

Is het maatschappelijk onbetamelijk om een (beroeps)fout te maken?

*Mr. K. C. A. Schweers en mr. W. A. M. Rupert **

1 Inleiding

Volgens A-G Spier was het een van de lastigste zaken waarin hij concludeerde.¹ De vraag die beantwoord diende te worden, was of een advocaat die de opdracht van een cliënt feitelijk heeft uitgevoerd, maar die niet zijn contractuele wederpartij is, kan worden aangesproken op grond van onrechtmatig handelen. Is voldoende dat het handelen, indien verricht door de opdrachtnemer, wanprestatie zou opleveren? Of zijn bijkomende omstandigheden noodzakelijk?

Als een (rechts)persoon een advocaat inschakelt, is er sprake van een overeenkomst van opdracht. Dat kan tussen de cliënt en de advocaat direct, of tussen de cliënt en een besloten of naamloze vennootschap of (zoals hier) advocatenmaatschap, die kan bestaan uit praktijkvennootschappen of natuurlijke personen. De overeenkomst van opdracht is geregeld in art. 7:400 e.v. van het Burgerlijk Wetboek (BW). Op grond van art. 7:401 BW dient de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Doet hij dat niet, dan is sprake van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis jegens de cliënt en is de opdrachtnemer schadeplichtig (art. 6:74 BW).

In de jurisprudentie is de zorg die een advocaat als opdrachtnemer in acht dient te nemen nader ingevuld. De beroepsbeoefenaar moet handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mag worden verwacht.² Adviseert de advocaat de cliënt, dan dient de advocaat als opdrachtnemer de zorgvuldigheid te betrachten die – in die omstandigheden – van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht en dient hij zijn cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen.³

Spreekt de cliënt de advocaat aan die de zaak feitelijk heeft behandeld, maar die niet de contractuele wederpartij is, dan is geen sprake van een overeenkomst van opdracht tussen de cliënt en de feitelijk handelend advocaat. Dat was het geval in

de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2015.⁴

2 De feiten

Een investeerder leent een grote som geld uit aan een vennootschap met de naam Alasco. Dat geld wordt hem met rente terugbetaald, reden waarom hij nogmaals geld leent aan deze vennootschap. De terugbetaling van de lening wordt gedekt door een aantal borgstellingen en een recht van hypotheek op een perceel landbouwgrond. De investeerder laat zich bij deze transactie bijstaan door een advocatenkantoor. Dat kantoor wordt gedreven door een maatschap, die bestaat uit één natuurlijk persoon en één praktijkvennootschap. De advieswerkzaamheden worden uitgevoerd door de advocaat die 'via' de voornoemde praktijkvennootschap deelneemt aan de maatschap en door een medewerker/advocaat in dienst van de maatschap.

De investeerder vraagt – samengevat – aan het advocatenkantoor om ervoor te zorgen dat al zijn risico's worden afgedekt door de benodigde aktes.

Het vervolg laat zich raden. Alasco gaat failliet en ook de borgen kunnen niet voor de schuld instaan. Het perceel landbouwgrond bleek met die bestemming onvoldoende om als onderpand te hebben kunnen dienen. Nadat het advocatenkantoor in opdracht van de investeerder (deels) tevergeefs andere partijen voor de restschuld had aangesproken, richt de investeerder zijn pijlen op het advocatenkantoor, met – voor zover hier van belang – het verwijt dat het kantoor onvoldoende heeft gewaarschuwd voor het risico dat het gegeven onderpand (en de andere zekerheden) onvoldoende kon zijn om de lening terug te betalen. Saillant is overigens ook het verwijt dat het kantoor twee heren diende en tevens Alasco en daarmee verbonden partijen bijstond. Dit verwijt krijgt opvallend weinig gevolg.

Als feit mag verder worden aangenomen dat de overeenkomst van opdracht tot stand kwam tussen de investeerder en de maatschap (en dat op die overeenkomst de algemene voorwaarden van het kantoor/de maatschap van toepassing zijn).

* Mr. K.C.A. Schweers is juridisch medewerker bij Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam. Mr. W.A.M. Rupert is advocaat bij Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam.

1. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745 (concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2015:711).

2. Zie bijv. HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159 en HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1304.

3. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406.

4. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745.

Het kantoor stelt dat het zijn opdracht was de verschillende aktes op juiste wijze op te stellen en/of te beoordelen, maar betwist dat het tot zijn opdracht behoorde om te adviseren over de waarde van de gegeven zekerheden.

De investeerder spreekt niet de maatschap aan, maar slechts één deelnemende maat (hierna: de maat) en daarnaast de partner die zich veilig waande achter de muur van zijn aan de maatschap deelnemende vennootschap (hierna gemakshalve genoemd: de feitelijk partner) en de medewerker in dienst van de maatschap.

In dit artikel zullen wij ons op deze laatste twee vorderingen richten. Dat laat onverlet dat het debat tussen partijen veel omvangrijker was en zeker interessant. Zo komt de klachtplicht van art. 6:89 BW uitvoerig aan de orde en ook het beroep van het kantoor op zijn algemene voorwaarden. Maar als gezegd, wij beperken ons tot de aanspraak tegen de feitelijk partner en de werknemer, die de advieswerkzaamheden in concreto uitvoerden.

