

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. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen

In het rapport «Verloren krediet» van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel (commissie De Wit) is 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». ¹ Met de motie Mulder c.s. van 28 september 2010 heeft de Tweede Kamer de aanbevelingen van de commissie De Wit, zoals verwoord in het rapport, overgenomen. ² Door middel van het onderhavige wetsvoorstel wordt hieraan invulling gegeven door de invoering van een expliciete wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM).

In de huidige wet- en regelgeving is niet voorzien in een bijzondere regeling voor de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders, DNB en de AFM. De aansprakelijkheid wordt volgens het algemene regime van artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW) beoordeeld. Bij aansprakelijkheid van de toezichthouder betekent dit dat de schade niet blijft rusten bij de benadeelde maar uiteindelijk ten laste van de samenleving als geheel komt. Wel is in de jurisprudentie het handelen van de financiële toezichthouder enkele malen getoetst aan de specifieke norm van de «behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder» (zie hiervoor het arrest DNB/Stichting Vie d'Or, HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529).

Een expliciete wettelijke beperking van de aansprakelijkheid ten opzichte van het huidige aansprakelijkheidsregime is echter gewenst voor de toezichthoudende taken van DNB en de AFM die voortvloeien uit de Wet op het financieel toezicht (Wft). Het is bij deze toezichthoudende taken dat DNB en de AFM in een bijzondere situatie opereren, omdat zij geconfronteerd worden met een knellend toezichthouderdilemma. Dit dilemma behelst dat DNB en de AFM een aanmerkelijke kans maken zowel bij ingrijpen als bij niet-ingrijpen geconfronteerd te worden met aansprakelijkheidsclaims, omdat de belangen van verschillende groepen die bij de financiële onderneming zijn betrokken tegengesteld kunnen zijn. De

¹ Aanbeveling 26, p. 24; Kamerstukken 31 980, nr. 4.

² Kamerstukken 31 980, nr. 13.

toezichthouders moeten daarbij het midden zien te houden tussen enerzijds het behoud van financiële soliditeit van de aan zijn toezicht onderworpen financiële ondernemingen en anderzijds het beschermen van de belangen van spaarders, depositohouders en polishouders.¹ Zoals prof mr. I. Giesen in zijn rechtsvergelijkend onderzoek naar toezicht en aansprakelijkheid over het toezichthouderdilemma opmerkte², «kan de situatie zich voordoen dat volgens de in beginsel geldende normen de toezichthouder zou moeten ingrijpen bijvoorbeeld om de continuïteit van een bepaald bedrijf te waarborgen maar dat tevens duidelijk is dat als de toezichthouder inderdaad ingrijpt en dat ingrijpen vervolgens in de openbaarheid komt, dat enkele feit een dusdanige impact op de markt zal hebben dat de continuïteit alsnog verloren zal gaan. [...] Hetzelfde probleem kan spelen ten aanzien van het moment van ingrijpen; waar de ene partij ingrijpen wellicht prematuur vindt, vindt een ander dat wellicht al te laat. [...] De toezichthouder heeft dus soms enkel een keuze uit twee kwaden».

Indien vervolgens achteraf tot onrechtmatig handelen of nalaten wordt geconcludeerd, kan het om omvangrijke schades gaan. Het toezichthouderdilemma knelt met name bij het toezicht op grond van de Wft. Het is juist in het kader van die wet dat de toezichthouders een evenwicht moeten vinden tussen niet te voortvarend optreden enerzijds en niet te laks optreden anderzijds waarbij bovendien geldt dat met name banken kwetsbare ondernemingen zijn, in die zin dat vertrouwen voor het (voort)bestaan van een bank doorslaggevend is en een (mogelijk) faillissement per definitie verstreckende maatschappelijke gevolgen heeft. Hetzelfde dilemma geldt voor de Caribische equivalent van de Wft, de Wet financiële markten BES (Wfm BES), reden waarom ook voor die wet wordt voorzien in een expliciete wettelijke beperking van de aansprakelijkheid.³ Bij het toezicht op grond van andere wetten, moeten de toezichthouders uiteraard ook belangen afwegen. In een delicate evenwichtspositie tussen enerzijds het behoud van financiële soliditeit van financiële ondernemingen en anderzijds het beschermen van de belangen van depositohouders en beleggers verkeren ze daarbij naar de mening van de regering echter niet. Het is daarnaast van belang dat DNB en de AFM in de internationale samenwerking niet hoeven te vrezen voor aansprakelijkheidsrisico's, omdat zij, in tegenstelling tot een groot aantal toezichthouders op de financiële markten in de ons omringende landen, geen wettelijke beperking van aansprakelijkheid kennen. De financiële sector en daarmee het toezicht op die sector heeft een hoog grensoverschrijdend karakter en DNB en de AFM moeten in toenemende mate internationaal samenwerken, bijvoorbeeld binnen de recentopgerichte Europese toezichthouders, de Europese Bankenautoriteit (in het Engels afgekort tot EBA), de Europese Autoriteit voor effecten en markten (in het Engels afgekort tot ESMA) en de Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen (in het Engels afgekort tot EIOPA), en binnen de verplicht gestelde *colleges of supervisors*. Een beperking van de aansprakelijkheid voor DNB en de AFM zorgt daardoor voor een meer evenwichtige situatie tussen de Nederlandse en buitenlandse toezichthouders op de financiële markten en voor internationale herkenbaarheid. De combinatie van de aanwezigheid van het hiervoor geschetste toezichthouderdilemma en de internationale context waarin DNB en de AFM opereren, onderscheidt hen van andere toezichthouders en rechtvaardigt een expliciete beperking van de aansprakelijkheid. DNB en de AFM moeten daarnaast snel en doortastend kunnen reageren op (crisis)situaties op de financiële markten zonder dat daaraan afbreuk wordt gedaan door mogelijke risico's voor aansprakelijkstelling. Ook moeten zij achteraf meer openlijk zelfkritisch verantwoording kunnen afleggen over hun handelen. Een expliciete wettelijke beperking kan hieraan bijdragen.⁴ Een voorbeeld hiervan is het zelfkritische *Northern Rock* rapport van de *Financial Services Authority* (FSA) in het Verenigd

