

Wettelijke aansprakelijkheidsbeperking AFM en DNB strijdig met Unierecht?

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

Hof van Justitie van de Europese Unie 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:807 (*Nikolay Kantarev v Balgarska Narodna Banka*)¹

Inleiding

Artikel 1:25d Wft beperkt de aansprakelijkheid van onze financiële toezichthouders AFM en DNB tot gevallen waarin de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of grove schuld.² Gaat dit verder dan de ‘voldoende gekwalificeerde schending’ die het Unierecht als voorwaarde voor lidstaataansprakelijkheid stelt? De thans ter bespreking voorliggende uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) is voor de beantwoording van deze vraag van rechtstreeks belang.

Casus

Waar ging het om? Particuliere belegger Nikolay Kantarev vordert bij de Administrativen sad Varna (Bulgaarse bestuursrechter in eerste aanleg) schadevergoeding van de Bulgaarse banktoezichthouder (Balgarska Narodna Banka, hierna: BNB) wegens een schending van Unierecht. Meer concreet stelt hij dat BNB artikel 1, punt 3, onder i) van de depositogarantierichtlijn³ onjuist heeft toegepast waardoor hij zijn geld veel later kreeg uitgekeerd dan de bepaling voorschrijft. Kantarev deed een beroep op het depositogarantiestelsel, omdat de bank waar hij een geldrekening (deposito) aanhield (Korporativna Targovska Banka, hierna: KTB) in zwaar weer terecht was gekomen door een liquiditeitscrisis. In verband hier-

mee heeft BNB de bank op 20 juni 2014 onder bijzonder toezicht geplaatst en een externe accountant gelast om diens activa en passiva te beoordelen. Uit deze beoordeling bleek dat het financiële resultaat van KTB negatief was en niet voldeed aan de Unierechtelijke vereisten inzake eigen vermogen. Daarop heeft BNB bij besluit van 6 november 2014 haar bankvergunning ingetrokken. Op diezelfde dag werd de geldrekening van Kantarev ambtshalve opgezegd. Het geld op de geldrekening van Kantarev moest volgens de Bulgaarse implementatie van de depositogarantierichtlijn vervolgens worden uitbetaald uit hoofde van de depositogarantie. Dit gebeurde uiteindelijk op 4 december 2014.

Kantarev stelt dat de depositogarantierichtlijn in Bulgarije onjuist is geïmplementeerd en toegepast. Het vaststellen van de niet-beschikbaarheid van een deposito, dat een voorwaarde vormt voor de inschakeling van het depositogarantiestelsel, wordt in de Bulgaarse wet afhankelijk gesteld van de intrekking van de bankvergunning, terwijl de richtlijn voor deze vaststelling een vaste termijn voorschrijft. De Bulgaarse bestuursrechter in eerste aanleg schorst de behandeling van de zaak naar aanleiding van een beschikking van de Varhoven administrativen sad (hoogste Bulgaarse bestuursrechter) en stelt een achttal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie om het geschil te kunnen beslechten. Deze vragen hebben enerzijds

* Prof.mr. D. 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. Mr. S.A.M. Keunen is als promovendus verbonden aan het IFR. Hij bereidt een proefschrift voor over de

aansprakelijkheid van financiële toezichthouders binnen de Europese Bankenunie.

1 Deze uitspraak is tevens geannoteerd in *NJ* door V.P.G. de Serière.

2 ‘Wft’ staat voor de Wet op het financieel toezicht. ‘AFM’ staat voor Stichting Autoriteit Financiële Markten. ‘DNB’ staat voor De Nederlandsche

Bank N.V.

3 Richtlijn 94/19/EG, *PbEG* L 135, 31 mei 1994, p. 5-14 (hierna: depositogarantierichtlijn). Zie in dit verband ook: Richtlijn 2009/14/EG, *PbEU* L 68, 13 maart 2009, p. 3-7.

betrekking op de vraag of, en zo ja, op welke wijze, BNB artikel 1, punt 3, onder i) van de depositogarantierichtlijn had moeten toepassen, en anderzijds op de invulling van de vereisten voor aansprakelijkheid van BNB wegens een schending van Unierecht, en dan met name het vereiste van een ‘voldoende gekwalificeerde schending’.⁴

Juridisch kader

De bepaling die in dit arrest centraal staat, is artikel 1, punt 3, onder i) van de depositogarantierichtlijn. Deze bepaling luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

‘3) “unavailable deposit” shall mean a deposit that is due and payable but has not been paid by a credit institution under the legal and contractual conditions applicable thereto, where:

(i) the relevant competent authorities have determined that in their view the credit institution concerned appears to be unable for the time being, for reasons which are directly related to its financial circumstances, to repay the deposit and to have no current prospect of being able to do so.

