

# Wanneer is fout ook goed fout? Beroepsaansprakelijkheid van advocaten onder de loep

*Mr. J.M.L. van Duin, mr. T. Novakovski en*

*mr. C.B. Vreede\**

## Inleiding

Het komt regelmatig voor dat een advocaat door zijn (voormalige) cliënt – al dan niet terecht – wordt aangesproken vanwege een beroepsfout. Op het gebied van beroepsaansprakelijkheid van advocaten worden jaarlijks tientallen rechterlijke uitspraken gepubliceerd, de (eveneens talrijke) uitspraken ten aanzien van notarissen en andere juridische dienstverleners en ongepubliceerde uitspraken nog daargelaten. Die uitspraken laten een waaier aan mogelijke verwijten zien, uiteenlopend van het niet aanvoeren van een essentiële stelling in een procedure tot het niet waarschuwen voor aanzienlijke procesrisico's en van het niet tijdig instellen van hoger beroep tot het intrekken van een bezwaarschrift zonder opdracht van de cliënt.

Omdat de zorgvuldigheid die van 'een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat' mag worden verwacht – de maatstaf waaraan het handelen van advocaten moet worden getoetst<sup>1</sup> – geen vastomlijnd begrip is, wordt deze zorgvuldigheidnorm in de (lagere) rechtspraak ingevuld. Daarbij gaat het om een feitelijk oordeel waarin alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. De rechtspraak over beroepsfouten heeft dan ook een sterk casuïstisch karakter. Gedragsregels kunnen weliswaar een aanknopingspunt bieden, maar de tuchtrechtelijke norm verschilt zodanig daarin van de civielrechtelijke aansprakelijkheidsnorm dat de overtreding van een gedragsregel niet zonder meer meebrengt dat sprake is van wanprestatie of onrechtmatige daad.<sup>2</sup> Hoewel er dus geen 'harde' criteria zijn waaraan een advocaat in de uitoefening van zijn beroep dient te voldoen, maakt een analyse van recente

rechtspraak over beroepsfouten inzichtelijk op welke manier in de praktijk wordt omgegaan met beroepsaansprakelijkheidsclaims. Uit de rechtspraak blijkt dat deze claims niet alleen kunnen worden ingesteld door (voormalige) cliënten van de advocaat. De zorgplicht van de advocaat kan zich uitstrekken tot derden.<sup>3</sup> In deze bijdrage richten wij ons echter op beroepsaansprakelijkheidsclaims van (voormalige) cliënten van de advocaat.

Met deze bijdrage beogen wij om – aan de hand van een inventarisatie van circa zestig via rechtspraak.nl terug te vinden uitspraken die in de periode 2010, 2011 en 2012 met betrekking tot beroepsfouten van advocaten zijn geweest<sup>4</sup> – in kaart te brengen hoe feitenrechters over (vermeende) beroepsfouten oordelen. Na kort stil te staan bij de aangevoerde grondslagen en de aangesproken partijen analyseren wij op welke wijze de beoordelingsmaatstaf in de lagere rechtspraak nader wordt ingevuld. Hoewel een scherp onderscheid tussen verschillende types beroepsfouten niet in alle gevallen valt te maken, hebben wij – uit praktische overwegingen – de beroepsfouten in drie categorieën onderverdeeld. Achtereenvolgens worden besproken: (1) inhoudelijke fouten, (2) organisatorische fouten en (3) termijnfouten. Vervolgens wordt kort stilgestaan bij de stelplicht en bewijslast. Ten slotte gaan wij in op enkele zaken

\* Mr. J.M.L. van Duin, mr. T. Novakovski en mr. C.B. Vreede zijn advocaten bij Pels Rijcken & Droogelever Fortuijn te Den Haag.

1. Zie o.m. HR 9 juni 2000, NJ 2000, 460, r.o. 3.3 en HR 7 maart 2003, NJ 2003, 302, r.o. 3.4.2. Zie ook W.G. Huijgen, VI.2 Aansprakelijkheid van juridische beroepsbeoefenaren, in: C.J.J.M. Stolker, *Onrechtmatige daad* 6.3, Deventer: Kluwer (losbl.) 2009, aant. 36.

2. Zie over de verhouding tussen tuchtrecht en civiel recht verder W.F. Hendriksen & L.H. Rammeloo, *Tuchtrecht en civiel recht: gescheiden systemen*, WPNR (2008) 6778, p. 952-957. Zie voor een uitvoerige bespreking van de Gedragsregels en het advocatentuchtrecht F.A.W. Bannier, *Zoals een behoorlijk advocaat betaamt*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010.

3. Zie in dit verband bijv. Hof Amsterdam 3 april 2012, LJN BW9460, waarin het hof oordeelde dat een advocaat een beroepsfout had gemaakt door gelden van zijn derdenrekening door te geleiden aan zijn cliënt (en aan deze gelieerde personen) zonder dat daar een duidelijke instructie van degene die het geld had gestort aan ten grondslag lag. De advocaat had de gelden overgeboekt op de enkele instructie van zijn cliënt en/of diens partner, die niet tot de gelden gerechtigd was/waren. Het lag volgens het hof echter op de weg van de advocaat om bij degene van wie het bedrag afkomstig was navraag te doen over de juistheid van de gegeven instructie. Nu hij dit had nagelaten, had de advocaat jegens de rechthebbenden op de gelden onrechtmatig gehandeld. Zie voor een uitvoerige bespreking van de problematiek rond beroepsaansprakelijkheid en derden 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 2001.

4. Gezocht is op trefwoorden als 'beroepsaansprakelijkheid advocaat', 'beroepsfout advocaat' en 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot'. Het onderzoek werd afgesloten op 7 augustus 2012.

waarin de voor de beroepsaansprakelijkheid van advocaten typerende problematiek van het verlies van een kans een rol speelt.