¹ Mr. E. De Kezel e.a Financieel toezicht en aansprakelijkheid in internationaal verband, 2009.

² 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.

³ Het wetsvoorstel betreffende de Wet financiële markten BES is in mei bij de Tweede Kamer ingediend (Kamerstukken p.m.). Het wetsvoorstel regelt het toezicht op de financiële markten in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en strekt ter vervanging van de toezichtwetten die op 10 oktober 2010 voor de openbare lichamen zijn gaan gelden.

⁴ Zie hiertoe bijvoorbeeld het FSAP rapport, p. 31 (<http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2011/cr11144.pdf>).

Koninkrijk. De FSA geniet een beperkte aansprakelijkheid. De mogelijkheid tot openlijke kritische zelfreflectie is bevorderlijk voor de kwaliteit van het toezicht en voor het afleggen van verantwoording aan de samenleving.

Een beperking van de aansprakelijkheid is tenslotte, zoals gezegd, in overeenstemming met voornoemde aanbeveling van de commissie De Wit, en daarnaast in lijn met aanbevelingen van het Basel Committee on Banking Supervision¹, de International Association of Insurance Supervisors (IAIS)² en de International Organization of Securities commissions (IOSCO)³.

Zoals uiteengezet in de brief aan de Tweede Kamer van 11 maart 2011 zijn meerdere opties voor beperking van de aansprakelijkheid overwogen.⁴ Voorgesteld wordt om voor de vormgeving van de wettelijke beperking te kiezen voor een beperking tot opzet dan wel grove schuld. Dit criterium introduceert in lijn met de aanbeveling van de commissie De Wit een expliciete hogere drempel voor aansprakelijkheid van de toezichthouders. Ook DNB en de AFM hebben een voorkeur voor deze variant. De reikwijdte sluit bovendien aan bij het aansprakelijkheidsregime in de ons omringende landen, zo blijkt 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. Giesen is uitgevoerd (Kamerstukken II, 2008/09, 32 123, nr. 3). In het Verenigd Koninkrijk, Ierland, België, Luxemburg, Frankrijk en (min of meer) in Zwitserland geldt een beperking tot opzet dan wel opzet of grove schuld. In de onderzochte landen Duitsland en de Verenigde Staten is sprake van een algehele uitsluiting van de aansprakelijkheid (immunititeit) van financiële toezichthouders. Andere overwogen varianten, zoals de beperking van de aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag, sluiten hier minder goed bij aan en bieden bovendien slechts een oplossing voor deelaspecten van de aansprakelijkheidsproblematiek zoals de hoogte van de claim in het geval van een beperking van de aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag.

In dit wetsvoorstel is niet gekozen voor een dergelijke algehele uitsluiting van aansprakelijkheid omdat dit de mogelijkheid voor benadeelden om hun schade te kunnen verhalen volledig zou wegnemen. Een dergelijke situatie wordt als onwenselijk beschouwd. Een wettelijke beperking tot opzet of grove schuld beperkt de mogelijkheid voor benadeelden om schade te verhalen weliswaar, maar sluit deze mogelijkheid niet uit. Het nadeel voor benadeelden weegt bovendien niet op tegen de voordelen van een wettelijke beperking zoals hiervoor uiteengezet.