3 De procedures in feitelijke instanties

3.1 Rechtbank

De investeerder vordert in eerste aanleg een verklaring voor recht dat de feitelijk partner en de werknemer toerekenbaar zijn tekortgeschoten in de uitvoering van de opdracht (nu zij de waarde van de grond niet hebben onderzocht en de investeerder daarover niet hebben geadviseerd), althans dat zij, en in ieder geval de feitelijk partner, zich schuldig hebben gemaakt aan onrechtmatig handelen door belangenverstrengeling. Tevens vordert de investeerder een verklaring voor recht dat de maat niet slechts als firmant van de maatschap, maar ook als werkgever van de werknemer naast de feitelijk partner en de werknemer aansprakelijk is voor de door hem geleden schade. De rechtbank wijst alle vorderingen van de investeerder af, maar gaat daarbij niet inhoudelijk in op het handelen van de advocaten.

3.2 Hof

Het Hof's-Hertogenbosch concludeert dat de feitelijk partner en de werknemer zijn tekortgeschoten. De investeerder mocht er gezien de opdracht op vertrouwen dat zij hem zouden adviseren over de zekerheid van het onderpand en de daaraan verbonden risico's en het kantoor had – anders dan het betoogt – die opdracht niet expliciet beperkt tot het beoordelen van juridische stukken. Niettemin wijst het hof de vorderingen tegen de feitelijk partner en de werknemer af, nu de opdracht van de investeerder aan de maatschap was verstrekt en niet aan de advocaten persoonlijk. Het hof overweegt dat feiten die een persoonlijk ernstig verwijt aan de feitelijk partner en de werknemer of een door hen persoonlijk gepleegde onrechtmatige daad kunnen opleveren, niet zijn gesteld, althans niet voldoende zijn onderbouwd.⁵

5. Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2987, r.o. 4.5.1.

Uiteindelijk wijst het hof alleen de vordering van de investeerder jegens de maat deels toe. De maatschap waaraan de opdracht was verstrekt, heeft tot 1 oktober 2010 bestaan. De maatschap werd toen gevormd door de maat en de praktijkvennootschap van de feitelijk partner. De praktijkvennootschap was niet gedagvaard en was derhalve geen procespartij. De maten zijn ieder voor een gelijk deel verbonden voor de betaling van de schuld van de maatschap. Nu de praktijkvennootschap niet is gedagvaard, kan de maat worden veroordeeld tot betaling van (hoogstens) de helft van de verschuldigde schadevergoeding.

Het door de advocaten gedane beroep op eigen schuld is volgens het hof gegrond, nu de investeerder ervaring heeft met zakelijke communicatie en transacties en zelf niet de vereiste oplettendheid in acht heeft genomen. Het hof oordeelt dat de partijen (ongeveer) in gelijke mate hebben bijgedragen tot de schade van de investeerder. Het hof stelt de mate waarin de eigen fout mede tot schade heeft geleden op 50%.

In het eindarrest veroordeelt het hof de maat tot betaling van 25% van de totale schade.^{6,7}

3.3 Hoge Raad

A-G Spier concludeert tot verwerping van het beroep. Zijns inziens valt er veel te zeggen voor de gedachte dat niet elk onzorgvuldig handelen van een niet-contractspartij terstond een onrechtmatige daad jegens een derde oplevert. Volgens hem past voorzichtigheid om, buiten een directe contractuele relatie, al te gemakkelijk externe persoonlijke aansprakelijkheid aan te nemen van de bestuurder van een vennootschap op grond van eigen onrechtmatige daad. Dit geldt al helemaal voor een werknemer die geen contractuele band heeft met de derde/benadeelde.

In cassatie gaat de Hoge Raad alleen inhoudelijk in op de klacht die zich richt tegen het oordeel van het hof dat het gevorderde tegen de feitelijk partner en de werknemer wordt afgewezen, nu de opdracht aan de maatschap was verstrekt en niet aan de advocaten persoonlijk. Volgens de investeerder heeft het hof miskend dat een advocaat die een beroepsfout maakt onrechtmatig handelt jegens zijn cliënt, ongeacht de vraag of hij als contractueel opdrachtnemer heeft te gelden.

De Hoge Raad komt tot een ander oordeel dan Spier. Als uitgangspunt (r.o. 3.4.1) neemt hij aan dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheidsplicht brengt onder meer mee dat een advocaat die een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een

6. Hof's-Hertogenbosch 25 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:811.

7. Overigens heeft de investeerder ook de betrokken notaris aansprakelijk gesteld. Deze is door het Hof Arnhem-Leeuwarden veroordeeld tot betaling van 70% van de schade, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8997, r.o. 2.10.

bepaalde kwestie, de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen, waarbij de Hoge Raad verwijst naar zijn arrest van 29 mei 2015.⁸

Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

‘3.4.2 Als de cliënt de advocaat aanspreekt die de opdracht feitelijk heeft uitgevoerd, maar die niet zijn contractuele wederpartij is, kan aansprakelijkheid slechts worden aangenomen met inachtneming van de daarvoor in art. 6:162 BW gestelde eisen. Een dergelijk geval doet zich bijvoorbeeld voor als de cliënt een opdracht heeft gegeven aan een advocatenmaatschap, maar de opdracht feitelijk wordt uitgevoerd door een werknemer van die maatschap of door een advocaat die feitelijk aan de maatschap deelneemt door de tussenkomst van een praktijkvennootschap. Ook in een zodanig geval is de hiervoor in 3.4.1 omschreven maatstaf *mede* bepalend voor de beoordeling van de gegrondheid van de vordering.’ (curs. KS & WR; dat woord komt hierna ter sprake)