The competent authorities shall make that determination as soon as possible and in any event no later than five working days after first becoming satisfied that a credit institution has failed to repay deposits which are due and payable; [...].’

Deze bepaling is in Bulgarije onjuist geïmplementeerd in de *Zakona na garantirane na vlogovete v bankite* (Wet betreffende de garantie van deposito’s). Artikel 23, leden 1, 5 en 6, van die wet bepalen het volgende:

‘1. The Fund shall reimburse the bank debt in question to the depositors thereof up to the thresholds guaranteed where [BNB] has withdrawn the banking licence of the commercial bank.

5. The reimbursement of the sums by the Fund shall begin no later than 20 working days from the date on which [BNB] took the decision referred to in paragraph 1.

6. In exceptional circumstances, the Fund may extend the period referred to in paragraph 5 by no more than 10 working days.’

Artikel 79, lid 8 van de *Zakona za kreditnite institutsii* (Wet op de kredietinstellingen) regelt de aansprakelijkheid van BNB:

‘8. [BNB], its bodies and agents shall not be liable for harm sustained in the performance of their duties of supervision, unless they have acted intentionally.’

Beantwoording prejudiciële vragen

Toepasselijke voorwaarden vaststelling niet-beschikbaarheid deposito’s

Het Hof van Justitie gaat allereerst in op de voorwaarden en de termijn waarbinnen BNB de niet-beschikbaarheid van de deposito’s van KTB had moeten vaststellen. Het

neemt daarbij als uitgangspunt dat uit de bewoordingen van artikel 1, punt 3, onder i) van de depositogarantierichtlijn duidelijk volgt dat voor het vaststellen van de niet-beschikbaarheid van deposito’s afdoende is dat de bevoegde autoriteit constateert dat een kredietinstelling vanwege financiële problemen niet in staat lijkt te zijn de deposito’s terug te betalen en verwacht wordt dat dat ook niet binnen afzienbare het geval zal zijn.⁵ Andere omstandigheden, zoals de onder Bulgaars recht gestelde voorwaarde dat de betreffende kredietinstelling insolvent moet zijn en dat diens bankvergunning is ingetrokken, zijn voor de vaststelling verder niet van belang.⁶

Daarnaast preciseert het Hof van Justitie (i) dat de vaststelling moet gebeuren door een uitdrukkelijke rechtshandeling van de bevoegde autoriteit en (ii) dat de in de depositogarantierichtlijn genoemde termijnen voor de vaststelling van de niet-beschikbaarheid van deposito’s en de uitbetaling daarvan dwingend van aard zijn.⁷

De voorwaarden om vast te stellen of een deposito ‘niet-beschikbaar’ is en de termijn waarbinnen dat moet gebeuren zijn aldus nauwkeurig en voldoende duidelijk, waardoor aan artikel 1, punt 3, onder i) rechtstreekse werking toekomt.⁸ Het Hof van Justitie geeft aan dat BNB daarom de richtlijnbeepaling had moeten toepassen en niet de foutieve Bulgaarse implementatie daarvan. Kort en goed: Kantarev kan zich voor de Bulgaarse nationale rechter rechtstreeks beroepen op de richtlijnbeepaling.⁹

Voorwaarden communautaire aansprakelijkheid BNB

Voor wat betreft het antwoord op de vervolgvraag of BNB aansprakelijk is voor de schade die Kantarev heeft geleden door het onjuist toepassen van artikel 1, punt 3, onder i) van de depositogarantierichtlijn, stelt het Hof van Justitie voorop dat deze vraag moet worden beoordeeld aan de hand van het Unierechtelijke beginsel van lidstaat-aansprakelijkheid.¹⁰ Dit beginsel houdt in dat een benadeelde particulier recht heeft op schadevergoeding wegens een schending van Unierecht wanneer voldaan is aan drie voorwaarden: (1) het geschonden voorschrift strekt ertoe aan hem rechten toe te kennen, (2) de schending van dat voorschrift is voldoende gekwalificeerd, en (3) er bestaat een rechtstreeks causaal verband tussen de schending en de door de particulier geleden schade.¹¹

Ten aanzien van het eerste vereiste merkt het Hof van Justitie op dat uit de overwegingen bij de depositogarantierichtlijn volgt dat deze vooral beoogt deposanten te beschermen. Bovendien heeft de vaststelling van niet-beschikbaarheid van deposito’s een rechtstreekse invloed op

4 Zie ov. 40 voor een overzicht van de prejudiciële vragen.

5 Ov. 49.

6 Ov. 51-59.

7 Zie respectievelijk ov. 73-77 en ov. 60-62.

8 Zie in dit verband ook: HvJ EU 25 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:418 (*Indėlių ir investicijų draudimas en Nemaniūnas*), ov. 57.

