, *Social Sciences and the Law: The Relevance of Economic Theories*, Oxford Journal of Legal Studies (1981) 1, p. 401.

6 Zie bijv. H.-B. Schäfer & C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin: Springer 2000, p. 99; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Publishers 2003, p. 10 e.v. en 24 e.v.; B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 47 e.v.; W. Kanning & H.O. Kerkmeester, *Economie en recht*, Groningen: Noordhoff Uitgevers 2008, p. 137 e.v.; J. Klick & F. Parisi, *Functional Law and Economics*, in: M.D. White (red.), *Theoretical Foundations of Law and Economics*, Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press 2009, p. 42.

door internalisering de prikkel om voorzorgsmaatregelen te treffen die minder kosten dan ze opleveren.⁷

Informatieasymmetrie houdt in dat de ene partij bij een transactie beter geïnformeerd is dan de andere. Dit kan resulteren in twee bekende problemen: averechtse selectie en moreel risico.⁸ Averechtse selectie kan zich voordoen als de aanbieder van een goed of dienst meer informatie heeft over de karakteristieken ervan dan de potentiële koper. De koper is wellicht wel bereid een hogere prijs te betalen voor een goed of dienst van een hogere kwaliteit, maar hij kan van tevoren geen onderscheid maken tussen hoge en lage kwaliteit. De aanbieder kan dat wel. De koper zal in deze situatie van onzekerheid slechts bereid zijn een lagere prijs te betalen dan de prijs waarvoor de aanbieder van een product of dienst van hoge kwaliteit de transactie zal willen aangaan. Alleen aanbieders die weten dat de kwaliteit van hun product of dienst zodanig laag is dat ze de prijs van de koper toch hoog genoeg vinden, zullen bereid zijn de transactie aan te gaan. Producten en diensten van hoge kwaliteit worden dus uit de markt gedrukt. De koper die dit doorziet, weet dus dat de producten en diensten die tegen deze prijs worden aangeboden, van lage kwaliteit zijn. Hierdoor stelt hij de prijs die hij maximaal wil betalen naar beneden bij, zodat er wederom producten en diensten van relatief goede kwaliteit van de markt zullen verdwijnen. Dit proces kan zo doorgaan totdat alleen de laagste kwaliteit nog aangeboden wordt. Nobelprijswinnaar Akerlof heeft dit verschijnsel beschreven aan de hand van de markt voor tweedehands auto's.⁹ Bij moreel risico weet de ene partij beter dan de andere hoe hij zich gedraagt en deze informatieasymmetrie kan ertoe leiden dat de beter geïnformeerde partij zich minder zorgvuldig gaat gedragen, minder goed zijn best doet, minder hard gaat werken, enzovoort.¹⁰

7 Zie bijv. R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics* (1960), 3, p. 16; M. Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, Heidelberg: R.v. Decker's Verlag 1985, p. 197 e.v.; G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven: Yale University Press 1977; W.M. Landes & R.A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1987, p. 54 e.v.; Posner 2003, p. 168 e.v.; S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press 2004, p. 178 e.v.

8 Kanning & Kerkmeester 2008, p. 169, 170.

9 G. Akerlof, *The Market for Lemons. Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism*, *Quarterly Journal of Economics* (1970) 84, p. 488-500.

10 Zie bijv. K.J. Arrow, *The Economics of Agency*, in: J. Pratt & R. Zeckhauser (red.), *Principals and Agents: The Structure of Business*, Harvard, Massachusetts: Harvard University Press 1985, p. 37-51. Voor uiteenlopende omschrijvingen van het begrip moreel risico, zie bijv. M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 140; P.L. Wery & M.M. Mendell, *Hoofdzaken Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 9; J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering, Deventer: Kluwer 2012, nr. 226.

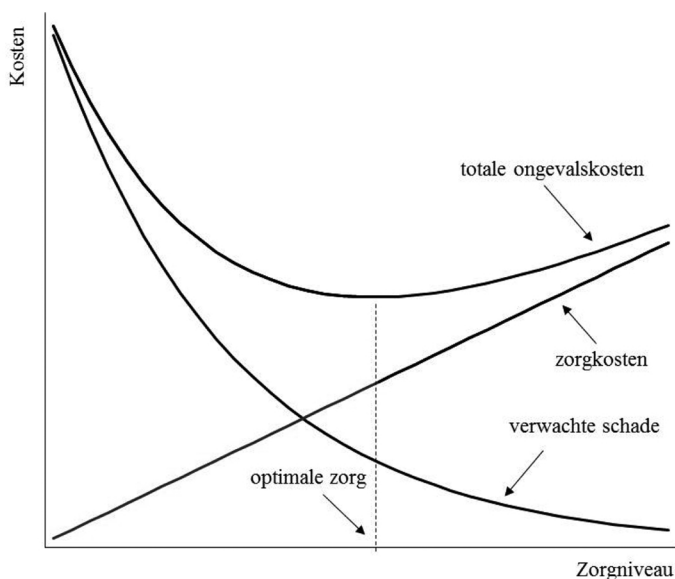
De overheid heeft een aantal instrumenten ter beschikking om marktfalen tegen te gaan.¹¹ Er bestaat een veelvoud aan wet- en regelgeving die marktpartijen regels oplegt. Te denken valt onder andere aan mededingingswetgeving die zich richt op het voorkomen van (misbruik van) marktmacht, het bestaan van bepaalde consumentenrechten die consumenten moeten beschermen, solvabiliteitseisen ten aanzien van financiële instellingen, regels ten aanzien van tarief- en prestatieregulering op het terrein van de gezondheidszorg en de telecommunicatiemarkt, enzovoort. Er is echter toezicht op de naleving van deze regelgeving nodig, omdat private handhaving van deze normen via bijvoorbeeld de onrechtmatigheidscategorie 'strijd met een wettelijke plicht' uit het aansprakelijkheidsrecht problematisch blijkt te zijn. Die problemen worden hierna uiteengezet.

