

Vergaderjaar 2010–2011

**31 123**

## **Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders**

**Nr. 6**

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

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 11 maart 2011

In het rapport «Verloren krediet» van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel onder leiding van het Lid De Wit – de commissie De Wit – wordt de aanbeveling gedaan om *de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders te beperken en aansluiting te zoeken bij wat er op Europees niveau gebruikelijk is*. Naar aanleiding van deze aanbeveling heeft het kabinet (Kamerstukken II 2010/11 31 980, nr. 16) aan Uw Kamer gemeld dat de minister van Financiën en de minister van Veiligheid en Justitie de mogelijkheden zullen verkennen voor beperking van de aansprakelijkheid van de toezichthouders op de financiële markten, de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Hierbij stel ik Uw Kamer mede namens de minister van Veiligheid en Justitie op de hoogte van de uitkomsten van deze verkenning.

#### **1. Beperking van aansprakelijkheid**

De afgelopen periode zijn de relevante varianten voor beperking van de aansprakelijkheid beoordeeld. In algemene zin acht ik een beperking van de aansprakelijkheid van de toezichthouders op de financiële markten, DNB en de AFM, onder meer wenselijk vanwege de mogelijkheden die dit biedt aan de financiële toezichthouders voor meer openlijk kritisch toezicht (zie ook de brief aan Uw Kamer van 16 augustus 2010; Kamerstukken II 2009/10, 32 432, nr. 5). Ook de publieke opinie eist van toezichthouders op de financiële markten een transparant toezicht. Beperking van de aansprakelijkheid is eveneens in overeenstemming met de voornoemde aanbeveling van de Commissie De Wit en de aanbevelingen van het Basel Committee om Banking Supervision, de International Association of Insurance Supervisors (IAIS) en de International Organization of Securities Commissions (IOSCO).

In de huidige wet- en regelgeving is niet voorzien in een bijzondere regeling voor de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders. De aansprakelijkheid wordt volgens het algemene regime van artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek beoordeeld. Wel is in jurisprudentie de bijzondere positie voor de toezichthouder tot uitdrukking gekomen. Getoetst wordt aan de norm van de «*behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder*» (het arrest DNB/Stichting Vie d'Or, HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529). In de ons omringende landen geldt voor toezichthouders op de financiële markten daarentegen vaak een expliciete wettelijke beperking van de civielrechtelijke aansprakelijkheid, zo bleek uit een rechtsvergelijkend onderzoek naar financieel toezicht en aansprakelijkheid in internationaal verband dat in 2009 in opdracht van het ministerie van Financiën door een commissie onder leiding van prof. mr. I. Giessen is uitgevoerd (Kamerstukken II, 2008/09, 32 123, nr. 3). In het VK, Ierland, België, Luxemburg, Frankrijk en (min of meer) in Zwitserland geldt een beperking tot opzet danwel grove schuld.

Als uitkomst van de verkenning naar de verschillende mogelijkheden om de aansprakelijkheid van DNB en de AFM te beperken, acht ik een expliciete beperking van de aansprakelijkheid tot opzet en grove schuld het meest aangewezen. Invoering van dit regime zorgt – juist daar waar het werkkterrein van DNB en de AFM steeds internationaler wordt – voor aansluiting bij de ons omringende landen en internationale herkenbaarheid. Eventuele risico's van aanzuigende werking van juridische procedures worden zodoende beperkt. Belangrijk om hierbij op te merken is dat geen volstrekte immuniteit van de toezichthouders wordt voorgesteld waardoor, daar waar sprake is van opzettelijk veroorzaakte schade dan wel schade als gevolg van aan opzet grenzende schuld, sprake blijft van aansprakelijkheid.

## **2. Andere opties voor een beperking van aansprakelijkheid**

Naast een beperking van aansprakelijkheid tot opzet of grove schuld zijn andere opties voor expliciete beperking afgewogen. Deze worden hierna kort weergegeven. Daarbij wordt opgemerkt dat niet zal worden ingaan op de mogelijkheid van volledige immuniteit van de toezichthouders zoals die in Duitsland en de staat New York in de Verenigde Staten geldt, aangezien ik deze optie bij voorbaat als onwenselijk beschouw, en ook Uw Kamer eerder aangaf hier niet voor te voelen.