9 Ov. 97-101.

10 Het Hof van Justitie erkende dit beginsel in het *Franovich*-arrest voor het eerst als een beginsel

van gemeenschapsrecht dat inherent is aan het systeem van het Verdrag, zie: HvJ EG 19 november 1991, ECLI:EU:C:1991:428 (*Franovich*).

11 HvJ EG 5 maart 1996, ECLI:EU:C:1996:79 (*Bras-serie du Pêcheur en Factortame*), ov. 51 en meer recent: HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:602 (*Tomášová*), ov. 22. Het maakt daarbij niet uit welk overheidsorgaan verantwoordelijk is voor de schending, zodat ook financiële toezichthouders op grond van dit beginsel aansprakelijk kunnen worden gesteld. Zie in dit verband: HvJ EG *Bras-*

serie du Pêcheur en Factortame, ov. 32, R. Meijer, ‘Tien jaar lidstaataansprakelijkheid: een stand van zaken vanuit civielrechtelijk perspectief’, *MvV* 2011, p. 106-107 en C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico’s wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, Londen: British Institute of International and Comparative Law 2006, p. 81 en 97 (te downloaden via www.wodc.nl).

de rechtspositie van een deposant, omdat die vaststelling de depositogarantieregeling in werking stelt en uiteindelijk resulteert in terugbetaling. Gelet op deze omstandigheden is duidelijk dat artikel 1, punt 3, onder i) van de depositogarantierechtlijn moet worden aangemerkt als een Unierechtelijke rechtsregel welke ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren.¹²

Vervolgens moet worden bekeken of sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van Unierecht. Hiervoor is vereist dat BNB de grenzen van haar discretionaire bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft overschreden.¹³ Het Hof van Justitie noemt in dit verband enkele niet-limitatief bedoelde gezichtspunten die in dit verband in aanmerking moeten worden genomen, waaronder:

‘[...] the clarity and precision of the rule breached, the measure of discretion left by that rule to the national authorities, whether any error of law was excusable or inexcusable, whether the infringement and the damage caused was intentional or involuntary, or the fact that the position taken by an EU institution may have contributed towards the omission, adoption or retention of national measures or practices contrary to EU law.’¹⁴

In deze zaak wordt van doorslaggevend belang geacht dat artikel 1, punt 3, onder i) van de depositogarantierechtlijn de discretionaire bevoegdheid van BNB begrenst door nauwkeurig de voorwaarden aan te geven voor de vaststelling van de niet-beschikbaarheid van deposito's, alsmede de termijn waarbinnen een dergelijke vaststelling moet gebeuren. BNB was dan ook verplicht de niet-beschikbaarheid van de deposito's vast te stellen binnen de dwingende termijn van vijf werkdagen nadat zij voor het eerst constateerde dat KTB had nagelaten een verschuldigd deposito terug te betalen.¹⁵ Volgens het Hof van Justitie vond deze constatering plaats op 20 juni 2014, toen BNB besloot KTB onder bijzonder toezicht te plaatsen en diens betalingen en transacties op te schorten.¹⁶ Het Hof van Justitie geeft aan dat het feit dat BNB uiteindelijk pas veel later de niet-beschikbaarheid van de deposito's heeft vastgesteld, hoewel de duidelijk omschreven voorwaarden allang vervuld waren, een voldoende gekwalificeerde schending in de zin van het Unierecht zou kunnen opleveren.¹⁷ Maar het is uiteindelijk aan de Bulgaarse nationale rechter om dit te beoordelen, alsook of sprake is van een rechtstreeks causaal verband tussen de schending van artikel 1, punt 3, onder i) van de depositogarantierechtlijn door BNB en de door Kantarev geleden schade.¹⁸

12 Ov. 102-104.

13 HvJ EG *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, ov. 55. Zie uitgebreid over dit vereiste in relatie tot financiële toezichthouders: E.J. van Praag, 'Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders naar Europees recht', *SEW* 2014, afl. 5, p. 219-220.

14 Ov. 105. Zie in dit verband ook: HvJ EG *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, ov. 56.

15 Ov. 106-108.

16 Ov. 109.

17 Ov. 115.

18 Ov. 117. Ten aanzien van het vereiste causaal verband merkt het Hof van Justitie overigens op

dat het dossier laat doorschemeren dat hiervan sprake is, zie ov. 116.

19 Ov. 120-123. Zie in dit verband ook: HvJ EG *Francovich*, ov. 41 en HvJ EG *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, ov. 67.