### Grondslag vordering en aangesproken partij

Meestal wordt de aansprakelijkheid voor beroepsfouten gegrond op een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 e.v. Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>5</sup> Daarnaast kan schending van de zorgvuldigheidsnorm (ook) een onrechtmatige daad opleveren.<sup>6</sup>

In de door ons bestudeerde uitspraken valt op dat nu eens de advocaat wordt aangesproken, dan weer het kantoor, en soms zowel de advocaat als het kantoor. Dit lijkt onder meer samen te hangen met het feit dat de vordering veelal (primair) wordt gebaseerd op wanprestatie, in welk kader van belang is aan wie – het kantoor en/of de advocaat – de cliënt de opdracht heeft verstrekt. Aansprakelijkheid van de betrokken advocaat volgt niet zonder meer uit art. 7:407 lid 2 BW, omdat niet zelden alleen het kantoor de (juridische) opdrachtnemer is. In dit verband overwoog de Rechtbank Almelo echter dat van een cliënt niet kan worden verwacht dat deze onderzoek doet naar de (rechts)verhouding tussen de door hem ingeschakelde advocaat en het kantoor waar deze werkt. Indien het kantoor de ‘juridische opdrachtnemer’ is, maar het de bedoeling van de cliënt was dat de opdracht zou worden uitgevoerd door een bepaalde advocaat die zelf verantwoordelijk was voor de uitvoering, dan zou ingevolge art. 7:404 BW de advocaat – naast het kantoor – hoofdelijk aansprakelijk zijn, aldus de rechtbank.<sup>7</sup> De opdracht moet dan wel uitdrukkelijk zijn verleend met het oog op een specifieke advocaat. Om hoofdelijke aansprakelijkheid uit te sluiten bepalen advocatenkantoren in de praktijk doorgaans in hun algemene voorwaarden dat alle opdrachten uitsluitend door het kantoor worden aanvaard, waarmee wordt afgeweken van art. 7:404 en 7:407 lid 2 BW. Ook daarom zal de individuele advocaat niet snel (mede) aansprakelijk zijn jegens de cliënt.

In één geval beriep de cliënt zich op falend toezicht van de maatschap en beide maten op de advocaat die (onmiskenbaar) beroepsfouten had gemaakt. Het Gerechtshof Den Bosch overwoog echter dat de maatschap uit zelfstandig functionerende advocaten bestond die onderling niet in een gezagsrela-

tie stonden of jegens elkaar verantwoording schuldig waren voor de uitvoering van hun werkzaamheden, zodat een vordering uit hoofde van wanprestatie niet toewijsbaar was. Van onrechtmatige daad in groepsverband was evenmin sprake, omdat de gedragingen zich niet afspeelden in groepsverband: de betreffende advocaat onderhield alle contacten met de cliënt en hield een en ander voor zijn medeleden van de maatschap verborgen.<sup>8</sup> Denkbaar is echter dat indien de maten al geruime tijd van de gang van zaken op de hoogte waren geweest zonder maatregelen te treffen, zij aansprakelijk kunnen zijn wegens een eigen onrechtmatige daad.<sup>9</sup>

### Beoordelingsmaatstaf: de redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat

De zorgvuldigheidsnorm van een ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat’ houdt – kort gezegd – in dat de advocaat over de vereiste vaardigheden en kennis van zaken dient te beschikken, en dat hij een hem opgedragen zaak met zorg voor de belangen van zijn cliënt dient te behandelen. Volgens vaste rechtspraak behoort het tot de taak van een advocaat dat hij zich niet beperkt tot de verrichtingen waarom zijn cliënt uitdrukkelijk vraagt, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak en zijn cliënt van belang is en daarnaar handelt.<sup>10</sup> De advocaat heeft dus een eigen verantwoordelijkheid. Daarbij heeft hij een zekere vrijheid om – in overleg met zijn cliënt – onder meer te bezien welke strategie wordt gekozen, welke stellingen naar voren worden gebracht, welke stukken worden overgelegd en welke (proces)handelingen worden verricht.<sup>11</sup>

Van een tekortkoming – of eventueel onrechtmatige daad – is pas sprake ‘indien een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in de gegeven omstandigheden anders gehandeld zou hebben dan wel een advies niet zou hebben gegeven’, aldus de Rechtbank Rotterdam in een tweetal uitspraken.<sup>12</sup> In dezelfde zin oordeelde het Gerechtshof Leeuwarden in een arrest van 13 december 2011, waarin de vraag centraal stond of twee advocaten jegens hun cliënt een beroepsfout hadden gemaakt bij de incasso van de vordering op de wederpartij, die hangende het incassotraject failliet was gegaan. Na vooropgesteld te hebben dat de advocaten ‘binnen de kaders van de hen gegeven opdracht in beginsel vrij waren te kiezen welke werkwijze hen het meeste geraden voorkwam’, overwoog het hof dat het feit ‘dat achteraf bezien een andere aanpak tot (meer) succes zou hebben kunnen leiden dan de gevolgde werkwijze

5. Het komt ook voor dat de advocaat in een door hem geëntameerde procedure over de betaling van openstaande declaraties in een reconventionele vordering van zijn cliënt wordt geconfronteerd met een aansprakelijkstelling wegens wanprestatie. Zie bijv. Rb. Arnhem 21 juli 2010, LJN BN3449.  
6. Zo oordeelde de Rechtbank Arnhem dat, indien de overeenkomst van opdracht is gesloten met de ene advocaat, maar de opdracht wordt uitgevoerd door een andere advocaat, het niet betrachten van de zorgvuldigheid die van een redelijk handelende en redelijk bekwaame advocaat mag worden verwacht onrechtmatig is jegens de cliënt. Zie Rb. Arnhem 28 juli 2010, LJN BN4461, r.o. 4.3. Zie over de grondslag voor aansprakelijkheid verder Huijgen 2009, aant. 33.  
7. Rb. Almelo 23 juni 2010, LJN BN2527, r.o. 4.2. Vgl. ook A.G. Castermans & H.B. Krans, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2011, art. 7:404, aant. 3.