De opties die zijn onderzocht, naast beperking tot opzet of grove schuld, betreffen:

- Beperking van aansprakelijkheid in enkel internationale gevallen;
- Beperking van aansprakelijkheid ten behoeve van ofwel DNB ofwel AFM;
- Beperking van aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag;
- Beperking van aansprakelijkheid tot «niet in redelijkheid tot een beslissing hebben kunnen komen»;
- Beperking van aansprakelijkheid tot het deel van de schade dat de toezichthouder daadwerkelijk heeft veroorzaakt.

### *A. Beperking van aansprakelijkheid met het oog op internationale claims*

Een beperking van aansprakelijkheid met het oog op internationale claims stuit op Europeesrechtelijke bezwaren. Wanneer een regeling in het leven wordt geroepen die een onderscheid maakt tussen nationale en internationale claims zal deze regeling in de praktijk vrijwel altijd onderscheid maken tussen Nederlandse en buitenlandse onderdanen. Een dergelijke eis staat op gespannen voet met Europees recht.

### *B. Verschillende aansprakelijkheidsregimes voor/onderscheid in de mate van beperking ten behoeve van DNB en de AFM*

Het maken van een onderscheid tussen het aansprakelijkheidsregime voor DNB en voor de AFM zou kunnen worden beargumenteerd vanuit de verschillende taken, mandaten en verantwoordelijkheden waarover zij beschikken. Wat hier echter tegen pleit is dat hoewel het gaat om twee volledig zelfstandige toezichthouders met ieder een eigen rol, zij anderszijds complementair zijn bij het financieel toezicht. Dit uit zich in een hechte en gelijkwaardige samenwerking tussen de AFM en DNB die zowel in convenanten als in de Wft is neergelegd. De argumenten die kunnen worden aangevoerd voor beperking van aansprakelijkheid, gelden in gelijke mate voor DNB en de AFM.

### *C. Beperking van aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag*

Het voordeel van een beperking van aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag is dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen groepen gedupeerden. Bovendien is de regeling transparant. Voor gedupeerden blijft het mogelijk om (tot het vastgestelde bedrag) compensatie te krijgen voor de geleden schade. Het nadeel van deze optie is echter dat het uitgangspunt van volledige schadevergoeding wordt losgelaten en dat een bedrag dient te worden gesteld waarboven geen compensatie van geleden schade hoeft plaats te vinden. Dit bedrag zal waarschijnlijk altijd als willekeurig worden aangemerkt. Er zijn verschillende manieren om de beperking tot een bepaald bedrag vorm te geven. Er zou gekozen kunnen worden voor een beperking van het bedrag per claimant of een maximum bedrag per schade-incident. Ook zou gekozen kunnen worden voor een maximum jaarlijks of totaalbedrag dat de toezichthouders uit behoeven te keren. Als voor de eerste variant zou worden gekozen, blijft het risico bestaan dat de toezichthouder met een megaclaim wordt geconfronteerd aangezien vele «kleine» claims bij elkaar opgeteld een zeer groot bedrag kunnen vormen. Een maximum bedrag per schade-incident kan betekenen dat de gedupeerde slechts in beperkte mate gecompenseerd zal worden wanneer een grote groep gedupeerden wordt geraakt door één enkel schade-incident, terwijl een gedupeerde volledig gecompenseerd kan worden wanneer een kleine groep geraakt wordt. Bij een maximumtotaal of jaarlijks bedrag hebben gedupeerden die eerder schade lijden mogelijk een voordeel ten opzichte van gedupeerden die later (in het jaar) schade lijden. Dergelijke situaties zijn wel afhankelijk van de precieze invulling van een eventuele wettelijke regeling.