20 Zie uitvoerig over de wijze waarop het Unierecht de toepassing van nationale aansprakelijkheidsvoorwaarden begrenst: J.T. Tegelaar, 'Immunitet voor de Unie? (Semi)immunitet van nationale financiële toezichthouders onder nieuw recht', *Ars Aequi* oktober 2016, p. 711-712 (AA20160705); R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht. De invloed van het Europese recht op het nationale stelsel*

Communautaire grenzen aan nationale aansprakelijkheidsvoorwaarden

Na een behandeling van (de invulling van) de voorwaarden voor communautaire aansprakelijkheid roept het Hof van Justitie in herinnering dat deze voorwaarden weliswaar noodzakelijk en voldoende zijn om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen, maar dat het uiteindelijk aan de bij de schending betrokken lidstaat is om de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken.¹⁹ Met andere woorden: het recht op schadevergoeding vloeit rechtstreeks voort uit het Unierecht, maar moet worden geëffectueerd aan de hand van de aansprakelijkheidsvoorwaarden uit het nationale recht. Deze laatste categorie voorwaarden kan echter niet altijd onverkort worden toegepast.²⁰ Het beginsel van lidstaataansprakelijkheid brengt namelijk mee dat de nationale voorwaarden voor aansprakelijkheid wegens een schending van Unierecht (i) niet ongunstiger mogen zijn dan die welke gelden voor soortelijke nationale vorderingen en (ii) niet van dien aard mogen zijn dat zij het verkrijgen van schadevergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken.²¹ Deze grenzen worden ook wel aangeduid als de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid/effectiviteit. Het Hof van Justitie toetst vervolgens of de toepasselijke Bulgaarse regelgeving strookt met deze beginselen en komt tot het oordeel dat dit niet het geval is:

'In the present case, as regards the substantive conditions to which an action such as that of the applicant in the main proceedings is subject, by subjecting the right to damages to an intention on the part of the BNB to cause harm, the Law on the Bulgarian Central Bank subjects that right to a condition additional to that of a sufficiently serious breach of EU law.'²²

Deze constatering leidt ertoe dat de aansprakelijkheid van BNB in het onderhavige geval niet kan worden beoordeeld aan de hand van de betreffende Bulgaarse nationale aansprakelijkheidsvoorwaarde.²³

Gevolgen voor Nederlandse aansprakelijkheidsbeperking ex artikel 1:25d Wft

Tot zover de geldigheid van de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking ten behoeve van de dienstdoende Bulgaarse toezichthouder. Belangrijker voor de lezers van dit tijdschrift is evenwel wat de gevolgen van dit arrest zijn voor de Nederlandse aansprakelijkheidsbeperking die de AFM en DNB genieten uit hoofde van artikel 1:25d Wft. Deze wetsbepaling beperkt sinds 1 juli 2012 de aansprakelijk-

van overheidsaansprakelijkheid (diss. UvA; Serie Recht en Praktijk, nr. 156), Deventer: Kluwer 2007, p. 73-77; M.H. Wissink, 'De Nederlandse rechter en overheidsaansprakelijkheid krachtens *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur*', *SEW* 1997, p. 85-86.

21 Ov. 123. Deze regels zijn voor het eerst geformuleerd in HvJ EG 16 december 1976, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*). Zie in dit verband ook: HvJ EU 26 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:39 (*Transportes Urbanos y Servicios Generales*), ov. 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

22 Ov. 126.

23 Ov. 128.

heid van de AFM en DNB tot gevallen waarin de schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening, een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of te wijten is aan grove schuld.

'Voldoende gekwalificeerde schending' versus 'opzet en grove schuld'

De eerste aansprakelijkheidsvoorwaarde van het commune Nederlandse aansprakelijkheidsrecht waarop de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft een significante invloed heeft betreft de toerekenbaarheid. Waar een onrechtmatige daad voorheen kon worden toegerekend op basis van de gronden uit artikel 6:162 lid 3 BW (respectievelijk schuld, de wet en verkeersopvattingen), geldt nu het verzwaarde criterium van opzet of grove schuld.²⁴ Ten aanzien van het begrip 'opzet' volgt uit de memorie van toelichting 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.²⁵

Gelet op deze strenge eisen wordt in de literatuur aangenomen dat het vrijwel is uitgesloten dat de AFM en DNB met succes aansprakelijk kunnen worden gesteld op deze grond.²⁶ Het komt in die zin wellicht niet als een verrassing dat het Hof van Justitie voor financiële toezichthouders nu bevestigt dat een nationale wettelijke regeling die voor het aantonen van aansprakelijkheid vereist dat de financiële toezichthouder opzettelijk heeft gehandeld, verder gaat dan de voldoende gekwalificeerde schending uit het Unierecht.²⁷ Interessanter is de vervolgvraag: hoe zit het dan met 'grove schuld'? Het Hof van Justitie merkt daarover het volgende op:

'[...] the Court has already held that, while certain objective and subjective factors connected with the concept of 'fault' under a national legal system may be relevant for the purpose of determining whether or not a given breach of EU law is sufficiently serious, the obligation to make reparation for loss or damage caused to individuals cannot depend upon a condition based on any concept of fault going beyond that of a sufficiently serious breach of EU law.'²⁸

Het staat de lidstaten met andere woorden vrij om in hun nationale aansprakelijkheidsvoorwaarden een schuldbegrip te hanteren, maar zij moeten er wel voor

waken dat dit begrip niet verder gaat dan de voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht. Blijkens de memorie van toelichting ziet het Nederlandse begrip grove schuld op een 'zodanig laakbaar en onverschillig handelen van de toezichthouder dat daardoor de kans op een onbehoorlijke taakvervulling aannemelijk is'.²⁹ Voor een nadere uitleg verwijst de wetgever naar het *Codam / Merwede*-arrest van de Hoge Raad, waarin is verduidelijkt dat sprake moet zijn van 'een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld'.³⁰ Ofschoon het afwachten is hoe de Hoge Raad het begrip 'grove schuld' uit artikel 1:25d Wft precies gaat invullen, verwachten wij op basis van eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van andere nationale overheidsorganen wegens een schending van Unierecht dat (ook) deze voorwaarde verder gaat dan het vereiste van een voldoende gekwalificeerde schending.³¹ Zo heeft het Hof van Justitie ten aanzien van een nationale regeling die de aansprakelijkheid van de hoogste Italiaanse rechter beperkt tot gevallen van grove schuld en kwade trouw, al geoordeeld dat deze in strijd is met de aansprakelijkheidsvoorwaarden zoals die voortvloeien uit het Unierechtelijke beginsel van lidstaataansprakelijkheid.³² Aangezien het voor de toepassing van dit beginsel niet uitmaakt welk overheidsorgaan verantwoordelijk is voor de schending, lijkt het aannemelijk dat het Hof van Justitie deze lijn zal doortrekken naar andere overheidsorganen, zoals financiële toezichthouders. Indien dit het geval is, zal de aansprakelijkheid van de AFM of DNB voor een schending van Unierecht gelet op dit arrest niet kunnen worden beoordeeld aan de hand van het toerekeningsvereiste van opzet of grove schuld uit artikel 1:25d Wft.

'Rechtstreeks causaal verband' versus 'in belangrijke mate'

Artikel 1:25d Wft heeft ook invloed op het causaliteitsvereiste. Helaas heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak over lidstaataansprakelijkheid tot dusver weinig invulling gegeven aan het Unierechtelijke vereiste van causaliteit, hetgeen een vergelijking met het Nederlandse causaliteitsbegrip bemoeilijkt.³³ In ieder geval is duidelijk dat het moet gaan om een *rechtstreeks* causaal verband

24 Dit betekent overigens ook dat de leer van de 'oneigenlijke' formele rechtskracht wordt doorbroken. De vernietiging van een besluit van de AFM of DNB door de bestuursrechter leidt er niet meer toe dat in een civiele aansprakelijkheidsprocedure de toerekenbaarheid in beginsel gegeven is. De civiele rechter zal nu immers moeten beoordelen of er sprake is van opzet of grove schuld. Vgl. *Kamerstukken II 2011/12, 33058, 3, p. 4.*

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

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

27 Zie hierover onder meer: Van Praag 2014, p. 222, Tegelaar 2016, p. 713 en D. Busch & S. Keunen, 'Een ruime uitleg van een beperkte aansprakelijkheid voor financiële toezichthouders' (annotatie bij HR 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:309), *Ars*

Aequi juni 2018, p. 517 (AA20180513).

28 Ov. 127.

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

30 HR 12 maart 1954, *NJ* 1955/386 (*Codam / Merwede*). Uit de verwijzing naar dit arrest kan worden afgeleid dat het begrip 'grove schuld' subjectief dient te worden uitgelegd, zodat vereist is dat de AFM of DNB zich ervan bewust waren dat hun handelen fout was (bewuste roekeloosheid), zie Sahtie 2012, p. 275. Vgl. 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. 900; V.H. Affourit & R.D. Lubach, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid onder de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM', *O&A* 2012, p. 178.

31 Deze opvatting vindt steun in de literatuur, zie

Van Praag 2014, p. 222 en Tegelaar 2016, p. 712-713.

32 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:391 (*Traghetti*) en HvJ EG 24 november 2011, ECLI:EU:C:2011:775 (*Commissie / Italië*). Zie in dit verband ook: Van Praag 2014, p. 222 en Tegelaar 2016, p. 712.

