

organisaties uiteindelijk een geclausuleerd instemmingsrecht bij fusies van woningcorporaties verworven.²

7. Het instemmingsrecht is geclausuleerd omdat hierop (tegenwoordig) een drietal uitzonderingen bestaan. De Aw kan een fusievoornemen ondanks ontbrekende instemming van de huurdersorganisatie goedkeuren als dat voorstel naar haar oordeel (a) voorkomt dat er een saneringssituatie ontstaat, (b) voorkomt dat een corporatie niet meer in redelijkheid kan bijdragen aan het gemeentelijke volkshuisvestingsbeleid of (c) de Aw een governanceaanwijzing heeft gegeven (art. 53 lid 4 sub f Woningwet).

8. Feit blijft dat de huurdersorganisatie een zware stem heeft bij een voorgenomen fusie. Dat belang van huurdersorganisaties weegt zwaar, maar kan eenzijdig zijn. Bij een enge lezing van de wet moeten de belangen van huurdersorganisaties – buiten de hiervoor aangehaalde wettelijke uitzonderingen (a-c) – in alle gevallen zwaarder wegen dan het bredere algemene volkshuisvestelijke belang bij een fusie. Maar is dat wel terecht? Vaak werken woningcorporaties samen met veel verschillende huurdersorganisaties; iedere huurdersorganisatie kan in beginsel een beroep doen op het instemmingsrecht bij een fusie. Een enge lezing van de wet kan er dus toe leiden dat een kleine huurdersorganisatie een fusie tegenhoudt. Het recht wordt hiermee een vetorecht. Een huurdersorganisatie kan, bijvoorbeeld omdat zij het niet eens is met de huurverhogingen, weigeren om instemming voor een fusie te geven. Het zou vreemd zijn als het eenzijdige belang van een kleine huurdersorganisatie de meeromvattende belangen van het collectief terzijde kan schuiven.

9. Vanuit privaatrechtelijk perspectief oordeelde het hof Amsterdam in dat kader reeds dat huurdersorganisaties geen absoluut vetorecht hebben. Steeds wanneer de huurdersorganisatie weigert haar instemming te verlenen, moet er vanuit privaatrechtelijk perspectief getoetst worden in hoeverre dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (on)aanvaardbaar is (ECLI:NL:GHAMS:2018:952). De Aw knoopt hier ook bij aan in haar beleidsregels. In zoverre lijkt er meer ruimte voor afwijking van het instemmingsrecht van huurdersorganisaties te bestaan dan uitsluitend op basis van de wettelijke excepties (a-c). Dit past ook bij hoe de minister eraan kijkt: 'dat (redactie: een enge lezing van de wet) is onwenselijk, omdat de Aw (ook nu al) in bepaalde specifieke gevallen bij het ontbreken van instemming door de huurdersorganisatie een fusie niettemin kan goedkeuren' (*Kamerstukken II 2019/20, 35517, nr. 3, p. 54*).

10. Kortom: wees je er als notaris van bewust dat er bij een fusie tussen corporaties goedkeuring van de Aw is vereist. Wanneer de instemming van de huurdersorganisatie(s) ontbreekt, onthoudt de Aw in beginsel haar goedkeuring. Bij een fusie zijn veel inspanningen daarom gericht op het verkrijgen van de benodigde instemming(en). De rechtbank heeft de Aw hier terecht ruimte gegeven om af te wijken van het instemmingsrecht op grond van de wettelijke exceptie (a). In onze ogen is die ruimte in de praktijk groter dan uitsluitend de wettelijke excepties (a-c). Een (intern) disfunctionerende huurdersorganisatie (bijvoorbeeld door stilzitten) hoeft niet per definitie een beletsel te vormen voor een voorgenomen fusie. Zelfs niet als een woningcorporatie geen beroep toekomt op de wettelijke excepties (a-c) waarmee het instemmingsrecht van de huurdersorganisatie kan worden gepasseerd. Vanwege het feit dat huurders(organisaties) de

primaire belanghebbenden zijn van Woningcorporaties, moet een goedkeuringsverzoek in dat geval extra goed zijn onderbouwd. Dossieropbouw is cruciaal. Voor inspiratie kan een blik worden geworpen op rechtsoverweging 5-9 uit het vonnis bij deze annotatie.

mr. E. van de Kuilen en mr. R. Bunt
AKD Benelux Lawyers

Civiel recht

147

Consumentenbescherming in geval van misleidende mededelingen Staatsloterij. Vermoeden van causaal verband?

Hoge Raad
15 juli 2022, nr. 20/01940, ECLI:NL:HR:2022:1109
(mr. Kroeze, mr. Tanja-van den Broek, mr. Ter Heide, mr. Schaafsma, mr. Salomons)
(Concl. A-G Hartlief)
Noot mr. M.C. van Rijswijk en mr. H.A. de Bruijn

Aansprakelijkheid. Vermoeden van causaal verband.

[BW art. 6:194 (oud); Rv art. 150]

Essentie: De vraag of sprake is van misleidende mededelingen door een loterij moet worden onderscheiden van de vraag of sprake is van een causaal verband tussen die misleidende mededelingen en het (al dan niet) handelen van deelnemers aan de loterij. Geen aanleiding om in casu een vermoeden van een causaal verband te aanvaarden.

Samenvatting: een abonnementsspeler van de Staatsloterij probeert de schade te verhalen die hij zou hebben geleden doordat de Staatsloterij misleidende mededelingen heeft gedaan. Vast staat dat de Staatsloterij gedurende een zekere periode misleidende mededelingen heeft gedaan. De abonnementsspeler vordert over deze periode zijn schade bestaande uit het negatieve contractsbelang groot € 5.247,50 (de betaalde bedragen voor de gekochte loten) minus de gewonnen prijzen groot € 2.345,05 (te vermeerderen met rente en proceskosten). De kantonrechter wijst de vordering af. Het vereiste causale verband tussen de misleidende mededelingen en het kopen van de loten door de abonnementsspeler is volgens de kantonrechter niet aannemelijk geworden. In hoger beroep oordeelt het hof dat moet worden vermoed dat wél sprake is van een causaal verband en dat de Staatsloterij er niet in is geslaagd dit bewijsvermoeden te ontzenuwen. De vordering wordt aldus alsnog toegewezen. In cassatie vernietigt de Hoge Raad de uitspraak van het hof. Volgens de Hoge Raad is het door het hof aannemen van een vermoeden van een causaal verband ten onrechte gebaseerd op een overweging in een door de Hoge Raad eerder gedane uitspraak. Die overweging behelst volgens de Hoge Raad geen oordeel over de vraag of een causaal verband – in de zin van een condicio sine qua non-verband – bestaat of moet worden vermoed te bestaan tussen de misleidende mededelingen van de Staatslote-

² Art. 53 Woningwet (d.d. 1 juli 2015).

rij en de aankoop van loten door individuele deelnemers. Bovendien bestaat er volgens de Hoge Raad onvoldoende grond om voor een geval als hier aan de orde, waarin het gaat om een abonnementsspeler, een vermoeden van causaal verband te aanvaarden. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst naar het hof.

Staatsloterij B.V., gevestigd te Den Haag,
eiseres tot cassatie,
hierna: Staatsloterij,
advocaten: J. de Bie Leuveling Tjeenk en T. Cohen Jehoram,
tegen
[verweerder], wonende te [woonplaats],
verweerder in cassatie,
hierna: [verweerder],
advocaat: M.J. van Basten Batenburg.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Hartlief)

Deze procedure tussen Staatsloterij en een deelnemer aan de staatsloterij ([verweerder]) bouwt voort op de collectieve actie-procedure die tegen Staatsloterij is gevoerd en waarin voor recht is verklaard dat Staatsloterij in de jaren 2000 tot en met 2008 misleidende mededelingen heeft gedaan over, kort gezegd, prijzen en winkansen.¹ [verweerder] heeft in de betreffende periode (met tussenpozen) diverse jaren aan de staatsloterij deelgenomen en maakt in deze individuele procedure onder meer aanspraak op schadevergoeding, bestaande uit de aankoopprijs van de door hem in die periode gekochte loten (ruim € 5.000), verminderd met de prijzen die hij met die loten heeft gewonnen (ruim € 2.000) en vermeerderd met de wettelijke rente.

De kantonrechter heeft de vordering van [verweerder] afgewezen, omdat uit zijn speelgedrag niet zou blijken dat causaal verband bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de deelname van [verweerder] aan de staatsloterij. Het hof is tot het tegenovergestelde oordeel gekomen en heeft, gelet op een overweging in de uitspraak van Uw Raad in de collectieve actie-procedure, een vermoeden aangenomen dat *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de deelname van [verweerder]. Naar het oordeel van het hof heeft Staatsloterij dit vermoeden onvoldoende ontzenuwd. Omdat de schade van [verweerder] ook naar redelijkheid aan Staatsloterij kan worden toegerekend en het hof het beroep van Staatsloterij op voordeelstoerekening niet redelijk heeft geacht, heeft het hof de vordering van [verweerder] toegewezen.

In cassatie bestrijdt Staatsloterij de oordelen van het hof. Staatsloterij betoogt onder meer dat uit het arrest van Uw Raad in de collectieve actie-procedure geen vermoeden van causaal verband kan worden afgeleid en dat Staatsloterij het door het hof aangenomen vermoeden bovendien voldoende heeft ontzenuwd. Daarnaast klaagt Staatsloterij dat de schade van [verweerder] niet naar redelijkheid aan Staatsloterij kan worden toegerekend, het hof de schadebegroting onvoldoende heeft gemotiveerd en bovendien ten onrechte het beroep van Staatsloterij op voordeelstoerekening niet redelijk heeft geacht.

1 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, NJ 2015/377 m.nt. S.D. Lindenbergh en *Ars Aequi* 2015, p. 784 e.v. m.nt. W.H. van Boom en C.M.D.S. Pavillon (*Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl*).

1. Feiten

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.²

1.2. Staatsloterij exploiteert de Nederlandse staatsloterij.³

1.3. [verweerder] heeft (niet aaneengesloten) gedurende zestien jaar deelgenomen aan door Staatsloterij georganiseerde loterijen. In de periode waar het in deze procedure om draait – de jaren 2000-2008 – heeft [verweerder] deelgenomen tot en met de trekking van 5 december 2002 en vervolgens van juni 2004 tot en met de trekking van mei 2005. Vóór 2000 en ná 2008 heeft [verweerder] ook gedurende perioden aan de staatsloterij deelgenomen.

1.4. In de jaren 2000 tot en met 2008 heeft [verweerder] € 5.247,50 aan loten uitgegeven en € 2.336,95 aan prijzengeld in de staatsloterij gewonnen.

1.5. In 2008 heeft Stichting Loterijverlies.nl bij de rechtbank Den Haag een collectieve actie-procedure aanhangig gemaakt tegen de rechtsvoorganger van Staatsloterij, te weten Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (hierna ook: 'Staatsloterij').⁴ In hoger beroep heeft het hof Den Haag op 28 mei 2013 voor recht verklaard dat Staatsloterij in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW⁵ door, kort gezegd, (i) gedurende de periode 2000 tot en met 2007 misleidende mededelingen te doen over het wel- of niet-gegarandeerd zijn van prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen en (ii) in 2008 misleidende mededelingen te doen over de hoogte van prijzen.⁶

1.6. Op 30 januari 2015 heeft Uw Raad de door Staatsloterij en Stichting Loterijverlies.nl in de collectieve actie-procedure ingestelde cassatieberoepen tegen het arrest van het hof Den Haag verworpen.⁷ Uw Raad heeft daartoe onder meer het volgende overwogen en geoordeeld:

'4.3.3. Voor misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW is noodzakelijk – en tevens voldoende – dat de onjuiste of onvolledige informatie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Het hof heeft dit tot uitdrukking gebracht door te onderzoeken of de gewraakte mededelingen van Staatsloterij van voldoende materieel belang waren om de maatman te kunnen misleiden. Het hof heeft daarbij vastgesteld dat het in de perceptie van de maatman bij de winkans ging om gemiddeld zo'n 20 grote prijzen per 3 miljoen loten, terwijl in werkelijkheid sprake was van toekenning van (slechts) 4 grote prijzen. Het hof heeft dit verschil voldoende geoordeeld om

2 Ontleend aan de in cassatie niet bestreden rov. 3.1.1. tot en met 3.1.4. van het bestreden arrest (hof 's-Hertogenbosch 7 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1199, TvC 2020/3 m.nt. C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar en RAV 2020/54).

3 Met 'staatsloterij' (kleine letter) verwijs ik dus – conform de Wet op de Kansspelen – naar de loterij, ter onderscheiding van de rechtspersoon Staatsloterij (hoofdletter).

4 Rb. Den Haag 31 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL9558 (*Stichting Loterijverlies.nl/Staatsloterij*).

5 Art. 6:194 (oud) BW luidde als volgt: 'Hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, handelt onrechtmatig, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is (...).'

6 Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587 (*Stichting Loterijverlies.nl/Staatsloterij*).

7 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, NJ 2015/377 m.nt. S.D. Lindenbergh en *Ars Aequi* 2015, p. 784 e.v. m.nt. W.H. van Boom en C.M.D.S. Pavillon (*Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl*).

de maatman te (kunnen) misleiden en heeft daarbij het verweer van Staatsloterij verworpen dat dit verschil niet van materieel belang voor de maatman heeft kunnen zijn omdat het in beide gevallen gaat om minuscuul kleine kansen van 0,00000667% respectievelijk 0,00000953% (rov. 4.14). Voorts heeft het hof in rov. 4.15 geoordeeld dat het redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede in rov. 4.18 dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan. Deze oordelen berusten op feitelijke waarderings die in beginsel aan het hof zijn voorbehouden. Niet kan worden gezegd dat zij onbegrijpelijk zijn. Hierop stuiten de klachten van de onderdelen II.1, II.2 en III.2 af.