8. Hof Den Bosch 27 maart 2012, LJN BW0314, r.o. 4.16-4.17.  
9. Zie over de (hoofdelijke) aansprakelijkheid van advocaten die hun praktijk in maatschapverband uitoefenen K. Teuben, *Procederen door en tegen personenvennootschappen*, MvV 2009/11, p. 269-278, op p. 272-273.  
10. HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420 m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 4.3.2. Zie bijv. ook Rb. Arnhem 6 januari 2010, LJN BK9751, r.o. 5, Rb. Haarlem 27 juli 2011, LJN BT2494, r.o. 4.3 en Rb. Utrecht, 7 september 2011, LJN BR6697, r.o. 4.3.  
11. Zie onder meer Rb. Rotterdam 31 maart 2010, LJN BM2163, r.o. 5.6, Rb. Rotterdam 29 juni 2011, LJN BR4168 en Rb. Almelo 11 april 2012, LJN BW3679, r.o. 4.2.  
12. Rb. Rotterdam 31 maart 2010, LJN BM2163, r.o. 5.6, alsook Rb. Rotterdam 29 juni 2011, LJN BR4168.

onvoldoende [is] om te oordelen dat niet de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat in acht is genomen'. Dat is slechts het geval 'als op het moment dat [de advocaten] hun werkzaamheden verrichtten een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot de door hen gevolgde werkwijze achterwege zou hebben gelaten'.<sup>13</sup>

Verder is de invulling van de zorgvuldigheidsnorm afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud van de opdracht en de mate van inspanning die van een advocaat mag worden verwacht ten opzichte van de cliënt. Daarbij is mede van belang in hoeverre een advocaat zich als specialist op het betreffende rechtsgebied profileert. Van een specialist mag een grotere deskundigheid worden verwacht en aan zijn handelen kunnen dan ook (nog) zwaardere eisen worden gesteld.<sup>14</sup> Interessant in dit verband is ook het oordeel van de Rechtbank Rotterdam dat van een gerenommeerd kantoor en de daaraan verbonden advocaten, gelet op hun reputatie en tarieven, meer vakkenis mag worden verlangd dan van een gemiddeld kantoor en een gemiddelde advocaat.<sup>15</sup>

#### Beroepsfouten (I): inhoudelijke fouten

In de door ons bestudeerde uitspraken passeerden velerlei (potentiële) inhoudelijke fouten de revue. Verreweg de meeste inhoudelijke fouten betreffen onjuiste en/of onvolledige juridische adviezen. Daarbij speelt de vraag in hoeverre de advocaat zijn cliënt heeft gewaarschuwd voor (proces)risico's vaak een centrale rol. Daarnaast kunnen inhoudelijke fouten worden onderscheiden die een advocaat maakt bij het optreden voor de cliënt in of buiten rechte. Dergelijke fouten kenmerken zich door een grote verscheidenheid, variërend van het niet aanvoeren van een bepaalde essentiële stelling in een procedure tot het ontbinden van een overeenkomst zonder een ingebrekestelling, terwijl geen sprake was van verzuim.

#### *Onjuiste en/of onvolledige adviezen*

Vooropgesteld dient te worden dat als een advocaat (naar achteraf blijkt) zijn cliënt onjuist heeft geadviseerd, daarmee niet meteen vaststaat dat een beroepsfout is gemaakt.<sup>16</sup> Van een beroepsfout is immers pas sprake – zo zagen wij bij de invulling van de beoordelingsmaatstaf – als dit advies niet door een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat zou zijn gegeven. Zo kan het voorkomen dat een advocaat adviseert over een rechtsvraag waarover in de wet en in de jurisprudentie (nog) geen uitsluit is gegeven en waarover de meningen in de literatuur zijn verdeeld. Een dergelijke kwestie plaatste de Rechtbank Middelburg in het teken van voorzienbaarheid: was het uiteindelijke oordeel van de rechter voorzienbaar of

ging het om een juridisch novum?<sup>17</sup> Als later blijkt dat de door de advocaat verdedigde opvatting door een rechter niet wordt gevolgd, dan levert dat in beginsel nog geen beroepsfout op omdat ook een andere – redelijk bekwaame en redelijk handelende – advocaat een vergelijkbaar advies had kunnen geven. Een beroepsfout kan het echter (alsnog) worden indien de advocaat zijn cliënt onvoldoende voor de risico's en onzekerheden ter zake heeft gewaarschuwd. Uit de rechtspraak volgt namelijk dat rechters bij de beoordeling van de vraag of een advocaat bij het geven van juridisch advies als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot heeft gehandeld, van doorslaggevend belang achten in hoeverre de advocaat zijn cliënt heeft gewezen op de risico's die verbonden zijn aan het al dan niet opvolgen van zijn advies.

De Rechtbank Haarlem verwoordde de waarschuwingsplicht van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat trefend als volgt:

'In dit algemene criterium ligt besloten dat een advocaat zijn cliënt dient in te lichten over de eventuele risico's, de ernst van het intreden van zulke risico's en over eventuele alternatieven. Bij het bepalen van de inhoud van de norm gaat het er om dat de cliënt de informatie ontvangt die hij nodig heeft om een weloverwogen beslissing te kunnen nemen.'<sup>18</sup>

Volgens de Rechtbank Rotterdam vloeit uit de waarschuwingsplicht voort dat, hoewel een advocaat een aanzienlijke beoordelingsruimte toekomt als een algemeen advies wordt gevraagd over de inschatting van mogelijkheden, belangen en kansen, zijn cliënt desalniettemin mag verwachten dat hij adequaat wordt voorgelicht en dat met hem diverse mogelijkheden worden doorgenomen.<sup>19</sup>

Het Gerechtshof Leeuwarden overwoog dat in de algemene norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat besloten kan liggen dat 'een cliënt niet onnodig mag worden blootgesteld aan onnodige risico's'.<sup>20</sup> Dit brengt onder meer mee dat het verliezen van een weinig kansrijke procedure voor de advocaat niet altijd zonder gevolgen blijft, als hij zijn cliënt niet heeft gewezen op de aanzienlijke risico's.<sup>21</sup> Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht dat hij zich vergewist van de kansrijkheid van een

13. Hof Leeuwarden 13 december 2011, LJN BU8232, r.o. 4.6-4.7.

14. Zie o.m. Rb. Rotterdam 17 maart 2010, LJN BL8874, r.o. 5.2 en Rb. Den Haag 28 oktober 2011, LJN BU2104, r.o. 4.5.

15. Rb. Rotterdam 4 april 2012, LJN BW4460, r.o. 4.2.

16. Huijgen 2009, aant. 42.

17. Rb. Middelburg 13 april 2011, LJN BQ2355, r.o. 4.2.2. Het betrof in die zaak de (destijds nog niet in de rechtspraak beantwoorde) vraag of de korte verjaringstermijn van art. 7:23 BW kon worden omzeild door een vordering uit onrechtmatige daad met een verjaringstermijn van vijf jaar in te stellen. De advocaat had zijn cliënt in die zin geadviseerd.

