

Bewijslastverdeling bij schending van de zorgplicht

Inleiding

Op 15 december 2006 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen tussen NNEK en Mourik.¹ In die zaak was aan de orde de vraag op welke partij in beginsel de bewijslast rust van het feit dat een effecteninsetting niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. Het arrest is van belang voor procedures waarin een effecteninsetting wordt verweten de op haar rustende zorgplicht niet te hebben nageleefd, nu in de praktijk nog wel eens misverstand bestaat over de vraag op wie de bewijslast rust van dat feit.

Feiten en procesverloop

In de zomer van 2000 hebben NNEK, de effecteninsetting, en Mourik, de belegger, een vermogensbeheerovereenkomst gesloten. Het beleggingsdoel van Mourik was daarbij het zo spoedig mogelijk behalen van vermogensgroei en/of inkomsten.

Mourik belegde volgens de zogenoemde Premselaar-methode. Deze methode heeft geleid tot verschillende procedures.² De Premselaar-methode houdt in dat de effectenportefeuille van de belegger steeds voor (ongeveer) 50% met eigen vermogen en voor (ongeveer) 50% met geleend geld wordt gefinancierd. Stijgt de waarde van de portefeuille, en daalt de debetstand daardoor dus relatief, dan wordt direct met geleend geld bijgekocht. Daalt de portefeuille in waarde, dan worden – min of meer automatisch – effecten verkocht tot het evenwicht weer is bereikt.³ Frielink heeft over de Premselaar-methode opgemerkt dat een deugdelijke beleggingsanalytische onderbouwing voor deze omstreden methode, waarbij een constante financiering met (ongeveer) 50% vreemd vermogen de crux is, niet lijkt te bestaan en dat deze methode op den duur kansloos is voor de belegger.⁴

Mourik gaf op 27 juli 2000 een bedrag van NLG 2,1 miljoen aan NNEK ter belegging in beheer. NNEK rap-

porteerde maandelijks aan Mourik over het gevoerde beheer. In de eerste beleggingsperiode boekte Mourik een positief resultaat, maar in de maanden daarna werden slechts negatieve resultaten geboekt. Partijen hebben daarover op 8 januari 2001 een gesprek gevoerd.

Vervolgens is op 28 februari 2001 de portefeuille van Mourik geliquideerd en is de beheerovereenkomst beëindigd. Na liquidatie was het door Mourik in beheer gegeven vermogen geslonken tot circa NLG 446.000. In iets meer dan een halfjaar had Mourik dus een beleggingsverlies geleden van ruim NLG 1,6 miljoen.

Mourik stelde NNEK aansprakelijk voor het negatieve beleggingsresultaat en dagvaardde NNEK vervolgens voor de Rechtbank Amsterdam.

Mourik legde aan zijn vordering ten grondslag dat NNEK toerekenbaar was tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen die voor haar voortvloeiden uit de beheerovereenkomst. Mourik heeft daartoe een aantal concrete verwijten opgesomd die erop neerkomen dat NNEK bij de uitvoering van die overeenkomst niet de zorg in acht heeft genomen die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vermogensbeheerder mocht worden verwacht. De Rechtbank Amsterdam heeft twee tussenvonnissen gewezen. In haar tweede tussenvonnis liet zij NNEK toe tot het bewijs dat:

1. Mourik bij de intakegesprekken heeft aangegeven dat het te beleggen geld vrij beschikbaar was en niet nodig voor zijn bestaanszekerheid, dat zijn pensioen en het studiegeld voor zijn kinderen al geregeld waren en dat hij als interim-manager in zijn levensonderhoud (en dat van zijn gezin) zou gaan voorzien, en
2. dat Mourik bij de intakegesprekken is geweest op de risico's van de methode-Premselaar en op de mogelijkheid een gedeelte van zijn vermogen minder risicovol in obligaties te beleggen.

NNEK stelde appel in tegen de twee tussenvonnissen. Het Gerechtshof Amsterdam verwierp dit appel. Het overwoog daartoe dat Mourik gemotiveerd de stelling van NNEK heeft bestreden dat NNEK aan haar zorgplicht heeft voldaan. Het gerechtshof overwoog dat NNEK zich beriep op een bevrijdende omstandigheid waarvan op haar de bewijslast rust, te weten dat zij aan haar zorgplicht had voldaan, en dat de Rechtbank Amsterdam NNEK terecht met het bewijs van deze stelling heeft belast. In cassatie wordt opgekomen tegen deze verdeling van de bewijslast.

