

Een ruime uitleg van een beperkte aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders

Prof. mr. D. Busch & mr. S.A.M. Keunen*

HR 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:309 (*De Stichting GSFS Pension Fund e.a. / De Nederlandse Bank N.V.*)¹

Inleiding

Zeker sinds de wereldwijde financiële crisis van 2007 trekken gedupeerden regelmatig de stoute schoenen aan en stellen zij de toezichthouders op de financiële sector aansprakelijk wegens falend toezicht. In Nederland is dat niet anders, dus onze eigen financiële toezichthouders AFM en DNB moeten er ook geregeld aan geloven.² De financiële belangen zijn vaak groot, dus niet zelden wordt doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad. Tot dusver kregen gedupeerde beleggers, rekeninghouders en ex-bestuurders van banken en andere financiële instellingen steeds nul op het rekest. De zaak die thans voorligt is daarop geen uitzondering. Toch verdient de uitspraak bespreking in dit tijdschrift, omdat het de eerste uitspraak van de Hoge Raad betreft over aansprakelijkheid van financiële toezichthouders die beoordeeld moest worden onder het nieuwe, en ook enigszins controversiële, artikel 1:25d Wet op het financieel toezicht (Wft). Deze bepaling komt er kort gezegd op neer dat de AFM en DNB voor handelen of nalaten sinds 1 juli 2012 alleen nog maar met succes aansprakelijk kunnen worden gesteld als zij met opzet of grove schuld handelen.

Het arrest van de Hoge Raad

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1.1-1.1.23. Deze komen, voor zover in cassatie van belang, op het volgende neer.

* Danny Busch is als hoogleraar Financieel Recht verbonden aan het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum voor Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit Nijmegen. Stef Keunen

is als promovendus verbonden aan het IFR. Hij bereidt een proefschrift voor over de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders binnen het Single Supervisory Mechanism (SSM).

1 Deze uitspraak is tevens geannoteerd in *NJ* door

V.P.G. de Serière en in *JOR* door K. Frielink, zie *JOR* 2018/125.

2 'AFM' staat voor Stichting Autoriteit Financiële Markten. 'DNB' staat voor De Nederlandse Bank N.V.

(i) De bedrijfsactiviteiten van GSFS Asset Management B.V. (hierna: GSFS Management) richten zich (onder meer) op het doen van beleggingen. In 2008 is het Pensioenfonds opgericht om de pensioentoezeggingen van GSFS Management als werkgever aan de werknemers uit te voeren. Tussen het Pensioenfonds en GSFS Management is daarbij overeengekomen dat GSFS Management als vermogensbeheerder van het Pensioenfonds zal fungeren.

(ii) Eind 2009 is het Pensioenfonds door DNB – die op grond van art. 151 lid 3 Pensioenwet (hierna: Pw) belast is met het prudentieel en het materieel toezicht op pensioenfondsen – ingeschreven in het register pensioenfondsen als bedoeld in art. 210 Pw.

(iii) DNB heeft bij besluit van 18 februari 2013 aan het Pensioenfonds laten weten zijn inschrijving in het register door te halen, op de grond dat het Pensioenfonds volgens DNB geen pensioenfonds in de zin van de Pensioenwet is.

(iv) Het Pensioenfonds heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Het heeft tevens de voorzieningenrechter om schorsing van het besluit verzocht. Dit verzoek is toegewezen. Hierop heeft DNB bij besluit van 25 juli 2013 het besluit van 18 februari 2013 ingetrokken.

(v) Het Pensioenfonds heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van 25 juli 2013. Daarbij heeft het onder meer aanspraak gemaakt op vergoeding van de door hem bij de bestrijding van het besluit van 18 februari 2013 gemaakte proceskosten. Bij beslissing op bezwaar van 8 november 2013 heeft DNB onder meer als volgt overwogen:

“De enige reden waarom GSFS Pf [het Pensioenfonds] nog procesbelang heeft bij het onderhavige bezwaar is gelegen in het feit dat GSFS Pf (...) om vergoeding van de in bezwaar gemaakte proceskosten heeft verzocht. (...) Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb worden de kosten van rechtsbijstand die de belanghebbende heeft moeten maken uitsluitend vergoed op verzoek van de belanghebbende voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. DNB heeft (...) hangende bezwaar het primaire besluit [het besluit van 18 februari 2013] ingetrokken. (...) De intrekking van het primaire besluit op geschetste gronden moet worden gelijkgesteld met een herroeping als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, Awb. Dit betekent dat GSFS Pf recht heeft op vergoeding van de in bezwaar gemaakte proceskosten.”