Voor het slagen van een vordering tegen een werknemer van de maatschap is dus niet vereist dat aan de werknemer persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van zijn advieswerkzaamheden voor de cliënt. Aansprakelijkheid kan in een dergelijke relatie worden aangenomen met inachtneming van de daarvoor in art. 6:162 BW gestelde eisen. Hetzelfde geldt voor de vordering tegen de feitelijk partner. De Hoge Raad oordeelt dat de maatstaf ‘ernstig persoonlijk verwijt’ slechts geldt bij bestuurdersaansprakelijkheid. De feitelijk partner wordt echter niet aangesproken in zijn hoedanigheid van bestuurder van zijn vennootschap, voor welke hoedanigheid wel een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel geldt,⁹ maar in zijn hoedanigheid van advocaat en de wijze waarop hij zijn werkzaamheden feitelijk heeft verricht. Zou de feitelijk partner in zijn hoedanigheid als bestuurder zijn aangesproken, dan zou wel de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel van ‘persoonlijk ernstig verwijt’ gelden. De Hoge Raad vernietigt de arresten van het hof en verwijst de zaak naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden zal nu met inachtneming van de hierboven besproken maatstaf moeten beoordelen of de feitelijk partner en de werknemer onrechtmatig hebben gehandeld jegens de investeerder. Wordt dus vervolgd.

4 Maatschap als contractspartij, uitvoerder buiten schot?

Al eerder had de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag wie door een schuldeiser kan worden aangesproken als met een advocatenmaatschap is gecontracteerd.¹⁰

‘3.4.2 (...) De schuldeisers van de maatschap hebben dus zowel de mogelijkheid van het aanspreken van de gezamenlijke maten (met de mogelijkheid van verhaal op het maatschapsvermogen) als van het aanspreken van individuele (rechts)personen die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst partij waren (met de mogelijkheid van verhaal op hun privévermogen).’

Naast de maatschap en de individuele maten, kunnen met dit arrest van de Hoge Raad dus ook ‘derden’, onder wie advocaten in loondienst en advocaten die met een praktijkvennootschap maat zijn, door een opdrachtgever persoonlijk worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad, waarbij niet noodzakelijk is dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt zoals geldt bij bestuurdersaansprakelijkheid. Is dat wenselijk?

A-G Spier meent van niet:^{11,12}

‘3.28.1 De opvatting dat werknemers die geen contractuele band hebben met de (wat onbeholpen uitgedrukt) quasi opdrachtgever nochtans bij tekortschietende dienstverlening, die in de relatie opdrachtgever/opdrachtnemer zou moeten worden gekwalificeerd als wanprestatie, eo ipso onrechtmatig handelen, acht ik onjuist en onaantrekkelijk. Dergelijke kwesties spelen, naar valt aan te nemen, in de praktijk vooral in gevallen waarin de opdrachtnemer failliet gaat en niet in staat is de schade te betalen. De financiële gevolgen van de “wanprestatie” zouden dan steeds kunnen worden afgewenteld op de werknemers. Zeker omdat de meeste werknemers lage inkomens hebben en de meeste vruchten van hun arbeid worden geplukt door de opdrachtnemers, is dat maatschappelijk gezien in het algemeen minder wenselijk.

3.28.2 Dat laat onverlet dat sprake kan zijn van zodanig knoeiwerk dat gesproken kan worden van eigen onrechtmatig handelen van betrokkene. Maar dat ware niet gemakkelijk aan te nemen.’

Aansprakelijkheid van de advocaat die de opdracht feitelijk heeft uitgevoerd, maar die niet de contractuele wederpartij is, kan slechts worden aangenomen met inachtneming van de daarvoor in art. 6:162 BW gestelde eisen. Het hof kwam tot het oordeel dat van onrechtmatig handelen pas sprake kan zijn, indien de betreffende advocaat persoonlijk een ernstig verwijt treft of feiten worden benoemd die een door hem persoonlijk gepleegde onrechtmatige daad opleveren. Het toetsingskader van het hof bestond dus uit twee onderdelen. De Hoge Raad concludeert dat voor het slagen van een vordering op grond van onrechtmatige daad niet vereist is dat aan de

8. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406.

9. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628.

10. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840.

11. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745 (concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2015:711).

12. Ook Klaassen heeft ervoor gepleit dat werknemers, behoudens in geval van opzet of bewuste roekeloosheid, niet zelfstandig aansprakelijk dienen te zijn ter zake van in het kader van hun werkzaamheden begane fouten. Zie C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 7.

advocaat persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (omdat hij niet als bestuurder werd aangesproken) over zijn advieswerkzaamheden. Daarvoor gelden de in het algemeen door art. 6:162 BW gestelde eisen, zoals nader bepaald door het eerder genoemde arrest van 29 mei 2015.¹³ Nadere vereisten zijn niet noodzakelijk. De Hoge Raad casseert dus op het eerste onderdeel van de maatstaf die het hof aanlegde, het tweede deel ('of feiten waren benoemd', enzovoort) wordt niet meegenomen in dit oordeel.

5 Wanprestatie versus onrechtmatige daad

Art. 6:162 BW bepaalt dat als onrechtmatige daad wordt aangemerkt (1) een inbreuk op een recht en (2) een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of (3) met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

In het door de Hoge Raad als leidraad genoemde arrest van 29 mei 2015, waarin de zorgvuldigheidsnorm voor een advocaat die zijn cliënt adviseert nader is uitgewerkt, was de vordering die tegen de advocaat was ingesteld gebaseerd op wanprestatie (art. 6:74 jo. art. 7:401 BW). De advocaat werd verweten dat hij toerekenbaar was tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht.