Problematisch aansprakelijkheidsrecht

In beginsel kan het aansprakelijkheidsrecht gedragsprikkelers aan partijen verstrekken om maatregelen te treffen die de kans op schade en/of de omvang daarvan verlagen. Bij schuldaansprakelijkheid stelt de wetgever of de rechter een gedragsnorm vast en wordt beoordeeld of de laedens zich zorgvuldig genoeg heeft gedragen. Als de wetgever of rechter deze norm vaststelt door middel van een afweging van de kosten van extra voorzorgsmaatregelen enerzijds en de schade die door die voorzorgsmaatregelen voorkomen kan worden anderzijds, dan kan schuldaansprakelijkheid actoren aanzetten tot zogenoemde *optimale* zorg. Dit is het zorgniveau waarbij de optelsom van zorgkosten en verwachte schade (kans op schade vermenigvuldigd met de omvang van de schade) minimaal is. De afweging die de rechter via de *Kelderluikcriteria* maakt, past in dit denkkader.¹² Risicoaansprakelijkheid kan de laedens dezelfde zorgprikkelers geven, alleen is het nu de laedens zelf die de afweging tussen zorgkosten en verwachte schade maakt.¹³

De rechtseconomische benadering van schuld- en risicoaansprakelijkheid kan goed worden verduidelijkt met behulp van figuur 1. De zorgkostenlijn brengt tot uitdrukking dat een hoger zorgniveau gepaard gaat met hogere kosten. De dalende lijn 'verwachte schade' laat zien dat de verwachte schade lager wordt naarmate er meer zorg wordt genomen. Dit kan gebeuren doordat de kans op ongevallen daalt, maar ook doordat de omvang van de schade *als* een ongeval zich voordoet, lager is. Er wordt verondersteld dat de invloed van extra zorg kleiner wordt naarmate er al meer voorzorgsmaatregelen getroffen zijn. De daling in de verwachte schade als gevolg van stijgende zorgkosten wordt dus steeds minder.

- 11 W.M. Landes & R.A. Posner, *The Private Enforcement of Law*, *Journal of Legal Studies* (1975) 4, p. 1-46; S. Shavell, *Liability for Harm Versus Regulation of Safety*, *Journal of Legal Studies* (1984) 13, p. 357-374; S. Shavell, *The optimal structure of law enforcement*, *Journal of Law and Economics* (1993) 36, p. 255-287; A.M. Polinsky & S. Shavell, *The Fairness of Sanctions: Some Implications for Optimal Enforcement Policy*, *American Law and Economics Review* (2000) 2, p. 223-237; R. Innes, *Enforcement costs, optimal sanctions, and the choice between ex-post liability and ex-ante regulation*, *International Review of Law and Economics* (2004) 24, p. 29-48.
- 12 Zie bijv. J.P.B. De Mot, A. Canta & V. Gangapersadsing, *The Learned Hand Formula: The Case of the Netherlands*, *Global Jurist Advances* (2004) 4, p. 1-14; Van Velthoven & Van Wijck 2007, p. 161 e.v.; Kanning & Kerkmeester 2008, p. 181 e.v.
- 13 Zie bijv. Landes & Posner 1987, p. 54 e.v.; Schäfer & Ott 2000, p. 193; Posner 2003, p. 167 e.v. en p. 177 e.v.; Shavell 2004, p. 179 e.v.; Kanning & Kerkmeester 2004, p. 186 e.v.

Figuur 1 Optimale zorg

Beide kostensoorten bij elkaar opgeteld, dus de zorgkosten en de verwachte schade, resulteren in de ‘totale ongevalskosten’. Deze totale kosten zijn minimaal bij het optimale zorgniveau.

Als de rechter de zorgvuldigheidsnorm vaststelt door een juiste weging van de kosten en baten van zorg, dan zal het vereiste zorgniveau gelijk zijn aan het optimale zorgniveau. De potentiële schadeveroorzaker krijgt zo prikkels om optimale zorg te nemen. Immers, als hij *minder* zorg neemt, dan is hij aansprakelijk en draagt hij de totale ongevalskosten (in plaats van alleen de kosten van optimale zorg). En als hij *meer* zorg neemt, dan zijn zijn zorgkosten hoger dan noodzakelijk. Dat ook risicoaansprakelijkheid de wenselijke zorgprikkels geeft, blijkt hieruit dat de verwachte kosten voor de laedens dan gelijk zijn aan de totale ongevalskosten. Hij draagt immers altijd zijn eigen zorgkosten *en* de verwachte schade. Deze totale kosten zijn minimaal bij optimale zorg. Het aansprakelijkheidsrecht kent echter enkele problemen die ertoe leiden dat het systeem niet altijd werkt als zojuist beschreven.

Zo kan het probleem van onvoldoende informatie over normschending en/of schade zich bijvoorbeeld voordoen in de horeca of elders in de voedselketen, waar de consument niet weet welke gedragsnormen allemaal gelden en ook niet goed kan beoordelen of de betreffende ondernemer zich aan de normen houdt. Niet elke overtreding resulteert daadwerkelijk in schade (maar wellicht wel in een verhoogd risico) en niet elke door een normovertreding veroorzaakte schade zal door de consument als zodanig herkend of op de veroorzaker herleid worden. Toezicht op naleving van regulering door bijvoorbeeld de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit kan ertoe bijdragen dat actoren zich toch aan de gestelde normen hou-

den, ook al vormt aansprakelijkheid voor schade van de consument wellicht een te kleine dreiging. Eenzelfde probleem doet zich voor op financiële markten, waar veel consumenten onvoldoende kennis van zaken hebben om de aanbieders te disciplineren. Financieeltoezichthouders zijn hiertoe beter in staat.

