

University of Groningen

**Case Note: ECLI:NL:GHSHE:2020:1199 (X/Staatsloterij)**

Pavillon, C.M.D.S.; Tigelaar, L.B.A.

*Published in:*  
 Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Pavillon, C. M. D. S., & Tigelaar, L. B. A. (2020). Case Note: ECLI:NL:GHSHE:2020:1199 (X/Staatsloterij). Casenote over: Gerechtshof 's Hertogenbosch, 07/04/2020, 200.244.287\_01, ECLI:NL:GHSHE:2020:1199 *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2020(3), 158-164.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

nale rechtsorden.<sup>62</sup>

23. Zoals aangegeven, laat de uitspraak van het Hof van Justitie naar huidig recht weinig tot geen beweegruimte voor het businessmodel dat de stichters van het Tom Kabinet-platform voorstaan. Na de gebruikers nog de mogelijkheid te hebben geboden om hun e-books te downloaden, haalden zij het platform midden februari 2020 dan ook integraal offline. Een

ontgoochelde ‘epiloog’ vanwege de oprichters, waarin zij de houding van de uitgevers nog een laatste keer betreuren, vormt het voorlopig laatste hoofdstuk in het tweedehands e-booksverhaal.<sup>63</sup> Het is nu afwachten of nieuwe, idealistische ondernemers zullen opstaan om hieraan verder te schrijven.

*mw. J.F.E. Vanherpe LLM (Cantab)*<sup>64</sup>

## Oneerlijke handelspraktijken

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 april 2020**  
(*mr. O.G.H. Milar, mr. E.J. van Sandick en mr. R.F. Groos*)  
ECLI:NL:GHSHE:2020:1199  
(*X/Staatsloterij*)  
(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *oneerlijke handelspraktijken*
- *misleidende reclame*
- *omkeringsregel*
- *causaal verband*

### 2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep met grieven;
- de memorie van antwoord.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

### 3 De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende, door de rechtbank vastgestelde feiten, welke het hof overneemt.

3.1.1. Staatsloterij is de rechtsopvolger van Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (beide entiteiten zullen in het navolgende aangeduid worden als Staatsloterij). Staatsloterij exploiteert de Nederlandse Staatsloterij.

3.1.2 [appellant] heeft (niet aaneengesloten) gedurende 16 jaar deelgenomen aan door Staatsloterij georganiseerde loterijen. In de periode 2000-2008 heeft [appellant] deelgenomen tot en met de trekking van 5 december 2002 en vervolgens van juni 2004 tot en met de trekking van mei 2005. Voor en na de hiervoor genoemde periode heeft [appellant] ook gedurende perioden deelgenomen.

3.1.3 In de hiervoor genoemde periode heeft [appellant]

€ 2.336,95 aan prijzengeld gewonnen en € 5.247,50 aan uitgaven aan loten gedaan.

3.1.4 Bij arrest van 28 mei 2013 (ECLI:NL:GHDHA:CA0587) heeft het gerechtshof Den Haag in een door Stichting Loterijverlies jegens Staatsloterij in 2008 aanhangig gemaakte collectieve actie (hierna: de collectieve actie) in hoger beroep voor recht verklaard dat Staatsloterij gedurende de periode 2000 tot en met 2007 misleidende mededelingen heeft gedaan over het wel- of niet-gegarandeerd zijn van de prijzen, de winkansen en het aantal gewonnen prijzen en dat Staatsloterij hierdoor in strijd heeft gehandeld met artikel 6:194 (oud) van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Daarnaast is voor recht verklaard dat Staatsloterij in 2008 misleidende mededelingen heeft gedaan over de hoogte van prijzen en hierdoor in strijd heeft gehandeld met artikel 6:194 (oud) BW.

Staatsloterij en Stichting Loterijverlies hebben tegen dit arrest cassatieberoep ingesteld. Bij arrest van 30 januari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:178) heeft de Hoge Raad het door Staatsloterij ingestelde cassatieberoep verworpen, evenals het door Stichting Loterijverlies ingestelde incidentele cassatieberoep.

3.2. In de onderhavige procedure vordert [appellant] in conventie:

A.

Primair:

1. een verklaring voor recht dat de Staatsloterij onrechtmatig heeft gehandeld jegens [appellant] ex artikel 6:194 (oud) BW dan wel artikel 6:162 BW;

2. de Staatsloterij te veroordelen tot vergoeding van de door [appellant] geleden schade, bestaande uit het negatieve contractsbelang groot € 5.247,50 minus de gewonnen prijzen groot € 2.345,05, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 01 januari 2000 tot en met 31 december 2016, samen groot

62. In dit kader past opnieuw een verwijzing naar de recente publicatie van het proefschrift van S. Geiregat, meer in het bijzonder het derde volume *Herverkoop van digitale werken door gebruikers*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2020, waarin deze en andere vragen uitgebreid aan bod komen.

63. ‘Epilogue’, beschikbaar via tomkabinet.nl.

64. Doctoraatsonderzoeker aan de KU Leuven, Consument Concurrentie Markt (CCM).

€ 5.423,03 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 01 januari 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;

Subsidiar:

1. de loterijovereenkomst tussen de Staatsloterij en [appellant] te vernietigen:

a. primair: op grond van richtlijnconforme interpretatie;

b. subsidiair: op grond van dwaling en

c. meer subsidiair: op grond van bedrog dan wel een andere grondslag door de kantonrechter in goede justitie te bepalen;

2. de Staatsloterij te veroordelen om ten titel van onverschuldigde betaling aan [appellant] te voldoen de door hem gedane inleg over de periode 01 januari 2000 tot en met 31 december 2005 groot € 5.247,50 minus de gewonnen prijzen in die periode groot € 2.345,05, te vermeerderen met de wettelijke daarover vanaf 01 januari 2000 tot en met 31 december 2016, samen groot € 5.423,03, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 01 januari 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;

B.

De Staatsloterij te veroordelen in de kosten van het geding.

**3.2.1.** Aan deze vordering heeft [appellant], kort samengevat, ten grondslag gelegd dat Staatsloterij onrechtmatig heeft gehandeld omdat zij [appellant] heeft misleid als bedoeld in artikel 6:194 (oud) BW.

**3.3.** Staatsloterij heeft gemotiveerd verweer gevoerd en voorwaardelijk vorderingen in reconventie ingesteld. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen.

**3.4.** In het vonnis van 9 mei 2018 heeft de kantonrechter de vorderingen van [appellant] in conventie afgewezen en hem in de proceskosten veroordeeld. Aan een beoordeling van de voorwaardelijk ingestelde vorderingen in reconventie van Staatsloterij is de kantonrechter niet toegekomen.

**3.5.** [appellant] heeft in hoger beroep vier grieven aangevoerd. [appellant] heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het alsnog toewijzen van zijn vorderingen in conventie met veroordeling van Staatsloterij in de kosten van beide instanties.

*Grief I en II (eerste deel): condicio sine qua non verband?*

**3.6.** Volgens [appellant] heeft de rechtbank een onjuist toetsingskader gehanteerd in het kader van het condicio sine qua non-verband door te overwegen:

"4.3. (...)

*Feitelijk komt de vraag naar de causaliteit van de schade daarmee neer op de beantwoording van de vraag of in rechte komt vast te staan dat [appellant] door de mededelingen die neerkwamen op de ene fictieve minuscule kans wel heeft meegedaan waar hij dat bij mededelingen die neerkwamen op de werkelijke, kleinere minuscule kans dat niet zou hebben gedaan."*

[appellant] concludeert dat hij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van causaal verband tussen normschending en geladen schade.