Bestaat de opdracht aan de advocaat uit het adviseren van zijn cliënt, dan dient de advocaat de zorgvuldigheid te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht en dient hij zijn cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen (vergelijk art. 7:401 BW).¹⁴

Deze zorgvuldigheidsmaatstaf is volgens de Hoge Raad mede bepalend voor de gegrondheid van een vordering die is gebaseerd op art. 6:162 BW. *Mede bepalend*, volgens Van Schilf-gaarde,¹⁵ omdat men op basis van die maatstaf (dat uitgangspunt) ook te maken krijgt met de uitwerking van die maatstaf (dat uitgangspunt) in verschillende situaties, zoals de uitwer-

king in HR 29 mei 2015.¹⁶ Of bedoelt de Hoge Raad hier iets anders met het woord 'mede'?

Art. 6:162 BW kent, anders dan de overeenkomst van opdracht, geen specifieke zorgverplichting. Toch oordeelt de Hoge Raad dat het handelen van advocaten onrechtmatig is, of kan zijn, waarbij de schending van een contractuele zorgplicht mede bepalend is. Tussen de feitelijk handelend advocaat en de cliënt van de maatschap bestaat echter geen contractuele verhouding en dus eigenlijk ook niet de in art. 7:401 BW vervatte zorgplicht. Immers, de feitelijk handelend advocaat heeft een (arbeids)overeenkomst met de maatschap en de cliënt heeft een overeenkomst van opdracht met de maatschap. Het is de maatschap die als opdrachtnemer heeft te gelden en die dus jegens de cliënt de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De advocaat is ten opzichte van de cliënt van de maatschap geen opdrachtnemer maar een derde.

Het onjuist handelen van de advocaat jegens de cliënt (van de maatschap) valt volgens ons niet als een inbreuk op een recht te kwalificeren.

Volgens art. 6:162 BW is het handelen in strijd met een wettelijke plicht onrechtmatig. Als art. 7:401 BW hier al als wettelijke plicht kan worden geduid, dan geldt die norm voor de maatschap, niet voor de werknemer, want tussen hem en de investeerder kwam geen overeenkomst van opdracht tot stand. De norm waar het om draait, is dus 'een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.

Schut¹⁷ merkt over de zorgvuldigheidsnorm (maatschappelijke betamelijkheid) het volgende op:

'Met de norm van de maatschappelijke betamelijkheid wordt een geheel complex van bijzondere regels, toe te passen op zeer concreet te omschrijven situaties, tot uitdrukking gebracht. Dit complex laat zich niet in een overzichtelijk geheel van deelregels uiteenleggen. Daarvoor zijn de gevallen die in de rechtspraak onder deze norm worden gebracht te verschillend. Deze diversiteit betekent voor de beslisser dat van hem mag worden verlangd niet met een algemeen oordeel te verstaan, maar zijn beslissing over het al dan niet behoorlijk zijn van het gewraakte gedrag te doen steunen op een deugdelijk fundament van rechtens relevante gegevens. Een opsomming van de voornaamste feiten die voor het oordeel van belang zijn, is daartoe het geschikte middel. De schijn van een machtswoord dient zoveel mogelijk te worden vermeden.'

De aansprakelijkheid wegens de niet-nakoming van een op de schuldenaar rustende verbintenis is afzonderlijk in de wet geregeld (art. 6:74 e.v. BW). De strekking van art. 6:74 e.v. BW brengt mee dat in geval van schending van contractuele

13. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, r.o. 3.4.3.

14. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406. In dit arrest overweegt de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij hoort te waarschuwen voor een bepaald risico, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. In haar annotatie bij dit arrest merkt Dufour op dat de drie factoren die de Hoge Raad noemt waaraan betekenis kan toekomen bij beantwoording van de vraag voor welk risico een advocaat zijn cliënt in zijn advisering dient te waarschuwen, doen denken aan de Kelderluik-criteria. Zij merkt op dat in dit arrest de Hoge Raad voor het eerst factoren, oorspronkelijk geformuleerd om te beoordelen of sprake is van onrechtmatige gevaarstelling, uitdrukkelijk benoemt voor de beoordeling van de door de advocaat aan zijn cliënt verleende rechtsbijstand in een contractuele relatie. Zie L.C. Dufour, annotatie bij HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, JA 2015/90.

15. P. van Schilf-gaarde, annotatie bij HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2747, NJ 2016/66.

16. Als Van Schilf-gaarde dat juist interpreteert, komt aan het woord 'mede' weinig nuancerende werking toe, wanprestatie is dan eigenlijk tevens onrechtmatig handelen. Ook Kortmann interpreteert het arrest op deze wijze, zie S.C.J.J. Kortmann, annotatie bij HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2747, JOR 2015/289.

17. G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 56.

verplichtingen in beginsel niet de bepalingen van art. 6:162 BW van toepassing zijn, maar uitsluitend de regeling neergelegd in art. 6:74 e.v. BW.¹⁸

Een gedraging kan naast wanprestatie tevens een onrechtmatige daad opleveren. Uit de jurisprudentie¹⁹ blijkt dat dit jegens de contractuele wederpartij slechts het geval zal zijn als de gedraging onafhankelijk van de schending van de verbintenissen een onrechtmatige daad oplevert (bijvoorbeeld zaaksbeschadiging). Verwezen kan in dat kader ook worden naar een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 3 maart 2015.²⁰

Interessant voor deze materie is het arrest van de Hoge Raad van 24 september 2004 (Vleesmeesters/Alog),²¹ waarin de Hoge Raad een niet-limitatieve lijst van gezichtspunten heeft genoemd met behulp waarvan kan worden bepaald of de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat rekening dient te worden gehouden met de belangen van een derde.²² Dat zijn onder meer (1) de hoedanigheid van alle betrokken partijen, (2) de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, (3) de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, (4) de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, (5) de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, (6) de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, (7) de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt, en (8) de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedeekt.

