

Vergaderjaar 2011–2012

**33 058**

## **Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten (Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM)**

**Nr. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 8 augustus 2011 en het nader rapport d.d. 21 oktober 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 4 juli 2011, no. 11.001607, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten (Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM), met memorie van toelichting.*

*Het wetsvoorstel strekt ertoe de aansprakelijkheid van De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) voor handelen of nalaten in de uitoefening van de taken hen opgedragen bij of krachtens de Wet op het financieel toezicht (Wft) te beperken.*

*De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot de motivering van de noodzaak van beperking van de aansprakelijkheid en de mogelijkheid van limitering van de aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag, de aansprakelijkheid van andere toezichthouders en op grond van andere toezichtswetgeving dan de Wft, de formulering van de uitzondering op de uitsluiting, de werkgeversaansprakelijkheid en het overgangsrecht. Zij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 4 juli 2011, nr. 11.001607, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 8 augustus 2011, nr. W06.11.0264/III, bied ik U hierbij aan.

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

De Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel. Voorts geeft het voorstel de Afdeling aanleiding tot het maken van enkele inhoudelijke opmerkingen. Voor de reactie hierop zal de volgorde van opmerkingen zoals de Afdeling in haar advies hanteert worden aangehouden.

### 1. Motivering van de noodzaak

*In zijn algemeenheid heeft het aansprakelijkheidsrecht als belangrijke functie dat benadeelden worden gecompenseerd als zij door het onrechtmatig handelen van anderen schade hebben geleden. Voorts dwingt mogelijke aansprakelijkheid degene die bepaalde handelingen verricht of nalaat zich rekenschap te geven van de mogelijke (financiële) gevolgen van dat handelen voor derden. Dit zijn twee redenen waarom onder het vorige kabinet beperking van aansprakelijkheid van financiële toezichthouders niet nodig werd gevonden.<sup>1</sup> Daarbij kwam dat recente onderzoeken concludeerden dat er geen bijzondere reden tot bezorgdheid voor aansprakelijkheid van toezichthouders is, mede gelet op het feit dat in de Nederlandse rechtspraak aansprakelijkheid van de toezichthouder niet snel wordt aangenomen.<sup>2</sup>*

*De toelichting noemt vijf redenen waarom daarover thans anders wordt gedacht. Gewezen wordt op het zogenoemde toezichthoudersdilemma en op «internationale herkenbaarheid», aangezien een beperking van aansprakelijkheid aansluit bij de situatie in ons omringende landen. Verder verwijst de toelichting naar de noodzaak voor DNB en AFM om snel en doortastend te kunnen reageren, naar de wenselijkheid van het afleggen van verantwoording en van kritische zelfreflectie en naar de aanbevelingen van de Commissie-De Wit en verschillende internationale aanbevelingen.<sup>3</sup>*

*De Afdeling onderschrijft de noodzaak van beperking van de aansprakelijkheid van deze toezichthouders, mede in het licht van het tevens aan haar voorgelegde voorstel van wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen, waarin aanvullende bevoegdheden worden geïntroduceerd tot interventie bij financiële ondernemingen.<sup>4</sup> Zij merkt in aanvulling op het gestelde in de toelichting het volgende op. In de kern houdt de regeling van aansprakelijkheid een verdeling in van de schadelast die voortvloeit uit gemaakte fouten. Meestal drukt de schadelast op degene die de fout heeft gemaakt. Bij aansprakelijkheid van toezichthouders betekent dit dat de schade niet blijft rusten bij de benadeelde, maar dat uiteindelijk de samenleving als geheel deze draagt. Aansprakelijkheid wordt steeds achteraf vastgesteld. In complexe omstandigheden als de uitoefening van financieel toezicht is het niet eenvoudig om vast te stellen of er een fout is gemaakt door als toezichthouder wel of juist niet te handelen. Daarbij komt dat het achteraf vaak makkelijk praten is. Als achteraf tot onrechtmatig handelen of nalaten wordt geconcludeerd, kan het om zeer omvangrijke schades gaan. Het gaat dan niet om de gemiddelde spaarder. Die wordt beschermd door het depositogarantiestelsel.<sup>5</sup> Het gaat om schades van grote ondernemingen en instellingen. Vaak zullen dat ook buitenlandse ondernemingen en instellingen zijn, gelet op het feit dat veel van de onder toezicht staande financiële instellingen internationaal opereren en ook overigens de internationale verwevenheid groot is. Ook al zou het risico klein zijn dat fouten in het toezicht achteraf tot zeer omvangrijke schades leiden, in de afweging of de schade door een toezichtsfout moet worden gedragen door – uiteindelijk – de samenleving als geheel dan wel (deels) blijft rusten bij een grote, wellicht buitenlandse instelling, acht de Afdeling het goed verdedigbaar dat de balans doorslaat naar een beperking van de aansprakelijkheid van DNB en AFM. Daarmee wordt niet zozeer de «internationale herkenbaarheid» bevorderd als wel een meer evenwichtige situatie tussen Nederlandse en*

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2009/10, 31 123, nr. 4.