(vi) Het besluit van 18 februari 2013 is niet geëffectueerd, in die zin dat het Pensioenfonds feitelijk niet is uitgeschreven uit het register.

(vii) Met ingang van 1 januari 2015 heeft GSFS Management de pensioenovereenkomsten met de werknemers beëindigd, zodat vanaf dat moment geen verdere pensioenpremies worden betaald. Het bestuur van het Pensioenfonds streeft ernaar om het fonds te liquideren. Het totale kapitaal is inmiddels op een depositorekening geplaatst.

3.2.1 Het Pensioenfonds c.s. vorderen in deze procedure een verklaring voor recht dat, kort gezegd, DNB met het hiervoor in 3.1 onder (iii) genoemde besluit onrechtmatig heeft gehandeld jegens hen en daarom schadeplechtig is.

3.2.2 DNB heeft zich verweerd met onder meer een beroep op art. 1:25d lid 1 Wft, dat bepaalt dat DNB niet aansprakelijk is “voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, tenzij deze schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld”.

3.2.3 De rechtbank heeft de vordering afgewezen op grond van art. 1:25d lid 1 Wft.

3.2.4 Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het overwogen dat, anders dan het Pensioenfonds c.s. hebben betoogd, DNB wel de bevoegdheid toekomt om een inschrijving van een pensioenfonds in het register pensioenfonds door te halen (rov. 3.4.3-3.4.4). Naar het oordeel van het hof heeft DNB niet opzettelijk onbehoorlijk gebruik gemaakt van deze bevoegdheid. Evenmin valt DNB terzake een grove mate van schuld te verwijten. (rov. 3.4.5) Gelet op art. 1:25d lid 1 Wft is DNB is derhalve niet aansprakelijk (rov. 3.4.6).

3.3.1 Onderdeel 1 van het middel keert zich tegen het oordeel van het hof dat DNB de bevoegdheid heeft om een inschrijving van een pensioenfonds in het register pensioenfonds door te halen.

3.3.2 Op grond van hetgeen hierna in 3.3.3-3.3.5 wordt overwogen, kan dit onderdeel bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

3.3.3 Ingevolge art. 1:25d lid 1 Wft (hiervoor in 3.2.2 aangehaald) is DNB in beginsel niet aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift aan haar opgedragen taak of verleende bevoegdheid. Deze bepaling beperkt de aansprakelijkheid van DNB bij de uitoefening van haar wettelijke taken en bevoegdheden tot de daarin genoemde gevallen van opzet en grove schuld. In de op deze bepaling gegeven toelichting is opgemerkt:

“De voorgestelde beperking ziet op handelingen die de toezichhouders (...) verrichten bij de uitoefening van hun wettelijke toezichttaken (...). 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. (...)

Behalve op feitelijke handelingen ziet de aansprakelijkheidsbeperking ook op rechtshandelingen die de financiële toezichhouders 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.”

(Kamerstukken II 2011-2012, 33 058, nr. 3, p. 4)

Uit deze toelichting volgt dat art. 1:25d lid 1 Wft ziet op al het handelen en nalaten van DNB dat rechtstreeks dan wel voldoende inhoudelijk met de uitoefening van haar wettelijke taken en bevoegdheden verband houdt, waaronder het nemen van bestuursrechtelijke besluiten.

3.3.4 Ingevolge art. 151 lid 3 Pw is DNB belast met het prudentieel en het materieel toezicht op pensioenfonds. Blijkens art. 210 Pw is onderdeel van deze taak dat zij het in deze bepaling bedoelde register pensioenfonds beheert. Ook indien DNB niet bevoegd zou zijn om een inschrijving in het register pensioenfonds door te halen, zoals het onderdeel betoogt, staat een door haar genomen besluit tot doorhaling onmiskenbaar in rechtstreeks en voldoende inhoudelijk verband met de uitvoering van de haar in art. 151 lid 3 Pw en art. 210 Pw op-

gedragen taken en verleende bevoegdheden. Dit brengt mee dat art. 1:25d lid 1 Wft ook van toepassing is op de eventuele aansprakelijkheid van DNB voor het doorhalen van een inschrijving in het register pensioenfonds.

3.3.5 Voorts heeft te gelden dat indien DNB, zoals het Pensioenfonds c.s. betogen, de bevoegdheid zou missen om een inschrijving in het register pensioenfonds door te halen, dit enkele feit, zonder bijkomende omstandigheden – die in deze zaak niet zijn aangevoerd – onvoldoende zou zijn om haar besluit tot doorhaling van de inschrijving van het Pensioenfonds aan te merken als een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of een gedraging die in belangrijke mate is te wijten aan haar grove schuld, een en ander in de zin van art. 1:25d lid 1 Wft.