In aansluiting op dat arrest oordeelde de Hoge Raad op 20 januari 2012.²³

'3.4.3 (...) De onderaannemer zal in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever zal in het algemeen erop mogen vertrouwen dat de onderaannemer dat doet. Anders dan het middel betoogt, *levert een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever op*. De hiervoor in 3.2.1 weergegeven stellingen van Wierts, waarvan het hof de juistheid in het midden heeft gelaten en die onmiskenbaar mede als feitelijke basis dienden voor diens vordering uit onrechtmatige daad, kunnen echter, in de context van de onderhavige zaak, het oordeel wettigen dat Visseren, overeenkomstig het hiervoor in 3.4.2 overwogene, bij de uitvoering van het werk mede jegens Wierts onzorgvuldig te werk is gegaan en aldus heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens Wierts betaamt. (...) (curs. KS & WR)

Waar de Hoge Raad bij de onderaanneming van mening was dat een enkel tekortschieten van de onderaannemer jegens zijn contractuele wederpartij nog geen onrechtmatig handelen meebrengt jegens de derde-belanghebbende, is hij ten aanzien van de advocaat van mening dat dat wel zo is. In deze zaak lijkt het er immers op dat wat 'in het maatschappelijk verkeer betaamt' slechts, of vooral wordt ingevuld door de beroepsaansprakelijkheidsnorm uit art. 7:401 BW, dus door het enkele wanpresteren.

6 Positie niet-contracterende advocaat

Stel dat het Hof Arnhem-Leeuwarden uiteindelijk tot het oordeel komt dat het handelen van de feitelijk partner en de werknemer inderdaad onrechtmatig is jegens de investeerder, welke verweermiddelen hebben deze advocaten dan jegens de investeerder, niet zijnde hun contractuele wederpartij?

Art. 6:257 BW bepaalt het volgende:

'Kan een partij bij een overeenkomst ter afwering van haar aansprakelijkheid voor een gedraging van een aan haar ondergeschikte aan de overeenkomst een verweermiddel jegens haar wederpartij ontlenen, dan kan ook de ondergeschikte, indien hij op grond van deze gedraging door de wederpartij wordt aangesproken, dit verweermiddel inroepen, als ware hij zelf bij de overeenkomst partij.'

De werknemer was in loondienst. Maakt dat hem echter ook een ondergeschikte? Vereiste daarvoor is dat de opdrachtgever (maatschap) te allen tijde instructies kan geven over de wijze waarop de ondergeschikte zijn werkzaamheden dient te verrichten. Indien men ervan uitgaat dat de werknemer inderdaad een ondergeschikte was, betekent dit dat de werknemer zich ten opzichte van de investeerder kan beroepen op de algemene voorwaarden zoals deze tussen de investeerder en de maatschap tot stand zijn gekomen. Ook zou de werknemer

18. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/9.

19. HR 9 december 1955, NJ 1956/157 en HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0870.

20. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1561. Het hof stelde vast dat het feitencomplex op grond waarvan [appellanten] hun vordering op grond van onrechtmatige daad hadden geconstrueerd exact gelijk was aan dat waarop hun vordering wegens wanprestatie is gebaseerd. De verwijten betroffen zonder uitzondering het optreden dat [geïntimeerde] als verkoopbemiddelaar aan de dag heeft gelegd. Nu niet viel in te zien hoe ([appellanten] hadden dat ook niet toegelicht) deze gestelde gedragingen indien de overeenkomst werd weggedacht een handelen in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt opleveren, kon niet worden aangenomen dat hier, los van een eventuele wanprestatie, sprake was van onrechtmatig handelen dat tot het vergoeden van schade verplichtte.

21. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 m.nt. C.E. du Perron.

22. In het arrest Vleesmeesters/Alog ging het om de vraag of een van de contractanten (de onderverhuurder) bij de verplaatsing van zijn supermarkt rekening diende te houden met de belangen van Vleesmeesters, die een gedeelte van de bedrijfsruimte huurde in de vorm van een winkel-in-winkelconstructie. Daarbij had Vleesmeesters als derde te gelden. Uiteraard is die situatie niet geheel vergelijkbaar, aangezien ten aanzien van de cliënt juist de advocaat als derde, want niet de contractspartij, heeft te gelden.

23. HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496.

dan een beroep toekomen op art. 6:170 BW, maar dat baat hem niet als de werkgever geen verhaal biedt.

Anders is de positie van de feitelijk partner die, via zijn praktijkvennootschap, firmant is in de maatschap. Van hem zal niet kunnen worden gezegd dat hij een ondergeschikte is. Hem komt dus geen beroep toe op art. 6:257 BW. Du Perron pleit ervoor dat ook hulppersonen hun werkzaamheden in de regel niet buiten de dekking van contractuele verweermiddelen behoeven te verrichten.²⁴

Wel zou een eventueel bedongen derdenbeding (art. 6:253 BW) uitkomst kunnen bieden.²⁵

Op iedere advocaat rust de verplichting om zich (adequaat) te verzekeren ter zake van het risico van zijn beroepsaansprakelijkheid.²⁶ De aansprakelijkheid wordt vaak ook in de algemene voorwaarden gelimiteerd tot het bedrag dat door de verzekeraar wordt uitgekeerd.