Consultatie DNB en de AFM

Het conceptwetsvoorstel is uitvoerig besproken met DNB en de AFM. In dit verband wordt opgemerkt dat DNB en de AFM de voorkeur geven aan een beperking voor alle regelgeving in het kader waarvan zij zijn aangewezen als toezichthouder. Hiervoor is niet gekozen aangezien de twee criteria voor beperking (de aanwezigheid van een toezichthouderdilemma en de internationale herkenbaarheid) ingeval van de overige wetten naar het oordeel van de regering niet of althans onvoldoende opgeld doen.

Artikelsgewijs

ARTIKEL I

Met het oog op de beperking van de aansprakelijkheid wordt een nieuw artikel 1:25c in de Wet op het financieel toezicht (Wft) ingevoegd op grond waarvan de aansprakelijkheid van DNB en de AFM wordt beperkt tot

¹ Aanbeveling nr.1 van het Bazel-comité op het bancaire toezicht, (Core Principles for Effective Banking Supervision», Basle Committee on Banking Supervision, Basle, 1997, www.bis.org.).

² Aanbeveling nr. 3 van de International Association of Insurance Supervisors (IAIS Insurance Core Principles).

³ Aanbeveling nr. 6 van de International Organization of Securities commissions (IOSCO Objectives and Principles of the Securities Regulation).

⁴ Voor een verkenning van de voor- en nadelen van de verschillende varianten, waaronder de beperking tot een bepaald bedrag wordt verwezen naar de brief van de minister van Financiën mede namens de minister van Veiligheid en Justitie van 11 maart 2011 (kamerstukken II 2010/11, 31 123, nr. 6, p. 2 e.v.).

handelen of nalaten waarbij de schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld.

De voorgestelde beperking ziet op handelingen die de toezichthouders, hun bestuurders, de leden van de raad van commissarissen dan wel raad van toezicht en hun werknemers verrichten bij de uitoefening van hun wettelijke toezichttaken uit hoofde van de Wft. Ook daarmee verband houdende handelingen ingevolge de Algemene wet bestuursrecht vallen onder de voorgestelde beperking aangezien het daarbij gaat om handelingen die rechtstreeks verband houden met de uitoefening van taken en bevoegdheden in het kader van de Wft. Andere handelingen van de toezichthouders of handelingen van derden vallen niet onder de reikwijdte van deze regeling. Handelingen van leden van organen van de toezichthouders en werknemers vallen wel onder de reikwijdte van de beperking.

In het voorgestelde artikel 1:25c wordt ook de aansprakelijkheid van werknemers van DNB en de AFM beperkt. Artikel 6:170 van het BW kent weliswaar een regeling op grond waarvan werkgevers weliswaar aansprakelijk kunnen worden gehouden voor fouten van hun werknemers, maar dat laat onverlet dat als de aansprakelijkheid van de werkgever wordt beperkt, de werknemer aansprakelijk blijft voor zijn eigen fouten. Daarom heeft een beperking voor werknemers in artikel 1:25c van de Wft een zelfstandige betekenis. De beperking voor de leden van de organen van DNB en de AFM (de directie en de raad van commissarissen van DNB en het bestuur en de raad van toezicht van de AFM) heeft een zelfstandige betekenis nu die zeker stelt dat een persoonlijk tegen hen ingestelde claim pas aan de orde is als de rechtspersoon waaraan zij leiding geven of waarop zij toezicht houden aansprakelijk is. Aan een persoonlijke aansprakelijkstelling van werknemers en de leden van de organen 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. De aansprakelijkheidsbeperking ziet allereerst op feitelijke handelingen die door de toezichthouders worden verricht, zoals het inwinnen van informatie of het uitvoeren van onderzoeken. De feitelijke handelingen moeten wel een voldoende inhoudelijk verband houden met de werkzaamheden ter uitvoering van de wettelijke taken als bedoeld in het artikel willen zij onder de reikwijdte daarvan vallen. Te denken valt aan het toezenden van een voorgenomen besluit naar een belanghebbende op een verkeerd adres. Niet beoogd is om de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders te beperken voor bijvoorbeeld een verkeersongeluk veroorzaakt door een medewerker die in het kader van zijn werkzaamheden aan het verkeer deelnam of voor de aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 658, tweede lid, van Boek 7 van het BW (werkgeversaansprakelijkheid).

Behalve op feitelijke handelingen ziet de aansprakelijkheidsbeperking ook op rechtshandelingen die de financiële toezichthouders verrichten uit hoofde van de hun opgedragen wettelijke taken en bevoegdheden in de Wft. Onder rechtshandelingen vallen ook bestuursrechtelijke besluiten. Dat brengt mee dat de beperking van de aansprakelijkheid ook geldt indien bestuursrechtelijke besluiten door de bestuursrechter worden vernietigd. Ook hier geldt dat de rechtshandeling in een voldoende inhoudelijk verband moet staan met de werkzaamheden ter uitvoering van de wettelijke taken als bedoeld in het artikel wil zij onder de reikwijdte daarvan vallen. Niet beoogd is om de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders te beperken voor bijvoorbeeld schade voortvloeiend uit een opzegging van een arbeidsovereenkomst met een werknemer.