3.3.6 Overigens ligt in art. 210 Pw besloten dat DNB niet alleen bevoegd is een pensioenfonds in het register pensioenfonds in te schrijven, maar dat DNB ook bevoegd is om over te gaan tot doorhaling van die inschrijving. DNB is immers volgens die bepaling belast met het beheer van het register, welk beheer naar zijn aard mede de bevoegdheid tot doorhaling van een inschrijving omvat indien daartoe grond bestaat. In deze zaak behoeft, gelet op hetgeen hiervoor in 3.3.3-3.3.5 is overwogen, de vraag in welke gevallen DNB tot die doorhaling kan overgaan, geen beantwoording.

3.4 De klachten van de onderdelen 2 en 3 kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt het Pensioenfonds c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van DNB begroot op € 6.590,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren G. Snijders, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek en M.J. Kroeze, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer T.H. Tanja-van den Broek op 9 maart 2018.’

Noot

Algemeen

Voordat we toekomen aan een bespreking van de kernoverwegingen van de uitspraak van de Hoge Raad, schetsen wij eerst de achtergrond en de inhoud van de aansprakelijkheidsbeperking die de AFM en DNB genieten.

Achtergrond van de aansprakelijkheidsbeperking

Historisch gezien vormt de invoering van de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft een belangrijke trendbreuk met het denken over overheidsaansprakelijkheid. Vanaf het *Ostermann*-arrest in 1924 had de Hoge Raad in zijn jurisprudentie immers een lijn ingezet die erop neerkwam dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid niet anders moet worden beoordeeld dan de aansprakelijkheid van particulieren.³ Tot 1 juli 2012 waren financiële toezichthouders voor wat betreft hun niet-contractuele aansprakelijkheid dan ook onderworpen aan het commune aansprakelijkheidsrecht zoals neergelegd in ons Burgerlijk Wetboek (BW), meer concreet het leerstuk van de onrechtmatige daad uit artikel 6:162 BW. In het *Vie d’Or*-arrest van 2006 verduidelijkte de Hoge

3 HR 20 november 1924, *NJ* 1925, p. 89 (*Ostermann*).

Raad dat de zorgvuldigheidsnorm die financiële toezichthouders in acht moeten nemen inhoudt dat zij dienen te handelen conform de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld. Hoewel het bij de beantwoording van de vraag of deze norm in een concrete situatie gehaald wordt aankomt op alle omstandigheden van het geval, formuleerde de Hoge Raad in het arrest tevens een aantal (niet-limitatief bedoelde) gezichtspunten die gewicht in de schaal leggen bij de beantwoording van de vraag of een financiële toezichthouder behoorlijk en zorgvuldig heeft gehandeld.⁴ Uit een aantal van deze gezichtspunten, zoals het feit dat financiële toezichthouders over aanzienlijke beleids- en beoordelingsvrijheid beschikken en bij de uitoefening van hun taken vaak rekening moeten houden met uiteenlopende, soms tegenstelde belangen, blijkt dat de Hoge Raad zich bewust toonde van de bijzondere positie waarin financiële toezichthouders (kunnen) verkeren, met als gevolg dat een civiele rechter slechts in uitzonderlijke gevallen tot het oordeel zou kunnen komen dat de AFM of DNB onzorgvuldig heeft gehandeld.⁵

Opvallend genoeg kwam ook uit diverse onderzoeken in opdracht van de regering naar de wenselijkheid van een aansprakelijkheidsbeperking voor de AFM en DNB naar voren dat zij, zowel nationaal als internationaal bezien, geen onaanvaardbaar aansprakelijkheidsrisico liepen aangezien het aantonen van een toerekenbare onrechtmatige daad van een toezichthouder, mede gelet op de norm uit *Vie d'Or*, in de praktijk buitengewoon lastig was.⁶ In november 2009 schreef toenmalig minister van Financiën Wouter Bos dan ook aan de Tweede Kamer: 'Alle relevante aspecten afwegende meen ik echter dat een beperking van de aansprakelijkheid van Nederlandse financiële toezichthouders niet noodzakelijk is.'⁷ Dit oordeel kwam echter onder druk te staan nadat verschillende instanties en commissies – mede tegen de achtergrond van de financiële crisis – tot het oordeel waren gekomen dat het wenselijk

zou zijn om de Nederlandse financiële toezichthouders te beschermen tegen aansprakelijkheid.⁸ Naar aanleiding hiervan is de minister uiteindelijk toch overstag gegaan en met een wetsvoorstel gekomen als gevolg waarvan de aansprakelijkheid voor de Nederlandse financiële toezichthouders wordt beperkt tot, kort gezegd, opzet en grove schuld.⁹ Het belangrijkste motief achter deze keuze is gelegen in het zogeheten 'toezichthoudersdilemma'.¹⁰ Hieronder wordt verstaan dat de AFM en DNB zowel bij ingrijpen als bij niet-ingrijpen een aanmerkelijke kans lopen geconfronteerd te worden met aansprakelijkheidsclaims omdat de belangen van de verschillende betrokkenen bij de uitkomst van het besluit tot al dan niet ingrijpen vaak tegengesteld zijn.¹¹

Inhoud van de aansprakelijkheidsbeperking

Hoewel de lat voor het (succesvol) aansprakelijk stellen van financiële toezichthouders dus al behoorlijk hoog lag, is sinds 1 juli 2012 de aansprakelijkheid van de AFM en DNB wettelijk beperkt tot gevallen van opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening, opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of grove schuld.¹² Deze beperking ziet op de toerekening, aangezien een verband wordt gelegd tussen de concrete dader en de gedraging.¹³ Het nieuwe artikel 1:25d Wft lid 1 regelt de beperkte aansprakelijkheid van DNB en luidt als volgt:

'De Nederlandsche Bank, de leden van haar directie en raad van commissarissen en haar werknemers zijn niet aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, tenzij deze schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of grove schuld.'¹⁴

Een belangrijke vraag is hoe hoog de lat voor aansprakelijkheid nu eigenlijk precies is komen te liggen. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat wat in een

4 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077 (*Vie d'Or/DNB*), r.o. 4.3.3. Meer recent bevestigd in: HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349 (*DSB/AFM*), r.o. 3.4.1-3.4.4.

5 Zie D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?* (Serie Onderneming en Recht deel 61), Deventer: Kluwer 2011, p. 6. Dit blijkt ook uit de ten tijde van de invoering van de aansprakelijkheidsbeperking bestendige jurisprudentie waarin de AFM of DNB nog nooit met succes aansprakelijk zijn gesteld, zie Busch 2011, p. 5-6 voor een overzicht.

6 Zie C.C. Van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, London: British Institute of International and Comparative Law 2006 (te downloaden via wodc.nl) en I. Giesen e.a., *Aansprakelijkheid in internationale verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders bezien vanuit de internationale dimensie*, Ministerie van Financiën 2009 (te downloaden via minfin.nl).

7 *Kamerstukken II* 2009/10, 31123, 4.

8 Zie o.a. Algemene Rekenkamer, 'Het systeem van

toezicht op de stabiliteit van financiële markten; Verkenning', *Kamerstukken II* 2009/10, 32255, 2 en Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel (commissie-De Wit), *Rapport Verloren krediet, Kamerstukken II* 2009/10, 31980, 4, aanbeveling 26.

9 In de literatuur zijn hier overigens vraagtekens bij geplaatst; proportionele aansprakelijkheid was wellicht een betere mogelijkheid geweest om de aansprakelijkheid te beperken, zie Busch 2011. Zie in dit verband ook G.P. Roth, 'De beperkte aansprakelijkheid van DNB en de AFM. Een slecht doordacht concept met steeds minder bestaansrecht', *Ondernemingsrecht* 2017/147.

10 Daarnaast is gekozen voor 'opzet en grove schuld' omdat deze vorm het beste zou aansluiten bij bestaande aansprakelijkheidsregimes voor financiële toezichthouders in de ons omringende landen. Ook de AFM en DNB hadden aangegeven een voorkeur te hebben voor deze variant, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 31123, 6.

11 *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3, p. 1 en 2. Zie nader over dit dilemma: E.J. van Praag, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid voor onvoldoende toezicht en onrechtmatige besluiten', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (Serie Onderneming en Recht deel 78), Deventer: Kluwer 2013,

p. 881 en Busch 2011, p. 11-12.

12 Wet van 7 juni 2012 tot 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 en het opnemen van regels met betrekking tot de beloning van dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen die staatssteun genieten, *Stb.* 2012, 265. Besluit van 20 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en het bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen, *Stb.* 2012, 289.

13 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2011, p. 97. Dit betekent overigens ook dat de leer van de oneigenlijke formele rechtskracht wordt doorbroken, zodat bestuursrechtelijke onrechtmatigheid niet meer (welhaast automatisch) kan leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3, p.4.

14 In art. 1:25d lid 2 Wft is materieel dezelfde bepaling opgenomen voor de AFM.

concrete casus onder opzet of grove schuld moet worden verstaan, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en uiteindelijk door de rechter zal moeten worden bepaald.¹⁵ Desalniettemin biedt de parlementaire geschiedenis enkele aanknopingspunten voor de wijze waarop de begrippen ‘opzet’ en ‘grove schuld’ dienen te worden uitgelegd. Daarbij moet voorop worden gesteld dat met artikel 1:25d Wft een expliciet hogere drempel is geïntroduceerd ten opzichte van de aanvankelijk geldende *Vie d’Or*-norm.¹⁶

Ten aanzien van het begrip ‘opzet’ merkt de regering op dat hiervoor vereist is dat de wil van de AFM of DNB er willens en wetens op gericht moet zijn hun taken te verwaarlozen of dat, indien dat niet het oogmerk is, zij zich ervan bewust zijn dat een bepaald handelen of nalaten een onbehoorlijke vervulling van hun taken meebrengt of naar alle waarschijnlijkheid zal meebrengen (opzet als zekerheidsbewustzijn respectievelijk voorwaardelijk opzet).¹⁷ In de memorie van toelichting wordt met andere woorden zekerheidshalve verduidelijkt dat het niet gaat om het opzettelijk of bewust toebrengen van schade, maar om het opzettelijk of bewust verwaarlozen van taken als gevolg waarvan schade kan worden toegebracht.¹⁸ Gelet op de strenge eisen voor het aantonen van opzet, wordt in de literatuur aangenomen dat het vrijwel uitgesloten is dat de AFM en DNB op grond hiervan aansprakelijk kunnen worden gehouden.¹⁹

Gedupeerden zullen voor het aantonen van aansprakelijkheid van een financiële toezichthouder praktisch gezien hun pijlen dus voornamelijk moeten richten op het aantonen van grove schuld. Blijkens de memorie van toelichting ziet grove schuld op een ‘zodanig laakbaar en onverschillig handelen van de toezichthouder dat daardoor de kans op een onbehoorlijke taakvervulling aanmerkelijk is’.²⁰ Vervolgens wordt voor een nadere uitleg verwezen naar het *Codam / Merwede*-arrest van de Hoge Raad, waarin is verduidelijkt dat onder ‘grove schuld’ moet worden verstaan: een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld.²¹ Met deze verwijzing lijkt de wetgever er echter aan voorbij te zijn gegaan dat het denken over de betekenis van grove schuld zich na dit arrest verder heeft ontwikkeld, waardoor in de literatuur discussie is ontstaan over de vraag of grove schuld vereist dat de toezichthouder zich bewust was van de laakbaarheid van

zijn handelen.²² Gelet op het feit dat de regering naast het *Codam / Merwede*-arrest tevens wijst op artikel 3 van de Loodsenwet, lijkt dit het geval te zijn.²³ Een van de uitspraken waarin de Hoge Raad het begrip ‘grove schuld’ anders ging invullen zag namelijk specifiek op dit artikel. In het *Solon*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat: ‘onder grove schuld in de zin van artikel 3 Loodsenwet moet worden verstaan een handelen of nalaten van de loods dat roekeloos en met de wetenschap dat schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien is geschied’.²⁴ Meer concreet leidt dit ertoe dat aansprakelijkheid op basis van grove schuld (waarschijnlijk) slechts aan de orde zal zijn indien de AFM of DNB zich ervan bewust waren dat hun handelen fout was, ook wel bewuste roekeloosheid genoemd. Uiteindelijk is het echter aan de Hoge Raad om te bepalen hoe grove schuld in de zin van artikel 1:25d Wft precies moet worden uitgelegd.

Een laatste onderdeel van artikel 1:25d Wft dat significante invloed heeft op het aantonen van aansprakelijkheid is de zinsnede ‘in belangrijke mate’, welke ziet op de vereiste mate van causaliteit. De regering geeft met deze woorden rekenschap van het feit dat schade meerdere oorzaken kan hebben en heeft willen verduidelijken dat het handelen van de toezichthouder dat opzet of grove schuld oplevert in hoofdzaak tot de schade moet hebben bijgedragen.²⁵ De regering lijkt daarmee een stevige causaliteitseis voor ogen te hebben, hetgeen het er voor de gedupeerde(n) niet makkelijker op maakt om de AFM of DNB succesvol aansprakelijk te stellen.

Het beschermingsbereik van artikel 1:25d Wft

Een aspect van de aansprakelijkheidsbeperking dat de kern vormt van het onderhavige arrest, is het beschermingsbereik. In de eerste plaats volgt uit de artikeltekst dat de beperking niet alleen van toepassing is op de AFM en DNB zelf, maar ook op hun directies, commissarissen en werknemers. Daarnaast ziet de aansprakelijkheidsbeperking enkel op een handelen of nalaten dat geschiedt ‘in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid’.²⁶ Uit de memorie van toelichting valt in dit verband op te maken dat ook daarmee verband houdende handelingen ingevolge de Algemene wet bestuursrecht hieronder val-

15 *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 9, p. 13.

16 De regering heeft dit benadrukt in antwoorden op Kamervragen, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 9, p. 6.

17 *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3 p.5.

18 De keuze om opzet te koppelen aan de taken en niet aan de schade is gelegen in het feit dat de AFM en DNB bij de uitoefening van hun taken soms met tegengestelde belangen rekening moeten houden, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3, p.5.

19 Zie bijvoorbeeld S. Sahtie, ‘Wettelijke aansprakelijkheidsbeperking voor DNB en AFM. Hoe hoog komt de nieuwe lat te liggen?’, *MvV* 2012, afl. 10, p. 274.

20 *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, afl. 3, p.5.

21 HR 12 maart 1954, *NJ* 1955/386 (*Codam / Mer-*

wede). Overigens heeft de Raad van State de regering gewezen op het hanteren van het begrip ‘opzet en bewuste roekeloosheid’, aangezien dit inmiddels een gebruikelijker begrip zou zijn in het aansprakelijkheidsrecht. De regering heeft echter vastgehouden aan het huidige ‘opzet en grove schuld’, gelet op de nog steeds gezaghebbende uitleg van de Hoge Raad van het begrip ‘grove schuld’ in het arrest *Codam / Merwede*. Verder merkt de regering op dat dit begrip ook toepassing vindt in het belastingrecht, in art. 3 van de Loodsenwet inzake de aansprakelijkheid van loodsen en titel 12 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek inzake aanneming van werk, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 4, p. 4.

22 Zie onder meer Sahtie 2012, p. 275, Van Praag 2013, p. 894-900 en V.H. Affourit & R.D. Lubach,

‘Toezichhoudersaansprakelijkheid onder de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM’, *O&A* 2012, p. 169-179.

23 Vgl. Van Praag 2013, p. 900, Affourit & Lubach 2012, p. 178.

24 HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4731 (*Solon*), r.o. 3.5. Dit arrest zag op het vervoersrecht, waarop ook *Codam / Merwede* betrekking had.

25 *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 4, p. 4.

26 Overigens zag de oorspronkelijke tekst van de aansprakelijkheidsbeperking slechts op taken en bevoegdheden op grond van de Wft. Na het amendement-Irrgang is echter bepaald dat de aansprakelijkheidsbeperking van toepassing is op alle wettelijke taken en bevoegdheden, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 13.

len, aangezien het daarbij gaat om handelingen die rechtstreeks verband houden met de uitoefening van de taken en bevoegdheden in het kader van de Wft.²⁷

De Hoge Raad stelt voorop dat uit deze toelichting volgt dat de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft ziet op al het handelen en nalaten van de toezichthouders dat rechtstreeks dan wel voldoende inhoudelijk verband houdt met de uitoefening van hun wettelijke taken en bevoegdheden, waaronder het nemen van bestuursrechtelijke besluiten (r.o. 3.3.3). Opvallend is dat de Hoge Raad vervolgens opmerkt dat het daarbij niet uitsluitend hoeft te gaan om een daadwerkelijk bestaande bevoegdheid. De aansprakelijkheidsbeperking kan immers ook van toepassing zijn indien de toezichthouder meende een bepaalde bevoegdheid te hebben die zij achteraf niet blijkt te hebben gehad, zolang deze bevoegdheid maar rechtstreeks of voldoende inhoudelijk in verband staat met de uitvoering van een wettelijke taak (r.o. 3.3.4).²⁸ Tot slot merkt de Hoge Raad op dat het enkele feit dat een toezichthouder (achteraf gezien) een bepaalde bevoegdheid mist, onvoldoende is om een daarop gebaseerd besluit aan te merken als een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening dan wel een gedraging die in belangrijke mate te wijten is aan haar grove schuld (r.o. 3.3.5).²⁹