Met het oog op dit arrest is het te meer relevant voor advocatenkantoren om de aansprakelijkheid van en voor de feitelijk uitvoerder van de opgedragen werkzaamheden te exoneren. Een exonatiebeding heeft – in beginsel – tevens werking in geval van aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. Of een exonatie kan worden ingeroepen, hangt in beginsel af van een toets aan de omstandigheden van het geval. Omstandigheden die in dat kader van belang zijn, zijn onder meer de verhouding en hoedanigheid van partijen, de mate van verzuim, de gevolgen daarvan, de verhouding tussen de exonatie en de omvang van de schade en de verzekerbareheid.

Voor de situatie dat de maatschap geen verhaal biedt, er geen toereikende verzekering is afgesloten en de advocaat bovendien geen beroep kan doen op algemene voorwaarden kan in principe slechts een beroep op art. 6:109 BW de aangesproken werknemer of feitelijk partner nog mogelijk uitkomst bieden.

7 Kanttekeningen bij het arrest

Er zijn vragen waar twee juiste antwoorden op mogelijk zijn en zo zal het ook hier zijn bij de vraag of een beroepsfout maken tevens onrechtmatig handelen inhoudt jegens de quasiopdrachtgever,²⁷ of beter: een derde voor wie de opdracht werd uitgevoerd. Wij plaatsen echter wel vraagtekens bij deze uitkomst. Door Spier²⁸ (en door onder meer Van Schilfgaarde²⁹ en Meijer³⁰) is uitvoerig en gemotiveerd gewaarschuwd voor de onwenselijke gevolgen van een dergelijke uitkomst. Zo wijzen zij onder meer op de omstandigheid dat een werknemer een niet-onbelangrijk ondernemersrisico krijgt te dragen (als de onderneming en achterliggende verzekeraar niet voor de schade opkomen), te weten het aansprakelijkheidsrisico. Daar zijn algemene voorwaarden voor, maar in een zaak waar alles misgaat, zijn die meestal niet geschikt voor dat doel, niet juist van toepassing verklaard of te vernietigen door de cliënt. En de ervaring leert dat verzekeringen niet steeds aansluiten bij het risico dat wordt gelopen.³¹ Ook is er het matigingsrecht van art. 6:109 BW, maar dat lijkt hier een doekje voor het bloeden. Daarnaast is genoemd dat de gevolgen van dit arrest zich verder (kunnen) uitstrekken dan slechts ten aanzien van de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat. Kortmann vindt het voor de hand liggen dat de door de Hoge Raad aangelegde maatstaf ook geldt voor andere beroepsbeoefenaars, zoals de accountant en de belastingadviseur.³² Hij denkt echter niet dat de Hoge Raad met de onderhavige uitspraak een min of meer algemene regel heeft willen geven. Het is echter niet uitgesloten dat dit arrest de medewerker van elke opdrachtnemer zou kunnen raken. Het Hof Arnhem-Leeuwarden³³ gaat al uit van een onzorgvuldig en dus onrechtmatig handelen van een werktreinbegeleider ten opzichte van ProRail, zonder dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Kan niet van iedere werknemer worden verlangd dat hij bij het uitoefenen van zijn werkzaamheden voor de baas ook rekening houdt met de belangen van degene voor wie dat werk uiteindelijk bestemd is?

Aan deze en andere genoemde bezwaren kan worden toegevoegd dat het ook maar de vraag is of de kring der vorderingsgerechtigden (met een claim op de medewerker) zich zou beperken tot de quasiopdrachtgever. Waarom kan de wederpartij van de cliënt van de werkgever niet ook een vordering pretenderen op de werknemer die als gevolg van een onjuist advies verlof vroeg om beslag te leggen, als gevolg waarvan die

24. C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractwerking*, Deventer: Kluwer 1999, p. 374. Indien voldoende eenheid van prestatie bestaat tussen hun werkzaamheden en die van hun opdrachtgever, kunnen hulppersonen aanspraak maken op doorwerking van de verweermiddelen in de overeenkomst tussen hun opdrachtgever en de belanghebbende. Niet in te zien valt waarom de belanghebbende in een dergelijk geval zou moeten profiteren van de omstandigheid dat zijn wederpartij een hulppersoon inschakelt. De positie van de advocaat die niet als ondergeschikte kan worden aangemerkt, is aan te merken als hulppersoon van de opdrachtnemer.

25. Van Wechem en Rinkes constateren dat advocatenkantoren hun algemene voorwaarden dienen aan te passen met een derdenbeding waarin zij opnemen dat de disclaimer in de algemene voorwaarden ook bedoeld is ten gunste van degene die de overeengekomen werkzaamheden uitvoert en dat deze (de uitvoerder) voor dat gedeelte van de overeenkomst partij bij de overeenkomst wordt. T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, *Kroniek van het vermogensrecht*, NJB 2015/1776.

26. Ingevolge art. 6:24 en 6:25 Verordening Advocatuur voor ten minste € 500.000, een bedrag dat niet steeds voldoende zal zijn. Kantoren verzekeren zich dikwijls voor (veel) hogere bedragen, maar ook dan kan het nog steeds voorkomen dat de dekking lager is dan het aansprakelijkheidsrisico.

27. Zie voor dit begrip HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745 (concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2015:711, r.o. 3.28.1).

28. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745 (concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2015:711).

29. P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, NJ 2016/66.

30. R.S. Meijer, *Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren*, AA 2016, afl. 6, p. 441-446.

31. Zie in die zin ook Dufour, die een aantal treffende voorbeelden noemt, L.C. Dufour, *De beperkte bescherming van een praktijkvennootschap tegen aansprakelijkheid voor een beroepsfout*, JBN 2016/19.

32. Kortmann 2015.

33. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1137.

derde schade leed, die hij door betalingsonmacht niet kan verhalen op de quasiopdrachtgever of de werkgever?

Voor de advocaat geldt dat de vraag naar zijn zorgplichten tegenover ‘echte’ derden (niet zijnde de quasiopdrachtgever) in belangrijke mate samenhangt met de positie die hij inneemt in het maatschappelijk verkeer en de functie die daarin wordt toegekend aan zijn werkzaamheden.³⁴ Van den Akker onderscheidt in haar proefschrift drie situaties wat betreft de mogelijke aansprakelijkheid van de advocaat jegens anderen dan zijn opdrachtgever: (a) in beginsel geen aansprakelijkheid jegens de wederpartij van zijn cliënt, (b) slechts bij uitzondering wel aansprakelijkheid jegens de wederpartij van zijn cliënt (bijvoorbeeld in geval van een *third legal opinion*) en (c) aansprakelijkheid ingeval de overeenkomst met zijn cliënt mede beoogt de belangen van een derde te dienen.³⁵ Daarin verschilt de positie van de advocaat ten opzichte van die van de notaris of accountant, van wie in het algemeen eerder wordt aangenomen dat zij ook ten opzichte van derden zorgplichten hebben.

Voorafgaand aan deze – ook volgens ons – niet-wenselijke gevolgen dient vooral de vraag te worden beantwoord of een beroepsfout tevens een onrechtmatig handelen meebrengt.

Aangetekend zij dat de Hoge Raad in zijn overweging wel het mysterieuze woord ‘mede’ bij die invulling gebruikt, maar het is de vraag wat hij daarmee bedoelt en of er nog aanvullende criteria mogelijk zijn. Het door het Hof ’s-Hertogenbosch gebruikte (althans bedoelde³⁶) criterium van een ernstig verwijt is in ieder geval geen voorwaarde voor aansprakelijkheid. Bovendien overweegt de Hoge Raad expliciet in r.o. 3.4.2 van zijn arrest dat de norm van art. 7:401 BW (mede) bepalend is voor de beoordeling van de vordering (ingevolge art. 6:162 BW). Ervan uitgaande dat die aanvullende criteria er niet of slechts beperkt zijn, moet dan de conclusie zijn dat de norm van art. 7:401 BW dient te worden gebruikt voor de invulling van het onrechtmatigheidsvereiste van art. 6:162 BW.

Te betogen valt dat dit om uiteenlopende redenen onjuist is. Het toepassingsbereik van art. 6:162 BW wordt zo groter dan het volgens ons was bedoeld te zijn door de wetgever in 1992 bij de invoering van de bepaling. Toen was het bedoeld als codificatie van de rechtspraak die sinds Lindenbaum/Cohen door de rechtspraak was ontwikkeld.³⁷ De drempel van wat in het maatschappelijk verkeer betaamde was toen – althans volgens ons – aanmerkelijk hoger dan die is bij slechts het maken

van een feitelijke beroepsfout.³⁸ Ook vervaagt het onderscheid tussen een aanspraak uit overeenkomst en een uit onrechtmatige daad, met alle merkwaaardige gevolgen van dien.

Over het algemeen wordt aangenomen dat een beroepsbeoefenaar die in de nakoming van een overeenkomst, zoals de overeenkomst van opdracht of geneeskundige behandelingsovereenkomst, een beroepsfout maakt jegens zijn contractuele wederpartij aansprakelijk is op grond van wanprestatie en veelal tevens op grond van onrechtmatige daad.³⁹ De zogenaamde samenloopregel komt erop neer dat de handeling waardoor een verbintenis wordt geschonden tevens een onrechtmatige daad oplevert wanneer zij niet uitsluitend bestaat uit schending van de obligatoire verbintenis, maar los daarvan onrechtmatig is. Anders dan bij medici⁴⁰ zal bij andere beroepsgroepen in de relatie met hun cliënten aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad vaker op gespannen voet staan met de samenloopregel omdat niet altijd gezegd kan worden dat het onjuist handelen ook onrechtmatig is. Hoewel een advocaat uiteraard jegens de cliënt voor wie hij een zaak behandelt, ook al is van een contractuele relatie geen sprake, een zorgplicht heeft, is het naar onze mening niet zo dat schending van die zorgvuldigheid per definitie een onrechtmatig handelen oplevert. Daarvoor is meer nodig.⁴¹ Merkwaaardig is dat een werknemer op grond van art. 7:661 BW alleen schadeplichtig is ten opzichte van zijn werkgever indien de door de werknemer veroorzaakte schade het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid, terwijl – met dit arrest van de Hoge Raad – een werknemer ook zonder dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid schadeplichtig is jegens de opdrachtgever van zijn werkgever.