<sup>2</sup> C.C. van Dam, Aansprakelijkheid van toezichthouders, Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid, Deel I: Algemeen rapport, WODC, Ministerie van Justitie, 2006. Ivo Giesen, Evelien de Kazel, Cees van Dam, Edgar du Perron, Aansprakelijkheid in internationaal verband, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie, Ministerie van Financiën 2009.

<sup>3</sup> Memorie van toelichting, algemeen deel, derde tot en met zesde alinea.

<sup>4</sup> Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet, alsmede enige andere wetten in verband met de introductie van aanvullende bevoegdheden tot interventie bij financiële ondernemingen in problemen (Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen), W06.11.0256.

<sup>5</sup> Overigens sluit het depositogarantiestelsel aansprakelijkheid van de toezichthouder niet uit.

*buitenlandse toezichthouders bereikt, omdat de aansprakelijkheid van buitenlandse toezichthouders veelal is uitgesloten of sterk is gelimiteerd.*

*Een beperking van aansprakelijkheid hoeft evenwel niet te worden gegoten in de vorm van een gedeeltelijke uitsluiting, zoals is voorgesteld. Zij kan in plaats daarvan ook vorm krijgen door de aansprakelijkheid te limiteren tot een bepaald bedrag per gebeurtenis of samenhangende reeks van gebeurtenissen. Dat komt vaker voor. Het kabinet bespreekt deze mogelijkheid ook in zijn brief van 11 maart 2011, maar geeft geen motivering voor de afwijzing van dit alternatief.<sup>1</sup>*

*De Afdeling adviseert in het licht van al het voorgaande de motivering van de noodzaak van beperking van aansprakelijkheid aan te vullen en voorts nader te motiveren waarom niet gekozen is voor het alternatief van limitering van de aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag per (samenhangende reeks van) gebeurtenis(sen).*

### *1. Motivering van de noodzaak*

*Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling over de motivering van de beperking van de aansprakelijkheid is de motivering van de noodzaak van de beperking van de aansprakelijkheid aangevuld en is, conform de suggestie van de Afdeling, in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel opgenomen dat door middel van de beperking een meer evenwichtige situatie tussen Nederlandse en buitenlandse toezichthouders wordt bereikt. Daarnaast is in de memorie van toelichting nader ingegaan op en een verwijzing opgenomen naar de verschillende opties die zijn overwogen waaronder de optie om een limitering van de aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag per (samenhangende reeks van) gebeurtenis(sen) op te nemen.*

### *2. Andere toezichthouders*

*Het voorstel is uitdrukkelijk beperkt tot de toezichthouders DNB en AFM. Dat neemt niet weg dat ook een toezichthouder als de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa) in een vergelijkbare situatie kan komen te verkeren van toezicht op grote internationale ondernemingen en instellingen waarbij een toezichtsfout tot zeer grote schades kan leiden. De vraag naar de ontwikkeling van rijksbreed duidelijk beleid van beperkte uitzonderingen op de aansprakelijkheid van toezichthouders dringt zich op, mede gelet op het wel gehoorde argument dat precedentwerking van de voorgestelde aansprakelijkheidsbeperking moet worden voorkomen. Voorstelbaar zou zijn dat de aansprakelijkheid van andere toezichthouders die in een vergelijkbare situatie verkeren van het mede toezicht houden op internationaal opererende ondernemingen en instellingen en van risico's van zeer omvangrijke schades, eveneens wordt beperkt.*

*De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan.*

### *3. Andere financiële toezichtswetgeving*

*De gedeeltelijke uitsluiting van de aansprakelijkheid van DNB en AFM ziet alleen op handelen of nalaten ingevolge de taken opgedragen op grond van de Wft. De toelichting motiveert dit door erop te wijzen dat in andere gevallen het toezichthoudersdilemma en de «internationale herkenbaarheid» niet of althans onvoldoende opgeld doen. Dit betekent dat voor toezichtsfouten gemaakt op grond van de taken aan deze toezichthouders opgedragen bij of krachtens de Pensioenwet of bijvoorbeeld de Wet op de trustkantoren volledige aansprakelijkheid blijft bestaan. Het komt de Afdeling voor dat ook hier het toezichthoudersdilemma speelt en dat het*

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2010/11, 31 123, nr. 6.

