

Beroepsaansprakelijkheid van de advocaat die geen opdrachtnemer is

AV&S 2016/44

Uit het arrest *Breeweg/Wijnkamp* volgt dat een door een advocaat gemaakte beroepsfout niet alleen aan de opdrachtnemer kan worden tegengeworpen, maar ook aan de uitvoerend advocaat (uit hoofde van onrechtmatige daad). Bij de invulling van deze buitencontractuele aansprakelijkheid is dezelfde maatstaf ('redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot') medebepalend voor de gegrondheid van de aanspraak. In lagere rechtspraak wordt het toepassingsbereik van dit arrest uitgebreid naar andere beroepsbeoefenaren. In deze bijdrage schetsen de auteurs de problematiek en de praktische mogelijkheden om persoonlijke aansprakelijkheid te beperken of te voorkomen.

1. Inleiding

“Deze zaak was één van de lastigste waarin ik in ruim 17 jaar heb mogen concluderen. De moeilijkheid schuilt hierin dat het (voor de rechter die nu eenmaal geen systeembouwer maar beslechter van concrete geschillen is), bijkans onmogelijk is om regels te formuleren die voor een grote groep gevallen van heel verschillende pluimage goed uitpakken.”

Aldus A-G Spier in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2015 (*Breeweg/Wijnkamp*).²

In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat aansprakelijkheid van een uitvoerend advocaat, die niet de contractuele wederpartij van zijn cliënt is, slechts kan worden aangenomen met inachtneming van de daarvoor in art. 6:162 BW gestelde eisen.³

Dit arrest heeft grote relevantie voor advocaten en andere beroepsbeoefenaren. Meer in het algemeen geldt dit voor werknemers die hun beroep uitoefenen ten behoeve en door middel van een dienstverlenende rechtspersoon. De uitvoerend advocaat komt geen bescherming toe door het feit dat de overeenkomst met zijn cliënt is aangegaan door die rechtspersoon. Het gevolg hiervan is dat de advocaat zich met zijn privévermogen jegens de cliënt van zijn werk-

gever/de opdrachtnemer verbindt voor de juiste nakoming van diens opdracht.

Ook als de advocaat uit hoofde van onrechtmatige daad wordt aangesproken, geldt de welbekende beoordelingsmaatstaf dat hij de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.

Een vertwijfelde A-G, annotator Van Schilfgaarde die de zorgen van de A-G ‘een beetje begint te begrijpen’⁴ en de napleitende cassatieadvocaat Meijer⁵ geven aanleiding genoeg voor een nadere beschouwing. Is daadwerkelijk een ‘bom onder de werkzaamheden van de advocatuur’ gelegd?⁶ In deze bijdrage schetsen wij de problematiek van deze materie en de navolging van het arrest van de Hoge Raad in de lagere rechtspraak. Daarbij zullen wij toelichten dat persoonlijke risico's voor beroepsbeoefenaren contractueel en verzekeringsrechtelijk kunnen worden beperkt of voorkomen.

2. De (verkorte) alledaagse casus bij en de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad

Aan een advocatenmaatschap is een adviseringsopdracht verstrekt. De feitelijke advisering gebeurt door twee advocaten; één is bij de maatschap betrokken via zijn praktijkvennootschap, de ander is advocaat in dienstbetrekking. Beide advocaten – en dus niet de maatschap waarmee is gecontracteerd – wordt vervolgens een toerekenbare tekortkoming en onrechtmatig handelen verweten omdat niet goed zou zijn geadviseerd.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft de vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming en onrechtmatige daad tegen de uitvoerend advocaten afgewezen, enerzijds omdat deze is verstrekt aan de maatschap en niet aan hen persoonlijk, anderzijds omdat feiten die een persoonlijk ernstig verwijt aan hen opleveren of een door hen persoonlijk gepleegde onrechtmatige daad kunnen opleveren niet zijn gesteld.

De Hoge Raad casseert de arresten van het hof.⁷ Voor een goed begrip van het arrest van de Hoge Raad citeren wij de voornaamste rechtsoverwegingen.

“3.4.1 Bij de beoordeling van de klacht is uitgangspunt dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam

1 Mr. D.K. Baas en mr. L. Verlinden zijn advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen N.V. te Arnhem. Citeerwijze: D.K. Baas & L. Verlinden, 'Beroepsaansprakelijkheid van de advocaat die geen opdrachtnemer is', *AV&S* 2016/44, afl. 6.

2 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, *NJ* 2016/66, ECLI:NL:PHR:2015:711, nr. 5.1.

3 De Rb. Arnhem (28 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN4461) oordeelde eerder al dat een advocaat aan wie geen opdracht was verleend, maar die de opdracht wel uitvoerde, onrechtmatig handelde door een appeltermijn te laten verstrijken. Ook daarbij werd de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat gehanteerd.

4 HR 18 september 2015, *NJ* 2016/66, m.nt. P. van Schilfgaarde, nr. 10.

5 Zie R. Meijer, 'Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren', *Ars Aequi* 2016, p. 441, die in zijn inleiding stelt te breken met het gebruik dat cassatieadvocaten niet publiekelijk napleiten.

6 E. van Wechem & J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2015-35, p. 2417.

7 Het Hof 's-Hertogenbosch wees een tussenarrest (9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2987) en een eindarrest (25 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:811).

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 bepaalde kwestie, de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (vgl. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, NJ 2015/267).

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 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.

3.4.3 Uit het vorenstaande volgt dat het oordeel van het hof op een onjuiste rechtsopvatting berust, en het onderdeel dus doel treft, voor zover het de tegen [verweerder 2] (werknemer van de maatschap) ingestelde vordering betreft. Voor het slagen van deze vordering is niet vereist dat aan [verweerder 2] persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van zijn advieswerkzaamheden voor [eiser]. Zoals hiervoor in 3.4.2 overwogen, gelden in zoverre de in het algemeen door art. 6:162 BW gestelde eisen, zoals nader bepaald door het hiervoor in 3.4.1 aangehaalde arrest

3.4.4 Hetzelfde geldt voor zover de vordering gericht is tegen [verweerder 1] (naar in cassatie moet worden aangenomen: bestuurder van [B] B.V., welke vennootschap lid is van de maatschap). Ook in zoverre kan aansprakelijkheid niet pas worden aangenomen als [verweerder 1] persoonlijk een ernstig verwijt van zijn handelwijze kan worden gemaakt. Voor het aanvaarden van deze verhoogde aansprakelijkheidsdrempel is immers slechts plaats met betrekking tot het handelen van betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap die door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 en ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/21 en 22). De vordering van [eiser] berust echter op een door [verweerder 1] gepleegde onrechtmatige daad, die is gelegen in de wijze waarop hij de onderhavige werkzaamheden feitelijk heeft verricht. Indien een advocaat door zijn cliënt wegens een beroepsfout uit onrechtmatige daad wordt aangesproken, betreft dit zijn aansprakelijkheid als beroepsbeoefenaar en niet zijn aansprakelijkheid als bestuurder van een vennootschap.”

3. Toetsingskader

Een eerste vaststelling is dat de uitvoerend advocaat die een beroepsfout maakt, indien met de maatschap/rechtspersoon is gecontracteerd, met succes op grond van onrechtmatige daad kan worden aangesproken als aan de vereisten van art. 6:162 BW is voldaan. Volgens de Hoge Raad kan dit ‘slechts’ op deze rechtsgrond indien de advocaat niet de contractuele wederpartij van zijn cliënt is.

Niet duidelijk is waarom de Hoge Raad aldus overweegt. Mogelijk sluit hij aan bij Spier, die concludeerde dat bij gebreke van een overeenkomst aansprakelijkheid (doorgaans) ‘slechts’ kan worden gezocht in een onrechtmatige daad.⁸ Kortmann wijst in zijn noot echter terecht op art. 7:404 BW. Dit artikel bepaalt dat indien de opdracht is verleend met het oog op een specifiek persoon, deze in beginsel zelf de opdracht dient uit te voeren, onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.⁹ Zou de Hoge Raad bedoelen dat art. 7:404 BW geen (zelfstandige) aansprakelijkheidsgrondslag biedt voor de uitvoerder?¹⁰ Of zelfs dat de vereisten van art. 6:162 BW bepalend zijn bij een beroep op art. 7:404 BW? Meer voor de hand ligt het vermoeden van Meijer dat de Hoge Raad art. 7:404 BW is ‘vergeten’.¹¹ Opmerkelijk is dat aan een uitdrukkelijk beroep op de contractuele uitsluiting van art. 7:404 BW is voorbijgegaan¹², al is het maar omdat in de rechtspraak wel wordt verondersteld dat uitsluiting van de werking van art. 7:404 BW de uitvoerder bevrijdt van persoonlijke aansprakelijkheid. Die veronderstelling is echter onjuist. Wij komen hier later op terug.