Verhouding tot het Europese recht

Een punt dat in deze uitspraak niet aan de orde kwam, maar dat voor de praktijk steeds belangrijker wordt, is de vraag hoe de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft zich verhoudt tot het Europeesrechtelijke beginsel van lidstaataansprakelijkheid.³⁰ Een substantieel deel van de huidige financiële toezichtregelgeving kent immers een Europese oorsprong, als gevolg waarvan inadequaat toezicht door de AFM of DNB steeds vaker zal resulteren in de schending van een Europese toezichts- of handhavingnorm.³¹

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) heeft in het arrest *Francovich* bepaald dat een dergelijke schending kan leiden tot aansprakelijkheid van het overheidsorgaan dat de schending begaan heeft.³²

Gelet op de brede invulling die het Hof geeft aan het begrip 'lidstaat', kunnen financiële toezichthouders in beginsel ook rechtstreeks op deze grond aansprakelijk worden gesteld.³³ Daarbij is van belang om op te merken dat de beoordeling van aansprakelijkheid voor een schending van Europees recht plaatsvindt aan de hand van de aansprakelijkheidsvoorwaarden uit het nationale recht.³⁴ Het Europeesrechtelijke beginsel van lidstaataansprakelijkheid brengt echter met zich mee dat de betreffende nationale aansprakelijkheidsvoorwaarden begrensd worden. De literatuur maakt in dit verband onderscheid tussen voorwaarden die de aansprakelijkheid zelf betreffen (gelijksoortige nationale voorwaarden) en voorwaarden die als het ware een bijkomend vereiste voor aansprakelijkheid vormen (aanvullende nationale voorwaarden).³⁵ Bij de eerste categorie voorwaarden heeft als maatstaf te gelden dat een nationale voorwaarde er niet toe mag leiden dat minder snel aansprakelijkheid wordt gevestigd dan met gebruikmaking van de Europese equivalent.³⁶ Voor aanvullende nationale voorwaarden geldt dat deze niet ongunstiger mogen zijn dan die welke gelden voor soortgelijke nationale vorderingen en niet van dien aard mogen zijn dat zij het verkrijgen van schadevergoeding onmogelijk of uiterst moeilijk maken.³⁷

Gelet op eerdere jurisprudentie van het Hof kwalificeert de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft als een gelijksoortige nationale voorwaarde, met als Europese equivalent de voldoende gekwalificeerde schending.³⁸ De aan te leggen toets is dus of de beperking tot opzet en grove schuld een strenger vereiste voor aansprakelijkheid vormt dan het vereiste van een voldoende gekwalificeerde schending.³⁹ Rekening houdend met het feit dat de wetgever expliciet heeft aangegeven een hoge(re) drempel voor aansprakelijkheid te willen creëren en de uitleg van de begrippen opzet en grove schuld in de memorie van toelichting, wordt in de literatuur aangenomen dat dit hoogstwaarschijnlijk het geval zal zijn.⁴⁰ Dit heeft tot gevolg dat de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 1:25d Wft mogelijk buitenspel komt te staan indien de AFM of DNB bij de uitoefening van hun toezichttaken een Europese norm hebben overtreden. Opvallend is overigens

²⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3, p. 4.

²⁸ *In casu* het prudentieel en materieel toezicht op pensioenfondsen ingevolge art. 151 lid 3 Pensioenwet. Zie ook punt 2.6 van de conclusie van de A-G, ECLI:NL:PHR:2017:1326.

²⁹ In de memorie van toelichting wordt in dit verband aangegeven dat indien de bestuursrechter een besluit van de toezichthouder vernietigt omdat deze de grenzen van zijn bevoegdheid heeft overschreden, dit op zichzelf genomen niet aan het inroepen van art. 1:25d Wft in de weg staat, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33058, 3, p. 4.

³⁰ Zie uitvoerig over deze problematiek: J.T. Tegelaar, 'Immuun voor de Unie? (Semi-)immunititeit van nationale financiële toezichthouders onder nieuw recht', *Ars Aequi* oktober 2016, p. 705-715 (AA20160705) en E.J. van Praag, 'Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders naar Europees recht', *SEW* 2014, afl. 5, p. 227-231.

³¹ Tegelaar 2016, p. 705. Zie ook: Van Praag 2014, p. 229.

³² HvJ EG 19 november 1991, ECLI:EU:C:1991:428

(*Francovich*).