*ook hier kan gaan om zeer omvangrijke schades ten gevolge van complexe gebeurtenissen.*

*De Afdeling adviseert daarom dragend te motiveren waarom voor andere toezichtstaken van DNB en AFM dan op grond van de Wft geen beperking van aansprakelijkheid wordt voorgesteld.*

#### *2 en 3. Andere toezichthouders en andere financiële toezichtwetgeving*

De Afdeling constateert dat het wetsvoorstel uitdrukkelijk is beperkt tot de toezichthouders DNB en de AFM. Belangrijke aanleiding voor het wetsvoorstel is de aanbeveling van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel om de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders te beperken en aansluiting te zoeken bij wat er op Europees niveau gebruikelijk is. Zoals ook in de memorie van toelichting is verwoord, is het van belang dat de toezichthouders DNB en de AFM snel en doortastend kunnen reageren op (crisis)situaties op de financiële markten. Het is juist dan dat mogelijke risico's voor aansprakelijkheidsstelling belemmerend kunnen werken bij het uitvoeren van adequaat toezicht. Daarbij maakt de combinatie van een knellend toezichthouderdilemma en de internationale context de positie van de financiële toezichthouders bijzonder. Deze combinatie is naar de mening van het kabinet aanwezig bij de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de Wet financiële markten BES (Wfm BES). Deze combinatie onderscheidt hen voorts van andere toezichthouders en rechtvaardigt een expliciete beperking van de aansprakelijkheid. Bij andere wetgeving in het kader waarvan DNB en de AFM zijn aangewezen als toezichthouders gaat deze combinatie niet op. Het toezicht dat zij op grond van die wetten uitoefenen is hoofdzakelijk nationaal van aard en daarnaast is bij die wetten geen sprake van een toezichthouderdilemma waarbij een toezichthouder als het ware de keuze heeft uit twee kwaden.<sup>1</sup> In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is daartoe gemotiveerd waarom specifiek bij de Wft (en bij de Wfm BES) sprake is van een knellend toezichthouderdilemma.

#### *4. Formulering van de uitzondering op de beperking van de aansprakelijkheid*

*De uitsluiting van de aansprakelijkheid geldt niet in geval van opzettelijke onbehoorlijke taakuitoefening of opzettelijke onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of bij grove schuld. De Afdeling merkt op dat de term «grove schuld» tegenwoordig niet meer gebruikelijk is. Thans wordt gesproken van bewuste roekeloosheid.<sup>2</sup> Voorts merkt de Afdeling op dat de aansprakelijkheid in deze zaken in het algemeen berust op een complex aan feiten en omstandigheden. Gelet daarop, adviseert de Afdeling de uitzondering op de beperking van de aansprakelijkheid in die zin aan te scherpen dat de schade «in overwegende mate» het gevolg is van opzettelijke fouten en dat de schade «in overwegende mate» te wijten is aan bewuste roekeloosheid.*

#### *4. Formulering van de uitzondering op de beperking van de aansprakelijkheid*

De term «bewuste roekeloosheid» waarnaar de Afdeling verwijst is gebruikelijk in het arbeidsrecht. In andere rechtsgebieden wordt bijvoorbeeld de term «roekeloosheid» gebruikt (zie hiervoor bijvoorbeeld het verzekeringrecht). In het wetsvoorstel is gekozen voor de formulering «opzet of grove schuld». Deze formulering, ten aanzien waarvan de Hoge Raad in arrest Codam/Merwede (NJ 1955, 386) een uitleg heeft gegeven die nog steeds als gezaghebbend kan worden beschouwd, vindt bijvoorbeeld toepassing in het belastingrecht, maar ook bijvoorbeeld artikel 3

<sup>1</sup> Prof. mr. I. Giessen, Toezicht en aansprakelijkheid een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden, 2005.

<sup>2</sup> Zie HR 4 februari 2000, NJ 2000, 429.

van de Loodsenwet inzake de aansprakelijkheid van loodsen en titel 12 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) inzake aanneming van werk kennen een vergelijkbare formulering. Daarnaast sluit «opzet of grove schuld» goed aan bij de beperking die vergelijkbare toezichthouders in andere landen kennen waardoor een meer evenwichtige situatie tussen Nederlandse en buitenlandse toezichthouders wordt bereikt en de internationale herkenbaarheid van de beperking wordt versterkt. Overigens hebben DNB en de AFM ook aangegeven een sterke voorkeur voor deze variant te hebben. Derhalve is, zoals reeds bij brief van 11 maart aan de Kamer is gemeld, alles overwegende, voor «opzet of grove schuld» gekozen. Naar aanleiding van het advies de Afdeling om in het voorgestelde artikel 1:25c van de Wft «in overwegende mate» toe te voegen, is gekozen om aan te sluiten bij de in het aansprakelijkheidsrecht gebruikelijke term «in belangrijke mate» (zie artikel 7:658, lid 2, BW). Dit om te voorkomen dat er onduidelijkheid ontstaat over een mogelijk verschil in betekenis tussen enerzijds «in overwegende mate» en anderzijds «in belangrijke mate». Door deze toevoeging wordt verduidelijkt dat de gedragingen van de toezichthouder die opzet of grove schuld opleveren, niet in geringe mate maar juist in belangrijke mate en dus in hoofdzaak het ontstaan van de schade hebben veroorzaakt.