Een tweede vaststelling is dat de hiervoor geciteerde maatstaf bij beroepsaansprakelijkheid in geval van een beroep op onrechtmatige daad ‘medebepalend’ is voor de beoordeling van de gegrondheid van die vordering. Onduidelijk is wat de Hoge Raad met ‘medebepalend’ voor ogen heeft.¹³ Wordt hiermee bedoeld dat de welbekende maatstaf slechts het gebruikelijke uitgangspunt is (en men op basis van die maatstaf ook te maken krijgt met de uitwerking ervan¹⁴) of moet er meer in gezocht worden, bijvoorbeeld dat enige ruimte wordt opengelaten voor een andere normering (waarmee tegemoetgekomen wordt aan de zorgen van Spier)? Hoe dan ook is geen sprake van een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel in die zin dat een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ vereist is voor het slagen van de vordering.¹⁵

Mogelijk brengt de Hoge Raad tot uitdrukking dat deze maatstaf de zorgvuldigheidsnorm vormgeeft, dat deze nadere uitwerking krijgt door de omstandigheden van het geval en dat voor aansprakelijkheid op grond van onrecht-

8 HR 18 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:711, nr. 3.22.

9 HR 18 september 2015, JOR 2015/289, m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

10 B.I. Kraaijpoel, ‘Een praktijkvennootschap voor een advocaat: de nieuwe kleren van de keizer?’, *MvO* 2015-3/4, p. 76-77.

11 R. Meijer, ‘Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren’, *Ars Aequi* 2016, p. 444.

12 R. Meijer, ‘Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren’, *Ars Aequi* 2016, p. 445.

13 HR 18 september 2015, JOR 2015/289, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, nr. 4.

14 HR 18 september 2015, NJ 2016/66, m.nt. P. van Schilfgaarde, nr. 6.

15 HR 18 september 2015, NJ 2016/66, r.o. 3.4.3 en 3.4.4.

matige daad meer is vereist dan louter onrechtmatig handelen. In dat geval geldt dezelfde norm voor een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad als voor toerekenbare tekortkoming. Dit is precies waarom de voorliggende rechtsvraag zo lastig te beantwoorden is: *one size does not fit all*.¹⁶

4. Persoonlijke aansprakelijkheid advocaat

Blijkens het arrest *Breeweg/Wijnkamp* verbindt de advocaat zich met zijn privévermogen jegens de cliënt van zijn werkgever/de opdrachtnemer voor de juiste nakoming van diens opdracht. De tussenkomst van een praktijkvennootschap biedt geen bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid.

Eenzijds kan persoonlijke aansprakelijkheid leiden tot veruimde verhaalsmogelijkheden en tot de gewenste renschap bij de uitvoering van andermans verplichtingen.

Anderzijds leidt dit tot maatschappelijk ongewenste afwnteling van financiële risico's op het privévermogen van de beroepsbeoefenaar. In bepaalde gevallen kan dat te billijken zijn (bijvoorbeeld bij opzettelijk handelen), in andere nauwelijks. In de literatuur is eerder al stilgestaan bij de (on)wenselijkheid van aansprakelijkheid van werknemers voor door hen in de uitoefening van hun werkzaamheden veroorzaakte schade.¹⁷ Het betrekken van een werknemer bij de uitvoering van een opdracht stelt hem bloot aan financiële risico's, terwijl zijn inkomen doorgaans relatief beperkt is en de vruchten van zijn arbeid door de opdrachtnemer worden geplukt.¹⁸

De uitsluiting in algemene voorwaarden van art. 7:404 BW biedt geen soelaas, omdat deze met een beroep op onrechtmatige daad feitelijk wordt omzeild. Deze bepaling verwordt daarmee in de beroepspraktijk tot een dode letter. Dit is onbevredigend. Met deze uitsluiting is immers beoogd de persoonlijke aansprakelijkheid uit te sluiten. Via de omweg van de onrechtmatige daad kan de advocaat met zijn privévermogen ondanks voornoemde uitsluiting moeten instaan voor de gevolgen van zijn beroepsfout.

Ook de gebruikelijke andere wettelijke verweermiddelen voor de ondergeschikte beroepsbeoefenaar zoals de blokkering van de paardensprong ex art. 6:257 BW en de verhaalsmogelijkheid jegens de werkgever ex art. 6:170 lid 3 BW volstaan lang niet altijd. Een beroep op matiging ex art. 6:109 BW resteert, hoewel lid 2 bepaalt dat matiging niet mag geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor aansprakelijkheid door verzekering gedekt is of had moeten zijn.

Het is de vraag of iedere beroepsfout tot aansprakelijkheid van de uitvoerend advocaat zou moeten leiden. Dergelijke aansprakelijkheid doet zich niet alleen voor bij grove nalatigheid, maar juist met name bij vergissingen. Zoals de Rechtbank Den Haag overwoog: ook de advocatuur blijft

mensenwerk. De betreffende beroepsfout was 'menselijkerwijs zeer begrijpelijk maar civielrechtelijk gezien niet'.¹⁹ Bij andere functies in het rechtsverkeer is sprake van andere regels. Voor aansprakelijkheid van een officier van justitie is slechts plaats als hem een persoonlijk verwijt van het onrechtmatig handelen kan worden gemaakt.²⁰ Voor de rechterlijk ambtenaar bestaat een wettelijke exoneratie voor schade toegebracht aan een derde bij de vervulling van zijn ambt.²¹

Bij de inkadering van aansprakelijkheid kan gedacht worden aan een verzwaarde norm of een verzwaarde toerekeningsmaatstaf, zoals opzet of bewuste roekeloosheid.

Hoekstra en Van Rijckevorsel-Teeuwen bepleiten dat een aantrekkelijke benadering zou zijn dat het handelen van de beroepsbeoefenaar in beginsel enkel te gelden heeft als dat van de opdrachtnemende entiteit en dat diens persoonlijke aansprakelijkheid pas aan de orde komt bij opzet of bewuste roekeloosheid. Zij constateren echter terecht dat in geval van opzet of bewuste roekeloosheid de beroepsaansprakelijkheidsverzekering doorgaans geen dekking biedt.²² Zodoende zal dit aspect een averechts effect hebben, aangezien de verhaalsmogelijkheid dan juist wordt beperkt en verhaal door de werknemer op diens werkgever ex art. 6:170 lid 3 BW lastig wordt.

Spier acht bijkomende omstandigheden nodig om tot persoonlijke aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad te komen en denkt daarbij aan een 'lapzwanserige uitvoering'. Een (vorm van) ernstig verwijt is volgens hem nodig.²³

Ook had kunnen worden aangehaakt bij de verzwaarde norm die voor aansprakelijkheid van bestuurders geldt, namelijk het ernstig persoonlijk verwijt²⁴. Hiervan wilde de Hoge Raad in het arrest *Breeweg/Wijnkamp* echter niet weten. In het arrest *Willemsen/NOM*²⁵ rechtvaardigde de Hoge Raad een hoge drempel doordat mede het belang van de bestuurde vennootschap wordt gediend en daarmee wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Meijer bepleit een aan voornoemde verzwaarde norm verwante drempel voor beroepsbeoefenaren. Hun schending van de geldende norm moet primair ook aan de opdrachtnemer worden toegerekend en ook zij moeten hun werk niet laten leiden door angst.²⁶

5. Navolging lagere rechtspraak

Het arrest *Breeweg/Wijnkamp* heeft grote impact op de beroepsaansprakelijkheid en de procesvoering daarover. Een

16 Zie het in de inleiding aangehaalde citaat van de A-G (HR 18 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:711, nr. 5.1).

17 Vgl. C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 344-345 en C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie* (oratie Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 3-37.

18 HR 18 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:711, nr. 3.28.1.

19 Rb. Den Haag 6 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:23, r.o. 4.12.

20 HR 11 oktober 1993, NJ 1993/165 (*Staat & Van Hilten/M*).

21 Vgl. art. 42 lid 1 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

22 T.P. Hoekstra & E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen, 'Aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar naast de contracterende vennootschap', *WPNR* 2013-6999, p. 1148-1149.

23 HR 18 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:711, nr. 3.33.1 en 3.33.2.

24 HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*).

25 HR 20 juni 2008, NJ 2009/21, r.o. 5.3.

26 R. Meijer, 'Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren', *Ars Aequi* 2016, p. 443-444.

claimende cliënt doet er goed aan in ieder geval ook de beroepsbeoefenaar uit hoofde van onrechtmatige daad aan te spreken.²⁷

Kortmann denkt voorts dat de Hoge Raad met dit arrest geen min of meer algemene regel heeft willen geven voor een 'zo grote groep gevallen van heel verschillende pluimage'.²⁸ Het arrest ziet specifiek op advocaten, maar de rechtsoverwegingen doen een groter toepassingsbereik vermoeden. Een rechtvaardiging voor een beperking tot de advocatuur laat zich slecht denken. Uit lagere jurisprudentie volgt dat de overwegingen van de Hoge Raad evenzeer verregaande consequenties hebben voor andere (vrije) beroepsbeoefenaren.

In zijn arrest van 15 december 2015, waar het ging om de aansprakelijkheid van een makelaar in onroerend goed, wordt door het Gerechtshof 's-Gravenhage naar het arrest *Breeweg/Wijnkamp* verwezen. Overwogen wordt dat ten aanzien van de aansprakelijkheid van de makelaar als natuurlijk persoon die niet handelt als bestuurder de norm van art. 6:162 BW geldt.²⁹ De reikwijdte van het arrest wordt aldus uitgebreid naar andere beroepsbeoefenaren dan advocaten.

Dat blijkt ook uit de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 13 januari 2016.³⁰ In die zaak ging het om beroepsaansprakelijkheid van een accountant. Onder verwijzing naar het arrest *Breeweg/Wijnkamp* overweegt de rechtbank dat onrechtmatige gedragingen van de accountant in het maatschappelijk verkeer tevens kunnen worden aangemerkt als gedragingen van het accountantskantoor waarvan hij bestuurder is, met als gevolg dat (ook) de accountant uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden.³¹

Uit het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland van 18 mei 2016 blijkt dat de notaris die een beroepsfout wordt verweten, na kennisneming van het onderhavige arrest van de Hoge Raad, zelfs terugkomt op zijn eerdere standpunt dat hij niet persoonlijk aansprakelijk kan zijn.³²

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch overweegt in zijn arrest van 11 oktober 2016 dat het verzuim om een appeldagvaarding tijdig te betekenen een onrechtmatige daad van de gerechtsdeurwaarder oplevert, naast een toerekenbare tekortkoming van de opdracht door het deurwaarderskantoor (de contractspartij).³³ Het hof verwijst daarbij naar het arrest *Breeweg/Wijnkamp*.

Ook in enkele recente zaken waarin advocaten zijn aangesproken op grond van onrechtmatige daad verwijzen diverse rechtbanken naar voornoemd arrest. In alle gevallen is

de overeenkomst van opdracht gesloten met het advocatenkantoor en is de toepasselijkheid van de art. 7:404/407 lid 2 BW in de algemene voorwaarden uitgesloten. In de zaken die voorlagen bij de Rechtbank Rotterdam en Den Haag is daarnaast in de algemene voorwaarden bepaald dat uitsluitend het betreffende kantoor opdrachtnemer is.

De Rechtbank Rotterdam oordeelde op 24 augustus 2016 dat uit voornoemde bepalingen volgt dat slechts de aangesproken advocatenkantoren als opdrachtnemers aangemerkt kunnen worden.³⁴ Een vordering op grond van toerekenbare tekortkoming kan daarom slechts tegen hen worden ingesteld. Dit laat volgens de rechtbank echter onverlet dat de advocaten die de opdracht feitelijk hadden uitgevoerd, en dus niet de contractuele wederpartij waren, aansprakelijk konden worden gesteld op grond van art. 6:162 BW. De maatstaf van art. 7:401 BW zou hierbij volgens de rechtbank als uitgangspunt moeten gelden, waarbij vervolgens louter werd getoetst aan de maatstaf van de redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot. Het bevreemdt dat de maatstaf van art. 7:401 BW door de rechtbank zonder enige toelichting als uitgangspunt wordt genoemd, aangezien de Hoge Raad dit niet deed en dit bovendien strijdig is met de vaststelling dat uitsluitend de advocatenkantoren als opdrachtnemers aangemerkt konden worden.

Op 27 juli 2016 oordeelde de Rechtbank Amsterdam eveneens dat de advocaten die de opdracht feitelijk uitvoeren aansprakelijk kunnen zijn op grond van onrechtmatige daad, ook als zij geen partij zijn bij de overeenkomst van opdracht.³⁵ Dat de art. 7:404/407 lid 2 BW in de algemene voorwaarden waren uitgesloten is volgens de rechtbank niet relevant voor een vordering die is gebaseerd op onrechtmatige daad. Ook hier blijkt het contractuele vangnet aldus onvoldoende stevig om de aansprakelijkheid van een advocaat op grond van onrechtmatige daad te voorkomen.

