

EUR Research Information Portal

Fortis/Bourgonje

Publication status and date:

Published: 01/01/2011

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Citation for the published version (APA):

Pijls, A. (2011). Fortis/Bourgonje. Case note on: Hoge Raad der Nederlanden, 24/12/10, ECLI:HR:2010:BO1799 (Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR) 2011/3). 2011(3).

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

Annotatie bij HR 24 december 2010, LJN: BO1799 (Fortis/Bourgonje)

1. Het belang van het hier te bespreken arrest is gelegen in de principiële overwegingen die de Hoge Raad wijdt aan het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. In het onderhavige beleggingsgeschil wordt toepassing van dit leerstuk als oplossing voor causaliteitsonzekerheid afgewezen. Eén terminologische kwestie vooraf. Onder proportionele aansprakelijkheid versta ik – en wordt in de literatuur in het algemeen verstaan - de figuur die door de Hoge Raad is geïntroduceerd in het bekende arrest HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006/328 (Nefalit/Karamus). Strikt genomen is van *proportionele* aansprakelijkheid echter geen sprake, omdat in beginsel aansprakelijkheid voor de *gehele* schade wordt aangenomen, die vervolgens wordt gecorrigeerd met een behulp van art. 6:101 BW (eigen schuld) pro rata de kans dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak. Zie voor deze nuance J.S. Kortmann 2006, *NJB* 2006-26, p. 1404-1412.

2. De feiten zijn als volgt. ICT-ondernemer Bourgonje heeft in 1999 zijn aandelen in een zelf opgebouwd bedrijf verkocht aan het Amerikaanse bedrijf Predictive Systems Inc. (hierna: 'Predictive'). De koopprijs is in aandelen voldaan, zodat Bourgonje op 11 augustus 1999 in het bezit kwam van een groot aantal aandelen Predictive. Met ingang van 27 oktober 1999 zijn de aandelen Predictive genoteerd aan de effectenbeurs NASDAQ. Aangezien Bourgonje gebonden was aan de zgn. 'lock-up verplichting', was het hem niet toegestaan deze aandelen voor 11 augustus 2000 te verkopen. Op 20 april 2000 is tussen Bourgonje en Fortis een vermogensbeheerovereenkomst gesloten. De doelstelling van het aan Fortis opgedragen beheer was vermogensgroei op de lange termijn. Dit hield onder meer in dat de beleggingen voor onbepaalde tijd zouden plaatsvinden en dat met het oog op de gewenste risicospreiding wereldwijd zou worden belegd. De aandelen Predictive noteerden in de maand april 2000 rond de 40 USD. Daarna is de koers gedaald. In augustus 2000 noteerden de aandelen omstreeks 20 USD, en sindsdien is de koers nog verder weggezakt.

3. Bourgonje houdt Fortis voor bijna € 13 miljoen aansprakelijk voor de door hem geleden (beleggings)schade. Hij legt aan zijn vordering onder meer ten grondslag dat Fortis jegens hem is tekort geschoten in haar zorgplicht. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. In hoger beroep bij het Hof Amsterdam (*JOR* 2009/15 m.nt. J.A. Voerman) heeft Bourgonje wel succes. Verkort weergegeven luidt het oordeel van het hof als volgt. De relatie tussen partijen met betrekking tot de aandelen Predictive kan niet worden aangemerkt als een 'execution only' relatie en het was de bedoeling van partijen dat de opbrengst van de verkoop van die aandelen zou worden toegevoegd aan het in beheer gegeven vermogen. Door ook na de *lock-up* periode de verkoop van die aandelen uit te stellen, verhinderde Bourgonje feitelijk dat het vermogensbeheer overeenkomstig de vastgelegde uitgangspunten werd uitgevoerd. Bovendien bleef hij aldus zijn gehele vermogen blootstellen aan een koersrisico. Onder die omstandigheden was Fortis gehouden haar eigenzinnige cliënt er indringend ('in niet mis te verstane bewoordingen') op te wijzen de aandelen zo snel mogelijk te verkopen. Aangezien Fortis niet aan deze adviseringsplicht heeft voldaan, is zij jegens Bourgonje tekortgeschoten.