#### *5. Werkgeversaansprakelijkheid*

*De toelichting lijkt ervan uit te gaan dat de aansprakelijkheid van DNB en AFM als werkgever voor handelen of nalaten van hun werknemer (naast de eigen aansprakelijkheid van de werknemer zelf) ook beperkt is door het voorgestelde artikel 1:25c.<sup>1</sup> Uit de tekst van deze bepaling valt evenwel niet rechtstreeks af te leiden dat daaronder ook valt de aansprakelijkheid van DNB als werkgever op grond van artikel 6:170 Burgerlijk Wetboek. De tekst van artikel 1:25c ziet immers op aansprakelijkheid voor het handelen of nalaten voortvloeiende uit de taken die bij of krachtens de Wet op het financieel toezicht zijn opgedragen.*

*De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.*

#### *5. Werkgeveraansprakelijkheid*

Zoals de Afdeling aangeeft, ziet de tekst van het voorgestelde artikel 1:25c van de Wft op aansprakelijkheid voor het handelen of nalaten voortvloeiende uit taken die bij of krachtens de Wft zijn opgedragen. Artikel 6:170 BW behelst een algemene bepaling voor werkgeversaansprakelijkheid voor fouten van ondergeschikten. De werking van laatstgenoemd artikel wordt in zoverre door het nieuwe artikel 1:25c beperkt dat, indien sprake is van een handelen of nalaten door de werknemer voortvloeiende uit taken die bij of krachtens de Wft zijn opgedragen, DNB en de AFM aansprakelijk zijn (in de hoedanigheid van werkgever) in geval van opzet dan wel grove schuld. Doordat in artikel 1:25c ook een beperking wordt opgenomen voor werknemers wordt zeker gesteld dat ook een tegen hen ingediende claim pas aan de orde is indien sprake is van opzet of grove schuld. Aan de aansprakelijkheid van werknemers wordt dus pas toegekomen in gevallen van opzet dan wel grove schuld. De aansprakelijkheid van DNB of de AFM dient vervolgens te worden beoordeeld aan de hand van artikel 6:170 BW. Dat betekent dat ook zij alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld in het geval van opzet of grove schuld van de werknemer.

---

<sup>1</sup> Memorie van toelichting, Artikelsgewijs, Artikel I.

## 6. Overgangsrecht

*Artikel III van het voorstel bepaalt uit een oogpunt van rechtszekerheid dat de voorgestelde beperking van aansprakelijkheid niet van toepassing is op een handelen of nalaten van betrokken toezichthouders, hun organen en werknemers dat voor de inwerkingtreding van het voorstel heeft plaatsgevonden. De Afdeling merkt op dat in het licht van de continuïteit van het financiële toezicht het heel wel mogelijk is dat een handelen of nalaten dat voorafgaande aan de inwerkingtreding van de wet heeft plaatsgevonden, eerst na de inwerkingtreding van de wet tot schade leidt dan wel dat de schade eerst na die inwerkingtreding bekend wordt.<sup>1</sup> De rechtszekerheid is niet in het geding als ook deze situaties onder de nieuwe wettelijke regeling vallen.*

*De Afdeling adviseert de voorgestelde overgangsbepaling aan te passen.*

## 6. Overgangsrecht

Het advies van de Afdeling om de voorgestelde overgangsbepaling aan te passen is niet overgenomen. Naar het oordeel van het kabinet is de rechtszekerheid niet beter gediend indien aansluiting wordt gezocht bij het moment van het ontstaan van de schade. Met het oog op de rechtszekerheid ligt het meer voor de hand om bij het handelen of nalaten van DNB of de AFM aan te knopen aangezien het wetsvoorstel juist dat handelen of nalaten normeert. Het tijdstip waarop dat handelen of nalaten heeft plaats gevonden zal vaak eenvoudiger te bepalen zijn dan het moment waarop de schade is ontstaan.

*De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De vice-president van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Financiën,  
J. C. de Jager

---

<sup>1</sup> Vergelijk artikel 173 van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek.