

# ECLI:NL:HR:2006:AW2077

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Hoge Raad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Datum uitspraak      | 13-10-2006                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Datum publicatie     | 13-10-2006                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Zaaknummer           | C04/279HR                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Formele relaties     | Conclusie: ECLI:NL:PHR:2006:AW2077<br>In cassatie op : ECLI:NL:GHSGR:2004:AP0151                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Bijzondere kenmerken | Cassatie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| Inhoudsindicatie     | <p>Vie d'Or. Geschil tussen de Verzekeringskamer (thans DNB) en een stichting ter behartiging van de gedupeerde voormalige polishouders van de levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or over de (verklaring voor recht tot) aansprakelijkheid van de Verzekeringskamer uit onrechtmatige daad wegens tekortschieten in de wettelijke taak van toezichthouder in de zin van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf – niet tijdig een stille bewindvoerder als bedoeld in art. 34 Wtv benoemen – voor de schade die deze polishouders door de uiteindelijke deconfiture van Vie d'Or hebben geleden; relativiteitsvereiste; onrechtmatigheid, maatstaf; beleids- en beoordelingsvrijheid van toezichthouder bij uitoefening van wettelijke bevoegdheden, marginale toetsing; causaal verband; hoofdelijke aansprakelijkheid, schadevergoeding in geld, toewijsbaarheid verklaring voor recht (art. 3:305a lid 3 BW); vergoeding aan stichting van buitengerechtelijke kosten tot vaststelling aansprakelijkheid, redelijke uitleg art. 3:305a en art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW, maatstaf, kosten tuchtprocedure géén redelijke maatregel ter vaststelling van aansprakelijkheid.</p> |
| Wetsverwijzingen     | Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 34<br>Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 34                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>NJ 2008, 527 met annotatie van C.C. van Dam<br>JOL 2006, 594<br>RF 2007, 8<br>RvdW 2006, 941<br>PJ 2007, 43<br>Ondernemingsrecht 2006, 200 met annotatie van B.P.M. van Ravels<br>JE 2006, 393<br>JA 2007/2 met annotatie van W.H. van Boom<br>JB 2007/20<br>JBPr 2007/28 met annotatie van Ianika Tzankova<br>JOR 2006/295 met annotatie van D. Busch<br>PS-Updates.nl 2019-0265                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |

## Uitspraak

13 oktober 2006

Eerste Kamer

Nr. C04/279HR

JMH/MK

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

DE NEDERLANDSCHE BANK N.V., rechtsopvolgster onder algemene titel krachtens juridische fusie van de stichting Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer (voorheen de Stichting Verzekeringskamer), gevestigd te Amsterdam,  
EISERES tot cassatie,  
incidenteel verweerster,  
advocaat: mr. G. Snijders,

t e g e n

De stichting STICHTING VIE D'OR,  
gevestigd te Eindhoven,  
VERWEERSTER in cassatie,  
incidenteel eiseres,  
advocaat: mr. E. Grabandt.

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerster in cassatie - verder te noemen: de Stichting - en mr. Emile Gerard Joseph Marie Bogaerts, wonende te Helvoirt, gemeente Haren, en mr. Aloysius Antonius Maria Deterink, wonende te Son, gemeente Son en Breugel, beiden in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van N.V. Levensverzekeringmaatschappij Vie d'Or - verder te noemen: de curatoren - hebben bij exploten van 15 juli 1998 (1) de rechtsvoorgangster van thans eiseres tot cassatie - verder te noemen: de Verzekeringskamer -, (2) de Staat der Nederlanden, Ministerie van Financiën, gevestigd te 's-Gravenhage - verder te noemen: de Staat -, (3) de openbare maatschap Deloitte & Touche, kantoorhoudende te Rotterdam, (4) [betrokkene 1], wonende te [woonplaats], (5) [betrokkene 2], wonende te [woonplaats], en (6) [betrokkene 3], wonende te [woonplaats] - verder te noemen: de accountants - en (7) [A] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats], en (8) [betrokkene 4], wonende te [woonplaats], - verder in enkelvoud te noemen: de actuaris - gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage en na wijziging van eis, zakelijk weergegeven, gevorderd:

- a. voor recht te verklaren dat door de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris onrechtmatig is gehandeld jegens alle voormalige oud-polishouders van Vie d'Or en dat alle voornoemde gedaagden deswege jegens hen hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van schadevergoeding als omschreven onder nrs. 411 en 413 van de dagvaarding;
- 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 tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, als omschreven onder nrs. 415, 416 en (pro rata parte) 413 van de dagvaarding, 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, voor zover mogelijk zakelijk weergegeven en 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 (aan de curatoren) als omschreven onder nr. 413 van de dagvaarding en (aan de Stichting) als omschreven onder nrs. 415 en 416 van de dagvaarding;

e. voor het geval de hiervoor vermelde onderdelen van de vordering onder d. niet kunnen worden toegewezen: een verklaring voor recht dat door de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris onrechtmatig is gehandeld en dat 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.