4. Dit oordeel houdt in cassatie geen stand. De Hoge Raad stelt voorop dat de op Fortis – krachtens de vermogensbeheerrelatie – rustende bijzondere zorgplicht *kon* meebrengen dat Fortis was gehouden haar cliënt uitdrukkelijk te waarschuwen voor de door deze met betrekking tot de samenstelling van zijn portefeuille genomen risico's (r.o. 3.4). De omstandigheden dat de cliënt eigenzinnig is en persoonlijk betrokken is bij de onderneming waarin een naar objectieve maatstaven onwenselijk groot gedeelte van zijn vermogen is belegd, maken dit op zichzelf niet anders. Deze zorgplicht strekt er immers juist mede toe de

cliënt te beschermen tegen de gevaren die zijn verbonden aan eigenzinnigheid, gevoelens van emotionele verbondenheid met de desbetreffende onderneming, en gebrek aan inzicht, aldus de Hoge Raad. Bij de beantwoording van de vragen of deze waarschuwingsplicht *in een concreet geval daadwerkelijk* bestaat, en hoever zij strekt, dienen volgens de Hoge Raad echter *ook* te worden meegewogen de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt. In dat licht slagen de motiveringsklachten. Gegeven het verweer van Fortis dat Bourgonje beter dan zichzelf op de hoogte was van de waarde van de aandelen Predictive relevante omstandigheden, over insiderskennis beschikte, en daarnaast een ervaren ondernemer en belegger is in de ICT-sector, had het hof zijn oordeel beter moeten motiveren (r.o. 3.5).

5. Het oordeel van het hof sneuvelt mijns inziens terecht. Uit vaste rechtspraak volgt immers dat wanneer in de relatie de bank-cliënt een bijzondere zorgplicht wordt aangenomen (zie voor de bank die in het kader van de optiehandel bemiddelingsactiviteiten verricht onder meer HR 11 juli 2003, *NJ* 2005/103; zie voor de aanbieder van een effectenleaseproduct HR 5 juni 2009, *JOR* 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieveerse), de reikwijdte van deze zorgplicht (onder meer) afhankelijk is van de mate van deskundigheid en ervaring van de desbetreffende cliënt. In zijn oordeel dat op Fortis ten opzichte van Bourgonje een waarschuwingsplicht rustte, had het hof daarom moeten meewegen dat Bourgonje een ervaren ondernemer/belegger is. Van een ervaren ondernemer/belegger mag immers eerder worden verwacht dat hij doorziet dat hij door het aanhouden van een groot aandelenpakket aanzienlijke beleggingsrisico's loopt. Volgens de Hoge Raad zijn ook het feit dat Bourgonje (nog steeds) nauw bij Predictive betrokken was en het feit dat hij de beschikking had over inside information, relevante omstandigheden voor de reikwijdte van de zorgplicht. Dit acht ik begrijpelijk in het licht van de vaststelling van het hof dat (de zorgplicht meebracht dat) Fortis Bourgonje indringend had moeten waarschuwen zijn belang in Predictive *zo snel mogelijk af te bouwen* (de Hoge Raad spreekt meer algemeen over "waarschuwen met betrekking tot de samenstelling van de portefeuille genomen risico's"). De vermogensbeheerrelatie tussen Fortis en Bourgonje bracht immers op zichzelf niet met zich dat Fortis (tevens) moest adviseren over de opportuniteit van het aanhouden of verkopen van het belang in Predictive. Fortis beschikte ook niet over ter zake relevante informatie. Bourgonje zelf was op dit punt veel beter geïnformeerd. Dit laatste kon meebrengen dat Fortis zich in haar rol als vermogensbeheerder enigszins terughoudend moest opstellen bij het geven van een concreet verkoopadvies (zie in dit verband ook paragraaf 3.32-3.33 van de conclusie van A-G Wissink).

6. Uitgaande van de door het hof vastgestelde normschending is vervolgens het causaal verband aan de orde: wanneer Fortis aan haar waarschuwingsplicht zou hebben voldaan, zou Bourgonje de aldus gegeven waarschuwing dan hebben opgevolgd en zou zijn schade daarmee zijn uitgebleven? Naar het oordeel van het hof kan het causaal verband (bedoeld wordt het *condicio sine qua non*-verband (hierna: 'csqn-verband')) niet met zekerheid worden vastgesteld. Met toepassing van de regel uit het arrest Nefalit/Karamus – zonder overigens expliciet aan dit arrest te refereren – oordeelt het dat er 50 % kans is dat Bourgonje een uitdrukkelijke waarschuwing zou hebben opgevolgd. Fortis moet daarom de helft van zijn schade vergoeden.

7. Ook dit oordeel van het hof houdt in cassatie geen stand. De Hoge Raad begint zijn oordeel met een algemene uiteenzetting over het toepassingsbereik van de regel uit Nefalit/Karamus (zie r.o. 3.8). Volgens de Hoge Raad dient de regel met terughoudendheid te worden toegepast, omdat daaraan het bezwaar is verbonden dat 'toepassing [er]van de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet (...) heeft

veroorzaakt'. De rechter die niettemin tot toepassing overgaat, dient in zijn motivering te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending, die toepassing in het concrete geval rechtvaardigen. En hoewel de overwegingen van Nefalit/Karamus zijn toegesneden op de specifieke omstandigheden van het geval (aansprakelijkheid van de werkgever tegenover zijn werknemer wegens blootstelling aan asbest), betekent dit niet dat proportionele aansprakelijkheid slechts in een zodanig geval kan worden toegepast. Ook in andere gevallen kan toepassing zijn aangewezen, aldus (zeer verkort weergegeven het oordeel van) de Hoge Raad.

In het onderhavige geval heeft het hof de bedoelde terughoudendheid naar het oordeel van de Hoge Raad miskend; de regel uit Nefalit/Karamus kan alleen worden toegepast in 'uitzonderlijke - van geval tot geval te beoordelen - omstandigheden' (r.o. 3.9). Mede gelet op de *aard* van de geschonden norm (waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder tegenover zijn cliënt), de *strekking* van de geschonden norm (het voorkomen van vermogensschade) en de omstandigheid dat het hof heeft vastgesteld dat de kans dat Bourgonje de waarschuwing daadwerkelijk zou hebben opgevolgd 'niet bijzonder groot is te noemen', brengt die terughoudend in dit geval mee dat het tegenover de vermogensbeheerder onaanvaardbaar is proportionele aansprakelijkheid toe te passen (r.o. 3.10).

8. Het belang van de in dit arrest door de Hoge Raad gegeven toelichting op (de reikwijdte van) de regel uit Nefalit/Karamus overstijgt het belang van de problematiek van (vergoeding van) beleggingsschade. In de eerste plaats leert de Hoge Raad ons dat de regel met 'terughoudendheid' dient te worden toegepast, en dat voor toepassing alleen ruimte is 'in uitzonderlijke - van geval tot geval te beoordelen - omstandigheden', welke omstandigheden bovendien door de rechter moeten worden verantwoord. Hoewel het arrest Nefalit/Karamus ook al heel omzichtig was geformuleerd, werd in dat arrest nog niet van 'terughoudendheid' gesproken. Met Fortis/Bourgonje weten we nu dat proportionele aansprakelijkheid als oplossing voor causaliteitonzekerheid echt een uitzondering moet blijven. De reden die de Hoge Raad voor die terughoudendheid aanvoert, is dat in geval van toepassing van proportionele aansprakelijkheid iemand mogelijk aansprakelijk wordt gehouden voor schade die hij niet heeft veroorzaakt. Op zichzelf is dit waar, maar ik heb het gevoel dat de Hoge Raad hier niet het achterste van zijn tong laat zien. Het genoemde bezwaar is namelijk ook verbonden aan de in de arresten World Online (HR 27 november 2009, *JOR* 2010/43 m.nt. K. Frielink) en Dexia (HR 5 juni 2009, *JOR* 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieverse) geboden oplossing(en) voor causaliteitonzekerheid (rechterlijk vermoeden van csqn-verband resp. rechterlijk vermoeden/verzwaarde motiveringsplicht; zie hierover A.C.W. Pijls & W.H. van Boom, *WPNR* 2010/6834), maar in die arresten vormde dat voor de Hoge Raad kennelijk geen aanleiding om die terughoudendheid te expliciteren. De ware *policy consideration* voor terughoudendheid bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid is denk ik dat zij (te zeer) als een uitnodiging werkt voor 'speculanten' om reeds bij een geringe kans op causaal verband een proces te beginnen. Dat is zowel bezwaarlijk voor de aansprakelijk gestelde partij die met kostbare procedures wordt geconfronteerd, als voor het rechterlijk apparaat dat onnodig wordt belast.

In de tweede plaats leert het arrest ons dat - niettegenstaande de genoemde terughoudendheid - toepassing van proportionele aansprakelijkheid niet is beperkt tot het terrein van werkgeversaansprakelijkheid en door asbest veroorzaakte gezondheidsschade. Ook in andere (uitzonderlijke) gevallen kan zij worden toegepast. Over wat voor gevallen het gaat, blijft de Hoge Raad nadrukkelijk een beetje in het vage. Voor toepassing kan 'met name aanleiding zijn indien (...) een *niet zeer kleine kans* bestaat dat het [csqn]-verband tussen de geschonden

norm en de geleden schade aanwezig is, en de *strekking* van de geschonden norm en de *aard* van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen' (r.o. 3.8, slot; curs. *ACWP*). Vooralsnog lijkt de Hoge Raad het speelveld dus open te willen houden.

9. Interessant is dat de Hoge Raad wel de moeite neemt in te gaan op een tweetal in de literatuur genoemde criteria om de toepasselijkheid van proportionele aansprakelijkheid af te bakenen. Volgens de Hoge Raad is toepassing van de regel uit Nefalit/Karamus niet beperkt 'tot gevallen waarin het bewijs van het [csqn]-verband *in het algemeen* een probleem is, reeds omdat het onderscheid tussen zodanige gevallen en die waarin de onzekerheid voortvloeit uit de specifieke omstandigheden van het desbetreffende geval, onvoldoende scherp is' (r.o. 3.9; curs. en toevoeging *ACWP*). Het in de literatuur wel verdedigde standpunt dat proportionele aansprakelijkheid alleen zou mogen worden toegepast in gevallen van zgn. 'structurele bewijsnood' en niet in geval van individuele bewijsproblemen (zie onder meer C.J.M. Klaassen 2007, *NJB* 2007-22, p. 1352-1353), is daarmee verworpen. Ik vind dat terecht. Het onderscheid tussen een vaak voorkomend probleem in individuele gevallen (zoals causaliteitsonzekerheid bij informatieverzuimen) en een structureel probleem is op zichzelf immers niet duidelijk, althans niet voldoende duidelijk om het toepassingsbereik van een regel mee af te bakenen.

Daarnaast is volgens de Hoge Raad ook het 'onderscheid tussen gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op *in het verleden*, dan wel *in de toekomst* gelegen schadeposten' onvoldoende scherp om als afbakeningscriterium te fungeren (r.o. 3.9; curs. *ACWP*). Ik neem aan dat de Hoge Raad hier refereert aan het in de literatuur wel gehanteerde onderscheid tussen enerzijds gevallen waarin onzekerheid bestaat over wat er zou zijn gebeurd indien een bepaalde normschending achterwege zou zijn gebleven (bijvoorbeeld: zou het hoger beroep zijn gewonnen als de advocaat tijdig had gedagvaard?), en anderzijds gevallen waarin onzekerheid bestaat over wat in het verleden is gebeurd en het gaat om de kans dat de schade door die (historische) gebeurtenis is veroorzaakt (bijvoorbeeld: is de longkanker veroorzaakt door roken of door blootstelling aan asbest?). Het eerste geval wordt doorgaans benaderd als een probleem van (vergoeding van) kansschade, het tweede als een probleem van causaliteitsonzekerheid. Onder meer Hartkamp en Sieburgh (Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-II*, 2009, nr. 80) en Akkermans (in: A.J. Akkermans e.a. (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu 2000, p. 87-101) wijzen erop dat het genoemde onderscheid op het eerste gezicht verhelderend werkt, maar in wezen niet zuiver is. Hun bezwaar komt er in essentie op neer dat het in beide gevallen gaat om onzekerheid over een *hypothetische* situatie. Immers, net zo min als met zekerheid vastgesteld kan worden hoe het hoger beroep zou zijn afgelopen als de advocaat geen beroepsfout zou hebben gemaakt, kan evenmin worden vastgesteld of de longkanker zich ook zonder de onrechtmatige asbestblootstelling zou hebben ontwikkeld. Ook in het tweede geval zou daarom sprake zijn van het verlies van een kans. Ik ben het met genoemde auteurs eens dat het onderscheid onvoldoende relevantie heeft om er concrete rechtsgevolgen aan te verbinden. Wel zou ik willen benadrukken, dat er in de praktijk gevallen denkbaar zijn waarin het onderscheid wel degelijk bestaat en niet slechts schijn is. Te denken valt bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid van de arts wegens het maken van een behandelingsfout. De situatie waarbij als gevolg van een onjuiste medische diagnose een 25% kans op herstel verloren is gegaan, verschilt wel degelijk van de situatie waarbij slechts met 25% zekerheid kan worden vastgesteld of bepaald letsel vóór het eerste artsbezoek al onomkeerbaar was. (vgl. in dit verband de bekende Engelse *Hotson*-uitspraak van de *House of Lords*, [1987] 2 All ER 909). Was het letsel inderdaad onomkeerbaar, dan is in het geheel geen kans verloren gegaan. Was het letsel niet