**3.6.1.** Staatsloterij betwist het voorgaande.

**3.7.** Het hof stelt voorop dat artikel 194 (oud) BW luidt: *"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 (...).*

**3.8.** Voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een condicio sine qua non-verband tussen een onrechtmatige daad en schade, dient naar het oordeel van het hof te worden onderzocht of, indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust weg wordt gedacht, de schade zonder die gebeurtenis ook zou zijn ingetreden. Zo niet, dan is er causaal verband; zo ja, dan is er klaarblijkelijk geen causaal verband.

In dit geval dient dus de vraag te worden beantwoord of, de misleidende mededelingen van Staatsloterij weggedacht, ook schade zou zijn geleden door [appellant], welke schade volgens [appellant] bestaat uit de kosten van aankoop van staatsloten. In een e-mail aan Staatsloterij van 2 februari 2015 heeft [appellant] dit als volgt verwoord: *"Ik vorder mijn inleg terug, omdat ik met juiste informatie niet zou hebben meegedaan."*

**3.9.** De Hoge Raad heeft in zijn bovengenoemd 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 in beide gevallen gaat om minuscule kleine kansen van 0,00000667% respectievelijk 0,000000953% (...). 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) *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 (...)*af.”

**3.10.** Gelet op het onderstreepte gedeelte van voormelde uitspraak van de Hoge Raad, vermoedt het hof dat ook [appellant] 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.

**3.11.** Er zijn naar het oordeel van het hof door Staatsloterij niet zodanige feiten of 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 [appellant] 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 [appellant] anders gewaardeerd zouden moeten worden en dat [appellant] 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 [appellant] om loten te kunnen kopen doen niets af aan voormeld materieel belang van de mededelingen van Staatsloterij en de positie van [appellant] 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 [appellant] om loten te kopen. Daarbij komt dat aannemelijk is dat die irrationele overwegingen van [appellant] om loten te kopen zullen zijn gevoed door de misleidende mededelingen van Staatsloterij. [appellant] 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 [appellant] verkregen kennis van de misleidende mededelingen niet (voldoende) betwist.

**3.12.** Uit het voorgaande volgt dat het hof van oordeel is dat er een *condicio sine qua non* verband bestaat tussen de misleidende mededelingen van Staatsloterij en de koop van loten door [appellant] in de periode 2000 tot en met 2008.

*Grief II (tweede deel): toerekening en voordeelverrekening?*

**3.13.** [appellant] stelt dat de door hem geleden schade, bestaande uit de inleg minus de gewonnen prijzen, in redelijkheid kunnen worden toegerekend aan de normschending. Het aankopen van loten is immers een redelijkerwijs voorzienbaar gevolg van de normschending. De misleidende mededelingen waren daar immers ook op gericht: de staatsloterij zo aantrekkelijk mogelijk maken en zoveel mogelijk deelnemers overhalen tot het aanschaffen van loten.

**3.14.** Staatsloterij betwist het voorgaande.

**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 [appellant] te bewegen een staatslot te kopen kan redelijkerwijs worden verwacht dat die misleidende mededelingen tot de door [appellant] gevorderde schadepost, het aankoopbedrag van een staatslot, zou leiden. De door [appellant] gevorderde schade kan aan Staatsloterij worden toegerekend.

**3.16.** Voor de begroting van de schade ingevolge artikel 6:97 BW is uitgangspunt dat [appellant] als benadeelde zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd 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 aftreksom van voormelde bedragen hetgeen is, dat [appellant] vordert.

**3.17.** Staatsloterij brengt nog naar voren dat [appellant] wel een op geld waardeerbare kans heeft genoten om een prijs te winnen en ook inderdaad een aantal prijzen heeft gewonnen, hetgeen langs de band van voordeeltorekening in mindering moet worden gebracht op de schade.

**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 winkans, als voordeel in rekening te brengen bij de vaststelling van de schade.