In tegenstelling tot voornoemde rechtbanken is volgens de Rechtbank Den Haag in een soortgelijke situatie geen sprake van aansprakelijkheid van de uitvoerend advocaat uit hoofde van onrechtmatige daad.³⁶ In die kwestie was een relevant verschil dat tevens vorderingen tot schadevergoeding jegens werknemers, advocaten en bestuurders van de praktijkvennootschappen expliciet waren uitgesloten in de algemene voorwaarden.

De rechtbank overweegt dat deze uitsluiting in de weg staat aan een succesvol beroep op art. 6:162 BW. Volgens de rechtbank is een dergelijke uitsluiting niet onredelijk of onbillijk, aangezien die ertoe zou moeten leiden dat onder meer advocaten in privé gevrijwaard blijven van claims jegens opdrachtgevers wegens eventuele beroepsfouten. De opdrachtgever kan dergelijke claims volgens de rechtbank richten tegen de opdrachtnemer, die behoorlijk verzekerd is en behoort te zijn tegen schade ontstaan door beroepsfouten. Aansprakelijkheid van de advocaat in privé is, in tegenstelling tot contractuele aansprakelijkheid van de rechtspersoon/opdrachtnemer, volgens de rechtbank dus niet aan de orde.

27 Dit geeft te denken over beroepsaansprakelijkheidsprocedures uit het verleden, waarin een beroep op persoonlijke aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad de zaak bijzonder zou hebben vereenvoudigd (vgl. de voorliggende problematiek over het betrekken van maten/de maatschap in HR 15 maart 2013, NJ 2013/290 (*Biek Holdings*)).

28 HR 18 september 2015, JOR 2015/289, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, nr. 8.

29 Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3401, r.o. 18.

30 Rb. Amsterdam 13 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:145, r.o. 4.11.

31 Zie ook Hof Amsterdam 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4096, r.o. 3.10.1, waarin eveneens de mogelijke aansprakelijkheid van een accountant uit hoofde van onrechtmatige daad aan de orde is.

32 Rb. Midden-Nederland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5321, r.o. 2.5.

33 Hof 's-Hertogenbosch 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4550, r.o. 3.6.

34 Rb. Rotterdam 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6482.

35 Het vonnis van de Rechtbank Amsterdam is (nog) niet gepubliceerd.

36 Rb. Den Haag 6 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:23.

Zoals uit het voorgaande blijkt hebben diverse lagere rechters inmiddels het arrest *Breeweg/Wijnkamp* aangehaald waar het gaat om persoonlijke aansprakelijkheid jegens de cliënt. De Rechtbank Amsterdam heeft in haar vonnis van 23 maart 2016 het persoonlijk risico zelfs uitgebreid naar de buitencontractuele relatie tussen de advocaat en derden (in dit geval schuldeisers van zijn cliënt).³⁷ De Hoge Raad heeft echter niet (expliciet) bepaald dat de norm van buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoerend advocaat (ex art. 6:162 BW) jegens zijn cliënt gelijk is aan die jegens een derde. Het is zeer de vraag of de overwegingen van de Hoge Raad op die wijze toegepast behoren te worden.

6. Beperking van persoonlijke risico's

Onderliggende problematiek is pas van praktische relevantie indien het advocatenkantoor niet meer bestaat, insolvent is en/of wanneer er onvoldoende dekking voor een aansprakelijkheidsclaim bestaat. Situaties waarin de beroepsbeoefenaar tussen wal en schip dreigt te belanden blijven niet beperkt tot de verbeelding.

Art. 6.24 van de Verordening op de advocatuur schrijft voor dat de advocaat adequaat is verzekerd ter zake van het risico van zijn beroepsaansprakelijkheid. Art. 6.25 geeft daar invulling aan door te bepalen dat die verzekering dekking biedt voor minimaal € 500.000 per aanspraak en minimaal tweemaal dat bedrag per verzekeringsjaar.

Niet ieder advocatenkantoor draagt zorg voor dergelijke verzekeringsdekking, zo blijkt uit tuchtrechtspraak.³⁸

Afgezien daarvan kan de beroepsaansprakelijkheidsverzekering in één jaar vaker of voor hogere bedragen worden aangesproken dan waarvoor dekking bestaat. Zeker in geval van grote overnames of omvangrijke aansprakelijkheidskwesties kunnen de aansprakelijkheidsrisico's de dekking overstijgen.