onomkeerbaar, dan is een (100%) *zeker* herstel verloren gegaan. Probleem is alleen dat de al of niet onomkeerbaarheid niet met zekerheid kan worden vastgesteld.

Een andere in de literatuur nog genoemde afbakeningsfactor voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid is dat het moet gaan om zgn. ‘meervoudige causaliteitsonzekerheid’ (de Hoge Raad noemt deze factor hier niet). Volgens dit criterium zou proportionele aansprakelijkheid alleen mogen worden toegepast wanneer er *meerdere mogelijke* zelfstandige oorzaken van het schadevooral zijn (zie bijvoorbeeld I. Giesen, ‘De proportionele benadering in het aansprakelijkheidsrecht’, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht 2008, p. 80-84 en Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006-28, p. 99). Ook dit criterium acht ik ongeschikt. In geval van causaliteitsonzekerheid is er - zou ik zeggen - per definitie sprake van meerdere mogelijke oorzaken. Is voor bepaalde schade maar één oorzaak aanwijsbaar, dan is er ook geen onzekerheid.

10. Wat betekent het onderhavige arrest voor de eventuele toepassing van proportionele aansprakelijkheid in toekomstige gevallen van (vergoeding van) beleggingsschade? Het lijkt erop dat de Hoge Raad het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid voor deze gevallen niet wenst te aanvaarden. In het onderhavige geval vormen de aard van de geschonden norm (waarschuwingsplicht van de vermogensbeheerder die zijn cliënt moet beschermen tegen het gevaar van eigenzinnigheid en gebrek aan inzicht) en de strekking van de geschonden norm (het voorkomen van vermogensschade) namelijk onvoldoende rechtvaardiging om proportionele aansprakelijkheid te kunnen toepassen, en ik zie niet in hoe de afweging van deze twee factoren in een andersoortig beleggingsgeschil anders zou kunnen uitpakken. Weliswaar weegt de Hoge Raad bij het afwijzen van proportionele aansprakelijkheid ook nog mee dat (het hof heeft vastgesteld dat) de kans dat Bourgonje de waarschuwing daadwerkelijk zou hebben opgevolgd ‘niet bijzonder groot is te noemen’, maar volgens mij is deze omstandigheid irrelevant. In de redenering van het hof diende de vaststelling dat de kans ‘niet bijzonder groot was’ er namelijk toe om te laten zien dat was voldaan aan de ondergrens van ‘zeer kleine kans’. Mij dunkt dat het bij een kans die ‘niet bijzonder groot is’ in ieder geval gaat om een reële kans, en dat die kans is groter dan een ‘zeer kleine kans’. In dit geval had het hof de kans zelfs op 50% geschat (al zij toegegeven dat dit een slag in de lucht was). Aan de voorwaarde voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid dat de kans moet zijn gelegen tussen de uitersten ‘zeer kleine kans’ en ‘zeer grote kans’ (zie Nefalit/Karamus, r.o. 3.13) was dus voldaan. De omstandigheid dat de kans ‘niet bijzonder groot is’ is alleen relevant, wanneer ervan uit moet worden gegaan dat buiten het door Nefalit/Karamus bestreken terrein (werkgeversaansprakelijkheid en door asbest veroorzaakte gezondheidsschade) een verschillend proportioneel regime heeft te gelden. Daarmee bedoel ik dat waar in gevallen van het type Nefalit/Karamus de kans in het interval ‘zeer klein-zeer groot’ moet liggen om proportionele aansprakelijkheid te mogen toepassen, in andersoortige gevallen (zoals bijvoorbeeld beleggingsschade) de kans in het interval ‘klein-groot’ of ‘reëel-groot’ moet vallen. Dit laatste lijkt mij niet waarschijnlijk. In zijn algemene overwegingen waarin de Hoge Raad de reikwijdte van de regel uit Nefalit/Karamus bespreekt en waarin hij ook ingaat op ‘andere gevallen’, refereert de Hoge Raad immers nog steeds aan de ‘niet *zeer kleine* kans’ (curs. *ACWP*).

11. Wat betreft de toepassing van proportionele aansprakelijkheid als oplossing voor causaliteitsonzekerheid in geval van (door informatieverzuimen veroorzaakte) beleggingsschade is in de literatuur opgemerkt dat een vergelijkbaar ‘proportioneel’ resultaat kan worden bereikt, door ‘gewoon’ aan het (traditionele) csqn-vereiste vast te houden en dat dan te combineren met een eigen schuld correctie (zie onder meer Schild, *RM Themis* 2009-6,

p. 263). De gedachte is dat met het csqn-vereiste soepel kan worden omgegaan (bijvoorbeeld door het verlichten van de stelplicht/bewijslast van de belegger via een rechterlijk vermoeden of verzwaarde motiveringsplicht, vgl. HR 5 juni 2009, *JOR* 2009/199 (Dexia)) en dat de aldus gevestigde aansprakelijkheid vervolgens op de voet van art. 6:101 BW kan worden teruggesnoeid (zie in dit verband ook de paragrafen 3.62 en 3.79 van de conclusie van A-G Wissink). Ofschoon de uiteindelijke (financiële) uitkomst van beide technieken in de praktijk ongeveer wel dezelfde zal zijn, acht ik het gelijkstellen van beide oplossingen vanuit dogmatisch (en mathematisch) oogpunt onjuist. Mijn bezwaar is dat de belegger in het eerste geval – in theorie althans - wordt overgecompenseerd. Aan de hand van de onderhavige casus valt dat eenvoudig in te zien. De vraag waar het om draait, is of Bourgonje een eventueel gegeven waarschuwing zou hebben opgevolgd. Hierover bestaat onzekerheid. Wordt deze onzekerheid erkend, dan wordt zij via een kansinschatting meegewogen in de hoogte van de door Bourgonje te ontvangen schadevergoeding. Dit is echter – naar we mogen aannemen - niet de enige korting die op zijn schadevergoeding wordt toegepast. Want afgezien van de geschonden waarschuwingsplicht en de daaruit voortvloeiende causaliteitsonzekerheid, is zeer aannemelijk dat Bourgonje ook eigen schuld treft. Had hij immers beter opgelet en niet zo eigenzinnig aan zijn eerder ingenomen positie (en verworven kennis) vastgehouden, dan was de waarschuwing in het geheel niet nodig geweest en dan was zijn schade uitgebleven. Ook vanwege deze eigen schuld wordt Bourgonje (voor de tweede keer!) gekort op zijn schadevergoeding. Wordt de causaliteitsonzekerheid daarentegen niet erkend en wordt het csqn-verband ‘gewoon’ aangenomen, dan wordt alleen laatstbedoelde korting toegepast. Eerstgenoemde korting wordt de belegger dan bespaard en dus is er in mijn ogen sprake van overcompensatie. Voor een voorbeeld van een uitspraak waarbij proportionele aansprakelijkheid (als oplossing voor causaliteitsonzekerheid) werd gecombineerd met een eigen schuld correctie wijs ik op Klachtencommissie DSI 16 juni 2008, nr. 37 (deze uitspraak is overigens in hoger beroep vernietigd omdat volgens de Commissie van Beroep de zgn. omkeringsregel moest worden toegepast, KCHB 31 maart 2009, nr. 369).

Mr. drs. A.C.W. Pijls

Promovendus Erasmus School of Law