1. HR 15 december 2006, RvdW 2007, 1.

2. Zie M. van Luyn & C.E. du Perron, *Effecten van de zorgplicht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 41-45, voor een bespreking van een aantal uitspraken waarin de Klachtencommissie DSI en de Commissie van Beroep DSI hebben geoordeeld over deze methode. Zie verder bijv. Commissie van Beroep DSI 22 juli 2003, JOR 2003, 237 m.nt. K. Frielink onder JOR 2003, 238; Rb. Amsterdam 27 augustus 2003, JOR 2003, 238 m.nt. K. Frielink, en – meer recent – Rb. Amsterdam 1 juni 2005, JOR 2005, 187.

3. Zie r.o. 3.1 onder (ii) van het arrest voor een meer exacte beschrijving van de beleggingsmethode en verder de in voetnoot 2 genoemde noot van Frielink, sub 2.

4. Zie de in voetnoot 2 genoemde noot van Frielink, sub 2.

Overwegingen Hoge Raad

De Hoge Raad stelt bij de behandeling van de klachten van NNEK voorop dat Mourik aan zijn vorderingen ten grondslag heeft gelegd dat NNEK toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de beheerovereenkomst. De Hoge Raad overweegt vervolgens:

‘Ingevolge art. 150 Rv. rust in beginsel op Mourik de bewijslast van de feitelijke grondslag van de gestelde tekortkoming(en). In rov. 2.9 van zijn arrest heeft het hof echter geoordeeld dat NNEK zich erop beroept dat zij heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, hetgeen volgens het hof een bevrijdende omstandigheid is waarvan op haar de bewijslast rust. Deze overweging getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Van een bevrijdend verweer in de zin dat NNEK de door Mourik aan zijn vorderingen ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden niet zou hebben bestreden, maar zich afgezien daarvan op een bevrijdende omstandigheid zou hebben beroepen, is geen sprake. De omstandigheid dat NNEK zich heeft verweerd tegen de vordering met het betoog dat zij wel degelijk aan haar zorgplicht tegenover Mourik heeft voldaan, brengt niet mee dat NNEK de feiten moet bewijzen die zij aan dit verweer ten grondslag heeft gelegd.’⁵

De Hoge Raad concludeert dat de tegen het oordeel van het gerechtshof aangevoerde rechtsklacht slaagt en dat het bestreden arrest moet worden vernietigd.

Met het oog op de hernieuwde beoordeling van een grief van NNEK in de procedure na verwijzing heeft de Hoge Raad ambtshalve nog overwegingen gewijd aan de stelling van NNEK dat een rechter niet mag overgaan tot omkering van de bewijslast vanwege het enkele feit dat een partij niet aan een op haar rustende verzwaarde stelplicht heeft voldaan. De Hoge Raad acht dit standpunt van NNEK onjuist. Hij overweegt in dat verband:

‘Het is in beginsel aan het beleid van de rechter die over de feiten oordeelt, overgelaten welke sanctie hij in de gegeven omstandigheden passend acht indien een partij op wie een verzwaarde stelplicht rust, daaraan niet voldoet. Wel zal het in de regel meer voor de hand liggen dat de rechter de bewijslast niet omkeert, maar de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust hetzij, als onvoldoende betwist, op de voet van art. 149 lid 1 Rv. als vaststaand aanneemt, hetzij deze stellingen voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust. Overigens geldt ook voor een dergelijke beslissing dat zij ten minste zodanig moet worden gemoti-

veerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.’⁶

Commentaar

Verdeling bewijslast

Ik ga allereerst in op de overwegingen van de Hoge Raad over de verdeling van de bewijslast. Artikel 150 Rv geeft de hoofdregel voor verdeling van bewijslast. Dat artikel bepaalt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast daarvan draagt. Uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan een andere verdeling voortvloeien, aldus artikel 150 Rv.

Als voorbeeld van een bijzondere regel die een andere bewijslastverdeling tot gevolg heeft, kan worden gewezen op artikel 6:195 BW. Indien een vordering op grond van misleidende reclame wordt ingesteld op grond van artikel 6:194 BW tegen een partij die de inhoud en inkleiding van de misleidende mededeling heeft bepaald, rust op die partij de bewijslast van, kort gezegd, de juistheid en volledigheid van de mededeling. Op de andere in artikel 150 Rv vervatte uitzondering kom ik hierna terug, bij het onderwerp omkering van de bewijslast.