Naast het probleem van informatieasymmetrie kan ook het probleem van ‘rationele apathie’ (de gelaedeerde begint geen rechtszaak omdat de proceskosten te hoog zijn in verhouding tot de verwachte schadevergoeding) zich veelvuldig voordoen in bijvoorbeeld het consumentenrecht, als de schade per individuele consument niet groot genoeg is om een rechtszaak te beginnen.¹⁴ De Consumentenautoriteit kan hier een belangrijke rol vervullen.

Ten derde is de laedens niet altijd voldoende vermogend om de schadevergoeding te betalen. Insolventie kan de financiële prikkels uit het aansprakelijkheidsrecht effectief frustreren, omdat de laedens geen rekening houdt met de *schade* die hij zou kunnen veroorzaken, maar met het lagere *vermogen* dat hij kwijt zou kunnen raken in geval van aansprakelijkheid. Ook nu geeft aansprakelijkheid dus onvoldoende gedragsprikkels, zodat regulering en bijbehorend toezicht nodig kunnen zijn.¹⁵ De Mot geeft hierbij het voorbeeld van een vuurwerkfabriek die in een woonwijk is gevestigd en derhalve een schade kan veroorzaken die het vermogen van de onderneming ver te boven gaat.¹⁶ Normen betreffende de opslag van vuurwerk en toezicht op de naleving daarvan zijn dan noodzakelijk. Een alternatief voor regulering kan worden gevormd door kwalitatieve aansprakelijkheid, waarbij de kwalitatief aansprakelijke partij (1) voldoende vermogend moet zijn en (2) gedragsprikkels aan de primaire schadeveroorzaker moet kunnen geven. Ook hier is toezicht nodig, maar dan nu door de kwalitatief aansprakelijke partij, om te kunnen bepalen of de primaire schadeveroorzaker zich voldoende zorgvuldig gedraagt.¹⁷

Ten vierde wordt de afweging tussen de kosten en baten van zorg in het aansprakelijkheidsrecht door de rechter gemaakt (bij schuldaansprakelijkheid op basis van de zorgvuldigheidsnorm) of door de laedens (bij risicoaansprakelijkheid). In situaties waarin deze actoren over onvolledige informatie beschikken, kunnen zij een foute afweging maken. Als de wetgever in de betreffende situatie betere informatie heeft (bijvoorbeeld vanwege opgebouwde expertise bij bepaalde ambtenaren), dan kan specifieke regulering betere gedragsprikkels geven dan het aansprakelijkheidsrecht. Of als het voor individuele laedentes te kostbaar is om onderzoek te doen naar de kosten en baten van voorzorgsmaatregelen, dan kan de wetgever gebruik maken van schaalvoordelen. Immers, de wetgever kan dit

14 Zie bijv. Landes & Posner 1975, p. 33; H.-B. Schäfer, The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Action and Legal Actions taken by Associations, *European Journal of Law and Economics* (2000) 9, p. 195.

15 Shavell 1984, p. 360 e.v.; S. Shavell, The Judgment Proof Problem, *International Review of Law and Economics* (1986) 6, p. 45-58; Shavell 2004, p. 230 e.v.

16 J. De Mot, Overheidsaansprakelijkheid voor toezicht: een economische analyse, *NJB* 2001, p. 1671.

17 R.H. Kraakman, Vicarious and corporate civil liability, in: M. Faure (red.), *Tort Law and Economics*. Volume 1 *Encyclopedia of Law and Economics*, second edition, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 135.

Tabel 1

Toezichthouder	Soort toezicht
DNB	Financieel toezicht (prudentieel & systeemtoezicht)
AFM	Financieel toezicht (gedragstoezicht)
NMa	Mededingingstoezicht
NZa	Toezicht op het terrein van de gezondheidszorg
OPTA	Toezicht op de communicatiemarkten
CA	Toezicht op consumentenrechten

onderzoek wel (laten) uitvoeren en vervolgens de gevonden informatie via specifieke gedragsvoorschriften (denk aan arbeidsomstandigheden) met potentiële schadeveroorzakers delen.¹⁸

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat toezichthouders noodzakelijk zijn. In Nederland bestaat er een veelvoud aan toezichthouders: van gemeentelijke instellingen belast met het toezicht op naleving van bouwvergunningen, tot de landelijke toezichthouders zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit belast met het toezicht op marktconcentraties. In dit artikel richten we ons met name op de landelijke toezichthouders, meer in het bijzonder de Autoriteit Financiële Markten (AFM), De Nederlandsche Bank (DNB), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA). In tabel 1 is kort weergegeven waar deze toezichthouders zich op richten.¹⁹

Een rechtseconomisch model van toezichthoudersaansprakelijkheid

Inleiding

De toezichthouder zelf moet eveneens prikkels ontvangen om zich zorgvuldig te gedragen. Aansprakelijkheid kan hiervoor gebruikt worden, omdat ook de toezichthouder een afweging moet maken tussen de kosten van voorzorgsmaatregelen enerzijds en de schade die daarmee voorkomen kan worden anderzijds. Het is belangrijk om te beseffen dat in de rechtseconomie niet wordt gestreefd naar een *minimumaantal* normschendingen of naar *minimale* schade, maar naar *optimale* aantallen. Rechtshandhaving in zichzelf is kostbaar en deze kosten moeten worden afgewogen tegen de schade die ermee wordt voorkomen. Het is te duur, en daarmee inefficiënt, om elke normschending en alle schade te voorkomen. Dit impliceert dat het enkele feit dat er schade intreedt nog niet betekent dat de schadeveroorzaker fout heeft gehandeld, en eveneens dat het enkele feit dat er een normschending plaatsvindt nog niet betekent dat de toezichthouder heeft

18 Shavell 1984, p. 359 e.v.; M.G. Faure, Rechtseconomische kanttelingen bij de deregulering van de arbeidsomstandighedenwetgeving, SR 1995, 10, p. 142.