#### Wettelijke rente

**3.18.** Wettelijke rente is gevorderd op de grondslag van onrechtmatige daad over, zoals uit de niet bestreden inhoud van productie 8 bij de inleidende dagvaarding volgt, het bedrag van elk afzonderlijk lot vanaf de dag van de aankoop voor zover die dagen zijn gelegen in de periode dat van misleidende mededelingen sprake was. Die wettelijke rente kan worden toegewezen.

#### Bewijs

**3.19.** Het door Staatsloterij gedane bewijsaanbod wordt gepasseerd omdat het niet ter zake dienend is, nu er geen niet-vaststaande stellingen zijn die, indien die stellingen na bewijslevering wel zouden komen vast te staan, tot een andere beslissing zouden kunnen leiden.

#### Slotsom

**3.20.** De grieven slagen, het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en de vorderingen van [appellant], zullen worden toegewezen.

Aan de voorwaardelijk ingestelde reconventionele vordering wordt niet toegekomen omdat aan de voorwaarde, dat de overeenkomsten tussen partijen worden vernietigd, niet is voldaan.

#### Proceskosten

**3.20.** Staatsloterij zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van [appellant] in eerste en tweede aanleg worden veroordeeld.

De proceskosten van [appellant] in eerste aanleg worden begroot op € 103,10 dagvaardingskosten, € 1.000,00 salaris gemachtigde (4 x tarief € 250,00) en griffierecht € 223,00. In hoger beroep worden de proceskosten van [appellant] begroot op € 103,81 aan dagvaardingskosten, € 318,00 griffierecht en € 759,00 salaris advocaat (1 punt x tarief I in hoger beroep).

Het totaal aan proceskosten aan de zijde van [appellant] komt dan op € 2.506,91.

## 4 De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis van 9 mei 2018 van de kantonrechter van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond in conventie gewezen en opnieuw rechtdoende verklaart voor recht dat Staatsloterij onrechtmatig jegens [appellant] heeft gehandeld;

veroordeelt Staatsloterij aan [appellant] te betalen € 5.423,03, te vermeerderen met wettelijke rente met ingang van 1 januari 2017;

veroordeelt Staatsloterij om aan [appellant] zijn proceskosten in beide instanties te voldoen, welke tot op heden worden begroot op € 2.506,91;

verklaart dit arrest wat voormelde veroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad.

## NOOT

1. Aanleiding van dit arrest van het Hof 's-Hertogenbosch is een individuele vordering tot schadevergoeding van een deelnemer tegen de Staatsloterij. De uitspraak in eerste instantie door de Rechtbank Limburg van 9 mei 2018 hebben wij in de zomer van dat jaar geannoteerd.<sup>1</sup> De Staatsloterij heeft tussen 2000 en 2008 misleidende mededelingen in de zin van art. 6:194 BW (oud) gedaan over de winstkansen van deelnemers. De crux in deze zaak ligt in het *condicio sine qua non*-verband tussen die mededelingen en de aankoop van de loten, zo blijkt ook duidelijk uit de grieven.

2. Van de zijde van de deelnemer aan de loterij wordt eerst naar voren gebracht dat de rechtbank een onjuist toetsingskader heeft gebruikt bij het vaststellen van het *condicio sine qua non*-verband (r.o. 3.6). De rechtbank oordeelde te dien aanzien als volgt (r.o. 4.3):

*'Feitelijk komt de vraag naar de causaliteit van de schade daarmee neer op de beantwoording van de vraag of in rechte komt vast te staan dat [appellant] door de mededelingen die neerkwamen op de ene fictieve minuscule kans wel heeft meegedaan waar hij dat bij mededelingen die neerkwamen op de werkelijke, kleinere minuscule kans dat niet zou hebben gedaan.'*

Het hof geeft niet aan of dit toetsingskader inderdaad onjuist is. Dat is het naar ons idee niet. Het hof overweegt dat voor de vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband moet worden nagegaan of, indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust wordt weggedacht, de schade zonder die gebeurtenis ook zou zijn ingetreden. Zo niet, dan is er causaal verband; zo wel, dan bestaat er juist geen causaal verband. Dit is de toets die door de rechtbank is aangelegd.