Hoofdregel is dus dat wie zich beroept op het rechtsgevolg van een bepaald feit, bij betwisting door de wederpartij, dat feit zal moeten bewijzen (zie art. 149 en 150 Rv). In de onderhavige zaak beriep Mourik zich erop, samengevat, dat NNEK haar zorgplicht als vermogensbeheerder had geschonden. NNEK bestreed dat door te stellen dat zij wél aan haar zorgplicht had voldaan. Ingevolge de hoofdregel had Mourik dus met het bewijs van zijn stellingen moeten worden belast. Het hof deed dat niet, omdat het de betwisting door NNEK had aangemerkt als een bevrijdend verweer. Zoals de Hoge Raad terecht heeft overwogen, was van een bevrijdend verweer echter geen sprake.

Een bevrijdend verweer is een verweer dat geen betwisting inhoudt van de door de wederpartij aan haar vordering ten grondslag gelegde feiten.⁷ Een voorbeeld aan de hand van de voorliggende casus kan dit begrip verduidelijken. In casu had Mourik, kort gezegd, aangevoerd dat NNEK haar zorgplicht zou hebben geschonden. NNEK zou hebben kunnen aanvoeren dat de vordering van Mourik is verjaard. Dit verweer houdt geen betwisting in van

5. Zie r.o. 3.3 van het arrest.

6. Zie r.o. 3.4.

7. Zie bijv. HR 18 november 2005, NJ 2006, 151, r.o. 3.3. Voor een uitgebreidere beschouwing kan worden verwezen naar de conclusie van A-G Verkade voor het hier besproken arrest, sub 4.3.

de feitelijke grondslag van de vordering van Mourik, maar vormt een zelfstandige, bevrijdende grond die tot afwijzing van de vordering van Mourik kan leiden. In het voorbeeld zou NNEK de feiten die een beroep op verjaring moeten schragen, dus moeten stellen en zo nodig bewijzen.

Omkering bewijslast

Thans zal ik nog enige woorden wijden aan hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen over omkering van de bewijslast.

Van omkering van bewijslast is sprake indien een partij ingevolge artikel 150 Rv in beginsel is belast met het bewijs van een bepaald feit en daarvan het bewijsrisico draagt, maar door ingrijpen van de rechter of de wetgever de wederpartij wordt belast met de bewijslast en het bewijsrisico van dat feit. Een voorbeeld hiervan is de door het hof gevolgde benadering. In plaats van dat Mourik moet bewijzen dat NNEK tekort is geschoten, moet NNEK bewijzen dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan.

In de praktijk wordt niet snel toegekomen aan omkering van de bewijslast. Slechts in sprekende gevallen zal dienen te worden ingegrepen in het evenwicht tussen procespartijen. Dat kan worden gedaan in het geval dat evenwicht niet aanwezig is of vanwege rechtspolitieke argumenten, zoals slachtofferbescherming.⁸ Het hangt af van de concrete omstandigheden van het geval of omkering van de bewijslast is aangewezen.

Dat de bewijslast niet snel mag worden omgekeerd – en dat in de regel ook daaraan geen behoefte bestaat – blijkt mijns inziens ook uit het hier besproken arrest. De Hoge Raad merkt immers op dat het in de regel meer voor de hand ligt dat de rechter de bewijslast niet omkeert.

Bovendien kan de rechter door het toepassen van andere technieken een vergelijkbaar resultaat bereiken als door middel van omkering van de bewijslast. De Hoge Raad noemt twee manieren waarop dat kan. In de eerste plaats kan de rechter de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust als onvoldoende betwist, op de voet van artikel 149 lid 1 Rv, als vaststaand aannemen. Als tweede mogelijkheid noemt de Hoge Raad het voorshands bewezen achten van feiten behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust. In de voorliggende casus zou dat erop neerkomen dat de stelling van Mourik dat NNEK haar zorgplicht heeft geschonden, voorshands als juist wordt aangenomen, en dat NNEK in de gelegenheid wordt gesteld tegenbewijs te leveren. Alsdan zou NNEK het vermoeden dat zij haar zorgplicht heeft geschonden, moeten ontzenuwen.