18. Rb. Haarlem 27 juli 2011, LJN BT2494, r.o. 4.3.

19. Rb. Rotterdam 4 april 2012, LJN BW4460, r.o. 4.2. en 4.12.

20. Hof Leeuwarden 13 december 2011, LJN BU8232, r.o. 4.5. Het hof overwoog overigens dat deze door appellant bepleite maatstaf op zichzelf te beperkt is en als niet in overeenstemming met de door het hof genoemde algemene norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat dient te worden verworpen.

21. Rb. Arnhem 21 juli 2010, LJN BN3449, r.o. 4.3. Het betrof hier een kort geding waarin eiser niet-ontvankelijk was verklaard.

door een cliënt gewenste procedure en dit met zijn cliënt bespreekt alvorens hij namens zijn cliënt een procedure start, aldus de Rechtbank Utrecht.<sup>22</sup> Doet hij dat niet en wordt de zaak verloren, dan blijven niet alleen de door hem verrichte werkzaamheden voor zijn rekening, maar dient hij ook de overige kosten van die nodeloos gevoerde procedure – zoals de proceskosten – aan de cliënt als schade te vergoeden.<sup>23</sup> Voorwaarde is wel dat aannemelijk is dat de cliënt de procedure niet zou hebben gevoerd als voor de risico's was gewaarschuwd. In één enkel geval merkte de Rechtbank Almelo zelfs de kosten van de beroepsaansprakelijkheidsprocedure aan als schadepost: 'Deze [procedure] was zonder de beroepsfout van [gedaagde] niet nodig geweest.'<sup>24</sup> Gezien het verloop van de procedure werd de hoogte van de schade echter beperkt tot het bedrag volgens het toepasselijke liquidatietarief.

Het spreekt voor zich dat de waarschuwingsplicht niet alleen geldt in gevallen waarin de (proces)risico's aanzienlijk zijn, maar ook in situaties waarin een bepaalde aanpak op zichzelf (goed) verdedigbaar is, maar daaraan risico's verbonden kunnen zijn. Illustratief in dit verband is een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 2 juni 2010. In die zaak had de advocaat een overeenkomst ontbonden zonder in gebreke te stellen, terwijl niet zeker maar wel pleitbaar was dat een fatale termijn was overschreden. De Rechtbank Arnhem overwoog dat in de gegeven omstandigheden – de cliënt drong aan op een zo snel mogelijke ontbinding – een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat voor deze niet evident juiste, maar in redelijkheid pleitbare oplossing kon kiezen. De rechtbank benadrukte evenwel dat grote voorzichtigheid is geboden: 'Van de advocaat mag in het bijzonder worden verwacht dat hij zich terdege afvraagt hoe de reactie van de wederpartij zal zijn.'<sup>25</sup> In het betreffende geval had de advocaat naast de ontbinding tevens aangekondigd dat zijn cliënt de werkzaamheden van de wederpartij zelf zou gaan uitvoeren en geen betalingen meer zou verrichten. Dat achtte de rechtbank zeer risicovol, omdat in het geval dat er geen fatale termijn zou blijken te zijn en de wederpartij niet in verzuim was, de cliënt daarmee zelf in verzuim zou komen te verkeren en de wederpartij de ontbinding kon invoeren, wat uiteindelijk ook gebeurde. De rechtbank oordeelde dat alleen als dit scenario met cliënt is besproken en door cliënt is aanvaard, er geen grond is om de advocaat een verwijt te maken. Indien het aan een tevoren overwogen scenario ontbreekt – wat de rechtbank vermoedde – is de cliënt 'in een val gelopen waarvoor een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat haar had dienen te waarschuwen'.<sup>26</sup>

Uit deze uitspraak volgt dat het van groot belang is bij het afwegen van de risico's te anticiperen op de reactie van de

wederpartij en de cliënt daarvoor te waarschuwen. Denkbaar is bovendien dat zich gevallen kunnen voordoen waarin een waarschuwing aan de cliënt niet voldoende is, maar waarbij de advocaat – gelet op de in het geding zijnde belangen en de hem bekende wensen van de cliënt – van tevoren zijn handelingen op de mogelijke reactie van de wederpartij dient aan te passen. Wij verwijzen in dit verband naar een arrest van het Gerechtshof Leeuwarden van 14 december 2010. Daarin overwoog het hof – kort gezegd – dat de advocaat onvoldoende had geanticipeerd op de mogelijkheid dat zijn acties tot beslagleggingen door de wederpartij zouden kunnen leiden. Hoewel de cliënten ook hadden aangevoerd dat de advocaat had moeten wijzen op de gevaren van beslaglegging, overwoog het hof – zonder op de waarschuwingsplicht in te gaan – dat het op de weg van de advocaat had gelegen om maatregelen te treffen om beslaglegging te voorkomen. In dat kader oordeelde het hof dat de kosten van het kort geding ter opheffing van die beslagen als schade konden worden gevorderd.<sup>27</sup>

De waarschuwingsplicht kan dus zo ver reiken, dat zelfs een inhoudelijk juist advies een tekortkoming kan opleveren, als daarin de goede en kwade kansen voor de cliënt onvoldoende over het voetlicht zijn gebracht. Een goed voorbeeld hiervan is de arbeidsrechtelijke kwestie waarin de Rechtbank Rotterdam oordeelde dat de advocaat een procedure tegen het ontslag van zijn cliënt terecht als risicovol had beoordeeld (en ter zake derhalve juist had geadviseerd). De rechtbank overwoog dat dit nog niet betekende dat de advocaat niet is tekortgeschoten:

'De advocaat zal er immers voor moeten zorg dragen dat zijn cliënt in staat wordt gesteld het advies op waarde te schatten, zodat de cliënt gelegenheid heeft de goede en kwade kansen af te wegen en (bijvoorbeeld) wegens hem moverende redenen te kiezen voor een route met een kleine(re) kans van slagen.'<sup>28</sup>

#### *Fouten bij optreden in en buiten recht*

Als een procedure wordt verloren, komt het nogal eens voor dat een cliënt ontevreden is – terecht of onterecht – met het optreden van zijn advocaat. Door voor de risico's te waarschuwen kunnen veel problemen worden voorkomen. Uit de rechtspraak blijkt evenwel dat discussies over de vraag of de advocaat in een procedure juist heeft gehandeld niet altijd zijn te vermijden.

De verwijten die een cliënt zijn advocaat maakt, kunnen velerlei zijn. In een zaak voor de Rechtbank Utrecht voerde de cliënt aan dat zijn advocaat een essentiële stelling in hoger beroep niet naar voren had gebracht. Volgens de rechtbank speelt bij de beantwoording van de vraag of dit nalaten als een beroepsfout kan worden aangemerkt, de kans van slagen van

22. Rb. Utrecht 17 maart 2010, LJN BM4469, r.o. 4.11. Ook hier ging het om een niet-ontvankelijkverklaring van eiser.

23. Vgl. Rb. Arnhem 21 juli 2010, LJN BN3449 en Rb. Utrecht 17 maart 2010, LJN BM4469.

24. Rb. Almelo 2 november 2011, LJN BU3999, r.o. 21.

25. Rb. Arnhem 2 juni 2010, LJN BM8372, r.o. 4.15.

26. Rb. Arnhem 2 juni 2010, LJN BM8372, r.o. 4.27.

27. Hof Leeuwarden 14 december 2010, LJN BP1087, r.o. 10.2 en 11.2. De cliënten dienden in dit verband nog wel te bewijzen dat zij de advocaat uitdrukkelijk hadden gewaarschuwd dat de wederpartij geen enkel rechtsmiddel zou schuwen.

28. Rb. Rotterdam 17 maart 2010, LJN BL8874, r.o. 5.18.

de desbetreffende stelling een grote rol. In het voorliggende geval werd de stelling door de rechtbank als kansloos beschouwd, zodat ook geen beroepsfout werd aangenomen.<sup>29</sup>

In dezelfde zin sprak de Rechtbank Rotterdam zich uit in een zaak waarin cliënten hun advocaat verweeten dat hij geen verweer had gevoerd tegen een bepaalde stelling van de wederpartij. De advocaat bevestigde dat hij dat verweer niet had gevoerd en gaf daarvoor als reden aan dat de stelling van de wederpartij juist was. De rechtbank oordeelde dat het tot de vrijheid van de advocaat behoorde om een zodanig verweer niet te voeren, zodat dit geen beroepsfout opleverde.<sup>30</sup> Vermeldenswaard is ook het oordeel van de Rechtbank Rotterdam, dat indien een vordering bij gebreke van voldoende onderbouwing is afgewezen, daaruit niet rechtstreeks volgt dat sprake is van een beroepsfout van de advocaat. Daartoe dient tevens gesteld en gebleken te zijn dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in de gegeven omstandigheden anders gehandeld zou hebben.<sup>31</sup>

Dat in de genoemde zaken geen beroepsfout werd aangenomen, betekent vanzelfsprekend niet dat de klachten van cliënten over de wijze waarop hun advocaat de procedure heeft gevoerd niet terecht kunnen zijn. Voorbeelden van uiteenlopende, maar evidente beroepsfouten bij het optreden van advocaten in rechte die wij bij het bestuderen van de rechtspraak tegenkwamen, zijn het dagvaarden van een verkeerde partij<sup>32</sup> en het aanvoeren van een cassatiemiddel dat niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet.<sup>33</sup>

Ook bij optreden buiten rechte kunnen advocaten beroepsfouten begaan, bijvoorbeeld bij het opstellen, nakoming vorderen en ontbinden van overeenkomsten. Zo kan het niet opnemen van een garantiebeding in een overeenkomst een beroepsfout vormen,<sup>34</sup> maar ook het niet invoeren van een overeengekomen boetebeding. In het laatstgenoemde geval oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat het in het kader van een behoorlijke beroepsuitoefening op de weg van de advocaat had gelegen om na bestudering van de overeenkomst de mogelijkheid van het invoeren van het boetebeding met zijn cliënt te bespreken en de claim (desgewenst) bij de wederpartij neer te leggen. Dit zou slechts anders zijn als de cliënt bij het verstrekken van de opdracht aan de advocaat had meegedeeld dat het claimen van een boetebedrag geen onderdeel diende uit te maken van de opdracht, wat gesteld noch gebleken was. De uit deze beroepsfout voortvloeiende schade begrootte de rechtbank op de boetebedragen die de cliënt zou hebben ontvangen als deze bij de wederpartij waren geclaimd, waarbij de rechtbank aannam dat de boetebedragen zouden zijn gematigd.<sup>35</sup> Verder vormt de in het kader van onjuiste advisering besproken zaak van de advo-

caat die een overeenkomst had ontbonden zonder ingebrekestelling, een goede illustratie van de problemen die bij ontbinding kunnen rijzen.<sup>36</sup>

### Beroepsfouten (II): organisatorische fouten

Uit onze analyse van de rechtspraak blijkt een grote diversiteit aan beroepsfouten van organisatorische aard. Een rode draad in dit type fouten is een gebrek aan communicatie met de cliënt en/of de wederpartij. In sommige gevallen is dit communicatiegebrek zelf dermate ernstig, dat dit op zichzelf reeds tot een beroepsfout van de advocaat leidt. In andere gevallen vormt het communicatiegebrek de opstap naar een andere beroepsfout. In dat kader spitsen de geschillen zich vaak toe op een overschrijding c.q. ontoelaatbare wijziging van de overeenkomst van opdracht door de advocaat. Ook de vraag in hoeverre een andere dan de overeengekomen c.q. de door de cliënt gewenste advocaat een zaak mag behandelen, is in dit verband een terugkerend thema.

