

Toezichthoudersaansprakelijkheid onder de Wet aansprakelijkheidsbepierking DNB en AFM

84

1. Inleiding

Op 1 juli 2012 trad de Wet aansprakelijkheidsbepierking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen (hierna: 'de Wet aansprakelijkheidsbepierking') in werking.² De aansprakelijkheid van DNB en de AFM wordt daarbij beperkt tot – kort gezegd – opzet en grove schuld. Aldus wordt voor het eerst een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat overheden op gelijke wijze als andere rechtssubjecten aansprakelijk zijn voor hun onrechtmatige handelen en nalaten.

De ingevoerde aansprakelijkheidsbepierking roept de nodige vragen op. Onduidelijk is wat de reikwijdte ervan is. Hiermee hangt nauw samen de vraag hoe deze nieuwe wetgeving zich verhoudt tot de rechtspraak inzake besluitenansprakelijkheid en aansprakelijkheid van falend toezicht.

2. Aansprakelijkheid van toezichthouders

Over toezichthoudersaansprakelijkheid is in de afgelopen jaren het nodige geschreven. Ook de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders, de AFM en DNB, is daarbij uitgebreid besproken.³ Daarbij ging het logischerwijs niet zozeer om de aansprakelijkheid van toezichthouders wegens genomen besluiten in de zin van art. 1:3 Awb. De regels voor besluitenansprakelijkheid gelden ook hier: een niet vernietigd appellabel besluit wordt jegens een belanghebbende geacht rechtmatig te zijn, terwijl juist de onrechtmatigheid vaststaat en de toerekening in beginsel is gegeven wanneer de bestuursrechter het besluit wel heeft

vernietigd.⁴ Vooral de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders wegens nalaten – niet controleren, niet handhaven – heeft aandacht gekregen.

Met het *Vie d'Or*-arrest heeft de Hoge Raad richting gegeven aan – met name – de beoordeling van deze aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders.⁵ Volgens de Hoge Raad dient in een concreet geval te worden beoordeeld of het uitgeoefende toezicht voldoet aan '*de eisen die aan behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld*'. Daarbij komt het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft daarbij een aantal gezichtspunten geformuleerd:

- De aard van het toezicht.* Het gaat om normatief toezicht: de verplichting tot normconform handelen rust op de instelling, de toezichthouder controleert. Het toezicht is bovendien in belangrijke mate repressief: pas achteraf wordt bezien of aan de regels wordt voldaan.⁶
- Beoordelings- en beleidsvrijheid.* Het is in beginsel aan de toezichthouder om te bepalen of – en zo ja, op welke wijze – met gebruikmaking van de wettelijke bevoegdheden wordt ingegrepen. De rechter dient deze beoordelings- en beleidsvrijheid te respecteren. Het criterium is of de toezichthouder in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen.
- Geen 'wijsheid achteraf'.* De beoordeling van de redelijkheid van het handelen van de toezichthouder vindt plaats tegen de achtergrond van de feiten en omstandigheden die destijds bij de toezichthouder bekend waren of hadden moeten zijn.
- Het doel van het toezicht.* Wanneer het toezicht (mede) tot doel heeft de bescherming van de individuele vermogensbelangen van betrokkenen – zoals in het geval van *Vie d'Or* de polishouders – tegen het risico van deconfiture, dan dient dit belang bij de te nemen beslissingen te worden betrokken.
- Beperkingen aan toezicht.* De toezichthouder dient bij zijn taakuitoefening ook de eisen van doelmatigheid,⁷ evenredigheid, proportionaliteit en subsidiariteit te betrekken.
- Het toezichthoudersdilemma.* De toezichthouder kan voor het dilemma worden geplaatst dat betrokkenen enerzijds gebaat zijn bij maatregelen, maar dat die maatregelen de belangen van betrokkenen tegelijkertijd kunnen schaden. Zo kan het aanstellen van een

1 Vincent Affourtit en Rense Lubach zijn advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.

2 *Stb.* 2012, 265, i.w.tr. *Stb.* 2012, 289.

3 Korthedshalve verwijzen wij voor een overzicht van verschenen literatuur naar D. Busch, *Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010 (hierna: Busch 2010) en diens oratie *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?*, Deventer: Kluwer 2011. Ook dit blad besteedde de nodige aandacht aan dit onderwerp. Zie B.M.J. van der Meulen, 'Falend toezicht', *O&A* 2002, p. 132-135; B.M.J. van der Meulen, 'Niets nieuws is goed nieuws. Aansprakelijkheid voor falend toezicht', *O&A* 2007, p. 19-26; A.R. Neerhof, 'Over onrechtmatigheid van toezichts- of handhavingsfalen, mensenrechten en aansprakelijkheid', *O&A* 2007, p. 184-200 (hierna: Neerhof 2007); J.E.M. Polak e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2008, afl. 2a, met name p. 117-118; Chr.H. van Dijk, 'Ceas C. van Dam, Aansprakelijkheid van toezichthouders, Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht voor toekomstig beleid, WODC-rapport', *O&A* 2008, p. 33-34.

4 Zie hierover de overvloedige rechtspraak en literatuur op dit punt. Wij volstaan hier met verwijzing naar B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appelleerbare besluiten*, Deventer: Kluwer 2005 en de tweemaal per jaar verschijnende 'Kroniek Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)' van B.P.M. van Ravels in *NTB*.

5 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527, m.nt. C.C. van Dam onder *NJ* 2008/529; *JOR* 2006/295, m.nt. D. Busch; *JA* 2007/2, m.nt. W.H. van Boom; *ONDR* 2006/200, m.nt. B.P.M. van Ravels (*DNB/Stichting Vie d'Or*).

6 Dit laatste is anders waar het gaat om vergunningverlening, waar de toezichthouder een beoordeling uitvoert voordat de activiteiten plaatsvinden.

7 Vgl. HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982/332, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bargerbeek/Juurlink*).

stille curator bij een financiële instelling raadzaam zijn ter bescherming of verbetering van de gezondheid van die instelling, maar wanneer deze maatregel bekend wordt, dan zal de instelling als gevolg van gebrek aan vertrouwen bij (potentiële) klanten mogelijk slechter af zijn. Een beroep op dit dilemma zal minder snel worden gehonoreerd indien de toezichthouder aan het ontstaan ervan heeft bijgedragen, bijvoorbeeld doordat hij ongunstige ontwikkelingen van structurele aard op hun beloop heeft gelaten.

- g. *Geen garanties, wel tijdig en adequaat optreden.* Met toezicht kan niet worden gegarandeerd dat op nooit schade optreedt door deconfiture, maar de toezichthouder dient wel tijdig en adequaat maatregelen te treffen om het risico daarop zo veel mogelijk te beperken. Wanneer maatregelen worden getroffen, dan dient de toezichthouder er nauwlettend op toe te zien dat deze maatregelen het beoogde effect hebben.

Aan de hand van deze gezichtspunten kwam de Hoge Raad – toegespitst op de casus *Vie d'Or* – tot de volgende maatstaf:

“De Verzekeringskamer handelt ten opzichte van de polishouders onrechtmatig indien zij in de omstandigheden van het geval, uitgaande van de gegevens waarover zij beschikte of behoorde te beschikken en gelet op het geheel van de reeds getroffen maatregelen en gebleken (in)effectiviteit daarvan, alle belangen in aanmerking genomen – de mogelijk nadelige effecten van de benoeming van een stille bewindvoerder daaronder begrepen – met het oog op de aantasting van de individuele vermogensbelangen van de polishouders in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat ook zonder de benoeming van een stille bewindvoerder het gevaar voor een uiteindelijke deconfiture zo veel mogelijk bleef afgewend.”

