

Ministerie van Financiën

> Retouradres Postbus 20201 2500 EE Den Haag

Aan de Koningin

Directie Financiële Markten

Korte Voorhout 7
2511 CW Den Haag
Postbus 20201
2500 EE Den Haag
www.minfin.nl

Ons kenmerk

FM/2011/9487 U

Uw brief (kenmerk)

No. W06.11.0264/III

Datum 26 oktober 2011

Betreft Nader rapport inzake 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)

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.

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

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.

Directie Financiële Markten

Ons kenmerk
FM/2011/9487 U

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.¹ 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 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

¹ 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.

gegeven die nog steeds als gezaghebbend kan worden beschouwd, vindt bijvoorbeeld toepassing in het belastingrecht, maar ook bijvoorbeeld artikel 3 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.

Directie Financiële Markten

Ons kenmerk
FM/2011/9487 U

5. Werkgeversaansprakelijkheid

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.

Directie Financiële Markten

Ons kenmerk
FM/2011/9487 U

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.

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,

mr. drs. J.C. de Jager