8. Zie W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 83-84.

De Hoge Raad wijst er verder op dat omkering van de bewijslast ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat voldoende inzicht wordt gegeven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang. De beslissing moet zowel voor partijen als voor derden, zoals de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar zijn. Doordat de lagere rechter zijn beslissing tot omkering van de bewijslast moet motiveren, is deze beslissing in cassatie toetsbaar. De Hoge Raad geeft zichzelf daarmee een middel om in te grijpen wanneer omkering van de bewijslast niet op haar plaats is.

Bewijslastomkering als beginsel?

In effectenrechtelijke geschillen zal vaak verschil van mening bestaan over de vraag of de effecteninsetting de belegger voor bepaalde risico's moet waarschuwen en op welke wijze die waarschuwing moet worden gegeven, dat wil zeggen schriftelijk dan wel mondeling. Zoals hiervoor is gebleken, dient de belegger in beginsel een dergelijke schending van de zorgplicht te bewijzen. Men zou echter kunnen redeneren dat een belegger, ten opzichte van de effecteninsetting, een zwakkere partij is, en dat het in het algemeen moeilijker is te bewijzen dat iets niet is gedaan, dan te bewijzen dat iets wel is geschied. Men zou daardoor geneigd kunnen zijn te denken dat deze omstandigheden een omkering van de bewijslast rechtvaardigen. Aldus zou de omkering van de bewijslast in effectenrechtelijke geschillen als beginsel worden aanvaard. Naar mijn mening is dat onjuist. Artikel 150 Rv geeft het beginsel voor verdeling van de bewijslast. Wie zich op het rechtsgevolg van bepaalde feiten beroept, dient deze feiten te bewijzen. Ik zie geen principiële rechtspolitieke argumenten die nopen tot een structurele afwijking van dit wettelijk uitgangspunt.

In de eerste plaats dient te worden bedacht dat de omstandigheid dat een belegger mogelijk in bewijsnood verkeert, op zichzelf geen aanleiding vormt voor het kiezen van een andere bewijslastverdeling.⁹ Dit is slechts anders indien de effecteninsetting die bewijsnood heeft veroorzaakt. Mijns inziens zal daar niet snel sprake van zijn.

In dat verband merk ik op dat de door effecteninstellingen te geven waarschuwingen niet per se schriftelijk behoeven te worden gegeven, maar ook mondeling kunnen worden gedaan.¹⁰ In dat licht bezien valt naar mijn mening niet goed in te zien waarom het voor een belegger

9. Zie de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78, sub 2.23.

10. Zie ook bijv. Rb. Rotterdam 18 maart 2005, JOR 2005, 276 m.nt. F.M.A. 't Hart; Rb. Amsterdam 30 maart 2005, JOR 2005, 150. Zie over de waarschuwingsplicht van effecteninstellingen uitgebreider S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 217-240. Zie over waarschuwingsplichten in het algemeen I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Vennootschap & Onderneming

bezwaarlijk zou zijn te bewijzen dat hij niet mondeling is gewaarschuwd. Een dergelijk bewijs kan immers worden geleverd door het doen horen van getuigen, zoals de betrokken medewerkers van de instelling. Een belegger verkeert dus niet per definitie in bewijsnood doordat hij moet bewijzen dat hij niet is gewaarschuwd.

In de tweede plaats is voor de vraag of een andere bewijslastverdeling is aangewezen, in beginsel evenmin doorslaggevend dat het voor een effecteninsetting wellicht eenvoudiger is te bewijzen dat zij wel aan haar zorgplicht heeft voldaan.¹¹ Uiteraard kan hier op grond van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering worden gemaakt, maar dat zal zich niet vaak voordoen.¹² Op de partij die een omkering van de bewijslast wil bewerkstelligen, rust een zware bewijslast. Deze partij zal moeten aantonen dat zonder omkering van de bewijslast het materiële recht niet zijn beloop zal hebben. Dat een bank een professionele instelling is en een financieel sterkere partij is dan de gemiddelde belegger, betekent mijns inziens niet dat de verwezenlijking van het materiële recht in het gedrang komt.

De reden daarvan is dat een belegger in beginsel dezelfde informatiepositie heeft als een bank of effecteninsetting. De belegger wordt door de bank op de hoogte gesteld van de door de bank verrichte transacties, en ontvangt kopieën van de met de bank afgesloten contracten. In zoverre bestaat een zeker evenwicht tussen de belegger en de bank.