In diverse na *Vie d'Or* gewezen uitspraken komt deze maatstaf terug.⁸ Uit de rechtspraak blijkt voorts, dat bij de beoordeling van het handelen en nalaten van de financiële toezichthouders ook betekenis toekomt aan de gezichtspunten uit het bekende *Kelderluik*-arrest.⁹ Zie bijvoorbeeld het hof-arrest in de zaak *BeFra*.¹⁰ Volgens het hof kan alleen van onzorgvuldige uitoefening van de toezichttaak worden gesproken indien uit de omstandigheden van het geval volgt dat de toezichthouder in redelijkheid niet heeft kunnen besluiten een bepaald gebruik van zijn toekomstige bevoegd-

heden achterwege te laten. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval a. de scherppte van het (eerste) signaal dat een onder toezicht vallende (rechts)persoon zich niet aan de voor hem geldende voorschriften houdt; b. de aard van de vermoedelijk overtreden norm; c. de mate waarin die vermoedelijke overtreding tot benadeling van individuen kan leiden; d. de omvang – ook wat het aantal van de benadelingen betreft – van dat dreigend nadeel; e. de aard van de bevoegdheden die de toezichthouder ten dienste stonden; en f. de mate waarin het gebruik van die bevoegdheden daadwerkelijk bescherming kon bieden aan alle op het spel staande belangen; g. alsmede de mate waarin de betrokkenen wier belangen rechtstreeks op het spel stonden, zelf maatregelen hebben kunnen treffen om nadeel te voorkomen. De omvang van de zorgplicht wordt derhalve bepaald door een afweging van zorg (taak, bevoegdheden) en het risico waartegen de zorgplicht beoogt te beschermen. Wanneer het risico op schade zeer groot is, is de beoordelings- en beleidsvrijheid van de toezichthouder beperkt.¹¹

Door velen wordt erop gewezen dat aan de voorgaande gezichtspunten ook de volgende moeten worden toegevoegd:¹²

- *Het legaliteitsbeginsel:* de toezichthouder kan slechts optreden voor zover voor dit optreden een wettelijke basis bestaat.¹³
- *De algemene beginselen van behoorlijk bestuur:* de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen een beperking van de beoordelings- en beleidsvrijheid inhouden. Toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is een volle toets.¹⁴
- *Mensenrechten:* dat het betrokken belang wordt beschermd door mensenrechtenverdragen – zoals art. 1 Eerste protocol EVRM het recht op eigendom beschermt – kan de beoordelings- en beleidsvrijheid (verder) beperken.¹⁵

⁸ Hof Amsterdam 13 september 2007, *JA* 2008/8, m.nt. S.B. van Baalen; *JOR* 2007/249, m.nt. G.T.J. Hoff (*Accent Aigu/AFM*); Rb. Amsterdam 25 april 2007, *JA* 2007/111; *JOR* 2007/150 (*VvE Seaport Beach Resort e.a./DNB en BDO*) en Rb. Amsterdam 19 september 2012, *LJN* BX7607 (*Vereniging Gedupeerde Icesave Spaarders/DNB*).

⁹ HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten.

¹⁰ Hof Amsterdam 23 december 2008, *JOR* 2009/144, m.nt. F.M.A. 't Hart. Het cassatieberoep tegen dit arrest is verworpen, zonder dat het hier besproken oordeel van het hof inhoudelijk door de Hoge Raad is getoetst. Zie HR 8 april 2011, *JOR* 2011/188, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol; *NJ* 2012/361, m.nt. G. van Solinge.

¹¹ C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nderlandsche Bank, *NTBR* 2010, p. 224-246.

¹² Zie reeds A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van overheidstoezicht', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005-1), Deventer: Kluwer 2005, met name p. 26-42 en 64-73; en de conclusie van A-G Timmermans, randnummers 3.13-3.17, voor het *Vie d'Or*-arrest. Zie ook Busch 2010, p. 32-38. Busch noemt in dit verband ook nog de Core Principles for Effective Banking Supervision, opgesteld door het Basel Committee on Banking Supervision. Mede in het licht van het legaliteitsbeginsel hebben wij er moeite mee aan het product van dit comité betekenis toe te kennen.

¹³ Rb. Amsterdam 19 september 2012, *LJN* BX7607 (*Vereniging Gedupeerde Icesave Spaarders/DNB*). Vgl. HR 17 september 2010, *JOR* 2010/312, m.nt. B.P.M. van Ravels, *NJ* 2011/88 (*BNA/Rasmal Finance*), r.o. 4.2.1.: het enkele ontbreken van een bevoegdheid staat aan het aannemen van toezichtsfalen niet in de weg.

¹⁴ HR 24 april 1992, *NJ* 1993/232 (*Zeeland/Hoondert*). Een uitzondering geldt in beginsel voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Zie Busch 2010, p. 34.

¹⁵ C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nderlandsche Bank, *NTBR* 2010, p. 224-246. Vgl. Neerhof 2007, p. 198-200 en L.F.M. Verheij & N. Verheij, 'De macht van de marktmeester', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005-1), Deventer: Kluwer 2005, p. 289.

Opvallend is dat de invloed van beleidsregels op de civielrechtelijke beoordeling van handelen en nalaten van de toezichthouder in de literatuur onbesproken blijft.¹⁶ Het mag duidelijk zijn dat wanneer een toezichthouder zijn beoordelings- en/of beleidsvrijheid invult en zich met beleidsregels daaraan bindt, dit gevolgen kan hebben voor beoordeling van de aansprakelijkheid in een concreet geval.

3. Discussie over beperking van aansprakelijkheid

Zowel voor als na het wijzen van het *Vie d'Or*-arrest is in de literatuur gediscussieerd over de vraag of het wenselijk zou zijn om financiële toezichthouders op enige wijze te beschermen tegen aansprakelijkheid.¹⁷ Tegenstanders van immuniteit wezen er – onder meer – op dat uit twee in opdracht van de regering opgestelde rapporten is gebleken dat voor beperking van aansprakelijkheid van financiële toezichthouders in ieder geval uit juridisch oogpunt geen reden bestond.¹⁸ Voorstanders van enige vorm en mate van beperking van aansprakelijkheid wezen met name op het bestaan van het toezichthoudersdilemma, angst voor aansprakelijkheid bij de financiële toezichthouder en het feit dat financiële toezichthouders in de ons omringende landen enige mate van immuniteit hebben. Zij pleitten daarom voor volledige immuniteit, beperking van aansprakelijkheid tot opzet en grove schuld, invoering van subsidiaire aansprakelijkheid, wettelijke limitering van aansprakelijkheid of invoering van een proportionele aansprakelijkheid.

Bij de wetgever vonden de voorstanders van beperking van aansprakelijkheid aanvankelijk geen gehoor. De conclusies in de hiervoor al aangehaalde rapporten brachten mee dat het aansprakelijkheidsrisico van de financiële toezichthouders de regering geen zorgen baarden.¹⁹ Ook de internationale positie van de toezichthouders en de daarmee eventueel samenhangende aansprakelijkheidsrisico's gaven de re-

gering geen aanleiding tot een ander oordeel.²⁰ Enkele fracties in de Tweede Kamer waren een andere mening toegedaan, maar tot een Kamermeerderheid voor een beperking van de aansprakelijkheid van de AFM en DNB kwam het niet.²¹

Het rapport van de parlementaire onderzoekscommissie financieel stelsel ('de Commissie De Wit') betekende een keerpunt. De Commissie De Wit beval aan de aansprakelijkheid van DNB en de AFM te beperken.²² Hoe zij tot deze aanbeveling kwam, wordt uit het rapport niet duidelijk: een onderbouwing ontbreekt. De bij de toezichthouders bestaande angst voor aansprakelijkheid, die een te terughoudende opstelling bij het houden van toezicht zou kunnen meebrengen, lijkt de belangrijkste – of enige – motivering.²³ Hoe dan ook, de aanbeveling van de Commissie De Wit, om de aansprakelijkheid van de AFM en DNB te beperken, is door de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen.²⁴ Het kabinet heeft vervolgens de mogelijkheden tot het beperken van de aansprakelijkheid van de AFM en DNB onderzocht.²⁵

Op 26 oktober 2011 werd het wetsvoorstel ingediend met de voorgestelde citeertitel 'Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM'.²⁶ Daarin werd voorgesteld de aansprakelijkheid van DNB en de AFM voor een handelen of nalaten in de uitoefening van een *bij de Wft* opgedragen taak of de *bij of krachtens de Wft* gegeven bevoegdheid uit te sluiten, behalve – kort gezegd – in gevallen waarin sprake is van opzet of grove schuld.²⁷ Volgens de memorie van toelichting zijn er vijf redenen voor deze beperking van aansprakelijkheid.²⁸ In de eerste plaats worden DNB en de AFM geconfronteerd met een toezichthoudersdilemma. Dit speelt met name bij het toezicht op grond de Wft. Om die reden werd de aansprakelijkheidsbeperking uitsluitend voorgesteld voor het toezicht op grond van de Wft. In de tweede plaats is het volgens de memorie van toelichting van belang dat DNB en de AFM in de internationale samenwerking niet hoeven te vrezen voor aansprakelijkheidsrisico's. In de ons omringende landen kenden de toezichthouders al langer enige mate van immuniteit. In de derde plaats moeten DNB en de AFM snel en doortastend kunnen reageren op crisissituaties op de financiële markten, zonder dat daaraan afbreuk wordt gedaan door mogelijke risico's van aansprakelijkheid. In de vierde plaats moeten zij achteraf meer openlijk en zelfkritisch verantwoording kunnen afleggen voor

16 Over de betekenis van beleidsregels in de bestuursrechtelijke context wordt wel het nodige geschreven. Zie recent bijv.: A.P. Klap, 'Boeteoplegging in het economische bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid?', *SEW* 2012-9, p. 322-335.

17 Zie voor een bespreking van de argumenten voor en tegen immuniteit en verwijzingen naar eerdere literatuur bijv. V.H. Affourtit & A.C. Beck, 'Aansprakelijkheid van DNB: immuniteit in crisistijd?', *MvV* 2009, p. 199-207; Busch 2011; p. 25-89;

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank, *NTBR* 2010, p. 224-246.

R.M. Wibier, 'Het wordt hoog tijd voor een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van DNB', *Ars Aequi* 2011, p. 32-36.

18 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid* (Deel I: Algemeen Rapport), Londen 2006 (te downloaden via www.wodc.nl) en E. de Kezel e.a., *Aansprakelijkheid in internationaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid naar de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie*, Utrecht/Amsterdam 2009 (te downloaden via www.rijksoverheid.nl).

19 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 123, nr. 1.

20 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 4.

21 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 123, nr. 5.

22 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 980, nr. 3-4, p. 24.

23 Zie hierover (kritisch)

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank, *NTBR* 2010, p. 224-246, en Busch 2011, p. 33 e.v. Zij wijzen erop dat deze, ten overstaan van de Commissie De Wit geuite, angst in tegenspraak is met de uitlatingen die door de toezichthouder nog in 2006 waren gedaan.

24 *Kamerstukken II* 2010/11, 31 980, nr. 13 en *Handelingen II* 2010/11, nr. 4, p. 18.

25 *Kamerstukken II* 2010/11, 31 980, nr. 16 en *Kamerstukken II* 2010/11, 31 123, nr. 6.

26 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 1.

27 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 2.

28 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 1-3.

hun handelen, zonder angst te hoeven hebben dat dit tot aansprakelijkstellingen zal leiden. In de vijfde plaats is een beperking van aansprakelijkheid in overeenstemming met de aanbeveling van de Commissie De Wit.

Bij nota van wijziging is aan het wetsvoorstel een regeling toegevoegd inzake een bonusverbod voor staatsgesteunde ondernemingen, onder gelijktijdige aanpassing van de naam van het wetsvoorstel.²⁹ De behandeling van het wetsvoorstel ging vervolgens zeer snel. De aansprakelijkheidsbeperking van de AFM en DNB heeft daarbij nauwelijks nog enige aandacht gehad: de meeste aandacht ging uit naar het bonusverbod voor staatsgesteunde ondernemingen en de maatregelen die in vijf gelijktijdig ingediende wetsvoorstellen over de werking van en het toezicht op de financiële markten werden voorgesteld. Drieënhalf maand na indiening nam de Tweede Kamer het wetsvoorstel met algemene stemmen aan.³⁰ Op dezelfde dag werd het ingediend bij de Eerste Kamer,³¹ om binnen minder dan vier maanden te worden aangenomen.³² De wet³³ is, voor zover het de aansprakelijkheidsbeperking van de AFM en DNB betreft, op 1 juli 2012 inwerking getreden.³⁴

Op het ontbreken van echte aandacht voor de beperking van aansprakelijkheid van DNB en de AFM bestaat een uitzondering. Zoals gezegd, zag het wetsvoorstel aanvankelijk uitsluitend op het handelen en nalaten van de financiële toezichthouder in de uitoefening van een bij de Wft opgedragen taak of de bij of krachtens de Wft gegeven bevoegdheid. Bij amendement is de reikwijdte van de aansprakelijkheidsbeperking fors uitgebreid tot handelen en nalaten van de AFM en DNB op grond van enig wettelijk voorschrift.³⁵ Daarmee komt bijvoorbeeld ook het toezicht van de AFM op accountants en dat van DNB op pensioenfondsen onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsbeperking te vallen. Van de gevolgen hiervan lijkt de wetgever niet voldoende doordrongen geweest (zie hierna).

4. Beperking van aansprakelijkheid...

Met de Wet aansprakelijkheidsbeperking wordt een nieuw art. 1:25d aan de Wft toegevoegd.³⁶ In lid 1 wordt de aansprakelijkheidsbeperking voor DNB geregeld, lid 2 regelt de beperking van aansprakelijkheid voor de AFM. Op de aanduiding van de relevante organen van deze rechtspersonen na zijn de formuleringen gelijk. Lid 1 luidt:

“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 in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld.”³⁷

Met deze regeling is een beperking beoogd van de mogelijkheden om DNB en de AFM aansprakelijk te houden voor een handelen of nalaten in de uitoefening van hun wettelijke taken en bevoegdheden. Voor een uitsluiting van aansprakelijkheid is bewust niet gekozen. Het werd door de regering onwenselijk geacht wanneer benadeelden geen enkele mogelijkheid meer zouden hebben om hun schade te verhalen op DNB of de AFM.³⁸

De breuk met het verleden is in de visie van de wetgever een scherpe: art. III Wet aansprakelijkheidsbeperking bepaalt dat de beperking van aansprakelijkheid niet van toepassing is op het handelen of nalaten van DNB of de AFM, de leden van hun organen en hun werknemers van vóór de datum van inwerkingtreding van de wetwijziging. Voor handelen of nalaten van voor 1 juli 2012 blijven zij derhalve aanspreekbaar volgens de regels van het voordien geldende recht.³⁹

5. ... dan wel een nieuwe norm of zelfs een nieuwe wettelijke grondslag

Met de constatering, dat ‘slechts’ een beperking van aansprakelijkheid is beoogd, is men er nog niet. De vraag rijst namelijk hoe die beperking juridisch is vormgegeven. Is sprake van 1. een geheel nieuwe wettelijke grondslag voor aansprakelijkheid; 2. een nadere invulling van de norm die op basis van een reeds bestaande grondslag voor aansprakelijkheid moet worden toegepast; of 3. uitsluitend een beperking van aansprakelijkheid? Zoals in het vervolg van dit artikel zal blijken, is het antwoord op deze vraag niet louter academisch, maar relevant voor de rechtspraak. In de eerste plaats rijst bij opties 1. en 2. de vraag naar het (resterende) beoordelingskader van de aansprakelijkheid van de DNB en AFM (par. 5 en 7). In de tweede plaats is kwalificatie van de door ons besproken aanvulling van de Wft van be-

29 *Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 5.*

30 *Handelingen II 2011/12, nr. 53, item 16, p. 31.*

31 *Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. A.*

32 *Handelingen I 2011/12, nr. 31, item 4, p. 4-5.*

33 *Stb. 2012, 265.*

34 *Stb. 2012, 289.*

35 *Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 13.*

36 Art. I.

37 In art. II wordt een wijziging voorgesteld van de inmiddels inwerking getreden Wet financiële markten BES, *Stb.* 2011, 612. Daaraan is een art. 1:13a toegevoegd, met een op een enkel woord na gelijklopende beperking van aansprakelijkheid voor DNB en de AFM. Wij laten deze wet hierna onbesproken.

38 *Kamerstukken II 2010/11, 31 123, nr. 6, p. 2; Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 3; Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 9, p. 1 en 6 en Kamerstukken II 2011/12, 33 021, nr. 6, p. 70.*

39 Art. III verwijst eigenlijk naar art. 1:25c Wft, niet naar art. 1:25d Wft, waarin de aansprakelijkheidsbeperking is opgenomen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 2*) stond de aansprakelijkheidsbeperking nog opgenomen in een voorgesteld art. 1:25c. Art. III verwees voor het overgangsrecht toen nog wel naar de juiste bepaling. Toen bij derde NvW (*Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 10*) een vernummering plaatsvond, is slechts art. I vernummerd en is abusievelijk niet de verwijzing in art. III aangepast. Deze fout zal, mede gelet op de expliciete bedoeling van de wetgever om te voorzien in overgangsrecht, niet in het voordeel van DNB en de AFM worden uitgelegd.

lang voor de bewijslast en het bewijsrisico bij een beroep op de bepaling (par. 6).

De wetsgeschiedenis geeft geen uitsluitel. De regering focust op het einddoel en merkt welhaast terloops op dat een nieuwe norm wordt geïntroduceerd. Over de juridische implicaties hiervan en de inpassing in het aansprakelijkheidsrecht heeft zij zich niet druk gemaakt. De Raad van State⁴⁰ en het parlement⁴¹ hebben dit zonder kritiek laten passereren.

De uitlatingen in de wetgeschiedenis over de juridische kwalificatie van de aansprakelijkheidsbeperking bieden voor ieder van de hiervoor genoemde opties wel enig aanknopingspunt. Zo wordt in de nota naar aanleiding van het verslag opgemerkt:

“Indien personen menen schade te hebben geleden als gevolg van enig handelen of nalaten van DNB of de AFM dan kunnen zij de toezichthouders daarop in rechte aanspreken. Daar doet dit wetsvoorstel niets aan af. Wat wel wijzigt is de norm die daarbij wordt gehanteerd. Waar op grond van het huidige recht de aansprakelijkheid volgens het algemene regime van artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en de invulling die Hoge Raad daaraan heeft gegeven, wordt beoordeeld zal op grond van het onderhavige wetsvoorstel de aansprakelijkheid op grond van artikel 1:25c [lees: 1:25d, VHA / RDL] van de Wft worden beoordeeld.”⁴²

De verwijzing naar het huidige recht en de gewijzigde norm lijkt te suggereren dat geen sprake is van een nieuwe wettelijke grondslag voor aansprakelijkheid. De daaropvolgende zin lijkt er echter wel degelijk op te duiden dat de nieuwe wettelijke regeling deroeger aan art. 6:162 BW.⁴³

In de al genoemde nota naar aanleiding van het verslag zijn ook aanknopingspunten te vinden voor de opvatting dat sprake is van een nieuwe norm voor de beoordeling van bestaande wettelijke aansprakelijkheid:

“Op grond van het huidige recht wordt de aansprakelijkheid volgens het algemene regime van artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en de invulling daarvan door de Hoge Raad 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. Op grond van het onderhavige wetsvoorstel wordt de aansprakelijkheid beoordeeld aan de hand van artikel 1:25c

[lees: 1:25d, VHA / RDL] van de Wet op het financieel toezicht. (...) De voorgestelde aansprakelijkheidsbeperking laat de overige vereisten voor aansprakelijkheid, waaronder causaal verband, eigen schuld en relativiteit onverlet.”⁴⁴

En, wellicht duidelijker:

“Waar het handelen van de toezichthouders thans als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd indien dat handelen niet voldoet aan de Vie d'Or norm, zal op grond van het wetsvoorstel eerst aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen indien de schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijke onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld. Om dit te bewerkstelligen is wettelijke verankering noodzakelijk aangezien zonder die verankering de aansprakelijkheidsnorm op basis het commune civiele recht van toepassing is.

(...)

De leden van de PvdA-fractie vragen waarom de huidige ondergrens van 'behoorlijk en zorgvuldig handelen' nu ineens niet meer voldoet.

De regering vindt het wenselijk een expliciet hogere drempel voor aansprakelijkheid van de toezichthouders op de financiële markten, DNB en de AFM, te introduceren. Deze beperking sluit beter dan de maatstaf waarnaar de leden van de PvdA-fractie verwijzen aan bij het aansprakelijkheidsregime in de ons omringende landen.”⁴⁵

Tegelijkertijd zitten in voorgaande (en andere) passages uit de wetgeschiedenis voldoende aanwijzingen dat het gaat om een zuivere beperking van bestaande aansprakelijkheid, gebaseerd op toetsing aan een bestaande norm.⁴⁶

Een wetsystematische benadering brengt ons tot de volgende kwalificatie.

Van een geheel nieuwe wettelijke grondslag (mogelijkheid 1.) zal in ieder geval geen sprake zijn. In de eerste plaats kan in de tekst van art. 1:25d Wft niet worden gelezen dat wanneer aan de daarin vermelde criteria is voldaan aansprakelijkheid wordt *gevestigd*. Sterker, de bepaling begint met de ontkenning dat sprake zou zijn van aansprakelijkheid. Dit veronderstelt derhalve dat aansprakelijkheid zonder deze bepaling op een elders in de wet aanwezige grondslag zou kunnen worden *gevestigd*. In ieder geval is art. 1:25d Wft onvolledig waar het gaat om de benoeming van de vereisten voor het vestigen van aansprakelijkheid. In de hierboven afgedrukte passage uit de nota naar aanleiding van het verslag staat weliswaar dat art. 1:25d Wft de

40 *Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 4.*

41 *Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 7; Handelingen II 2011/12, nr. 50, item 60, p. 60-84; Kamerstukken II 2011/12, 33 021, nr. 6; Kamerstukken I 2011/12, 33 058, nr. B; Handelingen I 2011/12, nr. 30, item 4, p. 4-12; Handelingen I 2011/12, nr. 30, item 6, p. 26-33; en Handelingen I 2011/12, nr. 31, item 4, p. 4-5.*

42 *Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 9, p. 1-2.*

43 Zie ook *Kamerstukken II 2011/12, 33 021, nr. 6, p. 70; Kamerstukken II 2010/11, 31 123, nr. 6, p. 4*, waar wordt gesproken van een 'lex specialis'.

44 *Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 9, p. 7.*

45 *Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 9, p. 7.*

46 *Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 1.*

overige vereisten voor aansprakelijkheid, waaronder causaal verband, eigen schuld⁴⁷ en relativiteit onverlet laat, maar wanneer art. 1:25d Wft zou moeten worden gelezen als een zelfstandige grondslag voor vestiging van aansprakelijkheid, dan wordt het met de opmerking beoogde doel niet bereikt. Art. 1:25d Wft benoemt wel het handelen of nalaten dat reden is voor aansprakelijkheid en de vereisten voor toerekening (opzet of grove schuld). Ook de eis, dat sprake moet zijn van schade en causaal verband, kan er nog wel in worden gelezen. Een duidelijke norm voor beoordeling van aansprakelijkheid ontbreekt echter (zie hierna, bij mogelijkheid 2.). Het relativiteitsvereiste komt in de bepaling bovendien niet terug. Weliswaar zou art. 6:163 BW nog steeds gelden, omdat deze bepaling niet specifiek terugverwijst naar art. 6:162 BW, maar de personele relativiteit is nu juist in het bijzonder neergelegd in art. 6:162 BW.⁴⁸ Die bepaling zou, wanneer art. 1:25d Wft een zelfstandige wettelijke grondslag voor aansprakelijkheid zou bevatten, niet meer gelden. Dit lijkt niet logisch en zou niet goed passen binnen het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. In de tweede plaats wordt in de wetsgeschiedenis herhaaldelijk gewezen op de beperking van aansprakelijkheid van DNB en de AFM via art. 6:170 BW (waarover onder 6 meer).⁴⁹ Art. 6:170 BW vereist voor de aansprakelijkheid van de werkgever dat de werknemer een 'fout' heeft gemaakt, derhalve een toerekenbare onrechtmatige daad als bedoeld in art. 6:162 BW heeft gepleegd.⁵⁰ Analogische toepassing van art. 6:170 BW op andere vormen van aansprakelijkheid van werknemers is niet mogelijk.⁵¹ Herhaalde verwijzing naar art. 6:170 BW impliceert derhalve dat de aansprakelijkheid van DNB en AFM voor het handelen voor hun werknemer een aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW is. Dat ook geen sprake is van de invulling van een reeds bestaande wettelijke norm (mogelijkheid 2.) vloeit naar ons oordeel met name voort uit het feit dat wordt beoogd de aansprakelijkheid voor zeer verschillende soorten handelen van toezichthouders te beperken. Zoals hierna nader zal worden uitgewerkt, geldt de beperking van aansprakelijkheid niet alleen voor nalaten, zoals de veelvuldige verwijzing naar het *Vie d'Or*-arrest doet vermoeden. Ook aansprakelijkheid wegens feitelijk handelen en in verband met verrichte rechtshandelingen, zoals – in ieder geval – genomen besluiten in de zin van art. 1:3 Awb valt onder het bereik van art. 1:25d Wft. Voor beoordeling van de aansprakelijkheid wegens genomen besluiten wordt uiteraard niet beoordeeld of die besluiten overeenkomen met de *eisen die*

aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld.⁵² maar of dat besluit in overeenstemming is met geldende wet- en regelgeving en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een ander argument uit het besluite-naansprakelijkheidsrecht is gelegen in het beginsel van de formele leerkracht. Dit brengt mee dat wanneer een vordering in verband met de schadelijke gevolgen van een beweerdelijk onrechtmatig besluit wordt ingesteld door een partij die in bestuursrechtelijke zin als belanghebbende moet worden aangemerkt, een niet vernietigd besluit jegens hem formele rechtskracht heeft (en dus als rechtmatig geldt), terwijl juist de onrechtmatigheid vaststaat en de toerekening in beginsel is gegeven wanneer de bestuursrechter het besluit wel heeft vernietigd.⁵³ Het lijkt niet de bedoeling van de wetgever om de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders uit te breiden door dit beginsel te vervangen door art. 1:25d Wft, dat alsdan meer mogelijkheden zou bieden voor een succesvolle vordering uit hoofde van beweerdelijk onrechtmatige besluitvorming. Bovendien, zoals hierna nog zal blijken, is evenmin uitgesloten dat ook contractuele aansprakelijkheid onder de reikwijdte van art. 1:25d Wft valt. Het ligt niet voor de hand om art. 1:25d Wft ook als normering voor dat handelen te beschouwen. Wat overblijft, is dat art. 1:25d Wft echt een beperking van aansprakelijkheid bevat, terwijl de normering van de aansprakelijkheid via het commune recht plaatsvindt.

6. De werking van de aansprakelijkheidsbeperking

Laten wij inzoomen op verschillende aspecten van de aansprakelijkheidsbeperking, zoals die thans op grond van art. 1:25d Wft geldt.

Kring van beschermde personen

De kring van beschermde personen bestaat, kort gezegd, uit de toezichthouder zelf, het bestuur, het (op het bestuur) toezichthoudende orgaan en de werknemers van de toezichthouder. De formulering verschilt, al naar gelang het gaat om DNB (art. 1:25d lid 1 Wft) of de AFM (art. 1:25d lid 2 Wft).

Allereerst worden beschermd het bestuur van de AFM en de directie van DNB. Dit spreekt voor zich, nu de taakvervulling/bevoegdheidsuitoefening van deze toezichthouders doorgaans zal zijn te herleiden tot een of meerdere bestuursbesluiten. Daarnaast worden ook de leden van het betreffende toezichthoudende orgaan beschermd, uiteraard wederom voor zover het gaat om handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid. Met de toevoeging van de groep werknemers wordt bewerkstelligd dat aan een persoonlijk tegen de desbetreffende werknemer in

47 Eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW is uiteraard geen vereiste voor aansprakelijkheid, maar een grondslag voor nuancering van een schadevergoedingsplicht – dit ter zijde.

48 Zie over het persoonsgebonden element in de relativiteitsleer onder meer: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* nr. 131, met verdere verwijzingen.

49 Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 4 en Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 4, p. 5.

50 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 168 en 190.

51 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 169.

52 HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/528; JOR 2006/295, m.nt. D. Busch; JA 2007/2, m.nt. W.H. van Boom; ONDR 2006/200, m.nt. B.P.M. van Ravels (*Vie d'Or*), r.o. 4.3.3.

53 Ook op deze plaats volstaan wij met verwijzing naar B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005 en de tweemaal per jaar verschijnende 'Kroniek Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)' van B.P.M. van Ravels in *NTB*.

te stellen vordering pas mogelijk is in geval van opzet of grove schuld van de desbetreffende werknemer. De aansprakelijkheid van de DNB of de AFM als werkgever wordt vervolgens beoordeeld aan de hand van art. 6:170 BW, de kwalitatieve aansprakelijkheid voor toerekenbare onrechtmatige daden (fouten) van ondergeschikten. Ook in die hoedanigheid kunnen DNB en de AFM alleen aansprakelijk zijn in geval van opzet en grove schuld.⁵⁴ Hierbij verdient opmerking dat 'ondergeschikte' in de zin van art. 6:170 BW een ruimer begrip is dan de werknemer met een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Ook voor fouten van feitelijk ondergeschikten, kort gezegd, personen werkzaam binnen een gezagsverhouding, bestaat kwalitatieve aansprakelijkheid.⁵⁵ Wij gaan ervan uit dat met 'werknemers' in art. 1:25d Wft op dezelfde ruime groep ondergeschikten wordt gedoeld, alhoewel de meeste medewerkers van DNB en de AFM tevens werknemer in arbeidsrechtelijke zin zullen zijn.

Het is interessant(er) om te kijken welke personen *niet* worden beschermd door art. 1:25d Wft. Gezien de uitdrukkelijke verwijzing van de wetgever naar art. 6:170 BW, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de zelfstandige hulppersonen (niet-ondergeschikten) van art. 6:171 BW niet zullen profiteren van de aansprakelijkheidsbeperking. Art. 6:170 en 6:171 BW zijn immers te beschouwen als elkaars complement: een ondergeschikte in de zin van art. 6:170 BW is per definitie geen niet-ondergeschikte in de zin van art. 6:171 BW. Nu de ondergeschikte wordt beschermd, volgt hieruit dat de niet-ondergeschikte geen bescherming geniet. Ook om een andere reden is toepasselijkheid van art. 6:171 BW op de DNB en AFM moeilijk voorstelbaar. Een opdrachtgever is slechts kwalitatief aansprakelijk voor fouten van niet-ondergeschikte hulppersonen, indien deze foutief handelen bij 'werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf'. Conform de rechtspraak van de Hoge Raad wordt ter invulling van dit wettelijke criterium aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval getoetst of de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever in zodanige mate verweven is met de bedrijfsuitoefening van de zelfstandige hulppersoon, dat gezegd kan worden dat de opdrachtgever voor de fouten van de laatste moet instaan.⁵⁶ Een belangrijke rol lijkt daarbij te zijn weggelegd voor de vraag of de opdrachtgever op enigerlei wijze zich heeft bemoeid met de bedrijfsuitoefening van zijn hulppersoon, dan wel de werkzaamheden in eigen beheer had kunnen uitvoeren, maar om hem moverende reden ervoor heeft gekozen deze werkzaamheden uit te besteden aan een ander. De politie die de toezichthouder bijstaat bij een inval en een technisch onderzoeksbureau dat wordt gevraagd bepaalde data te analy-

seren, lijken niet snel aan dit criterium te voldoen. Tot slot is algemeen aanvaard dat de overheid, handelend in de uitoefening van een overheidstaak, op voorhand niet kwalitatief aansprakelijk is op grond van art. 6:171 BW.⁵⁷ Zowel DNB als AFM zijn weliswaar privaatrechtelijke rechtspersonen, maar tegelijkertijd bestuursorganen in de zin van de Awb (zogenoemde borganen, die niet krachtens publiekrecht zijn ingesteld maar wel met enig openbaar gezag zijn bekleed). In zoverre voeren DNB en de AFM dus (deels) typische overheidstaken uit. Het is niet op voorhand duidelijk of DNB en AFM niet om deze reden al buiten het toepassingsbereik van art. 6:171 BW vallen.

Resumerend, de kring van beschermde personen in art. 1:25d Wft ziet niet op ingeschakelde derden die niet vallen onder de uitdrukkelijk in de wet genoemde categorieën personen en organen. Naar onze mening past het ook bij de aard van een aansprakelijkheidsbeperking om deze niet extensief uit te leggen.

Handelen of nalaten in de uitoefening van een wettelijke taak of bevoegdheid

Zoals gezegd, zag de aansprakelijkheidsbeperking in het oorspronkelijke wetsvoorstel alleen op handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van de Wft opgedragen taak of een bij of krachtens de Wft gegeven bevoegdheid. Dit is uitgebreid met de uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van andere wetten. Deze verruiming is aanzienlijk, maar niet onbegrensd. Het bepalen van de grenzen is echter niet eenvoudig.

De aansprakelijkheidsbeperking ziet zowel op handelen als nalaten. Dit handelen of nalaten kan zowel bestaan uit feitelijk handelen (of dit nalaten) als uit het (niet) verrichten van rechtshandelingen, waaronder het nemen van besluiten in de zin van art. 1:3 Awb.⁵⁸ Dit ligt ook voor de hand. Toezichthouders kunnen aansprakelijk worden gesteld voor zowel feitelijk handelen (het niet houden van handhavingstoezicht,⁵⁹ het onvoldoende reageren op signalen⁶⁰ en het juist wel inzetten van toezichtsmiddelen) als voor het nemen⁶¹ en het niet (tijdig) nemen⁶² van besluiten in de zin van art. 1:3 Awb.

De vraag is of ook rechtshandelingen naar burgerlijk recht onder de aansprakelijkheidsbeperking vallen. Het is ons niet helemaal duidelijk of dit is bedoeld. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat onder rechtshandelingen 'ook

54 Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 4 en nr. 4, p. 5.

55 Bijv. ambtenaren krachtens een publiekrechtelijke instelling en tijdelijke arbeidskrachten. Zie onder meer: J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad* (diss. RU Groningen 2000), Boom: Den Haag 2000, p. 41 e.v.; R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen* (diss. RU Groningen 2005), Deventer: Kluwer 2005, p. 163 e.v. (hierna: Lubach 2005).

56 HR 18 juni 2010, NJ 2010/389 (*Koeman / Sijm Agro*).

57 Lubach 2005, p. 301 e.v.

58 Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 4.

59 Hof Amsterdam 13 september 2007, JA 2008/8, m.nt. S.B. van Baalen; JOR 2007/249, m.nt. G.T.J. Hoff (*Accent Aigu/AFM*).

60 Hof Amsterdam 23 december 2008, JOR 2009/44, m.nt. F.M.A. 't Hart (*BeFra*); Rb. Amsterdam 13 april 2011, JOR 2011/225, m.nt. B.P.M. van Ravels (*X/AFM*); en Rb. Amsterdam 19 september 2012, LJV BX7607 (*Vereniging Gedupeerde Icesave Spaarders/DNB*).

61 HR 23 februari 2007, NJ 2007/503, m.nt. M.R. Mok onder NJ 2007/504 (*X/DNB*) en HR 23 december 2011, JAR 2012/37, m.nt. I. Janssen; JOR 2012/49, m.nt. B.P.M. van Ravels; NJ 2012/377, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Voûte en Van Wulfften Palthe/DNB en AFM*).

62 HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/528; JOR 2006/295, m.nt. D. Busch; JA 2007/2, m.nt. W.H. van Boom; ONDR 2006/200, m.nt. B.P.M. van Ravels, (*DNB/Stichting Vie d'Or*).

bestuursrechtelijke besluiten' (cursivering VHA/RDL) vallen.⁶³ De verwijzing naar besluiten zegt natuurlijk nog niet alles: een bevoegdhedenovereenkomst is bijvoorbeeld een overeenkomst (en dus een rechtshandeling), maar wel naar publiekrecht. Het zou dus zo kunnen zijn dat deze opmerking is bedoeld om te verduidelijken dat al het publiekrechtelijke handelen van de financiële toezichthouders mogelijk onder het bereik van art. 1:25d Wft valt. Ook de opmerking in de memorie van toelichting, dat niet is beoogd om de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders te beperken voor bijvoorbeeld schade voortvloeiend uit de opzegging van een arbeidsovereenkomst met een werknemer, is niet beslissend. Dit voorbeeld werd alleen gegeven om te stipuleren dat een rechtshandeling alleen onder de aansprakelijkheidsbeperking valt indien een voldoende inhoudelijk verband bestaat met de werkzaamheden ter uitvoering van de aan de toezichthouder toebedeelde wettelijke taken. Er lijkt niet een principiële keuze in verscholen om aansprakelijkheid wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een civielrechtelijke verbintenis (art. 6:74 BW) buiten het bereik van art. 1:25d Wft te laten.

Dit roept vragen op die allesbehalve theoretisch zijn. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Bij de uitoefening van toezicht komt het geregeld voor dat de toezichthouder grote hoeveelheden digitale informatie van de ondertoezichtgestelde of een derde moet veiligstellen en verwerken. De kennis en capaciteit om dit goed te doen heeft een toezichthouder niet altijd in huis. Hiervoor worden gespecialiseerde dienstverleners ingeschakeld die verloren gewaande of verwijderde digitale documenten kunnen herstellen en alle veiliggestelde informatie intelligent kunnen doorzoeken. Indien op enig moment zou komen vast te staan dat het uitgevoerde onderzoek onrechtmatig was, bijvoorbeeld omdat de toezichthouder niet voldoende heeft zeker gesteld dat geen privéberichten uit inboxen worden gelezen (zie art. 5:13 Awb)⁶⁴ dan kan de forensisch expert heel wel met een claim van derden worden geconfronteerd. Indien de forensisch expert zich vervolgens tot zijn opdrachtgever wendt, omdat deze er in hun contractuele relatie voor heeft in te staan dat het door de forensisch expert te verrichten onderzoek binnen de grenzen van de wet blijft, dan zal de toezichthouder mogelijk aansprakelijkheid willen afwijzen onder verwijzing naar art. 1:25d Wft. Zou dat verweer worden gehonoreerd, dan zou de vreemde situatie ontstaan dat de toezichthouder, die primair verantwoordelijk is voor het rechtmatig uitoefenen van toezicht, niet aansprakelijk kan worden gehouden en de ingeschakelde derde wel. Indien de toezichthouder daarentegen wel uit hoofde van de toerekenbare tekortkoming aansprakelijk is jegens de forensisch expert, dan komt de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (van de forensisch expert) via de contractuele relatie toch weer vol bij de toezichthouder te liggen. Dat lijkt nu weer niet de bedoeling van het wetsvoorstel. Hieraan zou alleen kunnen worden ontkomen wanneer ook een derde die door de toezichthouder wordt ingeschakeld ten

behoefte van de uitvoering van het opgedragen toezicht zich op de beperking van aansprakelijkheid zou kunnen beroepen. Dit vergt dan wel een wetswijziging, nu tekst noch parlementaire geschiedenis enig aanknopingspunt biedt voor een dergelijke afgeleide aansprakelijkheidsbeperking.

Met het voorgaande hangt nauw samen dat de aansprakelijkheidsbeperking alleen van toepassing is op handelen of nalaten in de uitoefening van een wettelijke taak of bevoegdheid. Vallen daaronder alleen publiekrechtelijke taken en bevoegdheden of ook zuiver privaatrechtelijke? Wij menen het eerste. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de aansprakelijkheidsbeperking immers alleen van toepassing wanneer taken of bevoegdheden op grond van de Wft werden uitgeoefend. Daarmee was duidelijk dat het om *publiekrechtelijke* taken en bevoegdheden ging. De uitbreiding tot de uitoefening van andere toezichthoudersbevoegdheden hield ermee verband dat, althans volgens de indiener van het amendement, SP-Kamerlid Irrgang, het toezichthoudersdilemma ook voor de andere financiële toezichtswetgeving zou gelden.⁶⁵ Meer dan een aanvulling van de onderwerpen van het toezicht is derhalve met het amendement niet beoogd.

Men kan zich nog wel afvragen of de woorden '*in de uitoefening van*' zouden meebrengen dat iedere keer dat een toezichthouder zijn wettelijke taken en bevoegdheden te buiten gaat, de beperking van aansprakelijkheid niet van toepassing is. De tekst van art. 1:25d Wft biedt wel aanknopingspunten voor een dergelijke stelling, maar duidelijk is dat die op gespannen voet staat met de bedoeling van deze bepaling. Wel zouden wij menen dat de overschrijding van taken en bevoegdheden een aanwijzing kan zijn dat sprake is van opzet of grove schuld. Daarnaast zou moeten gelden dat een toezichthouder die optreedt ter bescherming van belangen die hem in het geheel niet zijn toevertrouwd zich niet op de bescherming van art. 1:25d Wft kan beroepen indien dat optreden schade veroorzaakt.

Grenzen aan de aansprakelijkheidsbeperking: opzet of grove schuld

De aansprakelijkheidsbeperking van art. 1:25d Wft geldt niet indien de (in de uitoefening van de genoemde publiekrechtelijke taken of bevoegdheden) veroorzaakte schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening dan wel een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld. In lijn met de aanbevelingen van de Commissie De Wit, de wensen van DNB en AFM en het aansprakelijkheidsregime van de meeste van de ons omringende landen⁶⁶, is gekozen voor een begrenzing van de aansprakelijkheidsbeperking tot gevallen waarin de

63 Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 4.

64 Zie bijv. Rb. Rotterdam (vzr.) 5 september 2012, L/JN BX6988.

65 Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 13, p. 2, *Handelingen II* 2011/12, 33 021, nr. 6, p. 6 en 36 en *Handelingen II* 2011/12, nr. 50, item 17, p. 62.

66 Genoemd worden het Verenigd Koninkrijk, Ierland, België, Luxemburg, Zwitserland en Frankrijk.

schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of grove schuld aan de zijde van de toezichthouder.

Het hanteren van het begrippenpaar 'opzet en grove schuld' (bewuste) roekeloosheid' is een beproefd middel van wetgevingstechniek, dat vooral bekend is uit het BW, maar ook daarbuiten voorkomt, bijvoorbeeld in het belastingrecht.⁶⁷ In het bijzonder is dit begrippenpaar bekend uit functionele rechtsgebieden als het arbeidsrecht en verzekeringsrecht, maar ook uit het algemene verbintenissenrecht.⁶⁸ Doorgaans wordt opzet/bewuste roekeloosheid ingezet om een bepaald rechtsgevolg uit te breiden of te beperken. Een bekend voorbeeld van een beperking is de beperkte draagplicht/aansprakelijkheid van de (ondergeschikte) werknemer, zowel voor schade toegebracht aan derden (art. 6:170 lid 3 BW) als voor schade toegebracht aan de werkgever (art. 7:661 BW). Ratio is de onwenselijkheid om de in potentie zeer grote schadelijke gevolgen van professionele fouten voor rekening van de individuele werknemer te laten komen.

Wanneer is sprake van opzet en grove schuld, kortom, wanneer is de aansprakelijkheidsbeperking niet van toepassing? Volgens de wetgever is voor opzet/grove schuld in ieder geval *meer* vereist dan het enkele bewustzijn van schadelijke gevolgen, zoals vermoedelijk het geval zal zijn bij ingrijpende maatregelen als de aanvraag van de noodregeling voor een bank door DNB of de intrekking van een beleggingsvergunning door de AFM.⁶⁹ In deze gevallen is immers al snel voorzienbaar dat het nemen van maatregelen tot (vermogens)schade zal leiden bij de geadresseerde van het besluit en/of bij derden.

De eerste categorie gevallen waarin de toezichthouder niet op voorhand vrijuit gaat, is die van een zodanig onbehoorlijke taakvervulling of bevoegdheidsuitoefening dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van (voorwaardelijk) opzettelijk handelen. Opzettelijk onbehoorlijke taak- of bevoegdheidsuitoefening kan volgens de wetgever in twee varianten voorkomen. In de eerste plaats het geval dat sprake is van een oogmerk van taakverwaarlozing, namelijk het geval dat de *'wil van DNB of AFM er willens of wetens op gericht is zijn taken te verwaarlozen'*. Dit zal, zo mogen we toch aannemen, in de praktijk niet snel voorkomen. In de tweede plaats het geval van opzet als zekerheidsbewustzijn (voorwaardelijk opzet): *'zodanig handelen dat zij zich er bewust van zijn dat een bepaald handelen of nalaten een onbehoorlijke vervulling van hun taken meebrengt of naar alle*

*waarschijnlijkheid zal meebrengen.'*⁷⁰ Deze opzetvariant zal eerder kunnen worden aangenomen. Aangetoond zal moeten worden dat de toezichthouder zich ervan bewust was dat zijn handelen of nalaten zeker of naar alle waarschijnlijkheid een onbehoorlijke taakvervulling zou meebrengen.

Naast opzettelijk handelen kan ook handelen dat in belangrijke mate is te wijten aan grove schuld tot aansprakelijkheid van de toezichthouder leiden. Grove schuld ziet volgens de wetgever op *'zodanig laakbaar en onverschillig handelen dat daardoor de kans op een onbehoorlijke taakvervulling aanmerkelijk is'*, hetgeen neerkomt op een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld. Deze laatste formulering is ontleend aan een arrest van de Hoge Raad, *Codam/Merwede*, uit 1954, dat volgens de toelichting op dit punt nog steeds als gezaghebbend kan worden beschouwd.⁷¹ Hierbij wordt verwezen naar de parlementaire geschiedenis van de verzekeringstitel in Boek 7 BW.⁷²

Het hanteren van het begrip 'grove schuld' is opmerkelijk, omdat dit begrip in de wet en rechtspraak weinig meer voorkomt. Ook de Raad van State heeft op dit punt opheldering gevraagd, en merkt op dat thans wordt gesproken van 'bewuste roekeloosheid'.⁷³ De regering geeft als reactie dat dit weliswaar het geval is in het arbeidsrecht, maar niet overal. Zo wordt in het verzekeringsrecht de term 'roekeloosheid' gebruikt en wordt in (onder meer) het vervoerrecht en de titel in het BW over aanneming van werk (titel 7.12) de term 'grove schuld' gebruikt. Het belangrijkste argument van de regering lijkt echter te zijn de verwijzing naar het arrest *Codam/Merwede*. Daarnaast zou de term 'grove schuld' beter aansluiten bij de beperkingen die buitenlandse rechtsstelsels aan aansprakelijkheid van toezichthouders hebben gesteld.⁷⁴

De motivering van de regering bij de keuze voor de term 'grove schuld' is in onze visie niet overtuigend. In de eerste plaats wordt in het vervoerrecht sinds het arrest *Solon* uit 2000 de term 'grove schuld' geïnterpreteerd als *'handelen of nalaten dat roekeloos en met de wetenschap dat schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien is geschied.'*⁷⁵ Op diverse plaatsen in Boek 8 BW komt deze formulering terug (bijv. art. 8:1108 BW). Daarnaast verwijst de wetgever expliciet naar de (oudere) parlementaire geschiedenis van het verzekeringsrecht. In een eerder ontwerp van het latere art. 7:952 BW stond nog de term 'grove schuld', in een later stadium is de wetgever in art. 7:952 BW overgestapt naar 'roekeloos', terwijl een inhoudelijke wijziging niet werd beoogd.⁷⁶ Reeds hierom zou in art. 1:25d Wft evenzeer de term 'roekeloos handelen' verdedigbaar zijn.

Het belangrijkste argument tegen het gebruik van 'grove schuld' is wat ons betreft dat daarmee de misvatting zou kunnen postvatten dat *onbewuste* roekeloosheid niet zou

67 De begrippen opzet, voorwaardelijk opzet en (grove) schuld als gradaties van een bepaalde mate van bewustzijn zijn daarnaast natuurlijk bekend uit het strafrecht.

68 Zie onder meer: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004; I. Haazen, 'Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2004, p. 193-198 en 209-214 (hierna: Haazen 2004) en T. Hartlief, 'Bewuste roekeloosheid: consistentie bij begrenzing in het privaatrecht', *WPNR* 2005, p. 953-954.

69 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 5.

70 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 5.

71 HR 12 maart 1954, *NJ* 1955/386.

72 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 529, nr. 3, p. 25.

73 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 4, p. 4.

74 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 4, p. 4-5.

75 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000/429, m.nt. K.F. Haak (*Solon*).

76 *Kamerstukken II* 2000/01, 19 529, nr. 5, p. 31; zie ook Haazen 2004, p. 193 e.v.

kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de toezichthouders. Grove schuld wordt immers ook nogal eens gebruikt als *synoniem* voor bewuste roekeloosheid (bijv. in het vervoerrecht). In het verzekeringsrecht is onbewuste roekeloosheid echter even verwijtbaar als (of zelfs verwijtbaarder dan) bewuste roekeloosheid.⁷⁷ Waar het om gaat, is dat de wetgever tot uitdrukking heeft willen brengen dat het gaat om dermate laakbaar handelen van de toezichthouder dat hij zich niet moet kunnen beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking. De term 'roekeloos handelen' zou in dit verband niet alleen duidelijk maken dat er geen 'bewustheideis' geldt, maar ook het beste de bedoeling van de wetgever weergeven en aansluiten bij de moderne terminologie uit het BW.

In belangrijke mate het gevolg

Voor een geslaagd beroep op opzet of grove schuld geldt nog een ander vereiste. De schade moet in belangrijke mate het gevolg zijn van het opzettelijk handelen of in belangrijke mate te wijten zijn aan grove schuld. Met andere woorden, er moet een versterkt oorzakelijk verband zijn tussen het opzettelijke of roekeloze handelen van de toezichthouder en de schade. De vraag rijst natuurlijk welk verband voldoende is om te voldoen aan het wettelijke criterium 'in belangrijke mate'. De enige aanwijzing die de wetgever geeft is de te vinden in de reactie op de suggestie van de Raad van State om de term 'in overwegende mate' te gebruiken. De wetgever motiveert zijn keuze voor 'in belangrijke mate' met een verwijzing naar het arbeidsrecht, in het bijzonder de kernbepaling over werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsgerelateerde schade (art. 7:658 BW). Aldus zou enerzijds worden voorkomen dat er verwarring bestaat over een verschil in terminologie en anderzijds zou hiermee worden verduidelijkt dat de gedragingen van de toezichthouder 'niet in geringe mate maar juist in belangrijke mate en dus in hoofdzaak'⁷⁸ tot de schade hebben geleid.