33 Meijer 2007, p. 115. Zie voor enig inzicht in de wijze waarop het Hof van Justitie in de praktijk omgaat met het vereiste van causaal verband: HvJ EG 24 september 1998, ECLI:EU:C:1998:429 (*Brinkmann / Skatteministeriet*) en HvJ EG 15 juni 1999, ECLI:EU:C:1999:306 (*Rechberger*). Zie in dit verband ook: C.H. Sieburgh, 'EU Law and Non-Contractual Liability of the Union, Member States and Individuals', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 509-514 en Meijer 2007, p. 47-49.

tussen de schending van Unierecht en de door de particulier geleden schade.³⁴ In de literatuur wordt aangenomen dat het Hof van Justitie doorgaans twee stappen onderscheidt om vast te stellen of hiervan sprake is, namelijk (1) of de schade zonder de schending al dan niet zou zijn ingetreden en (2) of de schade al dan niet onmiddellijk en voorzienbaar was.³⁵ Veelal laat het Hof van Justitie het in zaken aangaande lidstaataansprakelijkheid echter aan de nationale rechter over om (definitief) vast te stellen of in het betreffende geval voldaan is aan de vereiste mate van causaliteit.³⁶ Hierbij speelt waarschijnlijk een rol dat de vraag naar het causaal verband nauw verweven is met de concrete feiten van de zaak en de nationale rechter hier over het algemeen beter van op de hoogte is.³⁷ Dit wil evenwel niet zeggen dat de nationale rechter bij deze beoordeling onverkort mag terugvallen op het van toepassing zijnde nationale causaliteitscriterium. Gelet op de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid/effectiviteit is dit immers slechts toegestaan voor zover het betreffende criterium geen hogere drempel opwerpt voor de benadeelde dan de Unierechtelijke vereiste van het rechtstreeks causaal verband.

Uit de tekst van de Nederlandse aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft volgt in dit verband dat de AFM en DNB enkel aansprakelijk kunnen zijn als de schade *in belangrijke mate* het gevolg is van opzet of grove schuld. De wetgever brengt hiermee tot uitdrukking dat schade meerdere oorzaken kan hebben en heeft willen verduidelijken dat de gedragingen van de AFM of DNB die opzet of grove schuld opleveren niet in geringe mate maar juist in hoofdzaak het ontstaan van de schade moeten hebben veroorzaakt.³⁸ Ofschoon het ook bij deze aansprakelijkheidsvoorwaarde afwachten is hoe de Hoge Raad er precies invulling aan zal gaan geven, lijkt dit criterium op het eerste gezicht soepeler te zijn dan het Unierechtelijke vereiste van een ‘rechtstreeks causaal verband’. Mocht dit inderdaad het geval zijn, dan valt te verwachten dat de Nederlandse rechter de aansprakelijkheid van de AFM of DNB wegens een schending van Unierecht zal moeten beoordelen aan de hand van het causaliteitscriterium ‘in belangrijke mate’ uit artikel 1:25d Wft. Het Hof van Justitie staat immers toe dat een overheidsorgaan op basis van het toepasselijke nationale aansprakelijkheidsregime onder soepelere voorwaarden aansprakelijk is voor een schending van Unierecht dan onder het communautaire regime:

‘It follows that, while EU law does not at all rule out the possibility of a State being liable in less restrictive conditions on the basis of national law, it precludes, by contrast, additional conditions from being imposed under national law in that regard.’³⁹

Peter Paul revisited?

Een laatste aspect van deze uitspraak dat bespreking verdient, is de verhouding tot het bekende *Peter Paul*-arrest uit 2004.⁴⁰ Hierin kwam het Hof van Justitie tot het oordeel dat verschillende financiële toezichtrichtlijnen, waaronder de depositogarantie-richtlijn, niet de strekking hebben om een recht op schadevergoeding toe te kennen aan particulieren wegens onvoldoende en/of gebrekkig toezicht door de bevoegde nationale toezichthouder – behoudens het recht op uitkering uit hoofde van het depositogarantiestelsel.⁴¹ BNB beroept zich in het onderhavige geval op dit arrest, maar het Hof van Justitie geeft aan dat hier sprake is van een andere situatie:

‘It is clear from the judgment of 12 October 2004 (*Peter Paul*) that, where national law has established a deposit-guarantee scheme, Directive 94/19 does not preclude national legislation which limits individuals from claiming damages for harm sustained by insufficient or deficient supervision on the part of the national authority supervising credit institutions or from pursuing State liability under EU law on the ground that those responsibilities of supervision are fulfilled in the general interest.