Daarnaast kan dekking ontbreken om verzekeringstechnische redenen (er is geen premie voldaan of er wordt voldaan aan een dekkingsuitsluiting) dan wel praktische redenen (er is een dekkingsgat vanwege onvoldoende uitloop bij een vorige verzekering of onvoldoende inloop bij een opvolgende verzekering).³⁹

Ook al is er wel voldoende verzekeringsdekking, dan geldt veelal een eigen risico. In geen geval zal dit hoger zijn dan € 100.000.⁴⁰

Beroepsbeoefenaren kunnen hun eigen beroepsaansprakelijkheidsverzekering toetsen op dekking, verzekerde som en (voor de vertrekkend werknemer) in-/uitloopmogelijkheden. Ook doet de beroepsbeoefenaar-werknemer er goed aan in zijn arbeidsovereenkomst op te laten nemen dat de werkgever zorgdraagt voor een adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering, die ook nog dekking biedt voor de

vijf jaren na vertrek van de werknemer met het oog op het gebruikelijke claims-made-karakter van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Het verdient de voorkeur dat de beroepsbeoefenaar in de polis wordt gekwalificeerd als 'verzekerde', zodat hij rechtstreeks aanspraak kan maken op dekking. Wat in dit opzicht resteert, is uiteraard het tijdig melden van omstandigheden/aanspraken ter voorkoming van onnodige dekkingsdiscussies.⁴¹

Maar dubbel gestikt houdt beter: in voorkomende gevallen kunnen ook algemene voorwaarden, mits op juiste wijze van toepassing verklaard, soelaas bieden. Aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar in privé kan beperkt of uitgesloten worden in algemene voorwaarden. Indien dit op juiste wijze gebeurt en wordt toegepast, verwordt onderhavige problematiek goeddeels tot voer voor dogmatici.

Veelal is in algemene voorwaarden van advocaten- en notaris kantoren een bepaling opgenomen waarin staat dat aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag waarop de door de opdrachtnemer gesloten (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering aanspraak geeft, vermeerderd met het eigen risico dat de opdrachtnemer onder die verzekering draagt.

Ook is doorgaans bepaald dat uitsluitend het kantoor als opdrachtnemer geldt en dat de art. 7:404/407 lid 2 BW buiten toepassing worden verklaard.

Hiermee wordt voorkomen dat de beroepsbeoefenaar aan wie de opdracht feitelijk is verstrekt een risico loopt om naast de formele opdrachtnemer hoofdelijk aansprakelijk te zijn. Zoals blijkt uit de besproken lagere jurisprudentie, biedt deze bepaling echter slechts bescherming voor contractuele aanspraken en niet voor aanspraken uit onrechtmatige daad.

Ter beperking van aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar kunnen bepalingen van de volgende strekking in de algemene voorwaarden worden opgenomen:

- 1) Een bepaling die inhoudt dat uitsluitend de opdrachtnemer aangesproken kan worden. Daarbij dient de aansprakelijkheid van werknemers, bestuurders van de praktijkvennootschappen waarin werkzaamheden worden verricht en anderen die bij de uitvoering van de opdracht zijn ingeschakeld te worden uitgesloten.⁴²
- 2) Een bepaling die inhoudt dat niet alleen de opdrachtnemer, maar alle hiervoor bedoelde personen zich op de algemene voorwaarden kunnen beroepen. Een dergelijk derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW zou expliciet zo geïdentificeerd moeten worden. Dit dient niet in de laatste plaats niet-ondergeschikten van de opdrachtnemer, aangezien de blokkerende werking van de paardensprong ex art. 6:257 BW voor hen niet opgaat.
- 3) Een bepaling die een concrete vervaltermijn geeft voor melding van een beroepsfout, waarmee aldus een zekere invulling wordt gegeven aan de klachtplicht van

37 Rb. Amsterdam 23 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1585, r.o. 3.7.

38 Vgl. Raad van Discipline Amsterdam 4 augustus 2015, ECLI:NL:TADRAMS:2015:187, Hof van Discipline 30 januari 2015, ECLI:NL:TAHVD:2015:32, Raad van Discipline 's-Gravenhage 16 juni 2014, ECLI:NL:TADRSGR:2014:161, en Hof van Discipline 20 april 2001, nr. 3340 te raadplegen in: S. Boekman/FA.W. Bannier, *Advocaten tuchtrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 104 en 109.