3. Waar het in appel vooral om draait, is de vraag of de consument het causaal verband voldoende heeft aangetoond. In deze context wijst het hof op een e-mailbericht van de deelnemer waaruit blijkt dat hij bij de juiste informatie niet zou hebben meegedaan (r.o. 3.8). Dit e-mailbericht vormt kennelijk voor het hof de opmaat om tot een vermoeden van het vereiste *condicio sine qua non*-verband te komen.

4. Daartoe haalt het hof het arrest van de Hoge Raad aan dat in 2015 werd gewezen tussen de Stichting Loterijverlies en de Staatsloterij (r.o. 3.9).<sup>2</sup> In rechtsoverweging 4.3.3 van dat arrest haalt de Hoge Raad een overweging van het Hof Den Haag aan, inhoudende 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.'*

Dit oordeel van het Hof Den Haag is gegrond op feitelijke waarderingen die aan de feitenrechter zijn voorbehouden, zo benadrukt de Hoge Raad. Zich op deze rechts-

1. C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar bij Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4295 (Staatsloterij-zaak).

2. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, m.nt. W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon (Staatsloterij/Stichting Loterijverlies).

overweging baserend (door haar te onderstrepen) schaarst het Hof 's-Hertogenbosch appellant onder de groep consumenten waar de Hoge Raad op doelt. Daarmee wordt het *condicio sine qua non*-verband tussen de misleidende reclame van de Staatsloterij en de door appellant geleden schade (de aan de deelname aan de loterij verbonden kosten) vermoed aanwezig te zijn. Aldus past het hof de zogenoemde 'omkeringsregel' toe.<sup>3</sup>

5. Dit laatste is om verschillende redenen opmerkelijk. Ten eerste wordt de omkeringsregel doorgaans niet snel toegepast buiten de sfeer van de verkeers- en veiligheidsnormen.<sup>4</sup> Ten tweede wijst niets in het arrest van de Hoge Raad op toepassing van die regel in deze zaak. In de aangehaalde rechtsoverweging 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 manipulatievereiste, 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.

6. Het manipulatievereiste kan worden ingevuld aan de hand van statistische gegevens.<sup>5</sup> Dit volgt uit de *Nissan*-uitspraak waarin eerder in België geregistreerde auto's, waarmee nooit was gereden, in Frankrijk als nieuw waren aangeprezen. De prijs van deze auto's, die van minder accessoires waren voorzien, was beduidend lager dan die van door de officiële Nissan-dealers in Frankrijk aangeboden nieuwe auto's. Nissan trachtte deze parallelimport tegen te gaan via de misleidende reclameregeling. Het Hof van Justitie (HvJ EG) oordeelde dat de nieuwheidsclaim slechts als misleidend kon worden bestempeld 'in zoverre zij zou beogen te verhelen dat de als nieuw aangeboden voertuigen vóór de invoer zijn geregistreerd, en deze omstandigheid een aanzienlijk aantal consumenten van aankoop zou hebben doen afzien' (r.o. 15). De informatie betreffende de lagere prijs zou op haar beurt slechts misleidend zijn 'indien mocht blijken, dat een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de betrokken reclame zich richt, tot aankoop besluit zonder te beseffen dat tegenover de lagere prijs van de door de parallelimporteur verkochte auto's een geringer aantal accessoires staat' (r.o. 16). In de *Nissan*-zaak werd het in de Richtlijn misleidende reclame voorkomende manipulatievereiste, naar het lijkt, gekwantificeerd.