2. Procesverloop

Eerste aanleg

2.1. Op 23 maart 2017 heeft [verweerder] bij de rechtbank Limburg een procedure aanhangig gemaakt tegen Staatsloterij. [verweerder] heeft, voor zover in cassatie van belang, primair gevorderd (i) een verklaring voor recht dat Staatsloterij onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en (ii) schadevergoeding van € 5.423,03, plus de wettelijke rente vanaf 1 januari 2017.⁸

2.2. Op 9 mei 2018 heeft de kantonrechter van de rechtbank Limburg de vorderingen van [verweerder] afgewezen.⁹ Naar het oordeel van de kantonrechter is niet gebleken van causaal verband tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en (de omvang van) de deelname van [verweerder] aan de staatsloterij in de jaren 2000-2008.¹⁰

2.3. Bij dit oordeel heeft de kantonrechter in het midden gelaten of, op een vergelijkbare manier als in het *World Online*-arrest van Uw Raad,¹¹ het uitgangspunt geldt dat *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleiding van Staatslote-

rij en de deelname door [verweerder].¹² Volgens de kantonrechter blijven – ook als dat uitgangspunt zou worden aangenomen – de bewijslast en het bewijsrisico op [verweerder] rusten en is slechts voorshands aannemelijk dat sprake is van causaal verband tussen de misleiding en de deelname van [verweerder]. Dit vermoeden van *condicio sine qua non*-verband kan Staatsloterij met tegenbewijs ontkrachten, wat Staatsloterij naar het oordeel van de kantonrechter ook heeft gedaan.¹³

2.4. De kantonrechter heeft bij dit oordeel eerst het spelgedrag van [verweerder] beschreven:

‘4.5.4. (...) Voor zover hier relevant volgt daaruit [uit het spelgedrag, A-G] dat [verweerder] is begonnen met deelname in 1994, derhalve vóór de misleidende mededelingen. Van een beïnvloeding door de misleidende mededelingen kan op dat moment geen sprake zijn. De aanpassing (...) tussen 1995 en 1997 om deel te nemen met de zogenoemde jackpot is gedaan voor de misleidende mededelingen zodat ook die keuze daar niet door beïnvloed kan zijn. Hetzelfde geldt voor de keuzes in september 1997 om te stoppen met deelname en de daaropvolgende keuze in november 1997 om opnieuw te gaan deelnemen met een zogenoemde straat (van 10 hele staatsloten) met jackpot.

In de periode van de misleidende mededelingen zijn door [verweerder] aanpassingen in zijn deelname aangebracht. Allereerst is dit in 2002 [het] stoppen van zijn abonnement. Als deze keuze al beïnvloed is door misleidende mededelingen is daar geen gevorderde causale schade uit voortgevloeid.

Daarna is [verweerder] in 2004 opnieuw begonnen met deelname, nu met een zogenoemd straatje van 1/5de staatsloten. Tussen 2005 en 2009 is [verweerder] vervolgens weer gestopt. Ook in de periode ná beëindiging van de misleidende uitlatingen is door [verweerder] deelgenomen, vanaf 2009 tot juni 2012.

(...).’

2.5. In het licht van dit spelgedrag heeft de kantonrechter vervolgens geoordeeld dat Staatsloterij is geslaagd in hetgeen van haar als tegenbewijs zou mogen worden geveerd:

‘4.5.4. (...)

(...) Het enkele moment waarop in de relevante periode een zichtbare deelnamekeuze is gemaakt die mogelijke schade tot gevolg zou hebben is de keuze van [verweerder] om in 2004 opnieuw te gaan deelnemen. Nu diezelfde misleidende mededelingen bij [verweerder] echter eerder in 2002 niet hebben geleid tot *blijven* deelnemen en de nieuwe deelname een beperktere omvang had dan in de voorafgaande periode is zonder nadere stellingname onvoldoende onderbouwd gesteld dat de misleidende mededelingen [verweerder] in 2004 hebben beïnvloed in zijn keuze wederom te gaan deelnemen. Integendeel stelt [verweerder] dat deelname en omvang van

8 De gevorderde schadevergoeding van € 5.423,03 is als volgt opgebouwd: € 5.247,50 aan negatief contractsbelang (de aanschafprijzen van de loten), minus € 2.345,05 aan gewonnen prijzen, plus € 2.520,58 aan wettelijke rente van 1 januari 2000 tot 1 januari 2017. Zie het petitum van en productie 8 bij de inleidende dagvaarding.

9 Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4295, TvC 2018/4 m.nt. C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar (*[verweerder]/Staatsloterij*).

10 Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4295, TvC 2018/4 m.nt. C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar (*[verweerder]/Staatsloterij*), rov. 4.6.

11 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron, JOR 2010/43 m.nt. K. Frielink, *Ars Aequi* 2010, p. 336 e.v. m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers en *Ondernemingsrecht* 2010/21 m.nt. H.M. Vletter-van Dort (*World Online*). Uw Raad heeft in rov. 4.11.2 van dat arrest onder meer het volgende overwogen: ‘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. Dit betekent derhalve dat in beginsel aangenomen moet worden dat, indien geen sprake van misleiding zou zijn geweest, de belegger niet – of bij aankoop op de secundaire markt: niet dan wel niet op dezelfde voorwaarden – tot aankoop van de effecten zou zijn overgegaan.’

12 Zie in deze zin ook het hof Den Haag in zijn arresten van 26 oktober 2021 in twee anderestaatsloterij-zaken (ECLI:NL:GHDHA:2021:2630 en ECLI:NL:GHDHA:2021:2631), rov. 6.13.: ‘Als niet wordt uitgegaan van een vermoeden, heeft [appellante] haar stelling dat zij daadwerkelijk is beïnvloed onvoldoende onderbouwd. Als wordt uitgegaan van een vermoeden ten gunste van haar, is dat vermoeden voldoende ontzenuwd omdat [appellante] onvoldoende heeft gereageerd op hetgeen de Staatsloterij in het kader van de ontzenuwing heeft aangevoerd (...).’ (Citaat afkomstig uit ECLI:NL:GHDHA:2021:2630, A-G)

13 Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4295, TvC 2018/4 m.nt. C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar (*[verweerder]/Staatsloterij*), rov. 4.5-4.5.4.

deelname met name werden beïnvloed door de financiële mogelijkheden die [verweerder] daartoe had. In het licht van dit alles had [verweerder] zijn standpunt dat hij door de misleidende mededelingen aangaande de (minuscule) winkansen is beïnvloed nader dienen te onderbouwen, hetgeen hij heeft nagelaten zodat om die reden het gevorderde – bij gebrek aan causaal verband – dient te worden afgewezen. Een en ander geldt – *mutatis mutandis* – ook voor de bijzondere trekkingen waaraan [verweerder] heeft deelgenomen in de relevante periode. Gelet op de ontbrekende onderbouwing is er ook geen grond om [verweerder] toe te laten tot bewijslevering.’

Hoger beroep

2.6. [verweerder] is bij het hof 's-Hertogenbosch in hoger beroep gekomen van het vonnis van de kantonrechter. Bij arrest van 7 april 2020 (het bestreden arrest) heeft het hof het vonnis vernietigd, voor recht verklaard dat Staatsloterij onrechtmatig jegens [verweerder] heeft gehandeld en Staatsloterij veroordeeld om aan [verweerder] de door hem gevorderde € 5.423,03 te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2017.¹⁴

2.7. Anders dan de kantonrechter, is het hof van oordeel dat wél *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de deelname door [verweerder] aan de staatsloterij in de periode 2000-2008 (rov. 3.12.).

2.8. Het hof heeft in rov. 3.9. geciteerd uit het arrest van 30 januari 2015 van Uw Raad in de collectieve actie-procedure tussen Stichting Loterijverlies.nl en Staatsloterij (randnummers 1.5 en 1.6 hiervoor), waarin Uw Raad in rov. 4.3.3 onder meer heeft geoordeeld dat het niet onbegrijpelijk is dat het hof Den Haag heeft geoordeeld dat het ‘redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede (...) dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan.’ Gelet op dit deel van de uitspraak van Uw Raad:

‘3.10. (...) vermoedt het hof dat ook [verweerder] behoorde tot het aanzienlijk deel van de consumenten die zou hebben afgezien van aankoop van staatsloten in de periode 2000 tot 2008 indien Staatsloterij toen juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan.’

2.9. Naar het oordeel van het hof heeft Staatsloterij niet zodanige feiten of omstandigheden gesteld die zouden kunnen leiden tot een voldoende ontzenuwing van het vermoeden van de aanwezigheid van causaal verband tussen de onrechtmatige mededelingen van Staatsloterij en de aankoop(prijs) van een lot (rov. 3.11.):

‘3.11.1. Uit het speelgedrag van [verweerder] vóór, tijdens en na de periode van 2000 tot en met 2008 waarin de misleidende mededelingen zijn gedaan, kan naar het oordeel van het hof niet de conclusie worden getrokken dat het materieel belang van de mededelingen in de periode 2000 tot en met 2008 van Staatsloterij voor [verweerder] anders gewaardeerd zouden [zou, A-G] moeten worden en dat [verweerder] niet zou behoren tot het aanzienlijke deel van de consumenten dat in de periode 2000 tot en met 2008 zou hebben afgezien van de

koop van een lot, wanneer juiste en volledige mededelingen zouden zijn gedaan.

3.11.2. Ook de financiële mogelijkheden van [verweerder] om loten te kunnen kopen doen niets af aan voormeld materieel belang van de mededelingen van Staatsloterij en de positie van [verweerder] als (één van het aanzienlijk deel van de) consument(en) die zou(den) hebben afgezien van koop van loten in het geval van juiste mededelingen.

3.11.3. Hetgeen hiervoor is overwogen geldt ook voor gevoelens, emoties en andere irrationele overwegingen van [verweerder] om loten te kopen. Daarbij komt dat aannemelijk is dat die irrationele overwegingen van [verweerder] om loten te kopen zullen zijn gevoed door de misleidende mededelingen van Staatsloterij. [verweerder] heeft immers voldoende concreet gesteld dat hij via reclamefolders, tv-commercial, de website en door trekkingsuitslagen kennis had gekregen van de misleidende mededelingen. Staatsloterij heeft die door [verweerder] verkregen kennis van de misleidende mededelingen niet (voldoende) betwist.’

2.10. Volgens het hof kan de schade van [verweerder] ook in redelijkheid aan Staatsloterij worden toegerekend:

‘3.15. Het hof stelt voorop dat volgens artikel 6:98 BW voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

Aangezien het om aansprakelijkheid als gevolg van misleidende mededelingen gaat en Staatsloterij die mededelingen deed om het publiek, waaronder [verweerder] te bewegen een staatslot te kopen kan redelijkerwijs worden verwacht (...) dat die misleidende mededelingen tot de door [verweerder] gevorderde schadepost, het aankoopbedrag van een staatslot, zou [zouden, A-G] leiden. De door [verweerder] gevorderde schade kan aan Staatsloterij worden toegerekend.’

2.11. De omvang van de schade moet worden bepaald door [verweerder] zoveel mogelijk in de toestand te brengen, waarin hij zou hebben verkeerdt als Staatsloterij geen misleidende mededelingen had gedaan:

‘3.16. Voor de begroting van de schade ingevolge artikel 6:97 BW is uitgangspunt dat [verweerder] als benadeelde zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerdt indien de misleidende mededelingen zijn uitgebleven. Hieruit volgt dat zijn schade moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Dit brengt mee dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.

Gelet hierop dienen de betalingen voor de loten in de periode 2000 tot en met 2008, verminderd met de opbrengsten daarvan, te worden vergoed. Onbetwist is gebleven dat de aftrek som van voormelde bedragen hetgeen is, dat [verweerder] vordert.’

2.12. Het hof is voorbijgegaan aan het beroep van Staatsloterij op voordeelstoerekening, inhoudende dat op de schade van [verweerder] in mindering moet worden gebracht dat hij met de staatsloten een op geld waardeerbare kans heeft genoten om een prijs te winnen. Naar het oordeel van het hof is het immers niet redelijk om enig mogelijk voordeel uit de winkans op de aan [verweerder] te vergoeden schade in mindering te brengen:

¹⁴ Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1199, TvC 2020/3 m.nt. C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar en RAV 2020/54 (het bestreden arrest).

‘3.17.1. Het hof overweegt allereerst dat artikel 6:100 BW bepaalt dat, indien een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht. Het hof acht het echter niet redelijk om, gezien de misleidende mededelingen van Staatsloterij over winkansen, naast het bedrag van de gewonnen prijzen enig mogelijk voordeel uit de winkansen, als voordeel in rekening te brengen bij de vaststelling van de schade.’

Cassatieberoep

2.13. Staatsloterij heeft bij procesinleiding van 29 juni 2020 – tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen het bestreden arrest. [verweerder] heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend. Op 29 september 2020 heeft Stichting Loterij Incasso bij incidentele conclusie gevorderd om zich in de procedure te mogen voegen aan de zijde van [verweerder]. Bij arrest van 21 mei 2021 heeft Uw Raad de incidentele vordering tot voeging van Stichting Loterij Incasso afgewezen.¹⁵

2.14. Op 10 september 2021 heeft een mondeling pleidooi plaatsgevonden, waarin Staatsloterij haar standpunt nader heeft toegelicht. Van het pleidooi, waarbij [verweerder] niet is verschenen, is proces-verbaal opgemaakt. Staatsloterij en [verweerder] hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht en [verweerder] heeft schriftelijk gedupliceerd.

3. De voorafgaande collectieve actie-procedure (Stichting Loterijverlies.nl/Staatsloterij)

3.1. Voordat ik overga tot het bespreken van het cassatiemiddel van Staatsloterij (in paragraaf 4 hierna), meen ik dat het nuttig is om kort in te gaan op de aan deze individuele procedure voorafgaande collectieve actie-procedure waarin Stichting Loterijverlies.nl tegenover Staatsloterij stond. In die procedure is namelijk vastgesteld waarop de misleidende mededelingen van Staatsloterij betrekking hadden, hetgeen context en achtergrond geeft bij de bespreking van de in deze procedure te beoordelen klachten.