#### *Communicatieve gebreken als zodanig*

In een kwestie waarin een advocaat was ingeschakeld nadat de cliënt zonder rechtsbijstand een procedure in eerste aanleg had verloren, oordeelde de Rechtbank Utrecht dat sprake was van een beroepsfout: de advocaat had zijn cliënt niet deugdelijk voorgelicht over de slagingskansen van de appelprocedure en de noodzaak voor de cliënt om hem te voorzien van bepaalde stukken. Aangezien de advocaat juist was ingeschakeld omdat de cliënt de zaak niet goed kon overzien, lag het volgens de rechtbank voor de hand dat – mede gelet op het feit dat het contact bijzonder moeizaam verliep – de advocaat zijn cliënt een en ander op schrift zou hebben uitgelegd. Het feit dat de advocaat dat heeft nagelaten, komt voor zijn risico.<sup>37</sup>

In een ander geval waarin een gebrek in de communicatie tot een beroepsfout van de advocaat leidde, had de advocaat nagelaten het bij de wederpartij ontstane misverstand over de schikkingsbereidheid van zijn cliënt weg te nemen. In dit kader achtte het Gerechtshof Leeuwarden mede relevant dat de advocaat op de hoogte was van de wens van de cliënt tot het treffen van een regeling en dat de wederpartij bovendien een voorzet voor een schikking had gedaan.<sup>38</sup>

Geen beroepsfout werd door de Rechtbank Utrecht aangenomen in een kwestie waarin een advocaat, zonder medeweten van zijn cliënt, had ingestemd met c.q. zich niet had verzet tegen de verplaatsing van een reeds vastgestelde datum van een kort geding. Hoewel de rechtbank opmerkte dat het nalaten van de advocaat om met zijn cliënt over het gevraagde uitstel in overleg te treden 'geen schoonheidsprijs' verdient, oordeelde zij dat 'dit niet de conclusie rechtvaardigt dat [de advocaat] in het algemeen niet heeft gehandeld zoals van een redelijk

29. Rb. Utrecht 7 september 2011, LJN BR6697, r.o. 4.3, 4.4, 4.8 en 4.9.

30. Rb. Rotterdam 31 maart 2010, LJN BM2163, r.o. 5.7.1.5.

31. Rb. Rotterdam 29 juni 2011, LJN BR4168.

32. Rb. Utrecht 17 maart 2010, LJN BM4469, r.o. 4.18.

33. Rb. Den Haag 28 oktober 2011, LJN BU2104, r.o. 4.6.

34. Rb. Utrecht 27 oktober 2010, LJN BO4996, r.o. 2.9.

35. Rb. Rotterdam 29 juni 2011, LJN BR4168.

36. Rb. Arnhem 2 juni 2010, LJN BM8372.

37. Rb. Utrecht 17 maart 2010, LJN BM4105, r.o. 4.4.

38. Hof Leeuwarden 15 juni 2010, LJN BN2136, r.o. 4.

handelend en redelijk bekwaam vakgenoot mag worden verwacht'.<sup>39</sup>

*Beroepsfout wegens overschrijding/(ontoelaatbaar)  
wijziging van de opdracht*

Er zijn verschillende voorbeelden van zaken waarin een gebrek aan communicatie met de cliënt overschrijding c.q. ontoelaatbare wijziging van de opdracht door de advocaat tot gevolg had. Zo werd door het Gerechtshof Den Haag<sup>40</sup> en de Rechtbank Amsterdam<sup>41</sup> een beroepsfout aangenomen, omdat de behandelend advocaat zonder opdracht van de cliënt een bezwaarschrift had ingetrokken.

Ook het zonder specifieke volmacht of opdracht voeren van een procedure bestempelde de Rechtbank Rotterdam als een beroepsfout. De rechtbank overwoog in dit verband dat 'het aan een advocaat [is] om zich ervan te overtuigen, alvorens hij een procedure entameert, dat hem een deugdelijke opdracht is verleend door degene die daartoe bevoegd is'.<sup>42</sup>

Door het Gerechtshof Amsterdam werd een beroepsfout van een advocaat aangenomen, omdat deze advocaat namens zijn cliënt een schikking met de wederpartij had getroffen zonder dat was komen vast te staan dat de cliënt met deze schikking instemde. De schikking was tot stand gekomen onder druk van de aanstaande vakantie van de advocaat. Kort na het vertrek van de advocaat richtte de cliënt zich met talloze vragen over het schikkingsvoorstel tot de advocaat van de wederpartij, omdat tijdens de vakantie van de advocaat geen zaakwaarnemer voor de advocaat beschikbaar bleek te zijn. Bij de weging van het bewijsmateriaal achtte het hof nog van belang dat de advocaat Gedragsregel 8 had geschonden, op grond waarvan hij gehouden was om ter voorkoming van misverstand, onzekerheid of geschil belangrijke informatie en afspraken schriftelijk aan zijn cliënt te bevestigen. In de betreffende kwestie had geen schriftelijke verslaglegging van enige betekenis plaatsgevonden. Zo had de advocaat nagelaten om de inhoud en reikwijdte van het schikkingsvoorstel van de wederpartij schriftelijk aan zijn cliënt mee te delen, noch had hij over dit voorstel zijn advies gegeven.<sup>43</sup>

*Beroepsfout wegens overdracht van de zaak aan een  
ander*

Ook wanneer de advocaat de behandeling van een zaak aan een ander overdraagt, is het van belang hierover duidelijk met de cliënt te communiceren. Illustratief is in dit verband een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam over een kwestie waarin een advocaat niet zelf ter comparitie was verschenen, maar een juridisch medewerker had gestuurd, die volgens de cliënte niet van de zaak op de hoogte was en ter zitting een verklaring in strijd met de waarheid (en in strijd met een inge-

nomen stelling bij conclusie van antwoord) had afgelegd. De advocaat stelde er echter alles aan gedaan te hebben om aanhouding van de comparitie te bewerkstelligen. Aangezien de rechtbank niet met een aanhouding instemde, had de advocaat zijn kantoorgenoot gestuurd, die volgens hem wel degelijk van de zaak op de hoogte was. Ter zitting in het beroepsaansprakelijkheidsgeschil heeft de cliënte nog aan haar betoog toegevoegd dat zij pas twee dagen vóór de comparitie in de oorspronkelijke zaak had vernomen dat de advocaat niet naar de comparitie zou komen, terwijl haar achteraf zou zijn gebleken dat de advocaat het aanhoudingsverzoek al twee weken eerder had gedaan. Aangezien de advocaat ook in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure niet ter zitting verscheen en deze stelling van zijn (voormalige) cliënte dus niet bestreed, ging de rechtbank van de juistheid daarvan uit. Daarnaast constateerde de rechtbank dat door de zaakwaarnemer van de advocaat inderdaad een stelling was ingenomen die strijdig was met de werkelijkheid en met de conclusie van antwoord, wat volledig werd geweten aan het handelen en nalaten van de advocaat, althans voor rekening kwam van de advocaat als opdrachtnemer en uitvoerder van de overeenkomst van opdracht. De rechtbank oordeelde dat dit handelen/nalaten geenszins de toets van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat kon doorstaan.<sup>44</sup>