39 Vgl. Raad van Discipline Utrecht 23 juli 2012, ECLI:NL:TADRARN:2012:YA3062.

40 Vgl. art. 6.26 aanhef en lid f.

41 Vgl. art. 7:928/941 BW en de standaardbepaling ter zake in de polis.

42 Vgl. L.C. Dufour, 'De beperkte bescherming van een praktijkvennootschap tegen aansprakelijkheid voor een beroepsfout', *JBN* 2016/26, nr. 19, p. 5-7.

art. 6:89 BW. Dit kan bijvoorbeeld gerechtvaardigd worden ingeval van in-/uitloopproblematiek.⁴³

Uitsluiting van de bedoelde persoonlijke aansprakelijkheid hield stand bij de Rechtbank Den Haag⁴⁴ en is in onze optiek niet onbillijk of onredelijk (bezwarend) bij adequate verzekeringsdekking van of anderszins voldoende verhaal bij de opdrachtnemer, behoudens opzet/bewuste roekeloosheid. Wij gaan er niet van uit dat dergelijke volledige exoneratie in strijd is met de Verordening op de advocatuur. In art. 6.26 is bepaald dat een advocaat schriftelijk met de cliënt kan overeenkomen dat de beroepsaansprakelijkheid, buiten het bedrag van het eigen risico, wordt beperkt tot het bedrag waarop de verzekering aanspraak geeft, indien is voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld aan de advocaat/de verzekering als bedoeld in de art. 6.24 en 6.25. Deze discretionaire bevoegdheid tot *beperking* van aansprakelijkheid staat mogelijk volledige *uitsluiting* van persoonlijke aansprakelijkheid niet in de weg, zolang er via aanspraak van de opdrachtnemer voor de cliënt de mogelijkheid bestaat om de verzekeringspenningen uiteindelijk aan hem ten goede te laten komen.⁴⁵

7. Conclusie

Uit het arrest *Breeweg/Wijnkamp* volgt dat een door een advocaat gemaakte beroepsfout niet alleen aan de opdrachtnemer kan worden tegengeworpen (uit hoofde van toerekenbare tekortkoming), maar ook aan de uitvoerend beroepsbeoefenaar (uit hoofde van onrechtmatige daad). Bij de invulling van deze buitencontractuele aansprakelijkheid van de uitvoerende advocaat is volgens de Hoge Raad dezelfde maatstaf ('redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot') medebepalend voor de gegrondheid van de aanspraak.

Dit oordeel kan grote consequenties hebben voor zowel de advocaat in dienstbetrekking als de advocaat die aan de opdrachtnemende maatschap/rechtspersoon deelneemt door tussenkomst van een praktijkvennootschap. De advocaat verbindt zich immers met zijn privévermogen jegens de cliënt van zijn werkgever/de opdrachtnemer voor de juiste nakoming van diens opdracht. Het is de vraag of iedere beroepsfout tot aansprakelijkheid van de uitvoerend advocaat zou moeten leiden en in hoeverre de afwezigheid van een verzwaarde drempel voor dergelijke privéaanspraken wenselijk is.

Het oordeel van de Hoge Raad wordt inmiddels overgenomen in de lagere rechtspraak, ook in aansprakelijkheidskwesties van andere beroepsbeoefenaren dan advocaten, zoals accountants, gerechtsdeurwaarders, makelaars en notarissen. Hiermee wordt de reikwijdte van het arrest uitgebreid.

Indien de financiële risico's voor de beroepsbeoefenaren op praktische wijze worden beperkt, bijvoorbeeld door zorg te dragen voor voldoende verzekeringsdekking en uitsluiting van persoonlijke aansprakelijkheid in algemene voorwaarden, zullen de dogmatische bezwaren uiteindelijk wellicht minder gehoor vinden.

43 Een exoneratie- of vervalbeding kan vernietigd worden door kleine ondernemers en consumenten indien dit onredelijk bezwarend is (art. 6:233 aanhef en sub a jo. art. 6:235 lid 1 BW). De bedingen staan bovendien in de 'grijze lijst' (art. 6:237 sub f resp. h BW) die geldt voor consumentenovereenkomsten, zodat daarvoor een wettelijk vermoeden geldt van onredelijk bezwarendheid.

44 Vgl. Rb. Den Haag 6 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:23.

45 In de 'Toelichting Verordening op de advocatuur' bij art. 6.26 staat: "Evenmin is het mogelijk dat de advocaat zijn aansprakelijkheid op voorhand in zijn geheel uitsluit. Dit past niet bij het doel van de verzekeringsplicht dat iedere advocaat voldoende verhaal biedt voor dekking van de gevolgen van beroepsaansprakelijkheid". Wij vermoeden dat de Nederlandse Orde Advocaten bij het redigeren van deze toelichting de mogelijkheid tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad niet heeft voorzien.