3.2. Zoals gezegd (randnummer 1.5 hiervoor), is in de collectieve actie-procedure voor recht verklaard dat, kort gezegd, Staatsloterij in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW door in de jaren 2000 tot en met 2008 misleidende mededelingen te doen. De misleidende mededelingen van Staatsloterij zagen:

(i) in de jaren 2000–2007 op de categorie ‘grotere prijzen’ van, met name, € 50.000 en € 100.000; en

(ii) in het jaar 2008 op de Koninginnedagtrekking.¹⁶

Omdat [verweerder] in 2008 niet aan de staatsloterij heeft deelgenomen (randnummer 1.3 hiervoor), laat ik de tweede categorie misleidende mededelingen – die zien op de Koninginnedagtrekking in 2008 – in deze conclusie buiten beschouwing. Ik beperk mij tot de onder (i) genoemde categorie ‘grotere prijzen’.

3.3. Waar zag de misleiding bij die prijzen precies op? Het ging erom dat Staatsloterij in de jaren 2000 tot en met 2007 de ‘grotere prijzen’ niet alleen trok uit de daadwerkelijk verkochte loten, maar uit een veel grotere verzameling van loten, het

zogenoemde ‘universum’.¹⁷ In theorie konden (en kunnen) alle loten uit dit universum worden verkocht, maar in praktijk werd slechts een relatief klein deel verkocht: ongeveer drie miljoen loten, terwijl het universum wel uit 21 miljoen loten kan bestaan. Omdat (lang) niet alle loten werden verkocht, viel het merendeel van de ‘grotere prijzen’ dus op niet verkochte loten.¹⁸

3.4. Staatsloterij heeft in de jaren 2000 tot en met 2007 mededelingen gedaan aan het publiek, inhoudende – kort gezegd – dat er elke maand twintig winnaars/prijzen zijn in de categorie ‘grote prijzen’. Het aantal daadwerkelijk uitgekeerde prijzen was echter veel kleiner, omdat dus uit het universum werd getrokken en niet slechts uit de verkochte loten: gemiddeld waren er ongeveer vier winnaars van ‘grote prijzen’ per maand. Waar er dus twintig winnaars/prijzen werden gecommuniceerd door Staatsloterij, werden er in werkelijkheid maar ongeveer vier door Staatsloterij uitgekeerd.¹⁹ Dit is misleidend geweest in de zin van art. 6:194 (oud) BW.²⁰

3.5. Met de vaststelling in de collectieve actie-procedure dat Staatsloterij in de periode 2000–2008 misleidende mededelingen heeft gedaan, is de eerste stap gezet voor (oud) staatsloterijdeelnemers die op zoek zijn naar schadevergoeding.²¹ Maar daarmee is de individuele deelnemer er nog niet. De vervolgvraag is namelijk of de misleiding door Staatsloterij schade bij de betreffende deelnemer heeft veroorzaakt. Met andere woorden: er moet *condicio sine qua non*-verband bestaan tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij enerzijds en de schade (de aankoop van staatsloten) van de individuele deelnemer anderzijds. Naar de hoofdregel van art. 150 Rv is het in beginsel aan de individuele deelnemer om dit verband te stellen te bewijzen.²² Dat zal lang niet altijd een-

17 Het is in de loterijbranche gebruikelijk om met een universum te werken; het voorkomt dat de loterij uitverkocht raakt. Zie de pleit-aantekeningen van Staatsloterij, randnummer 4.

18 Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587 (*Stichting Loterijverlies.nl/Staatsloterij*), rov. 4.1.

19 Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587 (*Stichting Loterijverlies.nl/Staatsloterij*), rov. 4.6.

20 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, NJ 2015/377 m.nt. S.D. Lindenbergh en *Ars Aequi* 2015, p. 784 e.v. m.nt. W.H. van Boom en C.M.D.S. Pavillon (*Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl*).

21 Naast de overige acties die Staatsloterij heeft genomen in een poging om deelnemers tegemoet te komen na de misleidende mededelingen, waaronder het treffen van een collectieve regeling met Stichting Staatsloterijclaim als onderdeel waarvan Staatsloterij onder meer een bijzondere trekking heeft georganiseerd, waarbij zij € 13,5 miljoen aan deelnemers uit de betreffende periode heeft uitgekeerd. Zie in dit kader de schriftelijke toelichting van Staatsloterij, randnummer 49.

22 Zie HR 12 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1562, NJ 1996/246 m.nt. D.W.F. Verkade en *Ars Aequi* 1995, p. 219 e.v. m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*ABN AMRO/Coopag Finance*), rov. 4.5, ten aanzien van de voorganger(s) van art. 6:194 (oud) BW: ‘(...) vooropgesteld [moet worden] dat, zoals ook volgt uit de (...) geschiedenis van de totstandkoming van art. 1416a en 1416b, die bepalingen onverlet laten dat de gewone regels betreffende stelplicht en bewijslast gelden ten aanzien van de vraag of de schade in een zodanig verband met de misleiding staat dat zij als gevolg daarvan aan degene die de misleidende mededeling openbaar heeft gemaakt kan worden toegerekend.’ Zie ook de noot van D.W.F. Verkade bij dit arrest, onder 39: ‘De Hoge Raad bevestigt nog eens dat de wetsartikelen over misleidende reclame geen speciale regels inhouden met betrekking tot het causaal verband tussen misleiding en schade (r.o. 4.5).’ Zie ook Rb. Den Haag 20 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2532 (*deelnemer/Staatsloterij B.V.*), rov. 4.5., Rb. Den Haag 19 maart 2019,

15 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:750, NJ 2021/199 (*Stichting Loterij Incasso/Staatsloterij en [verweerder]*).

16 Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587 (*Stichting Loterijverlies.nl/Staatsloterij*), rov. 4.1, 4.6 en 5.1.

voudig zijn. Concreet betekent dit namelijk dat de deelnemer moet stellen, en bij betwisting moet bewijzen, dat hij/zij in de jaren 2000 tot en met 2008 géén of minder staatsloten zou hebben gekocht als Staatsloterij geen misleidende mededelingen had gedaan en dus, bijvoorbeeld, had gecommuniceerd dat er elke maand vier winnaars van 'grote prijzen' zijn (en geen twintig). Dat dit een lastige horde is om te nemen, blijkt wel uit het feit dat (Staatsloterij stelt dat) tot nu toe alle schadevergoedingsvorderingen van individuele deelnemers zijn afgewezen wegens het ontbreken van causaal verband, met uitzondering van (in hoger beroep) de schadevergoedingsvordering van [verweerder].²³

3.6. Ook in de onderhavige procedure tussen Staatsloterij en [verweerder] draait het om het *condicio sine qua non*-verband tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en (de omvang van) de deelname van [verweerder] aan de staatsloterij in de jaren 2000-2008. Daarnaast speelt een aantal andere vragen over toerekening, begroting van de schade en voordeelstoerekening. Ik kom daarmee toe aan bespreking van het cassatiemiddel.

4. Bespreking van het cassatiemiddel

4.1. Het cassatiemiddel van Staatsloterij bestaat uit zes onderdelen en ziet op de volgende onderwerpen:

- (i) *onderdelen 1 en 2*: *condicio sine qua non*-verband tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de deelname van [verweerder] (rov. 3.10.-3.12.);
- (ii) *onderdeel 3*: de kosten van de Oudejaarsloten (rov. 3.10.-3.12. en dictum);
- (iii) *onderdeel 4*: toerekening van de schade aan Staatsloterij (rov. 3.15.);
- (iv) *onderdeel 5*: begroting van de schade van [verweerder] (rov. 3.16.); en
- (v) *onderdeel 6*: het beroep van Staatsloterij op voordeelstoerekening (rov. 3.17.1.).

Ik beoordeel de klachten hierna achtereenvolgens.

Onderdeel 1: condicio sine qua non-verband (rov. 3.10. en 3.12.)

4.2. Staatsloterij komt op tegen het oordeel van het hof in rov. 3.10. dat het vermoedt dat ook [verweerder] behoorde tot het aanzienlijk deel van de consumenten dat zou hebben afgezien

van aankoop van staatsloten in de periode 2000-2008, indien Staatsloterij toen juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan. Staatsloterij klaagt dat dit oordeel onjuist dan wel ontoereikend gemotiveerd is en werkt deze algemene klacht uit aan de hand van vijf sub-klachten (a tot en met e).

4.3. *Onder a* klaagt Staatsloterij dat het onjuist is dat het hof aan de overwegingen van Uw Raad in het arrest van 30 januari 2015 in de collectieve actie-procedure (randnummer 1.6 hiervoor) het vermoeden heeft ontleend dat ook [verweerder] behoorde tot het aanzienlijk deel van de consumenten dat zou hebben afgezien van de aankoop van staatsloten in de periode 2000-2008, indien Staatsloterij toen juiste en volledige mededelingen had gedaan. Volgens Staatsloterij kan een dergelijk vermoeden niet uit het oordeel van Uw Raad worden afgeleid en rusten de stelplicht en de bewijslast van het bestaan van *condicio sine qua non*-verband op [verweerder]. *Onder b* betoogt Staatsloterij dat het in elk geval onbegrijpelijk is dat het hof aan het arrest van Uw Raad het vermoeden heeft ontleend dat *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de deelname van [verweerder] in de periode 2000-2008. De collectieve actie-procedure draaide namelijk om de vraag of Staatsloterij misleidende mededelingen heeft gedaan en niet (ook) om de vraag of *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleidende mededelingen en de deelname/schade van individuele deelnemers. *Onder c* klaagt Staatsloterij dat het oordeel van het hof ontoereikend is gemotiveerd, omdat het hof het vermoeden niet heeft gebaseerd op enige overweging die ziet op het individuele geval van [verweerder]. *Onder d* betoogt Staatsloterij dat het oordeel van het hof eens te meer ontoereikend is gemotiveerd, omdat het hof het vermoeden van het bestaan van *condicio sine qua non*-verband tussen de misleidende mededelingen en de schade van [verweerder] heeft aangenomen, zonder daarbij in te gaan op de diverse stellingen die Staatsloterij heeft ingenomen ter bestrijding van het bestaan van *condicio sine qua non*-verband. *Onder e* betoogt Staatsloterij dat als één van de klachten in dit onderdeel slaagt, ook het voortbouwende oordeel van het hof in rov. 3.12. geen stand kan houden.

4.4. De klachten slagen.

4.5. De betreffende overweging van Uw Raad (reeds geciteerd in randnummer 1.6 hiervoor) luidt als volgt:

'4.3.3. (...) Voorts heeft het hof in rov. 4.15 geoordeeld dat het redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede in rov. 4.18 dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan. (...)'

4.6. Het is mijns inziens onjuist en in elk geval onbegrijpelijk dat het hof enkel en alleen op basis van deze overweging van Uw Raad, zonder nadere motivering, het vermoeden heeft aangenomen dat [verweerder] zonder de misleidende mededelingen van Staatsloterij niet aan de loterij zou hebben deelgenomen in de jaren 2000-2008. De overweging van Uw Raad (waarin het eerdere oordeel van het hof Den Haag is weergegeven) valt binnen het kader van de beoordeling van de vraag of sprake is geweest van misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW:²⁴ waren de mededelingen van Staatsloterij van vol-

ECLI:NL:RBDHA:2019:2662 (*deelnemer/Staatsloterij B.V.*), rov. 4.10. en Rb. Den Haag 19 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2663 (*deelnemer/Staatsloterij B.V.*), rov. 4.7. En zie W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?', *Ars Aequi* 2015, p. 785-786: 'Zou een consument schadevergoeding vorderen van de organisator van de staatsloterij, dan dient de consument in het kader van het vereiste van causaal verband te bewijzen dat *hij* een andere aankoopbeslissing zou hebben genomen als hij wél juiste en volledige informatie had gekregen. Hij kan niet volstaan met de stelling dat een gemiddelde consument een andere aankoopbeslissing zou hebben genomen.' (De onderstreping (cursivering; *red.*) in het laatste citaat in deze voetnoot betreft het woord dat in het origineel als enige is recursieerd, A-G)

23 Pleitaantekeningen van Staatsloterij, randnummers 10. en 11. Hoewel de uitspraak van het hof in de zaak van [verweerder] dus een duidelijke 'dissident' is, heeft die grote gevolgen gehad voor Staatsloterij. Naar eigen zeggen van Staatsloterij heeft het bestreden arrest 'een stortvloed aan nieuwe claims opgeleverd', waarbij het zou gaan om 'dagvaardingen namens tienduizenden personen' en de oprichting van nieuwe claimorganisaties. Zie de pleitaantekeningen van Staatsloterij, randnummer 12.

24 Ook [verweerder] stelt dat de causaliteitsvraag 'formeel bezien niet aan de orde is geweest' in de collectieve actie-procedure en dat

doende materieel belang om het economisch gedrag van de maatman (de gemiddelde consument) te beïnvloeden?²⁵ Hoewel in deze beoordeling ook een element van causaliteit zit – de mededelingen moeten het gedrag van de maatman immers kunnen beïnvloeden – moet de beoordeling worden onderscheiden van de vraag of causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de schade van (individuele) deelnemers, zoals [verweerder].²⁶ De vraag of sprake is

Staatsloterij ‘niet geheel zonder grond opmerkt’ dat uit de uitspraken in die procedure ‘niet kan worden afgeleid dat het hof in zijn arrest uit 2013 een expliciete overweging heeft gewijd aan bedoeld causaal verband’. Zie de schriftelijke toelichting van [verweerder], randnummers 3.1.3 en 3.1.4.