7. Het werken met op opinie- of deskundigenonderzoek gebaseerde kwantitatieve gegevens is echter, zo blijkt uit de latere *Gut Springenheide*-uitspraak, voorbehouden

aan 'sommige bijzonderegevallen'.<sup>6</sup> Dit zijn denklijk gevallen waarin een normatieve/kwalitatieve invulling van de norm niet volstaat en voor de vaststelling van de misleiding aanvullende gegevens nodig zijn. De considerans van de in 2005 tot stand gekomen Richtlijn oneerlijke handelspraktijken benadrukt dat 'het criterium van de gemiddelde consument (...) geen statistisch criterium' vormt (onder 18). Hoewel het HvJ EG in de *Lidl*-uitspraak laat doorschemeren dat er tussen de 'gemiddelde consument' en 'een aanzienlijk aantal consumenten' geen verschil bestaat,<sup>7</sup> contrasteren de kwalitatieve benadering uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de kwantitatieve benadering uit het *Nissan*-arrest qua toetsingsmethode wel.<sup>8</sup> De verwijzing naar een 'aanzienlijk aantal consumenten' in de *Staatsloterij*-uitspraak lijkt, voor zover op te maken uit het arrest, niet op kwantitatief onderzoek gebaseerd. Een verwijzing naar een cijfermatige grootheid is in dat opzicht enigszins misleidend.<sup>9</sup>

8. Dat het hof de overweging van de Hoge Raad aanhaalt bij het construeren van het *condicio sine qua non*-verband, is goed te verklaren. Voor de invulling van het manipulatievereiste is ook een 'causaal verband' vereist, in dit geval een verband tussen de misleidende reclame en de beslissing van de gemiddelde consument om deel te nemen aan de loterij. Dat dit verband moet worden onderscheiden van het *condicio sine qua non*-verband uit art. 6:162 BW, staat vast.<sup>10</sup> Bij dit laatste verband gaat het om de causaliteit tussen de misleidende reclame (de onrechtmatige gedraging) en de schade die is ontstaan door de beslissing van de individuele consument om deel te nemen aan de loterij. De vraag die onderhavig arrest oproept is dan ook: hoe verhoudt het manipulatievereiste uit art. 6:194 BW (oud) zich tot het *condicio sine qua non*-verband uit art. 6:162 BW en kan bij een vastgestelde misleidende mededeling het *condicio sine qua non*-verband inderdaad worden vermoed? En zo ja, op grond waarvan? Deze laatste vraag krijgt in het arrest bijzonder weinig aandacht.

9. Daar waar de rechtbank nog expliciet ingaat op de omkeringsregel en de reden om van haar toepassing af te zien,<sup>11</sup> laat het Hof 's-Hertogenbosch bij die toepassing – die niet als zodanig wordt aangeduid – in het midden waarom zij in casu gerechtvaardigd is (r.o. 3.9 en 3.10). Geïmpliceerd wordt dat de (ogenschijnlijk kwantitatieve) invulling van het manipulatievereiste aanleiding geeft tot een feitelijk vermoeden. Omdat die invulling bovenal een kwalitatieve is geweest en er geen sprake is van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, is volgens ons een nadere rechtvaardiging van de toepassing van de

3. Anders dan de naam doet vermoeden, wordt bij toepassing van de omkeringsregel de bewijslast niet omgedraaid. Het bewijsrisico blijft bij de gedupeerde. De omkeringsregel scheidt slechts een vermoeden van causaal verband.  
 4. In zijn monografie stelt Verheij dat de ontwikkeling van die regel 'circulaire trekken' laat zien: A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht nr. 4), Deventer: Wolters-Kluwer 2019/19.  
 5. HvJ EG 16 januari 1992, nr. C-373/90, Jur. 1992, p. I-131 (*Nissan*).  
 6. HvJ EG 22 juni 1999, nr. C-210/96, NJ 2000/375, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 35 (*Gut Springenheide*).  
 7. HvJ EG 19 september 2006, nr. C-356/04, NJ 2007/18, m.nt. M.R. Mok, r.o. 76-80 (*Lidl Belgium*).  
 8. Zie hierover: C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 429-431.  
 9. W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij', AA 2015 (annotatie bij HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178), p. 789.  
 10. Van Boom & Pavillon, AA 2015, p. 791.  
 11. Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4295, r.o. 4.5.3 en 4.5.4 (*Staatsloterij*-zaak).

omkeringsregel, i.e. van de afwijking van de bewijslastverdeling van art. 150 Rv op haar plaats.