Ik meen dat het evenwicht tussen de belegger en de bank in beginsel ook niet wordt doorbroken doordat een bank kapitaalkrachtiger is dan de belegger. Het enkele feit dat een bank een financieel betere positie heeft dan een belegger, lijkt mij onvoldoende rechtvaardiging voor het belasten van de bank met de bewijslast van het feit dat de bank haar zorgplicht heeft nageleefd. Het enkele feit dat een bank een betere financiële positie heeft, leidt immers niet per definitie tot een situatie waarin de verwezenlijking van het materiële recht in gevaar komt, temeer niet als de belegger zelf ook niet onvermogen is.

In de derde plaats blijkt uit jurisprudentie van de Hoge Raad dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat een partij wordt opgedragen bewijs te leveren van een negatief feit, dat wil zeggen het bewijs dat iets niet heeft plaatsgevonden:

‘Middel 2, alinea 16, klaagt (a) dat de eisen van redelijkheid en billijkheid juist met zich brengen dat Interpolis wordt belast met het bewijs aangezien Interpolis

door de bewijslast het minst bezwaard wordt en (b) dat de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid op Interpolis dient te rusten aangezien B. anders een negatief feit zou moeten bewijzen. De enkele omstandigheid dat omkering van de bewijslast zou leiden tot het bewijzen van een negatief feit, vormt voor zodanige omkering echter geen beletsel.’¹³

Nu omkering van de bewijslast die zou leiden tot het bewijzen van een negatief feit, aan een zodanige omkering niet in de weg staat, is dit naar mijn mening niet anders wanneer een partij met toepassing van de hoofdregel van artikel 150 Rv wordt belast met het bewijs van een negatief feit. Het is niet per definitie onredelijk dat een partij wordt belast met het bewijs van een negatief feit.

Ik zie ook geen aanleiding in effectenrechtelijke geschillen snel te grijpen naar het middel van de verzwaarde stelplicht. De verzwaarde stelplicht wordt gehanteerd in gevallen waarin de partij op wie de bewijslast rust in bewijsnood verkeert, omdat de wederpartij (die geen bewijslast heeft) beschikt of zou moeten beschikken over cruciale gegevens die op het bewijsthema betrekking hebben. De verzwaarde stelplicht wordt vaak toegepast in medische aansprakelijkheidskwesties. De arts die door een patiënt aansprakelijk wordt gesteld voor schade die is geleden als gevolg van een operatie, zal in zijn bestrijding van de aansprakelijkstelling de patiënt voldoende aanknopingspunten moeten bieden teneinde de patiënt in staat te stellen na te gaan wat tijdens de operatie is voorgevallen.¹⁴ Het doel van de verzwaarde stelplicht is beïnvloeding van het bewijsrisico. De Hoge Raad grijpt op grond van de redelijkheid en billijkheid niet zonder meer in de omvang van de stelplicht in, maar slechts wanneer in bepaalde procesconstellaties een zo ernstige verstoring van het processuele evenwicht dreigt, dat de realisering van het materiële recht zonder ingrijpen te veel in gevaar zou komen.¹⁵

Naar mijn mening rust op een bank of effecteninsetting in beginsel geen verzwaarde stelplicht. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, beschikt een belegger in beginsel over dezelfde informatie als een bank of effecteninsetting. Anders dan de patiënt die onder narcose op de operatietafel ligt, weet de belegger dus welke handelingen door een bank te zijnen behoeve worden verricht. In beginsel heeft een belegger dus voldoende informatie ter onderbouwing van een vordering tegen een effecteninsetting en bestaat geen aanleiding de instelling te belasten met een verzwaarde stelplicht.

13. HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78.

14. Zie verder de conclusie van A-G Verkade voor het hier besproken arrest, sub 4.6.

15. Zie Asser 2004, p. 115-116.

11. Zie de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78, sub 2.33.

12. Zie Asser 2004, p. 85.

Conclusie

Uit de hier besproken casus blijkt dat in de praktijk soms lastig is te bepalen op wie de bewijslast rust van bepaalde feiten. Het arrest van de Hoge Raad maakt duidelijk dat in effectenrechtelijke geschillen in beginsel gewoon de hoofdregel van artikel 150 Rv dient te worden gevolgd. De belegger die stelt dat de effecteninstelling tekort is geschoten, dient te worden belast met het bewijs van zijn stellingen. Voor een omkering van de bewijslast zal niet snel aanleiding bestaan. Evenmin zie ik aanleiding in effectenrechtelijke geschillen de instelling te belasten met een verzwaarde stelplicht, nu de informatiepositie van de belegger en instelling in beginsel min of meer gelijk is.

Mr. A.J. Haasjes
NautaDutilh