

Vergaderjaar 2008–2009

**31 123**

## **Aansprakelijkheid van toezichthouders**

**Nr. 3**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VAN FINANCIËN**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 2 juli 2009

Hierbij zend ik u, zoals toegezegd, het rapport «Aansprakelijkheid in internationaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie».<sup>1</sup> Dit rapport bevat de resultaten van het onderzoek dat in opdracht van het ministerie van Financiën is uitgevoerd door Prof. mr. I. Giesen c.s. van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

Het onderzoek brengt mogelijke aansprakelijkheidsrisico's in kaart voor de financiële toezichthouders, te weten de Stichting Autoriteit Financiële Markten (de AFM) en De Nederlandsche Bank N.V. (DNB), gezien vanuit de internationale dimensie.

Hieronder treft u de achtergrond van dit onderzoek en een samenvatting van de resultaten. U zult mijn visie op deze resultaten binnen afzienbare tijd ontvangen.

#### **Achtergrond rapport**

Het rapport van Prof. Giesen is een aanvullend rapport op het rapport Van Dam d.d. 3 april 2006 dat in opdracht van het ministerie van Justitie is uitgevoerd.<sup>2</sup>

In het rapport van Dam werden de nationale aansprakelijkheidsrisico's van alle vormen van Nederlands toezicht onderzocht. In dit rapport werd – zeer in het kort – geconcludeerd dat er geen reden is voor bezorgdheid. Van Dam concludeerde dat van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht een positieve prikkel uitgaat voor toezichthouders om hun werk goed te doen, terwijl het hen niet in het defensief drukt.

Deze conclusies zijn onderschreven door de minister van Justitie bij brief van 20 augustus 2007.<sup>3</sup> Daarbij heeft de minister van Justitie, gelet op de internationale dimensie van de financiële markten, wel een aanvullend onderzoek aangekondigd door het ministerie van Financiën «naar de

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>2</sup> Aansprakelijkheid van toezichthouders, prof. dr. Cees C. van Dam, British Institute of International Comparative Law, 2006. Uitgegeven door het WODC, ministerie van Justitie.

<sup>3</sup> Kamerstuk 31 123, nr. 1.

vraag of gezien deze internationale dimensies de conclusies zoals nu geformuleerd zonder meer opgaan voor juist financiële toezichthouders». Het Ministerie van Financiën heeft naar aanleiding hiervan in mei 2008 opdracht gegeven aan Prof. mr. I. Giesen om een aanvullend onderzoek uit te voeren naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie. Het onderzoeksteam van de heer Giesen bestond naast hemzelf uit de heren Prof. mr. C. C. van Dam, Prof. mr. C. E. du Perron en mevrouw mr. E. De Kezel.

### **Onderzoeksvragen en samenvatting rapport**

Het aanvullende onderzoek betreft kort gezegd de vraag of verschillen in nationale aansprakelijkheidsregimes tot extra risico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders DNB en de AFM en daarmee tot negatieve gevolgen voor de financiële sector in Nederland aanleiding (kunnen) geven. Onder extra risico's wordt verstaan: die extra risico's die voortvloeien uit de internationale dimensie van de financiële markten, met name risico's als gevolg van (potentiële) claims ingezet vanuit het buitenland.

De hierboven beschreven algemene probleemstelling wordt in het rapport beantwoord aan de hand van vier subvragen:

1. In hoeverre bestaan er verschillende wettelijke normen inzake de aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders in diverse Europese landen?
2. Wat zijn de achterliggende redenen voor deze verschillende wettelijke normen voor aansprakelijkheid voor de financiële toezichthouders?
3. In hoeverre leiden verschillen in deze wettelijke normen tot potentiële extra risico's voor de Nederlandse financiële toezichthouders en om welke specifieke risico's kan het dan gaan?
4. In hoeverre spelen regimes voor aansprakelijkheid en, meer in het bijzonder het Nederlandse regime, een rol bij de vestiging van financiële ondernemingen?

Uit het rapport blijkt dat de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders in alle onderzochte landen is beperkt. Financiële toezichthouders in Frankrijk, België en Luxemburg zijn alleen voor zware of opzettelijke fouten aansprakelijk; financiële toezichthouders in Ierland en het Verenigd Koninkrijk zijn enkel voor opzettelijke fouten aansprakelijk; de financiële toezichthouder in Zwitserland is alleen aansprakelijk bij machtsoverschrijding of rechtsmisbruik; in de staat New York in de Verenigde Staten en in Duitsland kennen de financiële toezichthouders volledige immuniteit.