In the present case [however], the referring court wishes to know whether a Member State may be held liable for an incorrect transposition of Directive 94/19 and for an incorrect implementation of the deposit-guarantee mechanism set out in that directive.’⁴²

In *Peter Paul* hadden de rekeninghouders uit hoofde van lidstaataansprakelijkheid al netjes het volledige gegarandeerde bedrag uitgekeerd gekregen waarop zij recht hadden op grond van de depositogarantierichtlijn, welke niet tijdig in Duits recht was omgezet. Dat bedrag compenseerde evenwel niet alle geleden schade. Ook de restschade werd geclaimd op grond van lidstaataansprakelijkheid, maar die kwam volgens het Hof van Justitie niet voor vergoeding in aanmerking. In de onderhavige zaak had de rekeninghouder juist *niet* het volledige gegarandeerde bedrag uitgekeerd gekregen waarop hij recht had op grond van de depositogarantierichtlijn, omdat de Bulgaarse wetgever die niet correct had geïmplementeerd. Hierdoor kreeg hij het gegarandeerde bedrag veel later uitgekeerd dan op grond van de richtlijn het geval zou zijn geweest en leed hij vertragingsschade. Kort en goed: in *Peter Paul* ging het om de vraag of de rekeninghouders recht hadden

34 Zie o.a. HvJ EG *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, ov. 65 en meer recent HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:602 (*Tomášová*), ov. 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

35 Sieburgh 2014, p. 486 en 509. De eerste stap is vergelijkbaar met het vóór de invoering van de aansprakelijkheidsbeperking geldende vereiste van een *condicio-sine-qua-non*-verband. Zie nader over de invulling van het causaliteitsvereiste met betrekking tot de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders: D. Busch, *Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 46-52.

36 Zie bijvoorbeeld HvJ EG *Brasserie du Pêcheur*

en *Factortame*, ov. 65. Ook in de onderhavige uitspraak laat het Hof van Justitie dit oordeel over aan de nationale rechter, zie ov. 116.

37 Meijer 2007, p. 47.

38 *Kamerstukken II* 2011/12. 33058, 4, p. 4. Zie in dit verband ook: Sahtie 2012, p. 276.

39 Ov. 121. Zie in dit verband ook: HvJ EG 25 november 2010, ECLI:EU:C:2010:717 (*Fuß*), ov. 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak. In de literatuur wordt bovendien beargumenteerd dat het in de praktijk überhaupt vaak zal neerkomen op toepassing van het nationale causaliteitscriterium, aangezien niet echt duidelijk is hoe het Unierechtelijke criterium precies dient te worden

opgevat, zie Meijer 2007, p. 48.

40 HvJ EG 12 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:606 (*Peter Paul*).

41 Aangezien het Hof van Justitie daarvoor meestal relatief makkelijk aannam dat voldaan was aan het ‘communautaire relativiteitsvereiste’, heeft dit oordeel in de literatuur geleid tot de nodige kritiek, zie in het bijzonder M. Tison, ‘Do not attack the watchdog! Banking supervisor’s liability after *Peter Paul*’, *Working Paper Series Financial Law Universiteit Gent* 2005, p. 26-29.

42 Ov. 89-91. Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Kokott van 7 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:412, punt 77-84.

op schadevergoeding voor zover dit het gegarandeerde bedrag te boven ging, in de onderhavige zaak was de inzet de verdragingssschade voor de te late betaling van het gegarandeerde bedrag. De uitspraken bijten elkaar strikt genomen dus niet.

Toch rijst de vraag of de benadering van het Hof van Justitie in het *Peter Paul*-arrest in het huidige tijdsge-richt nog wel houdbaar is.⁴³ Op grond van *Peter Paul* zou men kunnen beargumenteren dat het Europees financieel toezichtrecht er niet snel mede toe strekt schadevergoedingsrechten aan particulieren toe te kennen, behoudens een evident geval zoals dat aan de orde was in de onderhavige zaak. Het Europees financieel toezichtrecht dat centraal stond in het *Peter Paul*-arrest zag echter voornamelijk op het bereiken van een gemeenschappelijke markt en niet zozeer op beleggersbescherming, terwijl in de huidige (post-crisis) toezichtregelgeving beleggersbescherming juist een kerndoelstelling is. Voor de Europese toezichtregels die wij in Nederland tot de gedragsregels rekenen is dat welhaast evident.⁴⁴ Zonder volledigheid na te streven noemen wij in dit verband MiFID I/II (beleggingsondernemingen), UCITS/AIFMD (beleggingsinstellingen), IMD/IDD (verzekeringstussenpersonen), de Prospectusrichtlijn/Prospectusverordening (aanbieding van effecten aan het publiek) en MAD/MAR (marktmisbruik).⁴⁵ Over de Europese toezichtregels die wij in Nederland tot de prudentiële regels rekenen zou men wellicht nog kunnen aarzelen, maar ook die regels strekken in toenemende mate expliciet tot bescherming van de belangen van particulieren. Wij wijzen in dit kader op de prudentiële bankenrichtlijn CRD IV, waar in overweging (47) te lezen staat dat:

[s]upervision of institutions on a consolidated basis aims to protect the interests of depositors and investors of institutions [...].⁴⁶

In het licht hiervan is het welhaast onvermijdelijk dat het Hof van Justitie in toekomstige gevallen tot het oordeel zal moeten komen dat het Europees financieel toezichtrecht juist wel strekt tot het toekennen van rechten aan particulieren, met alle gevolgen van dien.⁴⁷ Uit de wetsgeschiedenis bij de Wft volgt in ieder geval duidelijk dat de AFM en DNB hun toezichttaak niet alleen uitoefenen in het kader van het algemeen belang, maar ook ter bescherming van 'cliënten' en 'afnemers van financiële diensten'.⁴⁸ In Nederland hebben we dus weinig moeite met de conclusie dat zowel de gedragsregels als de prudentiële regels er mede toe strekken beleggers te beschermen. Mocht het Hof van Justitie de grenzen onverhoopt minder ruim trekken, dan hoeft dat geen gevolgen te hebben voor de ruimhartige Nederlandse benadering. Het Hof van Justitie bevestigt in de onderhavige zaak immers dat het nationale regime voor toezichthouderaansprakelijkheid best soepeler mag zijn dan de Europese eisen voor lidstaataansprakelijkheid.

Conclusie

Uit arrest volgt dat de Nederlandse aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 1:25d Wft deels buitenspel kan komen te staan wanneer de AFM of DNB bij de uitoefening van hun toezichtbevoegdheden een Unierechtelijke norm schenden. Gelet op de almaar toenemende Europeanisering van het financieel toezichtrecht zal deze situatie zich steeds vaker voordoen. ■

43 Zie uitgebreid over deze kwestie: J. Tegelaar, *Exit Peter Paul? Divergente toezichthoudersaansprakelijkheid in de Europese Unie voor falend financieel toezicht, gezien vanuit het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming*, Den Haag/Leiden: Jongbloed 2017.

44 Vgl. Tegelaar 2017, p. 52.

45 Zie respectievelijk: Richtlijn 2004/39/EG, *PbEU* L 145, 30 april 2004, p. 1-47 (MiFID), Richtlijn 2014/65/EU, *PbEU* L 173, 12 juni 2014, p. 349-496 (MiFID II), Richtlijn 2009/65/EG, *PbEU* L 302, 17 november 2009, p. 32-96 (UCITS), Richtlijn 2011/61/EU, *PbEU* L 174, 1 juli 2011, p. 1-73 (AIFMD), Richtlijn 2002/92/EG, *PbEG* L 9, 15 januari 2003, p. 3-10 (IMD), Richtlijn (EU) 2016/97,

PbEU L 26, 2 februari 2016, p. 19-59 (IDD), Richtlijn 2010/73/EU, *PbEU* L 327, 11 december 2010, p. 1-12 (Prospectusrichtlijn), Verordening (EU) 2017/1129, *PbEU* L 168, 30 juni 2017, p. 12-82 (Prospectusverordening), Richtlijn 2014/57/EU, *PbEU* L 173, 12 juni 2014, p. 179-189 (MAD) en Verordening (EU) 596/2014, *PbEU* L 173, 12 juni 2014, p. 1-61 (MAR). 'MiFID' staat voor Markets in Financial Instruments Directive; 'UCITS' staat voor Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities; 'AIFMD' staat voor Alternative Investment Fund Managers Directive; 'IMD' staat voor Insurance Mediation Directive; 'IDD' staat voor Insurance Distribution Directive; 'MAD' staat voor Market Abuse Directive en

'MAR' staat voor Market Abuse Regulation.

46 Richtlijn 2013/36/EU, *PbEU* L 176, 27 juni 2013, p. 338-436 (CRD IV). 'CRD' staat voor Capital Requirements Directive. Zie in dit verband ook ov. 91 bij CRD IV en de overwegingen (7), 123 en 127 bij Verordening (EU) 575/2013, *PbEU* L 176, 27 juni 2013, p. 1-337 (CRR). 'CRR' staat voor Capital Requirements Regulation.

47 Zie in dit verband ook: Meijer 2011, p. 107.

48 *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, 3, p. 28-29.

Zie hierover nader: D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?* (oratie RUN; Serie Onderneming en Recht deel 61), Deventer: Kluwer 2011, p. 17-22; Busch 2010, p. 41-45.