Uit een vonnis van de Rechtbank Arnhem blijkt anderzijds dat het enkele feit dat een cliënt door een 'minder ervaren advocaat' wordt bijgestaan nog geen beroepsfout impliceert. In deze zaak klaagde de cliënt dat zijn zaak door een andere dan de door hem gewenste advocaat was behandeld en dat die advocaat voorafgaand aan de zitting niet adequaat zou hebben opgetreden, waardoor de cliënt in zijn belangen zou zijn geschaad. Door de rechtbank werd dit betoog verworpen:

'[U]it het enkele feit dat hij door een "minder ervaren advocaat" zou zijn bijgestaan [volgt]nog niet dat sprake is van een beroepsfout, temeer omdat [de cliënt]dit verwijt – noch de vraag of daaruit voor hem schade is voortgevloeid – in de conclusie van antwoord noch op de comparitie concreet heeft onderbouwd.'<sup>45</sup>

**Beroepsfouten (III): termijnfouten**

Het verzuim om (tijdig) een vordering of rechtsmiddel in te stellen, althans het niet adviseren dat die vordering of dat rechtsmiddel onvoldoende kans van slagen had, is op zichzelf een beroepsfout. Hoewel van een advocaat in beginsel niet mag worden verwacht dat hij een vordering instelt waarvan in redelijkheid geen of nauwelijks succes valt te verwachten, spelen de wensen en belangen van de cliënt en de risico's die deze bereid is te nemen een belangrijke rol.<sup>46</sup> Ook bij een geringe

39. Rb. Utrecht 15 februari 2012, LJN BV7320, r.o. 4.5.

40. Hof Den Haag 25 mei 2010, LJN BM6591, r.o. 2.10 e.v.

41. Rb. Amsterdam 6 juni 2012, LJN BX2210, r.o. 4.3.

42. Rb. Rotterdam 15 september 2010, LJN BP2356, r.o. 2.6.1 e.v.

43. Hof Amsterdam 13 maart 2012, LJN BX2158 r.o. 3.7 e.v.

44. Rb. Amsterdam 6 april 2011, LJN BQ4740, r.o. 4.3.

45. Rb. Arnhem 24 februari 2010, LJN BL6047, r.o. 4.13.

46. Vgl. conclusie A-G Wuisman vóór HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63, onder 3.3.3.

kans van slagen zal de advocaat moeten adviseren over het al dan niet aanwenden van een rechtsmiddel.<sup>47</sup>

Termijnfouten zijn vrijwel nooit verschoonbaar. Zo overwoog de Rechtbank Roermond dat een advocaat zijn (voormalige) cliënt niet kan tegenwerpen dat hij niet bekend was met een reeds aangevangen verzettermijn omdat die cliënt hem daarover niet zou hebben geïnformeerd, terwijl de advocaat wel op de hoogte was van het bestaan van het verstekvonnis:

‘Het onderzoeken van de mogelijkheden betreffende het instellen van een rechtsmiddel en het in het oog houden van de daarvoor geldende wettelijke termijnen behoort bij uitstek tot de taak van een advocaat.’<sup>48</sup>

Voor verjaring geldt hetzelfde. De opdracht aan een advocaat behelst ook het bewaken en zo nodig stuiten van een lopende verjaringstermijn.<sup>49</sup> Van een advocaat mag worden verwacht dat hij die verjaringstermijn in het oog houdt – zijn jegens de cliënt gemaakte inschatting van proceskansen in acht genomen – en zorg draagt voor tijdige stuiting, aldus de Rechtbank Almelo.<sup>50</sup> Dit is niet alleen van toepassing zolang een advocaat een zaak in behandeling heeft, maar ook bij het sluiten of overdragen van een dossier. In dat geval rust op de advocaat een waarschuwingsplicht om zijn cliënt te wijzen op aflopende verjaringstermijnen.<sup>51</sup>

#### Stelplicht en bewijslast

De stelplicht en bewijslast dat een beroepsfout is gemaakt, rust in beginsel op de cliënt. Het komt evenwel regelmatig voor dat de rechter een cliënt tegemoetkomt, bijvoorbeeld door een rechterlijk bewijsvermoeden te hanteren. Daarbij acht de rechter (voorshands) aannemelijk dat een beroepsfout is gemaakt.<sup>52</sup> Vermeldenswaard is verder een zaak waarin de advocaat de afspraken omtrent het al dan niet instellen van hoger beroep niet schriftelijk had vastgelegd. De Rechtbank Zutphen oordeelde dat indien een dergelijke schriftelijke vastlegging ontbreekt, het niet instellen van appel een omstandigheid vormt die voor rekening en risico van de advocaat komt.<sup>53</sup> Dit doet denken aan een verzwaarde stelplicht zoals deze veel wordt gehanteerd in met name medische beroepsaansprakelijkheidsprocedures.<sup>54</sup>

Ook het bestaan van causaal verband tussen de fout en de geleden schade dient in beginsel door de cliënt te worden bewezen. Bij bepaalde beroepsfouten is evident dat deze tot schade hebben geleid en staat ook het causaal verband vast. Een voorbeeld is de hiervóór besproken kwestie van de advocaat die had verzuimd een beroep te doen op een tussen partijen overeengekomen boetebeding; de vordering tot het betalen van de misgelopen boetebedragen als schade werd toegewezen.<sup>55</sup> In gevallen waarin wegens een beroepsfout een procedure nodeloos wordt gevoerd, is eveneens duidelijk waaruit de schade bestaat; in het algemeen komen dan de kosten van die nodeloze procedure als schade voor vergoeding in aanmerking.<sup>56</sup> De cliënt dient dan wel eerst aan te tonen dat hij de procedure niet zou hebben gevoerd als hij voor de procesrisico's zou zijn gewaarschuwd. Een parallel met de – wederom bij medische beroepsaansprakelijkheidszaken spelende – problematiek inzake *informed consent* laat zich hier gemakkelijk trekken.<sup>57</sup>