De investeerder ging een overeenkomst aan met de maatschap, maar maakt dat nog uit als hij feitelijk dezelfde rechten geldend kan doen maken jegens allerlei niet bij deze overeenkomst betrokken partijen met dezelfde argumenten als hij had bij de uitvoering van de overeenkomst? Ook springt de opdrachtgever met deze uitkomst vrijwel moeiteloos over de muur van de vennootschap waarmee hij de overeenkomst aanging, terwijl die muur nu juist werd opgericht om de ondernemer en diens personeel tegen dit aansprakelijkheidsrisico te beschermen. Zo wordt de functie van de vennootschap (zeker als dat om een BV of NV handelt) wel erg uitgehold en daarmee komt deze uitspraak wellicht zelfs op gespannen voet te

34. Zie E.J.A.M. van den Akker, Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de zorgplichten van accountants, advocaten en notarissen ten opzichte van anderen dan hun opdrachtgever, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 101.

35. Van den Akker 2000, p. 103-118.

36. Waar het hof niet zal hebben bedoeld de norm ‘ernstig persoonlijk verwijt’ uit het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, waar Spier en de Hoge Raad (zie r.o. 3.3) dat wel menen, zie Meijer 2016, p. 442.

37. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/39.

38. Voorbeelden van normen ter bescherming tegen zuivere vermogensschade – waar ook hier sprake van is – zijn ongeoorloofde mededinging, het willens en wetens profijt trekken van octrooi-inbreuk door anderen, misleidende reclame en het misbruik maken van een in een monopolie gelegen machtspositie, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/61 e.v.

39. Huijgen, GS Onrechtmatige daad VI.1.4.

40. Huijgen, GS Onrechtmatige daad VI.1.4.

41. Van Rijkevorsel-Teeuwen en Hoekstra pleiten ervoor dat de beroepsbeoefenaar pas persoonlijk aansprakelijk is in geval van opzet of bewuste roekeloosheid, waarbij zij wel als eis stellen dat degene die schade heeft geleden niet in een financieel ongunstiger positie komt te verkeren, E.J.M. van Rijkevorsel-Teeuwen & T.P. Hoekstra, Aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar naast de contracterende vennootschap, WPNR 2013/6999, p. 1144-1150.

staan met het systeem van het burgerlijk recht. Voorts komt de vraag op of de werknemer dan niet rechten zou moeten kunnen ontleen uit het overeenkomstenrecht, zoals een beroep op overmacht.

Te hopen valt dat het Hof Arnhem-Leeuwarden en andere feitenrechters het woord ‘mede’ zo interpreteren dat er naast het enkele maken van een beroepsfout aan nog een (groot) aantal andere criteria (gezichtspunten) moet zijn voldaan alvorens van een onrechtmatig handelen van de werknemer (zzp’er of daarmee vergelijkbare uitvoerder en/of feitelijk partner) kan worden gesproken en hij naast de ‘echte’ contractspartij kan worden aangesproken. En dat de Hoge Raad dan de gelegenheid krijgt zijn opvatting over de materie nader in te vullen en dan wat ons betreft op een wijze die (beter) past in het gelaagde systeem van het civiele recht. Ook omdat dit maatschappelijk beter valt uit te leggen dan de situatie waarin de werknemer en de ondernemer in privé een ondernemersrisico krijgen te dragen, dat nu juist was toebedeeld (en door de contractspartij was aanvaard) aan de vennootschap. Kroeze merkte in het kader van het (hier misleidende) bestuurdersaansprakelijkheidsrecht op dat de maatschappij geen behoefte heeft aan bange bestuurders.⁴² Evenmin zit volgens ons de maatschappij te wachten op bange en dan waarschijnlijk onverzekerde werknemers en/of beroepsbeoefenaren,⁴³ die naast de echte opdrachtnemer aansprakelijk kunnen worden gehouden, terwijl zij zich hiertegen beschermd zouden moeten wanen achter de muur van de vennootschap, behoudens omstandigheden die hun gedrag op andere wijze in strijd maken met wat in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁴⁴

8 Conclusie

In dit arrest acht de Hoge Raad een contractuele zorgvuldigheidsnorm uitgangspunt op het antwoord op de vraag of een persoon, die geen partij is bij die overeenkomst, onrechtmatig heeft gehandeld. Een overeenkomst is een rechtsverhouding die partijen bewust met elkaar aangaan. Juist vanwege deze bewuste keuze voor elkaar hebben partijen bepaalde zorgvuldigheidsnormen ten opzichte van elkaar in acht te nemen, zoals de norm dat de zorgvuldigheid wordt betracht overeenkomstig die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot. Geldt een dergelijke norm ook ten aanzien van een derde met wie geen contractuele relatie bestaat, maar die wel kan worden aangemerkt als quasiopdrachtgever, zonder dat daar andere vereisten bij komen, dan vervaagt het onderscheid tussen rechtsverhoudingen die beheerst worden door een overeenkomst en andere rechtsverhoudingen. Daarbij valt niet te overzien tot waar de aansprakelijkheid op grond van

een onrechtmatige daad zal reiken indien een contractuele zorgplicht mede bepalend is voor de vraag of een niet-contractuele partij onrechtmatig heeft gehandeld.

42. Titel van de inaugurele rede in 2005 van M.J. Kroeze, te kennen uit J.M.M. Maciej & H.J. Snijders, annotatie bij HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21.

43. Immers, zij zijn praktisch pas aan de beurt als de onderneming en haar verzekeraar geen verhaal bieden, want anders voegt deze aansprakelijkheid niets toe dan toe te dekken dat advocaten de onjuiste partij hebben gedagvaard, zoals hier het geval lijkt te zijn geweest. Maar dat is een andere beroepsfout.

44. Wat Spier in zijn conclusie lapzwanserigheid of knoeiwerk noemt.