10. Een dergelijke rechtvaardiging is ook zonder meer mogelijk. Zo betoogt Akkermans dat de toepassing van de omkeringsregel behalve op een feitelijk vermoeden, ook op een *normatieve* grond kan worden gestoeld:

*‘De voornaamste van deze normatieve gronden ligt in het streven om de effectiviteit van de geschonden norm te waarborgen.’*<sup>12</sup>

Het (Europees) effectiviteits- (of doeltreffendheids-) beginsel is in het *World Online*-arrest<sup>13</sup> naar voren gebracht als de (normatieve) grondslag van de in deze collectieve misleidingzaak door de Hoge Raad toegestane omkering van de bewijslast. In rechtsoverweging 4.11.2 werd immers een vermoeden van een *condicio sine qua non*-verband aangenomen. Hoewel een dergelijke overweging ontbreekt in het *Staatsloterij*-arrest,<sup>14</sup> zou de rechter in deze zaak ook tot uitgangspunt mogen nemen dat de deelnemer niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gecontracteerd als hij van de werkelijke winstkansen had geweten.<sup>15</sup> In de *Staatsloterij*-zaak is immers, net als in de *World Online*-zaak, in strijd gehandeld met een Europese richtlijn ter bescherming van een zwakkere partij.

11. De rechtvaardiging voor de toepassing van de (normatieve grondslag van de) omkeringsregel in het consumentenrecht is naar wij menen gelegen in de noodzaak om een passend en effectief sanctiesysteem op te zetten tegen ondernemers die zich schuldig maken aan misleidende mededelingen.<sup>16</sup> In de Richtlijn misleidende reclame is deze verplichting neergelegd in artikel 5. Bij de keuze voor een bewijsvermoeden dient volgens ons het gehele sanctiearsenaal tegen misleidende reclame in ogenschouw te worden genomen.<sup>17</sup> Wat dan opvalt, is dat de publiekrechtelijke handhaving van de misleidingnorm op het terrein van de loterijen te wensen overlaat.<sup>18</sup> Wat echter ook blijkt, is dat deze richtlijn geen individuele remedies voorschrijft (dit in tegenstelling tot de op dit punt recent aangepaste Richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

12. Op de schending van de thans in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken opgenomen misleidingnorm dienen doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties te staan. Daar waar aan de ene kant doeltreffendheid en afschrikkendheid van de misleidingnorm, nu zij geschonden is, om een tegemoetkoming in de bewijslast van de individuele consument vragen,<sup>19</sup> verzet het evenredigheidsbe-

ginsel zich mogelijk tegen een vergaand vermoeden.<sup>20</sup> Aannemelijk is immers dat de normschending in werkelijkheid niet steeds invloed heeft gehad op de keuze van individuele consumenten om deel te nemen aan de loterij.<sup>21</sup> Het is met het oog op dit beginsel dus van belang dat de normovertreder voldoende gelegenheid krijgt om het vermoeden te weerleggen.

13. Die mogelijkheid heeft de Staatsloterij in deze zaak gehad maar zij is er volgens het hof niet in geslaagd het vermoeden te ontzenuwen (r.o. 3.11). Het speelgedrag van de deelnemer, zijn financiële mogelijkheden en emoties rondom de aanschaf van de loten schuiven het vermoeden niet opzij. Uit het arrest is niet goed op te maken of het hof hierbij de lat te hoog heeft gelegd. Het neemt het *condicio sine qua non*-verband aan en komt aan bij de vraag welke schade aan de deelnemer moet worden vergoed.