### *D. Beperking van aansprakelijkheid tot «niet in redelijkheid tot een beslissing hebben kunnen komen»*

De huidige Nederlandse aansprakelijkheidsnorm uit het *Vie d'Or* arrest gaat uit van een «*behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder*» waarbij aan de toezichthouder een grote mate van beleidsvrijheid wordt gelaten. Beperking van aansprakelijkheid tot gevallen waarin de toezichthouder niet in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen, benadert het Nederlands aansprakelijkheidsregime op grond van bestaande jurisprudentie het dichtst. Een voordeel van deze optie is ook dat zij de ruime beleids- en handelingsvrijheid van de toezichthouder voorop stelt. Deze benadering wijkt echter af van de bestaande regimes in de ons omringende landen en is daarom internationaal minder herkenbaar.

### *E. Beperking van aansprakelijkheid tot het deel van de schade dat de toezichthouder daadwerkelijk heeft veroorzaakt*

Op grond van het huidige Burgerlijk Wetboek geldt voor veroorzakers van dezelfde schade een zogenaamde hoofdelijke aansprakelijkheid voor de vergoeding van deze schade (artikel 102 van Boek 6). Is bijvoorbeeld zowel een bank waarop toezicht wordt gehouden aansprakelijk voor het wanbeleid van deze bank, als de toezichthouder die door falend toezicht dit wanbeleid niet heeft voorkomen, dan kunnen zij elk voor de *volledige* schade worden aangesproken door de gedupeerden van dit wanbeleid. De gedupeerde hoeft niet te onderzoeken wie van beiden voor welk deel van de schade verantwoordelijk is. Alleen in de onderlinge verhouding tussen de toezichthouder en de bank is dit van belang. Vergoedt de toezichthouder bijvoorbeeld de volledige schade, dan heeft hij vervolgens een recht van verhaal op de bank voor het deel van de schade dat door de bank is veroorzaakt. Dit kan problematisch zijn voor de toezichthouder als deze bank failliet is gegaan. Hij kan in dat geval voor de volledige schade worden aangesproken, maar kan deze schade na vergoeding niet meer verhalen op de bank.

Om tot een rechtvaardige verdeling van de schade tussen de verschillende veroorzakers hiervan te komen, zou in afwijking van de hoofdelijke aansprakelijkheid een evenredige aansprakelijkheid kunnen worden geïntroduceerd<sup>1</sup>. Dit betekent dat de veroorzakers van de schade – en dus ook de toezichthouder – alleen kunnen worden aangesproken voor dat deel van de schade, dat zij hebben veroorzaakt. Het is mogelijk een dergelijke regeling te beperken tot enkel die gevallen, waarin degene die primair verantwoordelijk is voor het ontstaan van de schade geen of onvoldoende verhaal biedt, bijvoorbeeld wegens faillissement. Het nadeel van een dergelijke evenredige aansprakelijkheid is dat juridische procedures voor gedupeerden worden bemoeilijkt, omdat zij in beginsel moeten aantonen wat het aandeel in het ontstaan van de schade is van elk van de veroorzakers. Daarnaast wordt het uitgangspunt van volledige schadevergoeding losgelaten.

### **3. Conclusie**

De verschillende opties in overweging nemend, gaat mijn voorkeur uit naar een beperking van de aansprakelijkheid tot opzet danwel grove schuld, aangezien deze vorm van beperking het beste aansluit bij de bestaande regimes in de ons omringende landen. Ook DNB en de AFM hebben een voorkeur voor deze variant.

Aangezien de voor te stellen beperking betrekking heeft op de toezichthouders op de financiële markten, DNB en de AFM, zal worden voorgesteld de beperking op te nemen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) die op dit punt dus als *lex specialis* ten opzichte van de algemene regeling in het Burgerlijk Wetboek kan worden beschouwd. In dit kader is het wel van belang om op te merken dat DNB en de AFM ook toezichthouder zijn op de naleving van andere wetten. Bezien zal worden of de beperking van de aansprakelijkheid ook moet gelden voor het toezicht op de naleving van andere wetten in het kader waarvan DNB en de AFM zijn aangewezen als toezichthouders. Ik zal hierover tevens in overleg treden met de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

---

<sup>1</sup> Zie: D. Busch, «Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?», p. 60–80.

Een wetvoorstel ter zake zal worden voorbereid en naar verwachting in augustus bij Uw Kamer worden ingediend.

Mede namens de minister van Veiligheid en Justitie,  
De minister van Financiën,  
J.C. de Jager