

# ‘Wat Zwaarst is, moet

Ook toezichhouders hebben te maken met claims en dreiging daarmee. AFM-bestuurslid Theodor Kockelkoren licht nader toe waarom de AFM ‘een zekere mate van immuniteit’ gewenst acht.

TEKST BERT BAKKER | BEELD SIMONE VAN ES

N et als DNB heeft ook de AFM te maken met claims en dreiging van claims. Een voorbeeld is de zaak rond twee bestuurders van Veer Palthe Voute - nog steeds onder de rechter - die zeggen schade te hebben geleden nadat de AFM bekendmaakte hen van handel met voorkennis te verdenken.

President Nout Wellink van De Nederlandsche Bank (DNB) vroeg de Tweede Kamer afgelopen voorjaar, tijdens de gesprekken met de Tijdelijke Commissie Onderzoek Financieel Stelsel (commissie De Wit), wetgeving te ontwikkelen die DNB een mate van immuniteit bezorgt. Minister van Financiën Jan Kees de Jager is daar nu mee bezig.

In het jaarverslag over 2009 constateert ook de AFM dat de (civiele) aansprakelijkheid van toezichthouders negatieve consequenties kan hebben voor de kracht van het toezicht en bepleit daarom een beperking van deze wettelijke aansprakelijkheid. Oud-AFM-bestuurder Paul Koster liet in interviews (zie onder meer ‘de Accountant’, april 2010) eerder al merken dat de effectiviteit van het gedragstoezicht naar zijn idee zeer gebaat zou zijn bij snelle invoering van op z'n minst semi-immuniteit.

## ‘OPEN TOEZICHTNORMEN’

Aan AFM-bestuurslid Theodor Kockelkoren de vraag of het niet raar is om nu nog voor die semi-immuniteit te pleiten.

De financiële sector maakte extreem turbulente jaren mee, spaarders raakten geld kwijt door mismanagement bij onder meer Icesave en DSB, en de toezichthouders - ook de AFM - werden zwaar bekritiseerd, onder meer door de commissies De Wit en Scheltema. Desondanks zijn zij niet geconfronteerd met een golf van aansprakelijkstellingen.

*Je zou kunnen zeggen dat dat aantoonde dat de juristen Van Dam en Giesen, die in hun rapporten stelden dat toezichthouders helemaal niet zo bang hoeven te zijn voor claims, gelijk hadden?*

Kockelkoren: “Er is natuurlijk wel sprake geweest van claims, denk maar aan de Fortis-aandeelhouders die in 2008 onder meer bij de AFM schade claimden omdat ze meenden dat het toezicht te kort was geschoten. Maar ik ben het ermee eens dat we niet kunnen spreken van een nadrukkelijke juridiseringstrend. De reden om desondanks voor een mate van immuniteit te pleiten hangt samen met de eisen die de maatschappij stelt. Dit zien we ook in de rapporten Scheltema en De Wit. Men wil dat toezichthouders niet defensief en angstig zijn maar doortastend op-

treden, ook als situaties nog niet helemaal helder zijn. Bovendien hebben we te maken met ‘open’ toezichtnormen. Zolang er geen jurisprudentie is impliceert dit dat je als toezichthouder je eigen inschattingen moet maken en op basis daarvan moet beslissen. Bijvoorbeeld of een bepaalde bestuurder in functie kan blijven, of de vergunning van een instelling ingetrokken dan wel geweigerd moet worden.”

## SLAGVAARDIGHEID

“Nou, als dat zo is, dan willen wij natuurlijk niet dat achteraf, als je inmiddels wel over volledige informatie beschikt en een bestuursrechter een andere kijk blijkt te hebben op hoe die open norm uitgelegd moest worden, er meteen sprake is van een onrechtmatige daad”, vervolgt Kockelkoren. “En dat de AFM dan kan worden geconfronteerd met aansprakelijkstelling voor schade die niet was opgetreden als onze beslissing anders was uitgevallen. Ik heb het dan over beslissingen waarbij geen sprake is geweest van grote fouten of nalatigheid. De dreiging dat je in die gewone uitoefening van je taken met claims te maken kunt krijgen, helpt

**‘Je wil dat de juridische omgeving waarin je opereert is afgestemd op de taken die bij wet aan de AFM zijn toebedeeld.’**

# Zwaarst wegen'

Theodor Kockelkoren:  
'Men wil dat toezicht-  
houders niet angstig  
zijn maar door-  
tastend optreden,  
ook als situaties  
nog niet helemaal  
helder zijn.'



niet om die gewenste slagvaardigheid te vergroten."

*Maar de situatie die u schetst is niet nieuw. Dus waarom vroeg de AFM niet eerder om die immuniteit?*

"Laat ik eerst - nogmaals - benadrukken dat wij geen absolute immuniteit bepleiten. We willen alleen gevrijwaard zijn van juridische procedures die gaan over beslissingen die wel betwist kunnen worden bij een andere weging van de relevante feiten maar waar duidelijk geen sprake is van gross negligence. Is daarvan eventueel wél sprake, dan moet de mogelijkheid blijven bestaan - dat vind ik ook - om zo'n situatie aan de rechter voor te leggen. Ook bij een toezichthouder moet niet een cultuur kunnen ontstaan van 'wie maakt ons wat'.

Maar waarom nú? Behalve die andere verwachting in de maatschappij veranderde er nóg iets. De wetgeving die regelt dat de AFM in bepaalde situaties kan interveniëren, de Wft, bestaat nog maar sinds 2006. Het Rapport Van Dam, dat concludeerde dat immuniteit niet nodig was, dateert ook van 2006 en kijkt dus terug op ervaringen van daarvoor. We werken nu in een ander krachtenveld. In de afgelopen paar jaar is het rustig geweest met de lancering van nieuwe beleggingsproducten en -instellingen, maar dat kan zomaar veranderen. En dan wil je dat de juridische omgeving waarin je opereert is afgestemd op de taken die bij wet aan de AFM zijn toebedeeld."

## DREMPEL

Velen vinden dat de huidige situatie toezichthouders voldoende bescherming biedt, en dat voor partijen die zich gedupeerd voelen door onterechte interventies van toezichthouders de drempel om naar de rechter te stappen niet te hoog moeten worden. Die discussie loopt nog. Maar Cees van Dam, de hoogleraar die in 2006 het genoemde rapport over toezichthoudersaansprakelijkheid schreef, acht een voorkeursbehandeling voor een overheidslichaam bovendien rechtsstatelijk onjuist.

*Waarom alleen immuniteit voor deze toezichthouders en niet voor bijvoorbeeld de NMa? Of voor de overheid in het algemeen?*

"Ja, dat is een principiële punt. Maar wij kijken nu naar het functionele: de maatschappij vraagt ons, net als andere toezichthouders, om toezicht te houden. Dan is het misschien een kwestie van: wat het zwaarst is, moet ook het zwaarst wegen." □