³³ Van Dam 2006, p. 81 en 97. Daarvoor moet dan wel voldaan zijn aan een drietal vereisten, te weten: (1) de geschonden rechtsregel strekt ertoe rechten toe te kennen aan particulieren, (2) er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending en (3) er bestaat een direct causaal verband tussen de schending en de door de benadeelde personen geleden schade, zie HvJ EG 5 maart 1996, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*), r.o. 51. Zie voor wat betreft het eerste vereiste bij prudentiële regelgeving: HvJ EG 12 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:606 (*Peter Paul*).

³⁴ HvJ EG *Francovich*, r.o. 41, HvJ EG *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, r.o. 67.

³⁵ J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 371. Zie nader: Tegelaar 2016, p. 711-712.

³⁶ HvJ EG *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, r.o. 75-80.

³⁷ HvJ EG *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, r.o. 67.

³⁸ Zie o.a. HvJ EG *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, r.o. 80: 'Mitsdien moet aan de nationale rechter worden geantwoord, dat hij in het kader van de nationale wettelijke regeling die hij toepast, de schadevergoeding niet afhankelijk kan stellen van het bestaan van schuld (opzet of onzorgvuldigheid) bij het overheidsorgaan waaraan de schending is toe te rekenen, die verder gaat dan de voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht.' Het Hof heeft overeenkomstig geoordeeld bij een nationale aansprakelijkheidsbeperking die de aansprakelijkheid van de rechterlijke macht beperkt tot gevallen van kwade trouw of grove schuld, zie o.a. HvJ EG 13 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:391 (*Traghetti*), r.o. 44-46.

³⁹ Tegelaar 2016, p. 712.

⁴⁰ Zie o.a. Tegelaar 2016, p. 712-714 en Van Praag 2014, p. 227-231.

in dit verband dat de Europese financiële toezichthouders (ECB, SRB, ESMA, EBA en EIOPA) geen expliciete (wettelijke) beperking van aansprakelijkheid genieten.⁴¹ Dit leidt ertoe dat de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft (ook) niet van toepassing zal zijn indien een Nederlandse toezichthouder handelt ter uitvoering van een hem door een Europese bevoegde autoriteit gegeven opdracht, bijvoorbeeld DNB die uitvoering geeft aan een instructie van de ECB in het kader van het Single Supervisory Mechanism. Het zou immers moeilijk te verenigen zijn met het Europese aansprakelijkheidsregime indien de Nederlandse toezichthouder in een dergelijke situatie een aansprakelijkheidsbeperking zou genieten.⁴²

Slot

De eerste uitspraak van de Hoge Raad betreffende de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders die beoordeeld moest worden onder het nieuwe artikel 1:25d Wft is er een van principiële aard. De Hoge Raad verduidelijkt, met een expliciete verwijzing naar de memorie

van toelichting, dat de aansprakelijkheidsbeperking een zeer ruim toepassingsbereik kent en zelfs van toepassing kan zijn indien de toezichthouder meende een bepaalde bevoegdheid te hebben die zij achteraf niet blijkt te hebben gehad. Voor een beroep op de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft volstaat immers dat een voldoende inhoudelijk verband bestaat met de uitoefening van haar wettelijke taken en bevoegdheden. Gelet op (de grenzen van) het Europeesrechtelijke beginsel van lidstaataansprakelijkheid en de aansprakelijkheidsregimes voor de Europese financiële toezichthouders is het echter nog maar de vraag of de Nederlandse aansprakelijkheidsbeperking tot opzet en grove schuld ook van toepassing is indien sprake is van een schending van een Europese toezichts- of handhavingsnorm door de AFM of DNB. Deze situatie zal zich door de toenemende Europeanisering van het toezicht op de financiële sector in de toekomst steeds vaker voordoen, zodat in ieder geval met zekerheid te zeggen valt dat deze eerste uitspraak inzake de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft niet de laatste zal zijn. ■

41 Zie bijvoorbeeld overweging 61 bij Verordening (EU) 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank (ECB) specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (SSM-Verordening), *PbEU* 2013, L 287/63 waarin wordt bepaald dat de Europese Centrale Bank krachtens art. 340 VWEU de schade die zij of haar stafleden in de uitoefening van

hun functies hebben veroorzaakt moet vergoeden 'overeenkomstig de algemene beginselen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben'. Voor de andere Europese toezichthouders (SRB, ESMA, EBA en EIOPA) geldt een soortgelijk aansprakelijkheidsregime. 'SRB' staat voor Single Resolution Board; 'ESMA' staat voor European Securities and Markets Authority; 'EBA' staat voor European Banking Authority; 'EIOPA' staat voor

European Insurance and Occupational Pensions Authority.

42 Zie nader V.P.G. de Serière, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 1191-1193.