De toevoeging van de wetgever is, gezien de gekozen systematiek van art. 1:25d Wft en de aard van toezichthoudersaansprakelijkheid, enerzijds begrijpelijk. Doorgaans zal er een complex van feiten en omstandigheden zijn dat tot (mogelijke) aansprakelijkheid leidt. Alleen wanneer het opzettelijke of roekeloze handelen in hoofdzaak de oorzaak is van het ontstaan van schade, is een beroep op de uitzondering (en dus aansprakelijkheid) gerechtvaardigd. Voorkomen moet worden dat elk mogelijk opzettelijk of roekeloos handelen van de toezichthouder dat in verband kan worden gebracht met geclaimde schade de aansprakelijkheidsbeperking opzij kan zetten, onafhankelijk van de vraag naar de gevolgen ervan. Anderzijds voorzien wij dat tussen de benadeelde en de toezichthouder in veel gevallen een discussie kan ontstaan of een bepaalde opzettelijke/roekeloze gedraging in belangrijke mate de oorzaak is geweest van de geclaimde schade. Bij claims van derden wegens toezichtsfalen lijkt het bijkans onmogelijk dat aan dit vereiste wordt voldaan indien te hoge eisen zouden worden gesteld aan

het causaal verband. De toezichthouder is in dat geval immers slechts een 'zijdelingse laedens'; de schade is nu juist primair door een ander dan de toezichthouder veroorzaakt. Nu de beperking van aansprakelijkheid expliciet niet is bedoeld als uitsluiting, ligt het niet voor de hand alleen aansprakelijkheid aan te nemen als de toezichthouder de schade 'in hoofdzaak' heeft veroorzaakt.

Bewijslast en bewijsrisico

Tot slot kan de vraag worden gesteld wie de bewijslast (en het bewijsrisico) draagt van het opzettelijke of roekeloze handelen van de toezichthouder. De regering laat hier weinig misverstanden over bestaan. De bewijslast dat in een concreet geval sprake is van opzet of grove schuld bij de toezichthouder, en dat de schade daarvan in belangrijke mate het gevolg is, rust op de benadeelde, tenzij de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling zouden meebrengen (art. 150 Rv). Als vuistregel kan – omgekeerd – dus worden aangehouden dat de toezichthouder niet wordt belast met het bewijs dat er *geen* sprake is van opzet of grove schuld en dat dit slechts in uitzonderlijke gevallen anders zal zijn. De regering voegt daar nog aan toe dat voor een andere (op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde) bewijslastverdeling in elk geval geen plaats is, indien de toezichthouder krachtens de wet tot geheimhouding verplicht is. In dat geval zou het kennelijk hoe dan ook 'onredelijk' zijn dat de bewijslast en het bewijsrisico van de afwezigheid van opzet en/of grove schuld op de toezichthouder zouden komen te rusten.⁷⁹

De redenering van de regering is niet bepaald overtuigend. Ervan uitgaande dat art. 1:25d Wft een zuivere aansprakelijkheidsbeperking behelst, rusten de stelplicht en de bewijslast van de feiten en omstandigheden dat de toezichthouder een onrechtmatige daad heeft gepleegd in de zin van art. 6:162 BW als hoofdregel op de benadeelde. Beroept de aangesproken toezichthouder zich vervolgens op de aansprakelijkheidsbeperking van art. 1:25d Wft, dan is evenzeer verdedigbaar dat hij de stelplicht en bewijslast zal hebben te dragen van alle feiten en omstandigheden die de door hem ingeroepen rechtsgevolgen rechtvaardigen (inclusief de afwezigheid van opzet of grove schuld). Los daarvan is het opmerkelijk dat in de memorie van toelichting op voorhand uitspraken worden gedaan over de op de eisen van redelijkheid en billijkheid gebaseerde uitzondering op de hoofdregel van art. 150 Rv. Dit is immers bij uitstek een regel die door de rechter aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval zal moeten worden toegepast. Tot slot lijkt er in het geval van een geheimhoudingsplicht sprake van een doelredenering. Niet valt in te zien hoe een benadeelde in dat geval aan kan tonen dat er sprake is van schade als gevolg van opzet of grove schuld; dit kan evenzeer onredelijk worden geacht als de genoemde situatie dat de toezichthouder het ontbreken van opzet of grove schuld zou moeten aantonen.

⁷⁷ Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/461.

⁷⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 4, p. 5.

⁷⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 5.

7. Afronding

Het is de vraag wat de mogelijke implicaties zijn voor de aansprakelijkheid van DNB en de AFM van de door ons besproken aanvulling op de Wft.

De vraag of er sprake is van *vestiging* van toezichthoudersaansprakelijkheid voor DNB en de AFM wordt, net zoals voor 1 juli 2012, beheerst door de hiervoor besproken *Vie d'Or*-rechtspraak (bij doorlopend toezicht) en de regels rondom besluitenansprakelijkheid. De in art. 1:25d Wft genoemde organen van en personen werkzaam bij DNB en de AFM kunnen daarbij in beginsel een beroep doen op een aansprakelijkheidsbeperking, indien er sprake is van schade die is veroorzaakt in de uitoefening van de aan hen toekomende publiekrechtelijke taken en bevoegdheden, tenzij de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of grove schuld. Zoals hiervoor opgemerkt, kan daarbij de merkwaaardige situatie ontstaan dat een door DNB of AFM ingeschakelde opdrachtnemer weliswaar feitelijk een deel van de genoemde taakstelling uitvoert, maar niet kan profiteren van de aansprakelijkheidsbeperking. Aldus zou deze opdrachtnemer ten volle aansprakelijk kunnen zijn. Het is maar de vraag of er vervolgens regres mogelijk is op de opdrachtgevende toezichthouder.

Indien de door ons gehanteerde aanname, dat slechts sprake is van een aansprakelijkheidsbeperking, niet juist zou zijn, en er zou met art. 1:25d Wft sprake zijn van een nieuwe norm of zelfs grondslag voor de vestiging van aansprakelijkheid, dan lijkt er een voor de rechtspraak onhanteerbare situatie van rechtsonzekerheid te zijn gecreëerd. In dat geval zou de hiervoor genoemde rechtspraak met één penningstreek van tafel zijn geveegd. Het is dan immers volstrekt onduidelijk wanneer DNB en de AFM wel aansprakelijk kunnen zijn en welke normen daarop van toepassing zijn (causaal verband, relativiteit, formele rechtskracht, om maar een paar leerstukken te noemen).

De aansprakelijkheidsbeperking van DNB en de AFM in art. 1:25d Wft als resultaat van een staaltje 'turbowetgeving' stemt ons niet bepaald vreugdevol. Dit geldt ook de parlementaire totstandkoming van de bepaling, die weinig diepgaand is geweest. Bezwaren tegen de aansprakelijkheidsbeperking lijken niet of nauwelijks aandacht te hebben gekregen, terwijl er zeer grote belangen zijn betrokken. Waarom zou andere toezichthouders dan DNB en AFM geen beroep op een dergelijke beperking toekomen? Dat vonden de andere markttoezichthouders kennelijk zelf ook: inmiddels pleiten ook het College bescherming persoonsgegevens, de Consumentenautoriteit, de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Nederlandse Zorgautoriteit en de Onafhankelijk Post- en Telecommunicatieautoriteit voor een bescherming tegen aansprakelijkheidsrisico's.⁸⁰ De vraag waarom niet

ook andere toezichthouders – bij ministeries of gemeenten – beschermd zouden kunnen worden, komt dan op.⁸¹

Ons belangrijkste bezwaar ziet op de gebrekkige inbedding van de bepaling in het systeem van het (overheids)aansprakelijkheidsrecht. Doordat deze onvoldoende lijkt te zijn doordacht, dreigt de praktijk te worden geconfronteerd met een onhanteerbare bepaling die bovendien rechtsonzekerheid meebrengt. Daarmee zou de aansprakelijkheidsbeperking wel eens het omgekeerde effect kunnen sorteren van het daarmee beoogde doel: niet minder, maar juist meer procedures tegen toezichthouders, waarin de grenzen van art. 1:25d Wft worden afgetast.⁸² Het zou de wetgever sien indien art. 1:25d Wft in de toekomst zou worden aangescherpt, en in elk geval zou worden voorzien van een deugdelijke toelichting omtrent de verhouding en inpasbaarheid daarvan in het (overheids)aansprakelijkheidsrecht.

80 Zie hun inbreng (met DNB en de AFM) voor de herziening van de Kaderstellende Visie op toezicht d.d. 5 september 2011, te raadplegen via www.nza.nl.

81 Zie ook C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank, *NTBR* 2010, p. 244.

82 Zie ook C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank, *NTBR* 2010, p. 245.