19 Met de instelling van de Autoriteit Consument en Markt per 1 januari 2013 zullen NMa, OPTA en CA als afzonderlijke toezichthouders verdwijnen.

gefaald. Aangezien regulering en toezicht duurder zijn dan aansprakelijkheid, zijn de preventiekosten dus hoger in het eerste systeem. Dit betekent dat het optimale aantal normschendingen en/of de optimale schade in een systeem van regulering en toezicht dus hoger is dan in een systeem van aansprakelijkheid, omdat het duurder is om de normschendingen en de schade tegen te gaan.²⁰

In beginsel geeft de dreiging van aansprakelijkheid de (markt)toezichthouders dus een prikkel om zorgvuldig(er) toezicht uit te oefenen.²¹ Beperking van aansprakelijkheid zou in dat geval dan ook een negatief effect kunnen hebben en toezichthouders minder prikkels geven om zorgvuldig toezicht uit te oefenen. De toezichthouders betogen echter zelf dat de dreiging van schadeclaims onder omstandigheden een verlamdende werking kan hebben op het toezicht. Een expliciete beperking kan in hun ogen bijdragen aan een doortastend en slagvaardig optreden. Vanuit dit perspectief zouden toezichthouders te grote prikkels vanuit het aansprakelijkheidsrecht ontvangen (overpreventie), wat een negatieve invloed heeft op het uitvoeren van toezicht.²² Een beperking van aansprakelijkheid zou dan de bestaande prikkel vanuit het aansprakelijkheidsrecht verminderen en daarmee een positief effect hebben op de uitoefening van toezicht. In deze paragraaf zullen wij met behulp van rechtseconomische inzichten bovenstaande redenering analyseren. Wij bespreken daarbij enkele specifieke factoren die invloed kunnen hebben op de prikkelwerking, te weten (vage) zorgvuldigheidsnormen, vrijwaringsregelingen, aansprakelijkheidsverzekeringen en zuivere vermogensschade. Het is goed om te beseffen dat de invloed van deze factoren kan verschillen tussen de markttoezichthouders en dat een beperking van aansprakelijkheid derhalve verschillende gevolgen kan hebben voor de verschillende toezichthouders. Ook kunnen de verschillende factoren elkaar versterken of juist tegenwerken, zodat het niet altijd mogelijk is om op grond van de theoretische argumenten vast te stellen hoe het totale effect zal uitvallen. Wij gaan er steeds van uit dat de beperking van aansprakelijkheid geëffectueerd wordt door toezichthouders alleen aansprakelijk te houden in gevallen van opzet of grove schuld. Deze beperking is namelijk per 1 juli 2012 voor de financieeltoezichthouders ingevoerd.²³

- 20 G. Dari-Mattiacci & F. Parisi, *The cost of delegated control: vicarious liability, secondary liability and mandatory insurance*, *International Review of Law and Economics* (2004) 23, p. 456.
- 21 Zie ook L. Kramer & A.O. Sykes, *Municipal Liability Under § 1983: a Legal and Economic Analysis*, *Supreme Court Review* (1987), p. 267.
- 22 Zie ook S. Nahmod, *Constitutional Torts, Over-deterrence and Supervisory Liability after IQBAL*, *Lewis & Clark Law Review* (2010) 14, p. 286; J. De Mot & M. Faure, *Report for the European group on tort law: state liability: an economic analysis (general)*, *European Group on Tort Law* 2012, p. 9; A. Marsh, *The impact of liability on public bodies: lessons from the literature*, *Socio-Legal Studies Association Annual Conference* 2008.
- 23 Zie Wet van 7 juni 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten en het opnemen van regels met betrekking tot de beloning van dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen die staatsteun genieten (Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen), *Stb.* 2012, 265.

Zorgvuldigheidsnorm

De gedragsnorm voor de toezichthouder is vaak een vage norm (de 'redelijk handelende toezichthouder').²⁴ Dit betekent dat het voor de toezichthouder niet precies duidelijk is wat er van hem verlangd wordt. Deze onzekerheid kan prikkels tot excessieve zorg geven (dit probleem speelt niet alleen bij toezichthouders, maar bij aansprakelijkheid in het algemeen).²⁵ Dit komt omdat de nadelen voor een laedens die dacht dat hij zorgvuldig was maar dit achteraf volgens de rechter toch niet is, hoger zijn dan de voordelen van een laedens die dacht onzorgvuldig te zijn maar die wel blijkt te voldoen aan de achteraf door de rechter opgestelde zorgvuldigheidsnorm. Het (relatief kleine) voordeel bestaat namelijk slechts uit een besparing op zorgkosten, terwijl het (relatief grote) nadeel bestaat uit aansprakelijkheid voor de schade.

Dit is goed zichtbaar in figuur 2. Als de zorgvuldigheidsnorm op het optimale zorgniveau wordt vastgesteld, wordt de hoogte van de verwachte kosten voor de laedens weergegeven door letter 'A'. Als de rechter de zorgvuldigheidsnorm te laag vaststelt (bijvoorbeeld op niveau x^-), dan zou een laedens op zorgkosten kunnen besparen. Als hij dat te lage zorgniveau had genomen maar ten onrechte niet aansprakelijk zou worden gehouden, dan zouden zijn kosten 'B' bedragen, zodat zijn voordeel (A-B) bedraagt. Als de rechter de zorgvuldigheidsnorm echter te hoog vaststelt (bijvoorbeeld op x^+), dan lijdt een laedens die voor optimale zorg had gekozen maar nu ten onrechte wel aansprakelijk wordt gehouden, een groot nadeel. Zijn verwachte kosten bedragen nu 'C', en zijn nadeel is dus (C-A). Aangezien (C-A) groter is dan (A-B), is het nadeel van onterechte aansprakelijkheid groter dan het voordeel van onterechte niet-aansprakelijkheid.