DNB en de AFM moeten bij de uitoefening van hun taken soms met tegengestelde belangen rekening houden. Dat zal kunnen meebrengen dat voor DNB of de AFM zeker is dan wel voorzienbaar is dat een bepaald optreden tot schade zal leiden voor een bepaalde groep betrokkenen. Zo zal de aanvraag van de noodregeling door DNB voor een bank (artikel 6:160 van de Wft) in de regel tot schade kunnen leiden voor deponitohouders, werknemers en aandeelhouders. Een intrekking van een vergunning van een beleggingsonderneming door de AFM kan soortgelijke gevolgen hebben (artikel 1:104 van de Wft). Bewustzijn van schade-lijke gevolgen betekent op zichzelf niet dat sprake is van opzet of grove schuld die kan leiden tot aansprakelijkheid. Daarvoor is meer vereist, namelijk een handelen of nalaten waardoor sprake is van een zodanige onbehoorlijke en laakbare taakuitoefening of uitoefening van bevoegdheden dat gezegd kan worden dat de schade het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden dan wel dat de schade te wijten is aan grove schuld. Daarbij moet in het kader van opzet of wil van DNB of de AFM er willens en wetens op gericht zijn taken te verwaarlozen, of dient er, indien dat niet het oogmerk is, sprake te zijn van een zodanig handelen van deze toezichthouders, dat zij er zich bewust van zijn dat een bepaald handelen of nalaten een onbehoorlijke vervulling van hun taken meebrengt of naar alle waarschijnlijkheid zal meebrengen (opzet als zekerheidsbewustzijn respectievelijk voorwaardelijke opzet). Grove schuld ziet op een zodanig laakbaar en onverschillig handelen van de toezichthouder dat daardoor de kans op een onbehoorlijke taakvervulling aanmerkelijk is. Voor een nadere uitleg van het begrip grove schuld wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 12 maart 1954, NJ 1955, 386 (Codam/Merwede). In dat arrest heeft de Hoge Raad een uitleg gegeven aan het begrip grove schuld die nog steeds als gezaghebbend kan worden beschouwd, te weten dat daaronder wordt verstaan een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld.¹ Tot slot zij nog opgemerkt dat volgens de hoofdregel van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de bewijslast dat er in een concreet geval sprake is van opzet dan wel grove schuld, op de claimant rust. Een andere verdeling van de bewijslast kan volgens de slotzinsnede van artikel 150 uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Voor een andere verdeling van de bewijslast zal in ieder geval geen plaats zijn indien de toezichthouder krachtens de wet tot geheimhouding verplicht is. In die situatie zou het onredelijk zijn dat de bewijslast en het bewijsrisico op de toezichthouder zouden komen te rusten.

ARTIKEL II

Door middel van dit artikel wordt een nieuw artikel 1:13a in de Wfm BES ingevoegd. Deze bepaling is overeenkomstig de in dit wetsvoorstel voorgestelde wijziging van de Wft. Voor de toelichting wordt dan ook verwezen naar de toelichting bij Artikel I.

ARTIKEL III

Dit artikel verduidelijkt met het oog op de rechtszekerheid dat de beperking van de aansprakelijkheid in het kader van de Wft zoals voorgesteld in het onderhavige wetsvoorstel niet geldt ten aanzien van handelen of nalaten van DNB en de AFM, de leden van hun organen en hun werknemers dat vóór het in werking treden van deze wet heeft plaatsgevonden. Dat handelen of nalaten moet worden beoordeeld naar het recht zoals dat gold ten tijde van het intreden van de schade. Voor de Wfm BES geldt dat een overeenkomstige bepaling wordt opgenomen in artikel 10:10a van die wet. Er is conform de nieuwe aanwijzing 165a van de Aanwijzingen voor de regelgeving omwille van de overzichtelijkheid

¹ Zie hiervoor ook de parlementaire geschiedenis van het nieuwe verzekeringsrecht, kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 25.

van het overgangsrecht voor gekozen om het overgangsrecht in de Wfm BES zelf op te nemen bij de andere overgangsbepalingen die gelden voor die wet. Voor de Wft is hiervan afgezien omdat voor die wet, anders dan bij de Wfm BES, geen algemeen kader bestaat waar al het overgangsrecht in verband met wijzigingen van de Wft zou kunnen worden opgenomen.

De minister van Financiën,
J. C. de Jager