25 Of, zoals A-G Wissink het verwoordde in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2014:2812) voor het arrest van Uw Raad in de collectieve actie-procedure, randnummer 3.24: ‘(...) de vraag is of de mededeling van voldoende materieel belang is om de maatman te kunnen misleiden. Een manier om dit uit te drukken, kort gezegd, is te zeggen dat zonder deze informatie een aanzienlijk deel van de consumenten van aankoop zou hebben afgezien.’ Zie ook W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, ‘Meer kans in de staatsloterij?’, *Ars Aequi* 2015, p. 790: ‘De Hoge Raad heeft gesproken: er is sprake van onrechtmatige misleiding. Maar daarmee is het verhaal niet afgelopen. De rechter heeft niet bepaald of individuele deelnemers schadevergoeding toekomt, en zo ja, hoe die dan berekend moet worden.’

26 Zie ook de arresten van 26 oktober 2021 van het hof Den Haag in twee andere staatsloterij-zaken (ECLI:NL:GHDHA:2021:2630 en ECLI:NL:GHDHA:2021:2631), rov. 6.6.: ‘Voor zover [appellante] heeft willen aanvoeren dat het causaal verband reeds vaststaat op grond van de uitspraak van dit hof uit 2013 [in de collectieve actie-procedure, A-G], volgt het hof haar daarin niet. De causaal verband-vraag lag in die procedure niet ter beoordeling voor; er werd uitsluitend een beslissing gevraagd over de vraag of sprake was geweest van misleiding.’ (Citaat afkomstig uit ECLI:NL:GHDHA:2021:2630, A-G) Zie in vergelijkbare zin het vonnis van de kantonrechter in de onderhavige zaak (Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4295, *TvC* 2018/4 m.nt. C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar), rov. 4.4: ‘Onjuist is de stelling van [verweerder] dat dit [het *condicio sine qua non*-verband, A-G] met de uitspraak van het gerechtshof Den Haag en de daaropvolgende uitspraak van de Hoge Raad [in de collectieve actie-procedure, A-G] een reeds beslist punt is. (...) Het betreft de algemene beoordeling van de vraag of een aanzienlijk deel van de (gemiddelde) consumenten zou hebben afgezien van meedoen, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen had gedaan binnen de kaders van de beoordeling van de vraag of er sprake is van onrechtmatige misleiding.’ Zie ook de noot van C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar bij dit vonnis van de kantonrechter, onder 5: ‘De rechter zou de individuele deelnemer tegemoet kunnen komen door, net als in de *World Online*-zaak, de omkeringsregel toe te passen. Hierbij komt de bewijslast van het ontbreken van het *csqn*-verband bij de handelaar te liggen. De Hoge Raad heeft hiertoe echter geen aanzet gedaan.’ In deze zin ook de noot van C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar bij het bestreden arrest (*TvC* 2020/3), onder 5: ‘In de aangehaalde rechtsoverweging [rov. 4.3.3, A-G] gaat de Hoge Raad niet in op de vraag of sprake is van een *condicio sine qua non*-verband in de zin van art. 6:162 lid 1 BW maar op het manipulatievevereiste, dat bepaalt of sprake is van misleiding in de zin van art. 6:194 BW (oud). Vereist is dat onjuiste of onvolledige informatie het economische gedrag van de maatman-consument beïnvloedt of kan beïnvloeden.’ Zie tevens C.M.D.S. Pavillon, ‘Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade? Een onderzoek naar de veralgemeniseerde toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het pre-WAM-

van misleiding en de vraag of sprake is van causaal verband verschillen immers van elkaar. Ik acht het daarom niet juist en, omdat iedere motivering ontbreekt, ook onbegrijpelijk dat het hof (de motivering van) het oordeel dat sprake is van misleiding, als (enige) kapstok heeft gebruikt voor het aannemen van een vermoeden van *condicio sine qua non*-verband. Het oordeel van het hof houdt wat mij betreft dan ook geen stand. 4.7. Ten overvloede merk ik nog het volgende op. Afgezien van de vraag of het hof een juiste en begrijpelijke kapstok heeft gebruikt om een vermoeden van *condicio sine qua non*-verband aan te nemen (ik meen dus dat dat niet het geval is), kan meer in het algemeen de vraag worden gesteld of het in zaken als de onderhavige aangewezen is om een (algemeen geformuleerd) vermoeden van *condicio sine qua non*-verband aan te nemen.

4.8. Bij het beantwoorden van deze vraag moet allereerst de Europese context in ogenschouw worden genomen, omdat art. 6:194 (oud) BW een implementatie betreft van Richtlijn 48/450/EEG²⁷ over misleidende reclame. Deze Richtlijn – die alweer is vervangen door Richtlijn 2006/114/EG²⁸ – schreef geen vermoeden van *condicio sine qua non*-verband voor en evenmin specifieke remedies/sancties indien toch misleiding plaatsvindt. De Richtlijn beperkte zich ertoe voor te schrijven dat lidstaten moeten zorgdragen voor passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van misleidende reclame in het belang van zowel consumenten als concurrenten en het publiek in het algemeen.²⁹ Dit algemeen geformuleerde voorschrift gaf de lidstaten de nodige ‘bewegingsvrijheid’. Het staat de Nederlandse rechter daarom vrij om in het geval van misleiding in het kader van een schadevergoedingsactie van een potentieel benadeelde een vermoeden van *condicio sine qua non*-verband aan te nemen, zolang dat een passend (evenredig) en doeltreffend (effectief) middel is om de misleidende reclame te bestrijden. Onder welke omstandigheden het ter bestrijding van misleiding passend en doeltreffend is om een vermoeden van *condicio sine qua non*-verband aan te nemen, kan wat mij betreft moeilijk in zijn algemeenheid, zonder een beoordeling van de concrete feiten en omstandigheden van het geval, worden gezegd.³⁰

CA-tijdperk’, *RM Themis* 2019/4, p. 168: ‘In de Staatsloterij-zaak liet de Hoge Raad zich niet uit over het causale verband tussen misleiding en deelname aan de loterij.’ (De onderstrepingen (*cursiveringen*; *red.*) in de citaten in deze voetnoot betreffen de tekstdelen die in de originelen als enige zijn geavanceerd, A-G)

27 Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake misleidende reclame, *PbEG* 1984, L-250/17-20.

28 Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, *PbEU* 2006, L 376/21-27.

29 Art. 4 lid 1 van Richtlijn 84/450/EEG. Haar opvolger, Richtlijn 2006/114/EG, bevat een vergelijkbare bepaling in art. 5 lid 1.

30 Zie in deze zin ook de noot van C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar bij het bestreden arrest (*TvC* 2020/3) onder 12. Zij wijzen er aan de ene kant op dat een tegemoetkoming in de bewijslast van de individuele consument een doeltreffende sanctie zou zijn om misleiding te bestrijden, maar onderkennen aan de andere kant dat het evenredigheidsbeginsel zich mogelijk verzet tegen het aannemen van een vergaand vermoeden. Het is immers aannemelijk dat de normschending in werkelijkheid niet steeds invloed heeft gehad op de keuze van individuele consumenten om deel te nemen aan de staatsloterij.

4.9. Betoogd zou kunnen worden dat het aannemen van een vermoeden van *condicio sine qua non*-verband een doeltreffend, want afschrikwekkend, middel is om misleiding te bestrijden.³¹ Daarnaast kan worden gezegd dat het weinig recht doet aan de aard van de inmiddels vaststaande normschending (het doen van misleidende mededelingen) als individuele deelnemers moeten stellen en bij betwisting moeten bewijzen dat causaal verband bestaat tussen de misleiding en hun deelname. Dat sprake is geweest van *misleiding* – het woord zegt het al – vormt immers een aanwijzing dat in elk geval een deel van de staatsloterijdeelnemers door de mededelingen zal zijn beïnvloed. Dit gegeven zou, naast het bestaan van bewijsnood (die een effectieve rechtsbescherming in de weg kan staan), een reden kunnen zijn om individuele deelnemers tegemoet te komen in het bewijzen van het causaal verband, bijvoorbeeld door een vermoeden van *condicio sine qua non*-verband aan te nemen, zoals het hof dat in het bestreden arrest heeft gedaan.³²

4.10. Toch meen ik dat het te ver gaat om in deze procedure (en vergelijkbare staatsloterij-procedures) een algemeen vermoeden van *condicio sine qua non*-verband aan te nemen, dat niet alleen ziet op de situatie van [verweerder], maar ook door andere deelnemers van de staatsloterij kan worden benut. Ik licht dit toe.

4.11. Ten eerste zie ik onvoldoende aanknopingspunten in deze zaak om een jurisprudentieel vermoeden – een algemene regel ontwikkeld door de rechter³³ – aan te nemen, in uitzondering op de hoofdregel dat het aan de individuele deelnemer is om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleiding en de schade (randnummer 3.5 hiervoor). Zonder af te doen aan het kwalijke karakter van de mededelingen van Staatsloterij, die uiteraard de deelnemers moet compenseren die daadwerkelijk door haar mededelingen zijn benadeeld, zijn de omstandigheden in deze zaak mijns inziens niet dusdanig dat deze een aanzienlijke tegemoetkoming aan (of: een extra bescherming voor) de deelnemers van de staatsloterij rechtvaardigen in de vorm van een (algemeen) jurisprudentieel vermoeden. De misleiding door Staatsloterij was, hoewel kwalijk, relatief beperkt in de zin dat het slechts enkele mededelingen van Staatsloterij betrof ten aanzien van een beperkt aantal prijzen. De schade die de mededelingen kunnen hebben veroorzaakt, is ook relatief beperkt. De schade bestaat immers 'slechts' uit het aankoopbedrag van staatsloten (verminderd met de daarmee gewonnen prijzen), waarbij het de deelnemers van meet af aan duidelijk was dat de kans groot was dat zij hun inleg (grotendeels) zouden kwijtraken, omdat algemeen bekend is dat weinig mensen hun aankoopbedrag door middel van een (grote) prijs terugwinnen. Staatsloterij heeft bovendien reeds een groot aantal deelnemers³⁴ voor de misleiding gecompenseerd door met een speciale trekking € 13,5 miljoen onder hen te verloten.³⁵ Van de deelnemers die niet aan de speciale trekking hebben deelgenomen en toch door Staatsloterij wensen te worden gecompenseerd, zal het merendeel een abonnementsspeler³⁶ zijn (incidentele spelers zullen na een kosten-batenanalyse lijkt mij minder snel geneigd zijn om een individuele schadevergoedingsprocedure aanhangig te maken). Van de abonnementsspelers is de speelgeschiedenis beschikbaar, die als leidraad kan dienen bij de beoordeling of causaal verband aanwezig is of niet. Als de speelgeschiedenis geen enkele correlatie laat zien tussen de deelname en de periode waarin de misleidende mededelingen zijn gedaan (2000-2008), is dat een aanwijzing dat de misleidende mededelingen van Staatsloterij op die deelname géén invloed hebben gehad en dus géén schade hebben veroorzaakt. Van échte bewijsnood voor de deelnemers aan de staatsloterij zal in een groot deel van de gevallen dus geen sprake zijn. Als onder deze, voornoemde omstandigheden al een (algemeen) jurisprudentieel vermoeden wordt aangenomen, inhoudende dat *condicio sine qua non*-verband bestaat

31 Zie in deze zin ook de TvC-noot van L.B.A. Tigelaar en C.M.D.S. Pavillon bij hof Den Haag 15 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1235, TvC 2022/1 en JOR 2021/267 m.nt. B.J. de Jong, onder 19, waarin zij de keuze van het hof in een zaak over oneerlijke handelspraktijken om een vermoeden van *condicio sine qua non*-verband aan te nemen toejuichen, zeker omdat het in die zaak – net als in het *World Online*-arrest – gaat om Europese consumentenregelgeving waarbij het effectiviteits- (of doeltreffendheids)beginsel geldt.

32 Het hof Den Haag neemt in zijn arresten van 26 oktober 2021 in twee andere staatsloterij-zaken weliswaar geen bewijsvermoeden aan, maar maakt wel een vergelijkbare kanttekening (ECLI:NL:GHDHA:2021:2630 en ECLI:NL:GHDHA:2021:2631), rov. 6.10.: 'Dat sprake is van wezenlijke verschillen [met de *World Online*-zaak, A-G] is waar, maar daartegenover staat dat ook consumenten die deelnemen aan een loterij effectieve rechtsbescherming verdienen en dat voorkomen moet worden dat misleiding te snel straffeloos blijft vanwege grote bewijsproblemen die de consument niet kan overwinnen.' (Citaat afkomstig uit ECLI:NL:GHDHA:2021:2630, A-G) Zie in deze zin ook – aarzeland – W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?', *Ars Aequi* 2015, p. 791. Zie ook de noot van S.D. Lindenbergh bij het arrest van Uw Raad in de collectieve actie-procedure (HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, NJ 2015/377 m.nt. S.D. Lindenbergh), onder 5: 'Het onverkort vasthouden aan de eis dat de individuele koper het causaal verband bewijst zou weinig recht doen aan de aard van de thans vaststaande normschending (*misleiding*), die immers beïnvloeding van de aankoopbeslissing tenminste doet vermoeden. Bij prospectusaansprakelijkheid heeft de wens tot effectieve handhaving van Europeesrechtelijke normen geleid tot (zeer) verregaande tegemoetkomingen in het bewijs van causaal verband (het in individuele gevallen in beginsel aannemen van dat verband in HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*WorldOnline*)). Denkbaar lijkt me dat ook hier tot uitgangspunt wordt genomen dat ook de *individuele* consument door de informatie is beïnvloed en dat het vervolgens aan de Staatsloterij is om in het individuele geval het tegendeel aannemelijk te maken.' Tegelijkertijd merkt Lindenbergh op dat tegen het aannemen van (volledig) causaal verband spreekt dat aannemelijk is dat naast de (exacte) winkansen andere factoren van wezenlijke invloed zijn geweest op de aanschaf van een lot. Hij wijst daarom ook op de figuur van verlies van een kans: 'door de misleidende informatie is de consument de kans op een juiste beslissing (het op basis van juiste informatie niet aanschaffen van het lot) ontnomen.' (De onderstrepingen (cursiveringen; *red.*) in de citaten in deze voetnoot betreffen de tekstdelen die in de originelen als enige zijn gecursiveerd, A-G)

33 Zie A.J.P. Schild, 'Het 'condicio sine qua non'-verband bij de schending van een zorgvuldigheidsverplichting: enige wegen naar Rome', *RM Themis* 2006, p. 254 e.v.

34 Naar eigen zeggen ruim 2,8 miljoen mensen (pleitaantekeningen Staatsloterij, randnummer 9.).

35 Zie wederom de pleitaantekeningen van Staatsloterij, randnummer 9.

36 Volgens Staatsloterij had zij in de jaren 2000-2008 ongeveer 2,2 miljoen abonnementsspelers, die meer dan de helft van de omzet van Staatsloterij genereren. Zie het proces-verbaal van het mondelinge pleidooi op 10 september 2021.

tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de schade van individuele deelnemers, zal dit voor de praktijk betekenen dat in (vrijwel) alle zaken waarin misleiding is vastgesteld – ook buiten de staatsloterij-zakensfeer dus – tot uitgangspunt mag worden genomen dat *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleiding en de schade. Dat gaat mij te ver.³⁷ Dat komt in wezen neer op een wettelijk vermoeden³⁸ en daarvan is bij art. 6:194 (oud) BW nu juist geen sprake.

4.12. Ten tweede zie ik behoorlijke verschillen met de zaken waarin tot nu toe een (algemeen) jurisprudentieel vermoeden van *condicio sine qua non*-verband is aangenomen, zoals in *World Online*³⁹ en overigens ook in de effectenlease-zaken.⁴⁰ Het gaat in deze zaak niet om misleiding van (potentiële) beleggers bij de aankoop van complexe financiële producten, met mogelijk grote vermogensschade tot gevolg, maar – als gezegd – om de aankoop van staatsloten, waaraan geen bijzondere of grote risico's zijn verbonden.⁴¹ Het gaat in deze zaak ook niet om de schending van een bijzondere zorgplicht of een waarschuwingplicht van een bank/financiële instelling (zoals in de effectenlease-zaken het geval was), maar om algemene mededelingen aan het publiek. Ook de bewijspositie van een aanzienlijk aantal deelnemers aan de Staatsloterij is, als gezegd, anders dan de bewijspositie waarin de beleggers in de *World Online* en effectenlease-zaken zich doorgaans bevonden. Veel (frequente) deelnemers aan de Staatsloterij zul-

len immers op hun speelgeschiedenis kunnen terugvallen teneinde aan te tonen dat hun deelname is beïnvloed door de misleidende mededelingen van Staatsloterij (bijvoorbeeld als die deelname slechts tussen 2000 en 2008 plaatsvond), wat de beleggers in de hiervoor genoemde zaken uiteraard niet konden. Ook gelet op deze verschillen acht ik het niet direct aangewezen om, bijvoorbeeld op een vergelijkbare manier als in het *World Online*-arrest van Uw Raad, als (algemeen) uitgangspunt te nemen dat *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleiding van Staatsloterij en de schade van individuele deelnemers, zoals [verweerder].

4.13. Ten derde is het wat mij betreft de vraag of het aannemen van een (algemeen) jurisprudentieel vermoeden tot efficiënter procederen en rechtvaardiger uitkomsten leidt. Het staat een rechter altijd vrij om in een concrete zaak, op grond van de vaststaande feiten en het partijdebat vóór de mondelinge behandeling, voorschans van oordeel te zijn dat causaal verband bestaat tussen de misleiding van Staatsloterij en de schade van de deelnemer, behoudens te leveren tegenbewijs (dit wordt ook wel – als tegenhanger van het jurisprudentieel vermoeden – een *feitelijk* 'vermoeden' genoemd, hoewel van een vermoeden eigenlijk geen sprake is).⁴² Met een dergelijk feitelijk 'vermoeden', toegespitst op de individuele zaak, kan de rechter maatwerk leveren, wat waarschijnlijk betere en rechtvaardiger uitkomsten oplevert dan het aannemen van een (algemeen) jurisprudentieel vermoeden in elke staatsloterij-zaak, ook als de feiten en omstandigheden in de zaak daar niet om vragen of misschien zelfs in de richting van het tegendeel wijzen. Gezien de uitkomsten in de procedures tot nu toe (randnummer 3.5 hiervoor) en de daaraan ten grondslag liggende uitspraken, komt het mij voor dat Staatsloterij aan de hand van de speelgeschiedenis van de individuele deelnemer in veel, zo niet de meeste gevallen erin zal slagen om een eventueel geformuleerd (algemeen) jurisprudentieel vermoeden te weerleggen. Het aannemen van een (algemeen) jurisprudentieel vermoeden lijkt mij dan ook niet efficiënt en weinig toegevoegde waarde hebben.

4.14. Op grond van het voorgaande zie ik dus onvoldoende aanknopingspunten om in deze zaak een (algemeen) jurisprudentieel vermoeden van *condicio sine qua non*-verband aan te nemen, zoals het hof in rov. 3.10. van het bestreden arrest lijkt te hebben gedaan.

Onderdeel 2: condicio sine qua non-verband (rov. 3.11. en 3.12.)

4.15. Staatsloterij bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 3.11. dat Staatsloterij niet zodanige feiten of omstandigheden heeft gesteld die tot een voldoende ontzenuwing zouden kunnen leiden van het vermoeden van de aanwezigheid van causaal verband. Volgens Staatsloterij is dit oordeel zonder nadere toelichting onbegrijpelijk, welke algemene klacht Staatsloterij wederom uitwerkt aan de hand van vijf sub-klachten (a tot en met e).

4.16. *Onder a* klaagt Staatsloterij dat het hof in rov. 3.11.1. onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld dat uit het spelgedrag van [verweerder] niet volgt dat [verweerder] niet zou behoren tot het aanzienlijk deel van de consumenten dat zonder de misleidende mededelingen van de koop van een staatslot zou hebben afgezien. Het hof heeft dit oordeel niet toegelicht, waardoor het hof volgens Staatsloterij onvoldoende

37 Zie ook hof Den Haag 26 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2630 en ECLI:NL:GHDHA:2021:2631, rov. 6.10.: 'Van een automatisme in die zin dat elke rechterlijke vaststelling van misleiding zonder meer leidt tot een bewijsvermoeden ten gunste van de consument is dus hoe dan ook geen sprake.'

38 Zie voor een voorbeeld waarin wel een wettelijk vermoeden van causaal verband bestaat art. 6:177a lid 1 BW: 'Bij fysieke schade aan gebouwen en werken, die naar haar aard redelijkerwijs schade door beweging van de bodem als gevolg van de aanleg of de exploitatie van een mijnbouwwerk ten behoeve van het winnen van gas uit het Groningenveld of gasopslag bij Norg zou kunnen zijn, wordt vermoed dat die schade veroorzaakt is door de aanleg of de exploitatie van dat mijnbouwwerk.'

39 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron, JOR 2010/43 m.nt. K. Frielink, *Ars Aequi* 2010, p. 336 e.v. m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers en *Ondernemingsrecht* 2010/21 m.nt. H.M. Vletter-van Dort (*World Online*), rov. 4.11.2.

40 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2012/184, JOR 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieverse en *Ars Aequi* 2010, p. 188 e.v. m.nt. W.H. van Boom en S.D. Lindenberg ([...]/*Dexia*), HR5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2012/184 en *Ondernemingsrecht* 2009/176 m.nt. S.B. van Baalen (*Levob*/[...]) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 m.nt. J.B.M. Vranken en JA 2009/118 m.nt. W.H. van Boom (*Stichting GeSp/Aegon*). In de effectenlease-zaken is, kort gezegd en onder meer, het uitgangspunt aangenomen dat een afnemer van een effectenlease-product, wiens financiële positie ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet toereikend was om zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst na te komen, de overeenkomst niet zou hebben gesloten, als de aanbieder van het product niet was tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Zie over dit 'vermoeden' en de effectenlease-zaken bijvoorbeeld A.J.P. Schild, 'Het "condicio sine qua non"-verband bij de schending van een zorgvuldigheidsverplichting: enige wegen naar Rome', *RM Themis* 2006, p. 254 e.v.

41 Zie in deze zin ook Rb. Den Haag 19 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2662 (*deelnemer/Staatsloterij B.V.*), rov. 4.9.1.

42 Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, *Deel 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 303.

gemotiveerd heeft gerespondeerd op haar stellingen met betrekking tot het speelgedrag van [verweerder]. *Onder b, c en d* benoemt Staatsloterij diverse stellingen die zij met betrekking tot het speelgedrag van [verweerder] heeft ingenomen. Omdat het hof (dus) niet op deze stellingen heeft gerespondeerd, is het oordeel van het hof in de ogen van Staatsloterij ontoereikend gemotiveerd. *Onder e* betoogt Staatsloterij dat als één van de klachten van dit onderdeel slaagt, ook het voortbouwende oordeel van het hof in rov. 3.12. geen stand kan houden.

4.17. De klacht onder a slaagt.

4.18. Het oordeel van het hof in rov. 3.11., inhoudende dat Staatsloterij het vermoeden van causaal verband onvoldoende heeft ontzenuwd, bouwt voort op het oordeel van het hof in rov. 3.10., inhoudende dat een vermoeden van causaal verband kan worden aangenomen. Nu het oordeel in rov. 3.10. onjuist en in elk geval onbegrijpelijk is (randnummers 4.2 e.v. hiervoor), kan ook het daarop voortbouwende oordeel van het hof in rov. 3.11. geen stand houden.

4.19. Ook overigens houdt het oordeel van het hof in rov. 3.11. geen stand. Het hof heeft in die rechtsoverweging de volgende drie feiten en omstandigheden genoemd, die naar zijn oordeel onvoldoende het vermoeden hebben ontzenuwd dat causaal verband bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de aankoop van staatsloten door [verweerder] in de jaren 2000-2008:

(i) het speelgedrag van [verweerder] (rov. 3.11.1.);

(ii) de financiële mogelijkheden van [verweerder] (rov. 3.11.2.); en

(iii) gevoelens, emoties en andere irrationele overwegingen van [verweerder] (rov. 3.11.3.).

4.20. Ten aanzien van de omstandigheid onder (i) – het speelgedrag van [verweerder] vóór 2000, in de periode 2000-2008 en ná 2008 – heeft het hof in rov. 3.11.1. slechts geoordeeld dat uit dit speelgedrag niet de conclusie kan worden getrokken dat [verweerder] niet zou behoren tot het aanzienlijke deel van de consumenten dat zou hebben afgezien van de koop van een staatslot als Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan. Het hof motiveert echter op geen enkele wijze *waarom* uit het speelgedrag van [verweerder] niet volgt dat hij, kort gezegd, zonder de misleiding geen staatsloten zou hebben gekocht. Het hof had zijn oordeel wel moeten motiveren, zeker gelet op de diverse gemotiveerde stellingen/betwistingen die Staatsloterij in dit kader heeft ingenomen. Een (gedegen) motivering had ook overigens voor de hand gelegen, omdat de kantonrechter in eerste aanleg na een analyse van het speelgedrag van [verweerder] tot de conclusie is gekomen dat, als er al een vermoeden van causaal verband bestaat, Staatsloterij dit vermoeden voldoende heeft ontzenuwd (randnummers 2.4 e.v. hiervoor).

4.21. Met het slagen van de klacht onder a, slaagt ook de voortbouwklacht onder e.

4.22. *Onder b, c en d* heeft Staatsloterij drie concrete redenen/klachten aangevoerd waarom het oordeel van het hof in rov. 3.11. onvoldoende is gemotiveerd. Nu dit oordeel reeds op grond van de klacht onder a in cassatie geen stand houdt, behoeven de klachten onder b, c en d geen behandeling. Na vernietiging van het bestreden arrest zal het verwijzingshof opnieuw moeten beoordelen of *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de deelname van [verweerder] in de jaren 2000-2008. Bij deze beoordeling zal het verwijzingshof alle stellingen moeten betrekken die partijen ten aanzien van het speelgedrag van [verweerder] hebben ingenomen, waaronder

de stellingen die Staatsloterij in dit onderdeel onder b, c en d aan de orde stelt.

Onderdeel 3: de kosten van de Oudejaarsloten (rov. 3.10.-3.12. en dictum)

4.23. Staatsloterij komt op tegen rov. 3.10., 3.11., 3.12. en het dictum van het bestreden arrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat causaal verband aanwezig is en Staatsloterij onrechtmatig jegens [verweerder] heeft gehandeld, voor zover dit oordeel ziet op de Oudejaarslotrekkingen van Staatsloterij in de jaren 2000-2008. Volgens Staatsloterij is het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof niet is ingegaan op de stelling van Staatsloterij dat in de collectieve actie-procedure geen misleiding is vastgesteld ten aanzien van de Oudejaarslotrekkingen.

4.24. De klacht slaagt.

4.25. Staatsloterij heeft in hoger beroep gesteld dat de oordelen in de collectieve actie-procedure (waarin de misleiding door Staatsloterij is vastgesteld) géén betrekking hebben op de Oudejaarslotrekkingen en dat [verweerder] ook niet concreet heeft gesteld welke onjuiste mededelingen van Staatsloterij hem ertoe hebben bewogen om deel te nemen aan de Oudejaarslotrekkingen in de jaren 2000, 2001, 2002 en 2004.⁴³ Het hof heeft deze stellingen niet kenbaar betrokken bij zijn oordeel (in rov. 3.16. en het dictum) dat Staatsloterij aan [verweerder] de aankoopprijs van de staatsloten moet vergoeden – waaronder ook de Oudejaarsloten vallen – die hij in de periode 2000 tot en met 2008 heeft gekocht (verminderd met de opbrengsten van die loten). Dit maakt dat het oordeel van het hof onvoldoende is gemotiveerd.

Onderdeel 4: toerekening van de schade aan Staatsloterij (rov. 3.15.)

4.26. Staatsloterij klaagt dat het hof ten onrechte in rov. 3.15. heeft geoordeeld dat de schade van [verweerder] aan Staatsloterij kan worden toegerekend. Volgens het hof gaat het om aansprakelijkheid als gevolg van misleidende mededelingen en deed Staatsloterij die mededelingen om het publiek, waaronder [verweerder], te bewegen om een staatslot te kopen. Naar het oordeel van het hof kan daarom redelijkerwijs worden verwacht dat de misleidende mededelingen van Staatsloterij tot de door [verweerder] gevorderde schadepost zouden leiden (het aankoopbedrag van een staatslot). Staatsloterij betoogt dat het hof uitsluitend aan de hand van de voorzienbaarheid van de schade heeft beoordeeld of de schade van [verweerder] in redelijkheid aan Staatsloterij kan worden toegerekend. Het hof heeft volgens Staatsloterij miskend dat ook andere factoren bij de toerekening van belang zijn, zoals het gegeven dat bij deelname aan een loterij hoe dan ook de kans groot is dat de deelnemer verlies lijdt en dat er maar in beperkte mate sprake is geweest van misleidende mededelingen door Staatsloterij. Staatsloterij heeft immers maar over een bepaald aantal prijzen misleidende mededelingen gedaan en het ging bovendien om een beperkt aantal mededelingen.

4.27. De klacht gaat uit van een onjuiste lezing van het bestreden arrest en mist dus feitelijke grondslag.

4.28. Het hof heeft niet uitsluitend aan de hand van de voorzienbaarheid van schade beoordeeld of de schade van [verweerder] in redelijkheid aan Staatsloterij kan worden toegerekend. Het hof heeft daarnaast de aard van de aansprakelijkheid in ogenschouw genomen, getuige de woorden 'Aangezien het

⁴³ Memorie van antwoord, randnummers 3.11 en 3.12.

om aansprakelijkheid als gevolg van misleidende mededelingen gaat. Ook overigens is het goed te begrijpen dat het hof, uitgaande van causaal verband tussen misleiding en deelname, heeft geoordeeld dat de schade van [verweerder] in redelijkheid aan Staatsloterij kan worden toegerekend. Staatsloterij heeft immers willens en wetens de gewraakte mededelingen gedaan, met als doel de staatsloterij zo aantrekkelijk mogelijk te maken voor het publiek.⁴⁴ Als dan blijkt dat de mededelingen in wezen misleidend waren, is allerminst onbegrijpelijk dat een rechter oordeelt dat de daaruit voortvloeiende schade ook naar redelijkheid aan Staatsloterij kan worden toegerekend.

Onderdeel 5: begroting van de schade van [verweerder] (rov. 3.16.)

4.29. Staatsloterij klaagt dat het hof in rov. 3.16. onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld dat een vermogensvergelijking – de toestand zoals deze werkelijk is, vergeleken met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien Staatsloterij geen misleidende mededelingen had gedaan – ertoe leidt dat Staatsloterij aan [verweerder] de aankoopprijs moet vergoeden van de staatsloten die [verweerder] in de periode 2000-2008 heeft gekocht, verminderd met de opbrengst van die loten (de door [verweerder] met die staatsloten gewonnen prijzen). Staatsloterij betoogt dat het hof bij dit oordeel een essentiële stelling van Staatsloterij heeft gepasseerd, te weten dat de vermogenstoestand van [verweerder] niet beter (en mogelijk zelfs slechter) zou zijn geweest als hij in de jaren 2000-2008 géén staatsloten had gekocht. Volgens Staatsloterij is het namelijk aannemelijk dat [verweerder] in dat geval zijn inleg aan andere kansspelen (met een kleinere winkans) had uitgegeven.

4.30. De klacht faalt.

4.31. Het hof heeft in rov. 3.16. overwogen dat de schade van [verweerder] moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Ik leid daaruit af dat het hof ook de door Staatsloterij aangevoerde omstandigheden in zijn beoordeling heeft betrokken, waaronder de stelling dat [verweerder] zijn geld aan andere loterijen zou hebben uitgegeven als hij geen staatsloten zou hebben gekocht in de jaren 2000-2008. Het hof heeft deze stelling aldus impliciet verworpen. Anders dan Staatsloterij betoogt, is het overigens niet zo dat het hof uitdrukkelijk op de stelling van Staatsloterij had moeten ingaan. Het hof (als feitenrechter) is immers niet gehouden om op alle (feitelijke) stellingen van partijen in te gaan en dat geldt zeker voor een stelling als de onderhavige, die toch een hoog hypothetisch gehalte heeft en (derhalve) door Staatsloterij ook niet aannemelijk is gemaakt.

Onderdeel 6: het beroep van Staatsloterij op voordeelstoerekening (rov. 3.17.1.)

4.32. Staatsloterij betoogt dat het onjuist, dan wel onvoldoende gemotiveerd is dat het hof in rov. 3.17.1. het beroep van Staatsloterij op voordeelstoerekening heeft verworpen. Naar het oordeel van het hof is het niet redelijk om, gezien de misleidende mededelingen van Staatsloterij over winkansen, bij

de vaststelling van de schade van [verweerder] enig mogelijk voordeel uit de winkans (de in de ogen van Staatsloterij op geld waardeerbare kans die [verweerder] heeft gehad om een prijs te winnen, ook al heeft hij die prijs niet daadwerkelijk gewonnen) als voordeel in rekening te brengen. Volgens Staatsloterij is het echter wel degelijk redelijk om de winkansen die [verweerder] heeft gehad op de prijzen waarover Staatsloterij géén misleidende mededelingen heeft gedaan als voordeel in rekening te brengen bij de vaststelling van [verweerder]'s schade. Deze prijzen vormen immers het hoofdbestanddeel van de door Staatsloterij uitgekeerde prijzen, waaronder de gegarandeerde hoofdprijs van circa € 1 miljoen en de jackpot en [verweerder] heeft daadwerkelijk kans gehad om deze prijzen te winnen.

4.33. De klachten falen.

4.34. In art. 6:100 BW is een uitdrukkelijke verwijzing naar de redelijkheid opgenomen.⁴⁵ Deze redelijkheidstoets is bedoeld als een beperking: de rechter is vrij om, indien hem dat *niet* redelijk voorkomt, bepaalde voordelen *niet* bij de benadeelde in rekening te brengen, hoewel de benadeelde die voordelen wél heeft genoten en de voordelen ook in causaal verband staan met de normschending. Vaak hangt de al dan niet redelijkheid samen met de aard van het voordeel en de wijze waarop het is gegenereerd.⁴⁶

4.35. Het hof heeft geoordeeld dat het niet redelijk is om de (op geld waardeerbare) kans, die [verweerder] heeft gehad om prijzen te winnen, op zijn schade in mindering te brengen. Een dergelijk oordeel van de feitenrechter kan in cassatie slechts in beperkte mate worden getoetst.⁴⁷ Niet kan worden gezegd dat het oordeel van het hof, dat uitgaat van causaal verband tussen de misleiding van Staatsloterij en de deelname van [verweerder], onbegrijpelijk is. Het hof heeft zowel de aard van de normschending door Staatsloterij (misleiding) als de aard van het 'mogelijk[e]' voordeel van [verweerder] in zijn beoordeling betrokken. Juist die combinatie is van belang. [verweerder] vordert vanwege de misleiding door Staatsloterij vergoeding van de schade die hij lijdt doordat hij – naar eigen zeggen – aan de staatsloterij heeft meegedaan terwijl hij dat anders niet zou hebben gedaan. Hij vordert dus vergoeding van zijn hele inleg (uiteraard onder verrekening van wat hij aan prijzengeld heeft gewonnen) en nadrukkelijk niet vergoeding van de winkans die hij door de misleiding heeft gemist. Een dergelijke vordering zou neerkomen op vergoeding van een uiterst klein deel van de prijs van een lot. Volgens Staatsloterij is de waarde van de door de misleiding gemiste winkans – bij benadering – zeven duizendste van een eurocent per staatslot (€ 0,00007143).⁴⁸ In het op voordeelstoerekening gebaseerde betoog van de Staatsloterij heeft [verweerder], afgezien van de met dit bedrag corresponderende winkans,

⁴⁴ Dit blijkt uit stellingen die Staatsloterij heeft ingenomen in het consumentenprogramma Tros Radar: 'En door zeg maar 20 kansen te bieden en daar uiteindelijk gemiddeld he, 4 uit te keren, en daarmee maak je natuurlijk je loterij zo aantrekkelijk mogelijk.' Zie hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587 (*Stichting Loterijverlies.nl/Staatsloterij*), rov. 4.3 en 4.15.

⁴⁵ Zie over de 'redelijkheidstoets' van art. 6:100 BW ook HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *NJ* 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann, *Ars Aequi* 2017, p. 41 e.v. m.nt. W.H. van Boom en *JOR* 2016/322 m.nt. M.M.C. van de Moosdijk (*Tennet/ABB*), rov. 4.4.3 en tevens T. Hartlief, 'Voordeelstoerekening anno 2017', *Ars Aequi* 2017, p. 475.

⁴⁶ Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-II. De verbintenissen in het algemeen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 101 en 102 en ook T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 225.

⁴⁷ Zie HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, *NJ* 2013/81 m.nt. T. Hartlief en *JA* 2010/155 m.nt. W.H. Bouman ([...]/[...]), rov. 3.5.2.

⁴⁸ Pleitaantekeningen van Staatsloterij, randnummer 8.

volledig genoten van deelname, zodat per saldo per staatslot slechts € 0,00007143 voor vergoeding in aanmerking zou komen. Wanneer deze redenering wordt gevolgd, wordt echter geen recht gedaan aan de insteek van de vordering van [verweerder]. Hij vordert nu juist geen vergoeding van de verminderde winkans (bij deelname), maar vergoeding van de door hem betaalde inleg (die hij bij niet-deelname zou hebben behouden). Zijn insteek is dus niet dat hij geen (volledige) waar voor zijn geld heeft gekregen, maar dat hij heeft meegedaan, terwijl hij dat anders (zonder misleiding) niet zou hebben gedaan. In de redenering van Staatsloterij wordt hem met een beroep op art. 6:100 BW alsnog tegengeworpen dat hij wel degelijk (bijna volledig) waar voor zijn geld heeft gekregen, zodat zijn schade, althans zijn schadevergoeding, niet meer bedraagt dan zeven duizendste van een eurocent per staatslot. Dat resultaat – uitgaande van causaal verband tussen de misleiding en de deelname van [verweerder] – veroordeelt zichzelf. Het is tegen deze achtergrond goed te begrijpen dat het hof heeft geoordeeld dat het niet redelijk is om enig mogelijk ‘voordeel’ uit een winkans op de schade van [verweerder] in mindering te brengen.

Slotsom

4.36. De slotsom luidt dat de klachten in onderdeel 1, 2 en 3 slagen. Wat mij betreft moet het bestreden arrest dus worden vernietigd, waarna het verwijzingshof opnieuw moet beoordelen of *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de staatsloterijdeelname van [verweerder] in de jaren 2000-2008. Indien het verwijzingshof van oordeel is dat dergelijk *condicio sine qua non*-verband aanwezig is, dient het vervolgens te beoordelen of de kosten van de aanschaf van de Oudejaarsloten door [verweerder] (en de eventuele prijzen die hij met die loten heeft gewonnen) bij de schadebegroting buiten beschouwing moeten worden gelaten.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding verwijst de Hoge Raad naar: a. het arrest in de zaak 200.244.287/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 7 april 2020;

b. zijn tussenaarrest in het voegingsincident van 21 mei 2021 (ECLI:NL:HR:2021:750).

Staatsloterij heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

[verweerder] heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor de Staatsloterij mondeling en schriftelijk toegelicht door haar advocaat T. Cohen Jehoram en mede door J.J. Valk.

Voor [verweerder] is de zaak schriftelijk toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De advocaat van [verweerder] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Staatsloterij exploiteert de Nederlandse staatsloterij.

(ii) [verweerder] heeft (niet aaneengesloten) gedurende zestien jaar deelgenomen aan door Staatsloterij georganiseerde loterijen. In de jaren 2000-2008 heeft [verweerder] deelgenomen tot en met de trekking van 5 december 2002 en vervolgens van juni 2004 tot en met de trekking van mei 2005. Voor 2000 en na 2008 heeft [verweerder] ook gedurende perioden aan de staatsloterij deelgenomen.

(iii) In de jaren 2000 tot en met 2008 heeft [verweerder] € 5.247,50 aan loten uitgegeven en € 2.336,95 aan prijzengeld gewonnen.

(iv) In 2008 heeft Stichting Loterijverlies.nl een collectieve actie aanhangig gemaakt tegen de rechtsvoorganger van Staatsloterij (hierna eveneens: Staatsloterij). In hoger beroep heeft het gerechtshof Den Haag op 28 mei 2013 voor recht verklaard dat Staatsloterij in strijd heeft gehandeld met art. 6:194 (oud) BW door (i) gedurende de periode 2000 tot en met 2007 misleidende mededelingen te doen over het wel of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen en (ii) in 2008 misleidende mededelingen te doen over de hoogte van prijzen.⁴⁹ De tegen dit arrest ingestelde cassatieberoepen zijn verworpen.⁵⁰

2.2. In dit geding vordert [verweerder], voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat Staatsloterij door het doen van de hiervoor in 2.1 onder (iv) genoemde misleidende mededelingen onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld, en veroordeling van Staatsloterij tot vergoeding van de daardoor geleden schade, bestaande uit de kosten van de gekochte loten (€ 5.247,50) verminderd met de gewonnen prijzen (€ 2.345,05) en vermeerderd met wettelijke rente over 2000-2016 (samen € 5.423,03 in hoofdsom).

2.3. De kantonrechter⁵¹ heeft de vorderingen afgewezen op de grond dat het vereiste causaal verband tussen de misleiding en het kopen van de loten niet aannemelijk is geworden.

2.4. Het hof⁵² heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd, voor recht verklaard dat Staatsloterij onrechtmatig jegens [verweerder] heeft gehandeld en Staatsloterij veroordeeld om aan [verweerder] te betalen € 5.423,03, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van 1 januari 2017. Het hof heeft daartoe overwogen:

‘3.9. De Hoge Raad heeft in zijn (...) arrest van 30 januari 2015 overwogen:

“4.3.3. Voor misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW is noodzakelijk – en tevens voldoende – dat de onjuiste of onvolledige informatie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Het hof heeft dit tot uitdrukking gebracht door te onderzoeken of de gewraakte mededelingen van Staatsloterij van voldoende materieel belang waren om de maatman te kunnen misleiden. Het hof heeft daarbij vastgesteld dat het in de perceptie van de maatman bij de winkans ging om gemiddeld zo'n 20 grote prijzen per 3 miljoen loten, terwijl in werkelijkheid sprake was van toekenning van (slechts) 4 grote prijzen. Het hof heeft dit verschil voldoende geoordeeld om de maatman te (kunnen) misleiden en heeft daarbij het verweer van Staatsloterij verworpen dat dit verschil niet van materieel belang voor de maatman heeft kunnen zijn omdat het

49 Gerechtshof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587.

50 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178.

51 Rechtbank Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4295.

52 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1199.

in beide gevallen gaat om minuscule kleine kansen van 0,00000667% respectievelijk 0,00000953% (...). Voorts heeft het hof (...) geoordeeld dat het *redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede (...) dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan.* (onderstreping hof; gecursiveerd *red.*) Deze oordelen berusten op feitelijke waarderingen die in beginsel aan het hof zijn voorbehouden. Niet kan worden gezegd dat zij onbegrijpelijk zijn. Hierop stuiten de klachten (...) af?

3.10. Gelet op het onderstreepte (gecursiveerde; *red.*) gedeelte van voormelde uitspraak van de Hoge Raad, vermoedt het hof dat ook [verweerder] behoorde tot het aanzienlijk deel van de consumenten [dat] zou hebben afgezien van aankoop van staatsloten in de periode 2000 tot 2008 indien Staatsloterij toen juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan.

3.11. Er zijn naar het oordeel van het hof door Staatsloterij niet zodanige feiten en omstandigheden gesteld, dat die tot een voldoende ontzenuwing van voormeld vermoeden van de aanwezigheid van het causaal verband tussen de onrechtmatige mededelingen en de aankoop(prijs) van een lot zouden kunnen leiden.

3.11.1. Uit het speelgedrag van [verweerder] vóór, tijdens en na de periode van 2000 tot en met 2008 waarin de misleidende mededelingen zijn gedaan, kan naar het oordeel van het hof niet de conclusie worden getrokken dat het materieel belang van de mededelingen in de periode 2000 tot en met 2008 van Staatsloterij voor [verweerder] anders gewaardeerd [zou] moeten worden en dat [verweerder] niet zou behoren tot het aanzienlijke deel van de consumenten dat in de periode 2000 tot en met 2008 zou hebben afgezien van de koop van een lot, wanneer juiste en volledige mededelingen zouden zijn gedaan.

3.11.2. Ook de financiële mogelijkheden van [verweerder] om loten te kunnen kopen doen niets af aan voormeld materieel belang van de mededelingen van Staatsloterij en de positie van [verweerder] als (één van het aanzienlijk deel van de) consument(en) die zou(den) hebben afgezien van koop van loten in het geval van juiste mededelingen.

3.11.3. Hetgeen hiervoor is overwogen geldt ook voor gevoelens, emoties en andere irrationele overwegingen van [verweerder] om loten te kopen. Daarbij komt dat aannemelijk is dat die irrationele overwegingen van [verweerder] om loten te kopen zullen zijn gevoed door de misleidende mededelingen van Staatsloterij. [verweerder] heeft immers voldoende concreet gesteld dat hij via reclamefolders, tv-commercials, de website en door trekkingsuitslagen kennis had gekregen van de misleidende mededelingen. Staatsloterij heeft die door [verweerder] verkregen kennis van de misleidende mededelingen niet (voldoende) betwist.”

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.10 dat het vermoedt dat ook [verweerder] behoorde tot het aanzienlijk deel van de consumenten dat zou hebben afgezien van aankoop van staatsloten in de periode 2000-2008 indien Staatsloterij toen juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan, onjuist is dan wel ontoereikend gemotiveerd. Het onderdeel betoogt onder meer dat het in de collectieve actie gegeven oordeel inhoudt dat sprake is geweest van misleidende mededelingen. Het houdt niet in dat ten aanzien van een individuele consument wordt vermoed

dat deze bij gebreke van zodanige mededelingen zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, aldus het onderdeel.

3.1.2. De in het onderdeel verwoorde uitleg van de uitspraak van de Hoge Raad in de collectieve actie is juist. In de door het hof in rov. 3.9 aangehaalde overweging heeft de Hoge Raad de klachten verworpen tegen het oordeel van het gerechtshof Den Haag dat sprake is geweest van misleidende mededelingen als bedoeld in art. 6:194 (oud) BW. De overweging behelst geen oordeel over de vraag of causaal verband – in de zin van *condicio sine qua non*-verband – bestaat of moet worden vermoed te bestaan tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de aankoop van staatsloten door individuele deelnemers. In dat verband is van belang dat de in die overweging weergegeven verwijzing (door het gerechtshof Den Haag) naar ‘een aanzienlijk deel van de consumenten’ deel uitmaakt van de beoordeling of de onjuiste of onvolledige informatie in kwestie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Binnen dat beoordelingskader hangt het van de omstandigheden van het geval af welk percentage kan worden aangemerkt als voldoende significant (‘een aanzienlijk deel’) om van misleiding te kunnen spreken.⁵³

3.1.3. Er bestaat voorts onvoldoende grond om voor een geval als hier aan de orde, waarin het gaat om een abonnementsspeler, een vermoeden van causaal verband te aanvaarden in de hiervoor bedoelde zin. Anders dan bij de vorm van misleiding die aan de orde was in de zaak *World Online*⁵⁴, waarop [verweerder] in deze procedure een beroep doet, kan in geval van abonnementsspelers niet worden gezegd dat sprake is van zodanige bewijsproblematiek ter zake van het causaal verband dat de bescherming die zij aan art. 6:194 (oud) BW kunnen ontlenen met betrekking tot de misleidende mededelingen waarom het in deze procedure gaat, zonder zodanig vermoeden in de praktijk illusoir kan worden. Voor abonnementsspelers geldt immers dat hun speelgeschiedenis beschikbaar is en – zoals ook in dit geval is gebeurd – op verzoek ter beschikking wordt gesteld.

3.1.4. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.1.2-3.1.3 is overwogen, heeft het hof, door uit te gaan van het vermoeden dat [verweerder] behoorde tot het aanzienlijk deel van de consumenten dat zou hebben afgezien van aankoop van staatsloten in de periode 2000-2008 indien Staatsloterij toen juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan, zonder daarbij de stellingen van partijen over het uit de speelgeschiedenis blijkende speelgedrag van [verweerder] te betrekken, ofwel blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, ofwel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Onderdeel 1 slaagt dan ook.

3.2. Onderdeel 2 richt zich met diverse klachten tegen het oordeel van het hof in rov. 3.11-3.11.3 dat Staatsloterij geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die tot ontzenuwing van het vermoeden van causaal verband kunnen leiden. Reeds omdat dit oordeel en de daarvoor gegeven motivering voortbouwen op het hiervoor onjuist bevonden oordeel van het hof in rov. 3.10, slaagt het onderdeel. Het onderdeel heeft voor het overige geen behandeling.

53 Vgl. HvJEU 16 juli 1998, zaak C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 (Gut Springenheide), punt 36, HvJEU 19 september 2006, zaak C-356/04, ECLI:EU:C:2006:585 (Lidl Belgium), punt 80 en HvJEU 18 november 2010, zaak C-159/09, ECLI:EU:C:2010:696 (Lidl SNC/Vierzon), punt 49.

54 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (World Online), rov. 4.11.1-4.11-2.

3.3. Onderdeel 3 klaagt dat het hof niet is ingegaan op de stelling van Staatsloterij dat in de collectieve actie geen misleiding is vastgesteld ten aanzien van de Oudejaarsekkingen. Het onderdeel slaagt op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.25.

3.4. De onderdelen 4-6 richten klachten tegen (i) het oordeel van het hof dat (uitgaande van het bestaan van causaal verband tussen de misleidende mededelingen en de aankoop van de bewuste staatsloten) de schade van [verweerder] aan Staatsloterij kan worden toegerekend (ii) het ongemotiveerd verwerpen van de stelling van Staatsloterij dat de vermogens-toestand van [verweerder] niet beter (en mogelijk zelfs slechter) zou zijn geweest als hij in de jaren 2000-2008 geen staatsloten had gekocht, omdat aannemelijk is dat [verweerder] in dat geval zijn inleg aan andere kansspelen (met een kleinere winkans) had uitgegeven en (iii) het oordeel van het hof in rov. 3.17.1 dat het, gezien de misleidende mededelingen van Staatsloterij over winkansen, niet redelijk is om, naast het bedrag van de gewonnen prijzen, bij de vaststelling van de schade van [verweerder] rekening te houden met een op geld waardeerbare kans om een prijs te winnen. Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 7 april 2020;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Staatsloterij begroot op € 995,56 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerder] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

Samenvatting

Een abonnementsspeler van de Staatsloterij probeert de schade te verhalen die hij zou hebben geleden doordat de Staatsloterij misleidende mededelingen heeft gedaan. Dat de Staatsloterij gedurende een zekere periode deze misleidende mededelingen als bedoeld in art. 6:194 (oud) BW heeft gedaan, stond vast. Stichting Loterijverlies.nl had middels een collectieve actie namelijk reeds een verklaring voor recht verkregen dat deze misleidende mededelingen waren gedaan. In het arrest van het hof 's-Gravenhage van 28 mei 2013 (ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587) had het hof deze verklaring voor recht gegeven en in het daaropvolgende arrest van de Hoge Raad van 30 januari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:178) liet de Hoge Raad dit oordeel in stand. De abonnementsspeler vordert over de periode dat de misleidende mededelingen zijn gedaan zijn schade bestaande uit het negatieve contractsbelang groot € 5.247,50 (de betaalde bedragen voor de gekochte loten) minus de gewonnen prijzen groot € 2.345,05 (te vermeerderen met rente en proceskosten).

In eerste aanleg wijst de kantonrechter in de rechtbank Limburg in 2018 (ECLI:NL:RBLIM:2018:4295) de vordering af. Het

vereiste causale verband tussen de misleiding en het kopen van de loten is volgens de kantonrechter niet aannemelijk geworden. In hoger beroep heeft de abonnementsspeler meer succes. Hof 's-Hertogenbosch oordeelt in 2020 (ECLI:NL:GHSHE:2020:1199) namelijk dat de aanwezigheid van een causaal verband moet worden vermoed en vervolgens dat de Staatsloterij er niet in is geslaagd om dit bewijsvermoeden te ontzenuwen. De vordering wordt aldus alsnog toegewezen. Het hof 's-Hertogenbosch baseert zijn bewijsvermoeden op r.o. 4.3.3 van de hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad in de zaak over de collectieve actie. De Hoge Raad overwoog in die zaak dat het 'redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede (...) dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan.' (r.o. 4.3.3). Volgens de Hoge Raad heeft het hof in onderhavige zaak ten onrechte zijn bewijsvermoeden op deze rechtsoverweging gebaseerd. Deze overweging behelst volgens de Hoge Raad geen oordeel over de vraag of er een causaal verband – in de zin van een 'condicio sine qua non'-verband – bestaat of moet worden vermoed te bestaan tussen de misleidende mededelingen van de Staatsloterij en de aankoop van loten door individuele deelnemers. Volgens de Hoge Raad betreft de overweging louter een oordeel dat sprake is geweest van misleidende mededelingen als bedoeld in art. 6:194 (oud) BW (r.o. 3.1.2). Op deze rechtsoverweging kan aldus geen bewijsvermoeden worden gebaseerd. Bovendien bestaat er volgens de Hoge Raad onvoldoende grond om voor een geval als hier aan de orde, waarin het gaat om een abonnementsspeler, een vermoeden van een causaal verband te aanvaarden. In geval van abonnementsspelers zoals in casu kan namelijk niet worden gezegd dat sprake is van zodanige bewijsproblematiek ter zake van het causale verband dat de bescherming die abonnementsspelers aan art. 6:194 (oud) BW kunnen ontnemen met betrekking tot de misleidende mededelingen waar het in deze procedure om gaat, zonder zodanig vermoeden in de praktijk illusoir kan worden. Voor abonnementsspelers geldt immers dat hun speelgeschiedenis beschikbaar is en – zoals ook in dit geval is gebeurd – op verzoek ter beschikking wordt gesteld, aldus nog steeds de Hoge Raad (r.o. 3.1.3). De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst naar hof Arnhem-Leeuwarden.

