

## Effectieve rechtsbescherming en causaliteit

Redactioneel

17

Het bewijs van causaal verband blijft een spraakmakende kwestie: de 'omkeringsregel' is nog steeds een bron van veelvuldig vloeiende inkt, ergernis, nadere studie en vertwijfeling. In de loop der jaren hebben zich echter ook alternatieven aangediend voor die 'lastige' regel. De proportionele aansprakelijkheid (*Karamus/Nefalit*) is inmiddels in ons collectieve geheugen opgeslagen. En we kunnen nog steeds een beroep doen op de algemene regels van ons bewijsrecht; denk aan het feitelijk vermoeden, de aanvullende stelplicht of gemotiveerde betwisting, of de omkering van de bewijslast *ex art. 150 Rv*, anders dan via die specifieke variant die ooit 'omkeringsregel' is gedoopt. Sinds kort moeten we, als we het hebben over alternatieven om met bewijs- en causaliteitskwesties om te gaan, ook te rade bij enkele arresten uit de hoek van het financiële leed, namelijk de *World Online-zaak* en de *aandelenlease-zaken*. In die arresten zijn immers interessante oordelen gegeven betreffende het bewijs van het *condicio sine qua non-verband* (CSQN). Zo overweegt de Hoge Raad in de *aandelenlease-zaak Levob/Bolle* (HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 684) in dit verband:

4.7.9 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke maximale restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest zo aanzienlijk, dat (...) ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.

4.7.10 Indien ervan kan worden uitgegaan dat de financiële positie van de afnemer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst toereikend was om zijn betalingsverplichtingen uit die overeenkomst (...) na te komen, zal (...) het verweer van de aanbieder dat de afnemer de overeenkomst ook zou zijn aangegaan indien de aanbieder niet in zijn zorgplicht was tekortgeschoten, (...) voldoende concreet moeten zijn onderbouwd. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, kan eveneens tot uitgangspunt worden genomen dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.' (mijn curs., IG)

Het bestaan van CSQN-verband kan dus tot uitgangspunt worden genomen, eventueel volgend op de plicht om gemotiveerd dat verband te betwisten. Vervolgens overweegt de Raad in het *World Online-arrest* (HR 27 november 2009, *RvdW* 2009, 1403):

4.11 (...) In beginsel draagt de belegger derhalve ook de stelplicht en bewijslast ter zake van het *condicio sine qua non-verband*. (...) bewijsproblemen ter zake van het *condicio sine qua non-verband* brengen mee dat de door de (oude en nieuwe) prospectusrichtlijn beoogde bescherming van beleggers (...) in de praktijk illusoir kan worden. (...) Dat brengt mee dat een effectieve rechtsbescherming geboden moet worden volgens de regels van het nationale recht.

4.11.2 Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat condicio sine qua non-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is." (mijn curs., IG)

Kortom, in beide typen gevallen mag tot uitgangspunt dienen dat het CSQN-verband voorlopig gegeven is, omdat - blijkens het op dit punt expliciete World Online-arrest - de noodzaak om effectieve rechtsbescherming te bieden, daarom vraagt. Daarmee is de rechtvaardiging voor deze oordelen duidelijk: deze ligt in het voorkomen dat bepaalde regels illusoir worden, een lege huls blijken, wat aansluit bij de eerder gepropageerde ratio voor de 'omkeringsregel' en de bewijslastomkering in het algemeen. Dat de Hoge Raad aanhaakt bij deze gedachte van 'effectieve rechtsbescherming', mag ook niet werkelijk verrassen: in HR 12 april 2002, NJ 2002, 411, m.nt. T. Koopmans / Sovereyn-Timmermans/Wouters, overwoog hij bijvoorbeeld al:

'De bewijslast kan alleen worden verlegd indien dat noodzakelijk is om de kennelijk gediscrimineerde werknemers niet elk doeltreffend middel te ontnemen om het beginsel van gelijke beloning te doen eerbiedigen

Ook met deze heldere rechtvaardiging blijven helaas echter nog diverse vragen onbeantwoord:

- Waarom gebruikte de Hoge Raad deze rechtvaardiging niet al (expliciet) in de Levob-zaak?
- Wat bedoelt hij met de notie dat iets 'tot uitgangspunt mag dienen'? Is dit nieuwe terminologie voor 'voorhands aannemelijk' of voor het ouderwetse vermoeden: vgl. Pijs Van Boom, WPNR 2010/6834)? Of betreft het een nieuw fenomeen, en zo ja, wat is dat dan, bewijsrechtelijk gesproken?
- En mogen of moeten we deze 'uitgangspunt'-regel ook in andere (letsel)gevallen benutten, bijvoorbeeld in die gevallen waarin we nu de 'omkeringsregel' soms wel en soms niet mogen toepassen? Is hiermee de 'omkeringsregel' dan alsnog afgeschaft?

Dat laatste zal niet snel geconcludeerd mogen worden: verbreding van het bereik van de 'uitgangspunt'-regel ligt niet meteen in de rede. Hoewel, effectieve rechtsbescherming is altijd een groot goed! Bovendien, welke advocaat zal zijn eigen reputatie verpesten én aansprakelijkheid over zich afroepen door geen beroep te doen op deze nieuwe lijn in de rechtspraak? Niemand, toch? En zo vervolgen we onze lange, maar opwindende route op zoek naar het juridisch ei van Columbus als het om bewijs en causaliteit gaat.