De Verzekeringskamer, de Staat, de accountants en de actuaris hebben de vorderingen bestreden.

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.

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 door de Verzekeringskamer, de accountants en de actuaris onrechtmatig is gehandeld jegens alle voormalige polishouders van Vie d'Or en dat 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;

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 polishouders nr. 3, 8 en 10, vermeld op productie 1 bij conclusie van eis, 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 (2c) 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.

De accountants hebben incidenteel hoger beroep ingesteld en gevorderd, kort gezegd, dat de tegen

hen ingestelde vordering alsnog wordt afgewezen.

Bij 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.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de Verzekeringskamer beroep in cassatie ingesteld. De Stichting heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

De Stichting heeft voorts een incidentele vordering ingesteld tot uitvoerbaar verklaring bij voorraad van de beslissing van het hof.

De Verzekeringskamer heeft de incidentele vordering bestreden.

De Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent heeft geconcludeerd tot afwijzing van de incidentele vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad.

De Hoge Raad heeft bij arrest van 29 april 2005 de incidentele vordering afgewezen.

Partijen hebben vervolgens over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt in het principale en incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing.

De advocaat van de Verzekeringskamer heeft bij brief van 9 maart 2006 en de advocaat van de Stichting heeft bij brief van 10 maart 2006 op die conclusie gereageerd.

## 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 omzetstijging. 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 Verzekeringskamer [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 Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer ten aanzien van Vie d'Or de noodregeling als bedoeld in art. 66 lid 1 Wtv uitgesproken. Daarbij is de Verzekeringskamer 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 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.

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

(xv) De Verzekeringskamer 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 actuaris.

De Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer tijdig een goed inzicht zou worden verkregen in de financiële positie van Vie d'Or.

Ook heeft de Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer 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 actuaris [betrokkene 4] (gezamenlijk hierna: de actuaris) zijn tot mei 1991 als extern actuaris bij Vie d'Or betrokken geweest. Als zodanig heeft de actuaris onder meer de actuariële staten die Vie d'Or jaarlijks bij de Verzekeringskamer moest indienen gecertificeerd. De actuaris 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 actuariael 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 coördinatierichtlijn levensverzekering van de Raad van de Europese Gemeenschappen (79/267/EEG;

hierna: de Eerste coördinatierichtlijn), 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 actuaris 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 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.

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 levensverzekeringsbedrijf, 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 beloopt (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 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 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 verzekeringsnemers, verzekerden of gerechtigden op uitkeringen betrokken zijn of zullen worden bij overeenkomsten van verzekering, gesloten of te sluiten door een verzekeraar) onvermijdelijk 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 actuaris 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 actuariael 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 onvermijdelijk 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 actuaris, 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 vermijding van onevenredige schade niet bekend zou worden gemaakt (TK 1988-1989, 20884 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 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 (...).

(...)

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 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 actuariel verslag, voorzien van een verklaring van de actuaris 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 geadministreerd 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 onverwijd 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 verantwoordelijkheidsovername. 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 gevergd. 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 actuaris voor de Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer gemotiveerd heeft aangevoerd niet begrijpelijk. Het daarop gebaseerde oordeel dat deze omstandigheid de Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer 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 vermijding 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, f32,2 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 discontinuïteitscenario 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 Verzekeringskamer en tot het faillissement zouden hebben geleid". Betoogd wordt dat daarmee de gemotiveerde stellingen van de Verzekeringskamer 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 Verzekeringskamer heeft aangevoerd - de 'embedded value' destijds goed was, de aandeelhouders bereid waren kapitaal bij te storten en niet abnormaal is dat een jonge snelgroeïende 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, 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.

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 rechtsovereenkomst 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 rechtsovereenkomst 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 "veralgemeniseerbare 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' in geval 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, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Verzekeringskamer begroot op € 5.820,58 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

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

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop, E.J. Numann en W.A.M. van Schendel, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 13 oktober 2006.