De onderzoekers stellen dat de belangrijkste aanleiding voor het invoeren van een immuniteit voor de financiële toezichthouder de jurisprudentie in de betrokken landen was, ook al was deze beperkt en behandelden de rechtbanken dergelijke claims met grote terughoudendheid. Hoewel het risico dus klein was, konden de gevolgen voor aansprakelijkheid zeer omvangrijk zijn. Om rechtsonzekerheid te vermijden hebben de wetgevers willen uitsluiten dat bij toezichtsfalen de nationale toezichthouder kan worden aangesproken. Een belangrijk argument hierbij lag volgens de onderzoekers in de speciale taken die de financiële toezichthouder in het algemeen belang uitvoert. De financiële toezichthouder beoogt stabiliteit en integriteit van het financiële stelsel te beschermen. De daarmee

gepaard gaande risico's op omvangrijke schadeclaims zouden een afwijkend aansprakelijkheidsregime rechtvaardigen. Ook is als argument aangevoerd dat de invoering van een beperking aansluit bij de evolutie in andere rechtsstelsels en bij de aanbevelingen van het *Basel Committee on Banking Supervision* die uitdrukkelijk refereren aan de noodzaak om de financiële toezichthouder te vrijwaren van aansprakelijkheid voor alle handelingen die te goeder trouw worden verricht in de uitoefening van de toezichtstaken.

Op deze argumenten is volgens de onderzoekers ook kritiek te leveren. Gemeenschappelijke kritiek in de rechtsliteratuur is dat er geen voldoende grondslag bestaat voor een dermate vergaande hervorming van het aansprakelijkheidsrecht. Ook bestaat de kritiek dat er geen redelijke rechtvaardiging is om de categorie van financiële toezichthouders anders te behandelen dan andere toezichthouders en dan andere maatschappelijke actoren.

In de beantwoording van de derde onderzoeksvraag gaat het rapport diep in op een aantal relevante IPR kwesties. De onderzoekers concluderen dat bij rechtszaken met een internationale dimensie waar de Nederlandse financiële toezichthouders bij betrokken kunnen zijn de Nederlandse rechter bij uitsluiting bevoegd is. In beginsel is hierbij volgens de onderzoekers thans het Nederlands recht van toepassing. Omdat volgens Nederlands recht financiële toezichthouders (net als in principe alle toezichthouders, cq iedereen voor wie het gewone aansprakelijkheidsregime geldt) zonder beperking aansprakelijk kunnen zijn, betekent dit dat sprake is van potentieel extra risico's, in de zin dat er extra claims van buitenlandse benadeelden jegens de Nederlandse toezichthouders kunnen komen die er zonder de internationale setting niet geweest zouden zijn.

De onderzoekers nuanceren deze conclusie echter door te benadrukken dat het feit dat potentieel extra risico's bestaan uiteraard niet wil zeggen dat deze ook materieel zijn: van Dam concludeerde al dat naar Nederlands recht de aansprakelijkheid van een toezichthouder niet snel wordt aangenomen.

Het is daarnaast goed om in het achterhoofd te houden dat de reikwijdte van mogelijke internationale aansprakelijkheidsclaims beperkt is. Het is namelijk (uiteraard) niet zo dat de NL financiële toezichthouder bij elke zaak met een internationale dimensie aansprakelijk gesteld kan worden. Dit kan alleen wanneer bijkantoren van Nederlandse financiële instellingen betrokken zijn (dochterondernemingen zijn aparte juridische entiteiten en vallen onder de aansprakelijkheid van het gastland), en bij een aantal specifieke risico situaties, die in het onderzoeksrapport worden beschreven, zoals «dual listed» ondernemingen en bepaalde samenwerkingsverbanden. Deze samenwerkingsverbanden kunnen in potentie de reikwijdte van aansprakelijkheidsclaims behoorlijk verruimen. Samenwerking binnen *colleges of supervisors* en via *Memoranda of Understanding* (MoU) veranderen (vooralsnog) niet de formele bevoegdheden van de toezichthouders, maar de onderzoekers zien wel een zeker risico dat desondanks derden aanspraak kunnen maken op afspraken binnen een college of MoU en zo toch bij de Nederlandse financiële toezichthouder uit kunnen komen. Als in de toekomst samenwerking een vlucht naar voren neemt, en zelfs formele bevoegdheden gaat wijzigen (bv. via delegatie) dan kan dit bovendien ook gevolgen hebben voor aansprakelijkheid.

De onderzoekers hebben ten slotte de vierde onderzoeksvraag geprobeerd te beantwoorden door middel van een enquête. Op deze enquête is slechts heel beperkt gereageerd. Uit deze beperkte antwoorden bleek niet

dat de mogelijkheid om de toezichhouder al dan niet aansprakelijk te stellen een factor is die van invloed is in het kader van het vestigingsklimaat van ondernemingen.

De minister van Financiën,  
W. J. Bos