Onzekerheid over wat de zorgvuldigheidsnorm precies inhoudt, kan de laedens prikkels geven om extra zorg te nemen, om zo de kans te verkleinen dat hij achteraf toch aansprakelijk wordt gehouden en nadeel (C-A) lijdt. Als de kans op onterechte aansprakelijkheid echter klein genoeg is en de voordelen van onterechte niet-aansprakelijkheid groot genoeg zijn (de kans dat de rechter de zorgvuldigheidsnorm op x^- vaststelt is dan veel groter dan de kans dat hij deze op x^+ bepaalt), dan kan onzekerheid ook resulteren in een te laag zorgniveau. Welk effect domineert, hangt met name af van de factor 'schade' zoals wij hierna zullen bespreken.

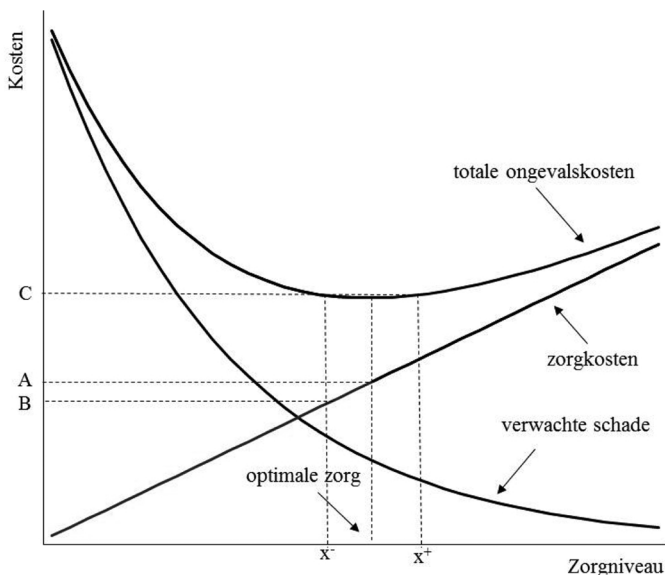
Zuivere vermogensschade

Vanuit rechtseconomisch perspectief is aansprakelijkheid gericht op het minimaliseren van de *maatschappelijke kosten* van onzorgvuldig gedrag. Indien het mededingingstoezicht, toezicht op de gezondheidszorg, toezicht op de communicatiemarkten, financieel toezicht of toezicht op de consumentenrechten faalt, zullen individuele consumenten over het algemeen zuivere vermogensschade lijden. Zij

24 Zie bijv. Giesen 2005, p. 10; Busch 2011, p. 6; De Mot & Faure 2012, p. 9-10.

25 Zie hierover J.E. Calfee & R. Craswell, Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards, *Virginia Law Review* (1984) 70, p. 974 e.v.; R. Craswell & J.E. Calfee, Deterrence and Uncertain Legal Standards, *Journal of Law, Economics and Organization* (1986) 2, p. 280; R. Schwartz, Auditors' Liability, Vague Due Care, and Auditing Standards, *Review of Quantitative Finance and Accounting* (1998) 11, p. 192; Shavell 2004, p. 227.

R.J. Dijkstra & L.T. Visscher

Figuur 2 Gevolgen van vage zorgvuldigheidsnorm

betalen bijvoorbeeld te veel voor producten of dienstverlening als gevolg van marktmisbruik of lijden schade na het faillissement van hun financiële instelling. Zuivere vermogensschade verschilt in economische zin van andere soorten schade in de zin dat er een overdacht van vermogen kan plaatsvinden van de ene partij naar de andere partij. Op maatschappelijk niveau hoeft er in het geval van zuivere vermogensschade geen schade te bestaan.²⁶ Indien een onderneming een monopoliepositie heeft op de markt en op basis van zijn marktmacht te hoge prijzen doorberekent aan zijn consumenten, vormt die te hoge prijs in zichzelf nog geen maatschappelijke schade. Immers, wat de consument te veel betaalt, ontvangt de onderneming te veel zodat er slechts sprake is van een herverdeling van welvaart, maar niet van een daling daarvan.²⁷ In dit geval is dus de private schade van een

26 W. Bishop, *Economic Loss in Tort*, *Oxford Journal of Legal Studies* (1982) 2, p. 1-29; S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1987, p. 135 e.v.; Landes & Posner 1987, p. 251 e.v.; Posner 2003, p. 6; F. Gómez & J.A. Ruiz, *The Plural – and Misleading – Notion of Economic Loss in Tort: A Law and Economics Perspective*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2004), p. 908-931; J. De Mot, *Pure economic loss*, in: M. Faure (red.), *Tort Law and Economics. Volume 1 Encyclopedia of Law and Economics*, second edition, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 201-214.

27 Ter voorkoming van misverstanden: een monopolie kan wel degelijk in welvaartsverlies resulteren, bijvoorbeeld doordat sommige consumenten het product nu niet meer kopen vanwege de te hoge prijs, of doordat de producent geen prikkels tot innovatie en efficiëntie krijgt. Waar het ons hier om gaat, is dat het feit dat de consumenten die het product nog wel kopen nu een te hoge prijs betalen, in zichzelf geen welvaartsverlies oplevert.

consument groter dan de maatschappelijke schade, zodat vergoeding van de zuivere vermogensschade in beginsel tot overcompensatie leidt.²⁸

Als de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm van tevoren voor alle partijen exact bekend is, resulteert deze overcompensatie echter niet in excessieve zorgprikkel. De potentiële laedens kan immers door genoeg zorg te nemen aansprakelijkheid voorkomen. Het beeld verandert indien de zorgvuldigheidsnorm vaag is, zoals in het geval van toezichthouders. Een toezichthouder heeft niet de garantie dat hij niet aansprakelijk wordt gesteld indien hij een bepaalde mate van zorgvuldigheid in acht neemt bij het uitoefenen van toezicht. Er bestaat namelijk altijd een kans dat de rechter oordeelt dat de toezichthouder wel aansprakelijk is. In combinatie met overcompensatie voor zuivere vermogensschade resulteert deze onzekerheid volgens bovenstaande redenering in excessieve zorgprikkel voor de toezichthouder. Immers, door excessieve zorg te nemen wordt de kans verkleind dat de rechter toch oordeelt dat de toezichthouder onzorgvuldig is geweest. Doordat de toezichthouder in de afweging tussen de kosten en baten van zorg niet kijkt naar de maatschappelijke schade maar naar de (grotere) zuivere vermogensschade, zal hij meer dan optimale zorg nemen.

Het is echter nog maar de vraag of het rechtseconomische argument dat de zuivere vermogensschade per definitie hoger is dan de maatschappelijke schade, altijd opgaat in gevallen van falend toezicht. De financiële crisis van 2008 heeft laten zien dat de maatschappelijke kosten van falend financieel toezicht zeer groot kunnen zijn en wellicht uitstijgen boven de zuivere vermogensschade van individuele consumenten bij het faillissement van een financiële instelling. Deze kosten werden veroorzaakt door een verlies in vertrouwen in de financiële markten, niet alleen door de gedupeerden van de failliete financiële instelling maar ook door andere partijen (consumenten, financiële instellingen, ondernemingen, enz.). Als de falende toezichthouders alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de zuivere vermogensschade, dan bestaat er in zulke uitzonderlijke situaties juist een aanmerkelijke kans op onderpreventie bij financieeltoezichthouders. Falend toezicht door de NMa, NZa, OPTA en CA kan ook leiden tot een verlies van vertrouwen in de werking van de onder toezicht staande markten. Echter, naar onze mening is de kans dat dit gebeurt een stuk kleiner dan bij de financiële markten (en ook daar zal niet elk toezichtsfalen resulteren in een wereldwijde financiële crisis). Een goed voorbeeld zijn de effecten van verboden prijsafspraken tussen bijvoorbeeld telecomaانبieders of bierbrouwers. Berichten over prijsafspraken leiden nauwelijks tot een verlies aan vertrouwen in de werking van markten. De individuele schade per consument is relatief gering.

Wij zijn dan ook van mening dat de niet-financieeltoezichthouders naar verwachting een excessieve zorgprikkel krijgen vanuit het aansprakelijkheidsrecht, nu de individuele schade van consumenten lager ligt dan de maatschappelijke kosten. Bij financieeltoezichthouders ligt het aan de gevolgen van het falende toezicht. Een crisis zoals die uit 2008 resulteert in een maatschappelijke schade (verlies aan vertrouwen) die veel groter kan zijn dan de zuivere vermogensschade. In veel

28 Zie G. Dari-Mattiacci & H.-B. Schäfer, *The Core of Pure Economic Loss*, *International Review of Law and Economics* (2007) 27, p. 8-28.

gevallen zal er echter alleen sprake zijn van bijvoorbeeld een te hoge prijs voor een financieel product en daarbij geldt de conclusie dat de zuivere vermogensschade juist groter is dan de maatschappelijke schade.

Vrijwaringsregelingen en aansprakelijkheidsverzekeringen

Het aansprakelijkheidsrecht genereert een prikkel tot zorgvuldig gedrag doordat de potentiële laedens bij onzorgvuldig gedrag aansprakelijk wordt gesteld en derhalve een vergoeding moet betalen. De vraag is nu in hoeverre toezichthouders, die geen op winstmaximalisatie gerichte ondernemingen zijn, geprikkeld kunnen worden door het aansprakelijkheidsrecht. Niskanen heeft geopperd dat bij overheidsinstellingen winstmaximalisatie wordt vervangen door budgetmaximalisatie aangezien vele doelstellingen van een ambtenaar (zoals prestige, macht en salaris) gekoppeld zijn aan de grootte van de overheidsinstelling waarin hij werkt.²⁹ Daarnaast wordt het gedrag van toezichthouders niet alleen bepaald door budgetmaximalisatie, maar is hun gedrag ook gericht op de minimalisatie van politieke kosten. Toezichthoudersaansprakelijkheid geeft politici prikkels om te investeren in zorgvuldig gedrag om daarmee de belastingen laag te kunnen houden en onnodige overheidsuitgaven te vermijden. Vanuit dit economische perspectief bezien, willen toezichthouders hun budget maximaliseren en daarom voorkomen aansprakelijk te worden gehouden. Dit kunnen ze bewerkstelligen door zorgvuldig toezicht uit te oefenen. Hiervoor is het nodig dat een toezichthouder geconfronteerd wordt met alle kosten van zijn gedrag. Met andere woorden, hij dient alle kosten te internaliseren. Als dit niet gebeurt, dan krijgt hij een prikkel vanuit het aansprakelijkheidsrecht die lager ligt dan de optimale situatie. De vraag is derhalve in hoeverre de genoemde toezichthouders de volledige kosten van hun eventuele onzorgvuldige gedrag dienen te dragen.

Hierin bestaat een groot verschil tussen de financieeltoezichthouders en de overige markttoezichthouders. Tussen het ministerie van Financiën en de AFM en DNB bestaan namelijk zogenoemde vrijwaringsregelingen. Op grond van deze regelingen dragen de financieeltoezichthouders slechts een bepaald 'eigen risico' indien zij tot schadevergoeding worden veroordeeld als gevolg van aansprakelijkheid wegens falend toezicht. Boven dit risico geldt onder voorwaarden vrijwaring door de Staat. Deze voorwaarden bepalen dat de overheid de schade niet vergoedt in geval van opzet of grove schuld. De gevolgen van aansprakelijkheid van de financieeltoezichthouder kennen dus een bepaald maximum, te weten 10% van hun eigen begroting. Achtergrond van deze vrijwaringsregeling is het voorkomen dat een claim de draagkracht van een toezichthouder te boven gaat, waardoor de toezichthouder geen middelen meer heeft om toezicht uit te oefenen.

Wat is nu het effect van deze vrijwaringsregeling? Het zal duidelijk zijn dat de financieeltoezichthouders niet opdraaien voor de volledige schadevergoeding indien het bedrag van schadevergoeding hoger ligt dan 10% van hun begroting. In dat geval is er sprake van onderpreventie; met andere woorden de toezichthouder ontvangt dan te weinig prikkels vanuit het aansprakelijkheidsrecht. Beperking

29 W.A. Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Illinois: Aldine Artherton 1971.

van aansprakelijkheid door grenzen te stellen aan het bedrag van schadevergoeding wordt in de rechtseconomie in het algemeen dan ook negatief beoordeeld.³⁰ Navraag bij de OPTA, NMa en CA leert dat er voor deze toezichthouders geen vrijwaringsregelingen bestaan.³¹ De potentiële dreiging van het aansprakelijkheidsrecht is voor hen dan ook volledig. Bovendien blijkt dat de AFM haar eigen risico, schadevergoeding tot 10% van haar begroting, verzekerd heeft. Een verzekering kan een negatief effect op de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht hebben, doordat de aansprakelijke de schadevergoeding niet zelf betaalt.³² De verzekerde wordt in dat geval niet met de financiële gevolgen van onzorgvuldig handelen geconfronteerd. Er bestaan echter mogelijkheden om dit tegen te gaan, zoals het opnemen van eigenrisicoclausules, bonus-malusvoorwaarden enzovoort. In geval van de AFM is het onduidelijk welke voorwaarden de verzekeraar heeft gesteld aan de verzekering. Navraag bij de andere toezichthouders leert dat zij hun aansprakelijkheidsrisico niet verzekerd hebben. Overigens blijft het de vraag of de Staat niet zal inspringen wanneer niet-financieeltoezichthouders geconfronteerd worden met een aansprakelijkheidsclaim die hun budget te boven gaat, aangezien de overheid gebaat is bij toezichthouders die over voldoende financiële middelen beschikken om toezicht uit te oefenen.

Beperking van toezichthoudersaansprakelijkheid

Nu we de gevolgen van enkele factoren op de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht hebben uiteengezet, wordt het tijd te analyseren wat de gevolgen zijn indien we de aansprakelijkheid van toezichthouders beperken tot gevallen van opzet of grove schuld zoals onlangs is geschied bij de financieeltoezichthouders. Een beperking van aansprakelijkheid tot gevallen van opzet of grove schuld heeft gevolgen voor de te hanteren gedragsnorm. Waar in eerste instantie een toezichthouder aansprakelijk is wanneer hij niet heeft gehandeld zoals van een 'redelijk handelend toezichthouder' mag worden verwacht, is een toezichthouder nu pas aansprakelijk indien grove schuld of opzet kan worden aangetoond. Met deze bepaling wordt de gedragsnorm voor de toezichthouder in beginsel duidelijker omdat het in gevallen van opzet of grove schuld voor de toezichthouder duidelijk moet zijn geweest dat hij in het toezicht tekortschoot.

Dit heeft tot gevolg dat de reeds eerder genoemde effecten op de prikkelwerking vanuit een vage zorgvuldigheidnorm en zuivere vermogensschade beperkt worden. Hoe duidelijker het ex ante is wat de toepasselijke gedragsnorm voor toezichthouders is, des te meer de genoemde effecten worden geneutraliseerd. Dit

30 Zie P.J. Jost, *Limited Liability and the Requirement to Purchase Insurance*, *International Review of Law and Economics* (1996) 16, p. 262; Shavell 2004, p. 230.

31 Navraag bij de NZa leverde geen antwoord op omtrent het bestaan van een vrijwaringsregeling of aansprakelijkheidsverzekering.

32 Zie ook R.J. van den Bergh & M.G. Faure, *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse*, in: *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid* (preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande bv 1990, p. 9-53.

zou pleiten voor invoering van een beperkte aansprakelijkheid voor toezichthouders. Zo'n beperking komt eveneens tegemoet aan het bezwaar dat De Mot signaleert. Als de toezichthouder betere informatie heeft dan de rechter en weet dat een bepaald zorgniveau een juiste afweging maakt tussen kosten en baten van zorg, maar verwacht dat de rechter een hoger zorgniveau zal eisen, dan zal de toezichthouder deze excessieve norm volgen als de extra zorgkosten lager zijn dan de verwachte aansprakelijkheid. Ook kan de toezichthouder bijvoorbeeld een vergunning niet verlenen voor een activiteit die maatschappelijk gezien meer baten dan kosten met zich meebrengt, uit angst voor aansprakelijkheid ingeval er inderdaad schade door de betreffende activiteit wordt veroorzaakt.³³ Beperking van aansprakelijkheid tot gevallen van opzet of grove schuld mitigeren deze neiging. Weliswaar is het niet goed mogelijk om van tevoren, in abstracto, aan te geven wat er precies onder grove schuld moet worden verstaan,³⁴ maar omdat deze norm lager zal liggen dan optimale zorg en de resterende vaagheid van de norm nog steeds prikkels geeft om extra zorg te nemen, zal naar verwachting het daadwerkelijk gehanteerde zorgniveau dichter bij optimale zorg liggen dan zonder deze inperking.

De voorgestelde terughoudendheid bij de aansprakelijkheid voor toezichthouders past onzes inziens ook bij de conclusies uit de economische literatuur betreffende 'gatekeepers'. Het gaat hier om partijen die wangedrag van een ander kunnen voorkomen door hun medewerking aan deze te onthouden, bijvoorbeeld door een vergunning niet te verlenen. Toezichthouders die door het onthouden van medewerking wangedrag kunnen tegengaan, vallen onder deze definitie. Eventuele andere handhavingsactiviteiten van toezichthouders, zoals het opleggen van boetes, vallen er echter buiten.³⁵ In deze literatuur komt de vraag aan bod of juridische regels in staat zijn om poortwachters te prikkelen wangedrag te voorkomen tegen aanvaardbare kosten. Kraakman geeft aan dat de kosten van de poortwachter moeilijk zijn te bepalen als er een vage zorgvuldigheidsnorm is, omdat deze dan niet goed kan inschatten of hij aan zijn verplichtingen voldoet. Deze onzekerheid resulteert in excessieve zorg (restrictief toezicht), hetgeen op zijn beurt de kosten voor onder toezicht staande partijen kan verhogen, omdat deze met de striktere normen van de toezichthouder worden geconfronteerd.³⁶ Aangezien het formuleren van duidelijke gedragsnormen moeilijk kan zijn en het limiteren van de omvang van de sanctie problematisch is,³⁷ lijkt ons de beperking tot opzet en grove schuld een wenselijke stap. Hamdani pleit vanwege de grote onzekerheid over de kosten en baten van poortwachtersaansprakelijkheid voor het kiezen van

33 De Mot 2001, p. 1672.

34 Dit zal mede afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, zie ook Busch 2011, p. 44.

35 R.H. Kraakman, Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy, *Journal of Law, Economics and Organization* (1986) 2, p. 53, 54. De term 'gatekeeper' is zeer breed. Er vallen bijvoorbeeld ook werkgevers onder die illegale werknemers al dan niet in dienst nemen, en Hamdani geeft zelfs het voorbeeld van een computerfabrikant die de computers maakt waarmee consumenten op het internet illegaal muziek, software e.d. kunnen downloaden, zie A. Hamdani, Gatekeeper Liability, *Southern California Law Review* (2003) 77, p. 64.

36 Kraakman 1986, p. 75 e.v.

37 Kraakman 1986, p. 78, 79.

'safe strategies':³⁸ (1) de poortwachter alleen aansprakelijk houden als hij wist dat er wangedrag plaatsvond maar hij er toch niks tegen heeft gedaan (de beperking tot opzet of grove schuld past hier goed bij), of (2) de zorgvuldigheidsnorm voor de poortwachter vormgeven door middel van maatregelen waarvan bekend is dat ze kosteneffectief zijn (op deze manier wordt de zorgvuldigheidsnorm duidelijk en wordt het gevaar van excessieve zorgprikkelers afgewend). Weliswaar kunnen deze beperkingen resulteren in te lage zorgprikkelers voor de poortwachter, maar ze zorgen in elk geval voor enige mate van preventie van wangedrag, tegen relatief lage kosten.

De financieeltoezichthouders beschikken reeds over een beperking van de aansprakelijkheid in de vorm van vrijwaringsregelingen, maar wij hebben hiervoor aangegeven dat een beperking van aansprakelijkheid in deze vorm in beginsel niet wenselijk is. Vanzelfsprekend hebben deze vrijwaringsregelingen alleen negatieve gevolgen voor de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht indien de schadeclaim hoger is dan 10% van het budget van de toezichthouder. Indien het merendeel van de claims lager ligt dan deze grens, zal een aansprakelijkheidsbeperking tot opzet of grove schuld kunnen bijdragen aan het bereiken van een optimale prikkelwerking.

Conclusie

Sinds 1 juli van dit jaar is de aansprakelijkheid van de Nederlandse financieeltoezichthouders, DNB en AFM, beperkt tot gevallen van opzet en grove schuld. Andere markttoezichthouders, zoals de NMa, NZa, OPTA en CA, pleiten ook voor een beperking van hun aansprakelijkheid. Een van de argumenten die de toezichthouders aanvoeren, is dat de dreiging van schadeclaims onder omstandigheden een verlamdende werking op het toezicht kan hebben. Deze argumentatie refereert impliciet aan de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht; een onderwerp dat centraal staat in de rechtseconomie. In deze bijdrage hebben we dan ook met behulp van rechtseconomische inzichten onderzocht in hoeverre een beperking van aansprakelijkheid kan bijdragen aan beter toezicht. Uit onze theoretische analyse komt naar voren dat de combinatie van een vage zorgvuldigheidsnorm, ('de redelijk handelende toezichthouder'), en het feit dat de private zuivere vermogensschade over het algemeen groter is dan de maatschappelijke schade leidt tot overprikkeling van de toezichthouders. Als de zorgvuldigheidsnorm op een duidelijke manier zou kunnen worden vormgegeven (bijvoorbeeld zoals Hamdani bepleit door er alleen maatregelen in op te nemen waarvan bekend is dat ze kosteneffectief zijn), dan is het probleem van mogelijke excessieve zorgprikkelers voor de toezichthouder. Als zo'n duidelijke formulering echter niet mogelijk is, is het wenselijk om aansprakelijkheid te beperken, niet door middel van vrijwaringsregelingen die de omvang van de aansprakelijkheid beperken, maar door alleen aansprakelijkheid aan te nemen in gevallen van opzet of grove schuld.

38 Hamdani 2003, p. 104.