Bewijslastverdeling

De partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten, draagt de bewijslast van die feiten. Dit is de hoofdregel van de bewijslastverdeling die is opgenomen in art. 150 Rv. Deze hoofdregel draagt bij aan de rechtszekerheid doordat partijen voorafgaand aan de procedure kunnen nagaan hoe de bewijslast zal worden verdeeld.¹ Alhoewel de formulering van de hoofdregel helder is, betekent dit echter niet dat de verdeling van de bewijslast eenvoudig is. De Hoge Raad casseert vrij regelmatig, zoals ook in onderhavige geval. Het onderscheiden van de situaties waarin de hoofdregel van de bewijslastverdeling de leidraad vormt of juist verlichting van het bewijsrisico of zelfs volledige omke-

1 H.W.B. thoe Schwartzberg, J.W. de Groot, E.M. Hoogervorst & B.T.M. van der Wiel, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2020, p. 126.

ring van de bewijslast van toepassing is, is van belang voor de bewijspositie van partijen in een specifieke situatie. De omkeringsregel vormt de meest vergaande ingreep in de bewijslastverdeling en komt dan ook weinig voor. Voor omkering moet in de regel sprake zijn van een structurele onevenwichtigheid in rechtsbescherming die omkering van de bewijslast rechtvaardigt.² Het causaal verband is bij bewijslastomkering in beginsel gegeven en de bewijslast en het bewijsrisico komen bij de wederpartij te liggen.³ De wet kan bepalen dat de omkeringsregel van toepassing is (zie bijvoorbeeld art. 7:658 BW, werkgevers aansprakelijkheid), maar ook een bijzondere ongeschreven regel (zie bijvoorbeeld HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1384, NJ 2014/114 (*Zandvliet/Vlieland*), r.o. 3.4.2: '(...) uit de strekking van art. 3:70 BW en de billijkheid volgt dat op degene die als gevolmachtigde heeft gehandeld, de bewijslast rust dat hij beschikte over een toereikende volmacht') of dat redelijkheid en billijkheid (zie bijvoorbeeld HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254 (*Nalatenschap*), r.o. 3.4.2-3.4.3) kunnen leiden tot omkering van de bewijslast en het bewijsrisico. De Hoge Raad hanteert een zeer terughoudend beleid bij toepassing van de omkeringsregel.

Een minder vergaande ingreep in de bewijslastverdeling is het bewijsvermoeden. Het bewijsvermoeden vormt een verlichting van het bewijsrisico zonder dat deze wordt omgekeerd. In de onderhavige zaak nam het hof, in tegenstelling tot de kantonrechter en de Hoge Raad, een bewijsvermoeden aan dat sprake was van een causaal verband tussen de misleiding en het kopen van loten. Door het aannemen van een dergelijk bewijsvermoeden blijft de bewijslast rusten op de partij die volgens het materiële recht de bewijslast heeft (in dit geval dus de abonentsspeler), maar wordt door het bestaan van dat vermoeden bij voorbaat aangenomen dat aan de bewijslast is voldaan. De wederpartij wordt vervolgens in de gelegenheid gesteld om het vermoeden te ontzenuwen (en dus niet zozeer te bewijzen dat van een vermoeden geen sprake is). Er zijn vier verschillende categorieën vermoedens, te weten (weerlegbare en onweerlegbare) wettelijke vermoedens (zie bijvoorbeeld art. 7:18 lid 2 BW en art. 6:236 BW), rechterlijke/feitelijke vermoedens (zie bijvoorbeeld HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5408, NJ 2008/283 (*Vuisthamer*)), jurisprudentiële vermoedens (zie bijvoorbeeld HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen*)) en processuele vermoedens (zie bijvoorbeeld HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2089, NJ 2006/327 (*Janssen/Hobbelen*), r.o. 3.3.2).

Causaal verband, bewijsproblematiek en aannemen van bewijsvermoeden

Het hof 's-Hertogenbosch had in casu een bewijsvermoeden uitgesproken en dat gebaseerd op r.o. 4.3.3 van een in 2015 eerder gedane uitspraak van de Hoge Raad. Het hof oordeelde in feite dat aannemelijk was dat de abonentsspeler behoorde tot het aanzienlijke deel van de consumenten dat geen loten zou hebben gekocht als de Staatsloterij geen misleidende mededelingen zou hebben gedaan en baseerde zijn bewijsvermoeden enkel en alleen hierop. Dat de A-G in zijn conclusie dit onjuist en in elk geval onbegrijpelijk vindt, is onzes inziens niet verwonderlijk. Niet alleen ging r.o. 4.3.3

van de uitspraak van de Hoge Raad in 2015 niet over causaal verband. Ook is zonder nadere motivering niet te begrijpen waarom de abonentsspeler in casu wel en andere spelers niet tot voornoemd deel zou behoren dat geen loten zou hebben gekocht als de Staatsloterij geen misleidende mededelingen zou hebben gedaan. Het is onzes inziens dan ook niet verwonderlijk dat de Hoge Raad casseert. Bovendien oordeelt de Hoge Raad dus nog dat in casu onvoldoende grond bestaat om een vermoeden van een causaal verband te aanvaarden omdat geen sprake is van de benodigde bewijsproblematiek aan de zijde van de abonentsspeler (r.o. 3.1.3). Daarmee zal de abonentsspeler bij het verwijzingshof een zware dobber krijgen aan het aannemelijk maken van het causale verband. Daarvoor zal hij bijvoorbeeld moeten kunnen aantonen dat hij in de periode van de misleidende mededelingen meer loten heeft gekocht en/of de omvang van zijn abonnement destijds heeft uitgebreid.

De vraag is dan onder welke omstandigheden wel sprake is van zodanige bewijsproblematiek om het aannemen van een bewijsvermoeden wél te rechtvaardigen. De *World Online*-uitspraak van 27 november 2009

(ECLI:NL:HR:2009:BH2162), waar de A-G in de onderhavige zaak in zijn conclusie evenals de Hoge Raad aan memoreert, geeft tot op zekere hoogte antwoord op deze vraag. In die zaak was evenzeer vast komen te staan dat de internetprovider World Online misleidende mededelingen had gedaan jegens beleggers. In beginsel rustte op de beleggers ex art. 150 Rv de bewijslast voor het aantonen van het causale verband tussen de misleidende mededelingen en hun beleggingsbeslissing. Het leveren van dat bewijs was naar het oordeel van de Hoge Raad echter problematisch voor de beleggers. De beleggers zouden zich bij het maken van hun beleggingsbeslissing namelijk doorgaans door veel factoren hebben laten leiden, terwijl vaak niet zou zijn aan te tonen dat de beleggers daadwerkelijk kennis hadden genomen van de misleidende mededeling, laat staan dat zij daardoor (direct of indirect) waren beïnvloed. Effectieve rechtsbescherming en de prospectusvoorschriften die zagen op bescherming van beleggers tegen misleidende mededelingen waren voor de Hoge Raad dan ook redenen om een bewijsvermoeden dat sprake was van een causaal verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing te accepteren (r.o. 4.11.2). Daarnaast speelt ook mee dat het in de *World Online*-uitspraak, anders dan in de onderhavige kwestie, ging over misleidende mededelingen bij de verkoop van complexe financiële producten met een risico op grote vermogensschade.⁴

Ten slotte

Al met al lijkt ons de uitkomst in deze zaak te billijken. Het leidt er in situaties als de onderhavige wel toe dat de abonentsspeler er veel lastiger in zal slagen het causale verband voldoende aannemelijk te maken. De onjuiste mededeling van de Staatsloterij zag erop dat zo'n 20 grote prijzen per 3 miljoen loten konden worden gewonnen, terwijl in werkelijkheid sprake was van toekenning van (slechts) 4 grote prijzen. Het gaat echter in beide gevallen om minuscule kansen op een grote prijs, te weten van 0,00000667% respectievelijk 0,00000953%. Het lijkt ons dat de abonentsspeler in casu lastig kan bewijzen dat hij bij een kans van

² Asser *Procesrecht*/Asser, 2017/294.

³ De Groot, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 150 Rv, aant. 3.2.

⁴ Rb. Den Haag 19 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2662, r.o. 4.9.1.

0,00000953% niet, maar bij een kans van 0,00000667% wel had afgezien van het kopen van de loten. Als gezegd zal dit bijvoorbeeld anders kunnen zijn als de abonentsspeler kan aantonen dat hij in de periode van de misleidende mededeling loten heeft bijgekocht bovenop zijn normale abonnement (c.q. het aantal loten in zijn abonnement heeft verhoogd). De Staatsloterij zal ondertussen opgelucht ademen nu de kans op een stortvloed van procedures van andere spelers in gelijksoortige omstandigheden zal zijn verminderd. De kans daarop zal desalniettemin hoger zijn, dan de kans op het winnen van een grote prijs in de Staatsloterij.

mr. M.C. van Rijswijk en mr. H.A. de Bruijn
advocaten bij Stonewater te Amsterdam

148

Bestaat risicoaansprakelijkheid van beslaglegger ook voor zonder verlot of titel in beslag genomen zaken van derden?

Hoge Raad
15 juli 2022, nr. 21/00938, ECLI:NL:HR:2022:1110
(mr. Kroeze, mr. Wattendorff, mr. Lock, mr. Schaafsma,
mr. Salomons)
(Concl. A-G Snijders; niet opgenomen)
Noot mr. A.J. Peerboom

Risicoaansprakelijkheid beslaglegger. Onrechtmatige daad.

[BW art. 6:162 lid 3, 6:170, 6:171]

Essentie: De Hoge Raad heeft geoordeeld dat risicoaansprakelijkheid van beslaglegger niet bestaat ingeval de deurwaarder bij het leggen van conservatoir beslag niet door het verlot bestreken zaken van een derde in beslag neemt.

Samenvatting: ABN AMRO zegt een kredietovereenkomst op. Aangezien aflossing uitblijft en de schuldenaar in staat van faillissement wordt verklaard, heeft ABN AMRO de borg aangesproken tot betaling. Met toestemming van de Belgische rechter wordt beslag gelegd op roerende zaken van de in België woonachtige borg en tevens een sekwester (gerechtelijk bewaarder) aangesteld (hierna: de sekwester). Bij de beslaglegging wordt tevens een laptop in beslag genomen. ABN AMRO heeft het beslag kort na de beslaglegging wederom opgeheven en de sekwester verzocht om het veilinghuis opdracht te geven om de in beslag genomen goederen terug te geven. Volgens de borg werd – onder meer – de laptop echter niet teruggebracht. Daarnaast beweerde een vennootschap waarvan de borg middellijk bestuurder was (hierna: ControlPay) dat zij en niet de borg eigenaar was van de laptop. ControlPay stelt een omvangrijke schade te hebben geleden als gevolg van het verlies van de laptop, waarop voor haar bedrijf zeer waardevolle gegevens zouden hebben gestaan. ControlPay start een gerechtelijke procedure en vordert onder meer een verklaring voor recht dat ABN AMRO onrechtmatig jegens ControlPay zou hebben gehandeld. ControlPay doet daarbij een beroep op de vaste rechtspraak met betrekking tot risicoaansprakelijkheid van de beslaglegger in het geval dat beslag is gelegd voor een vordering die ongegrond blijkt te zijn.

De rechtbank heeft de vorderingen van ControlPay afgewezen. Volgens de rechtbank strekt de risicoaansprakelijkheid van een beslaglegger tot bescherming van de beslagene, zijnde in dit geval de borg, en niet tot bescherming van derden, zoals ControlPay. ControlPay had verder onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de vordering tot zekerheid waarvan ABN AMRO beslag liet leggen, geheel ongegrond zou zijn geweest.

ControlPay gaat in hoger beroep. Het hof heeft geoordeeld dat er een onrechtmatige daad jegens ControlPay was gepleegd, bestaande uit een inbreuk op haar eigendomsrecht. Volgens het hof kon deze inbreuk echter niet op grond van schuld of verkeersopvattingen worden toegerekend aan ABN AMRO.

Hangende het hoger beroep heeft ControlPay haar schadevergoedingsvordering ter zake van het verlies van de laptop gecedeerd aan Truckom. Truckom heeft vervolgens in plaats van ControlPay cassatieberoep ingesteld. Onderdeel 2.2.1 van het cassatiemiddel was gericht tegen de verwerping door het hof van het betoog dat de inbreuk op het eigendomsrecht van ControlPay die met het beslag op haar laptop is gemaakt, naar verkeersopvattingen kan worden toegerekend aan ABN AMRO. Truckom doet daarbij een beroep op de risicoaansprakelijkheid van de beslaglegger die volgens vaste rechtspraak bestaat voor het geval dat beslag is gelegd voor een vordering die ongegrond blijkt te zijn. Die rechtspraak dient ook op het onderhavige geval te worden toegepast, aldus het middel.

De Hoge Raad verwerpt het onderdeel. Volgens de Hoge Raad is de vaste rechtspraak uit hoofde waarvan risicoaansprakelijkheid bestaat van de beslaglegger voor een vordering die achteraf geheel ongegrond blijkt te zijn, niet van toepassing. Deze risicoaansprakelijkheid van de beslaglegger bestaat volgens de Hoge Raad niet ingeval de deurwaarder bij het leggen van conservatoir beslag niet door het verlot bestreken zaken van derden in beslag neemt.

Truckom B.V., als rechtsopvolgster onder bijzondere titel van ControlPay B.V., gevestigd te Breda,
eiseres tot cassatie,
hierna: Truckom,
advocaat: M.W. Scheltema,
tegen
ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam,
verweerster in cassatie,
hierna: ABN AMRO,
advocaat: F.E. Vermeulen.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- het vonnis in de zaak C/13/622901 / HA ZA 17-108 van de rechtbank Amsterdam van 22 augustus 2018;
- het arrest in de zaken 200.248.180/01 (hoofdzaak) en 200/250.557/01 (vrijwaringszaak) van het gerechtshof Amsterdam van 15 december 2020.

Truckom heeft tegen het arrest van het hof in de hoofdzaak beroep in cassatie ingesteld.

ABN AMRO heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Truckom mede door M.E.A. Möhring en voor ABN AMRO mede door F.H. Oosterloo.