14. Bij de redelijke toerekening van de schade baseert het hof zich wederom op de misleidende mededelingen die aan het publiek zijn gedaan. Het redeneert dat de Staatsloterij redelijkerwijs kon verwachten dat de mededelingen tot de door de deelnemer gevorderde schadepost, het aankoopbedrag van een staatslot, zouden leiden (r.o. 3.14). Toepassing van de voordeelstoerekening acht het hof voor wat betreft de op geld waardeerbare kans op een te winnen prijs niet op haar plaats omdat de mededelingen van de Staatsloterij juist betrekking hadden op de winstkansen. De gewonnen prijzen kunnen wel worden verrekend (r.o. 3.17.1). De Staatsloterij dient de betalingen voor de loten in de periode 2000 tot en met 2008 vermindert met de opbrengsten daarvan te vergoeden (r.o. 3.16).

15. Kortom, de misleidende mededelingen keren zich in deze zaak volledig tegen de Staatsloterij. Vraag is of het hof met name de horde van het *condicio sine qua non*-verband niet te gemakkelijk heeft genomen. De keuze om de omkeringsregel toe te passen verdient naar onze mening een nadere onderbouwing. Naar verluidt heeft de Staatsloterij intussen beroep in cassatie ingesteld. Wij zien het arrest van de Hoge Raad dan ook met belangstelling tegemoet. Of een bewijsvermoeden leidt tot een toename van claims wagen wij tot slot te betwijfelen. Los van de vraag of consumenten zich de kosten van een procedure willen getroosten,<sup>22</sup> rijst de vraag of zij die wel kunnen instellen. Vele vorderingen zijn reeds verjaard en deelnemers aan de extra trekking die georganiseerd is op grond van de schikking met de Stichting Staatsloterij-schadeclaim hebben afstand gedaan van het recht een vorde-

12. A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband* (oratie VU), Den Haag: Boom juridisch 2002, p. 10.

13. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, r.o. 4.11.1 (*World Online*).

14. W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, ‘Meer kans in de staatsloterij’, *AA* 2015, p. 791 (annotatie bij HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178).

15. Het processuele debat kan er dan wel toe leiden dat dit uitgangspunt juist niet opgaat.

16. HvJ EU 16 april 2015, nr. C-388/15, r.o. 58 (*UPC/Magyarország*).

17. C.M.D.S. Pavillon, ‘Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive’, *ERPL* 2019, afl. 6, p. 1326-1327.

18. Pavillon 2020, *passim*, in het bijzonder p. 19.

19. Vgl. A.C.W. Pijls & W.H. van Boom, ‘Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid’, *WPNR* 2010, afl. 6834, p. 194-200.

20. Juist dit beginsel benadrukt het Hof van Justitie (HvJ EU 16 april 2015, nr. C-388/15, r.o. 58 (*UPC/Magyarország*)).

21. HvJ EU 9 november 2016, nr. C-42/15, ECLI:EU:C:2016:842, r.o. 71-72 (*Home Credit Slovakia*); HvJ EU 5 maart 2020, nr. C-679/18, ECLI:EU:C:2020:167, r.o. 26 (*OPR-Finance*).

22. R.R.M. de Moor, ‘Spiegeltje aan de wand: wie betaalt er allemaal best veel griffierecht in dit land?’, *TvC* 2019, afl. 5, p. 206-209.

ring in rechte in te stellen. Voor deze groep is deze tege-  
moetkoming in de bewijslast bijzonder wrang.

*Mw. prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon en  
mw. mr. dr. L.B.A. Tigelaar<sup>23</sup>*

---

23. Charlotte Pavillon is hoogleraar privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en redactievoorzitter van dit tijdschrift. Leonieke Tigelaar is universitair docent privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.