Opvallend is overigens dat in de door ons bestudeerde uitspraken in het kader van causaal verband nauwelijks een beroep werd gedaan op de omkeringsregel. Wellicht is de reden daarvoor dat voor toepassing van de omkeringsregel een specifieke norm die tegen een specifiek gevaar bescherming biedt, geschonden dient te zijn en een dergelijke specifieke norm in beroepsaansprakelijkheidszaken niet altijd eenvoudig aan te wijzen zal zijn. In het enige geval dat wij tegenkwamen waarin de cliënt zich op de omkeringsregel beriep, stelde de cliënt dat de geschonden norm van art. 46 Advocatenwet, waaraan de handelingen van de advocaat in het kader van beroepsaansprakelijkheid moeten worden getoetst, ziet op bescherming tegen een specifiek gevaar, namelijk de door overtreding van die norm geleden schade. Volgens de Rechtbank Utrecht was toepassing van de omkeringsregel echter niet aan de orde, nu art. 46 Advocatenwet een algemene zorgvuldigheidsnorm betreft.<sup>58</sup>

#### Verlies van een kans

Een bijzondere categorie zaken die typerend is voor beroepsaansprakelijkheid van advocaten wordt gevormd door gevallen waarin de schade bestaat uit het verlies van een kans op een voor de cliënt gunstig resultaat. Dit doet zich in het bijzonder voor bij termijnfouten,<sup>59</sup> maar kan ook voorkomen bij inhoudelijke en organisatorische fouten.<sup>60</sup> Volgens de Hoge Raad moet voor de beantwoording van de vraag of, en zo ja, in welke mate de cliënt als gevolg van de beroepsfout schade heeft gele-

47. Vgl. HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420, r.o. 4.3.1.

48. Rb. Roermond 27 juli 2011, LJN BR5510, r.o. 4.6.

49. Huijgen 2009, aant. 45.

50. Rb. Almelo 23 juni 2010, LJN BN2527, r.o. 4.3.8.

51. Vgl. Rb. Almelo 23 juni 2010, LJN BN2527, r.o. 4.3.7 en 4.3.8, Rb. Maastricht 1 december 2010, LJN BO8024, r.o. 4.5 en HR 3 februari 2012, LJN BV2719, r.o. 3.4.

52. Zie bijv. Rb. Arnhem 2 juni 2010, LJN BM8372, r.o. 4.30.

53. Rb. Zutphen 23 maart 2011, LJN BQ1764, r.o. 4.3.3.

54. Bij verzwaarde stelplicht wordt de bewijslast van de cliënt verlicht door aan de advocaat de verplichting op te leggen in het kader van de motivering van zijn verweer de cliënt informatie te verschaffen over zaken die zich in zijn dossier bevinden die de cliënt bij de onderbouwing van zijn stellingen kunnen helpen. Zie o.m. HR 15 december 2006, NJ 2007, 203.

55. Rb. Rotterdam 29 juni 2011, LJN BR4168.

56. Zie o.m. Rb. Utrecht 17 maart 2010, LJN BM4469, Rb. Arnhem 21 juli 2010, LJN BN3449, Hof Leeuwarden 14 december 2010, LJN BP1087 en Rb. Middelburg 13 april 2011, LJN BQ2355.

57. Zie bijv. I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 37-38.

58. Rb. Utrecht 15 februari 2012, LJN BV7320, r.o. 4.2 en 4.6.

59. Vgl. Huijgen 2009, aant. 49 en de daar genoemde literatuur, alsmede J. Korevaar, *Beroepsbeoefenaar onder vuur*, FTV 2006/5, p. 6-11, onder 6.

60. Zie bijv. Rb. Utrecht 7 september 2011, LJN BR6697, waarin de advocaat volgens de cliënt een essentiële stelling niet had aangevoerd in hoger beroep.

den, in beginsel worden beoordeeld hoe op de vordering of het rechtsmiddel had behoren te worden beslist, althans moet het ter zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt zou hebben gehad indien de vordering of het rechtsmiddel tijdig zou zijn ingesteld.<sup>61</sup> Het verweer dat de kans van slagen nihil was en de cliënt dus geen enkel positief gevolg is misgelopen, wordt opgevat als een (volledig) ontbreken van causaliteit.<sup>62</sup> In de literatuur wordt echter ook wel aangenomen dat het een kwestie van schadebegroting betreft.<sup>63</sup>

Wanneer onzeker is of er überhaupt voor vergoeding in aanmerking komende schade is geleden, wordt voor die onzekerheid met de theorie van verlies van een kans een oplossing gezocht door de verloren gegane kans dat zonder de fout een beter resultaat zou zijn behaald als schade te erkennen. Met Klaassen zijn wij van mening dat deze theorie in feite ten onrechte onder de noemer van proportionele aansprakelijkheid wordt geschaard.<sup>64</sup> Anders dan bij vraagstukken over causaliteitonzekerheid wegens mogelijke verschillende oorzaken van de geleden schade – de andere toepassingsvorm van proportionele aansprakelijkheid – wordt bij verlies van een kans immers niet in een percentage uitgedrukt wat de kans is dat een bepaalde omstandigheid de oorzaak van de geleden schade is en dat iemand ter zake aldus aansprakelijk is, maar wordt vastgesteld wat de kans is dat zonder de fout geen schade zou zijn geleden.

Voor de vaststelling of schatting van de schade – op basis van een afweging van de goede en kwade kansen – dient de feitelijke situatie na de beroepsfout te worden vergeleken met de hypothetische situatie als de beroepsfout wordt weggedacht.<sup>65</sup> De rechter verlangt dat partijen hem daartoe alle gegevens verschaffen die, indien de vordering of het rechtsmiddel was ingesteld, in de (hypothetische) procedure aan de orde zouden zijn gekomen.<sup>66</sup> Een beslissing over het resultaat van die procedure impliceert immers de beslissing over het aansprakelijkheidsge-  
schil.<sup>67</sup> Om die reden vergt de beoordeling van een beroepsaansprakelijkheidsclaim vaak een *trial within a trial*: de rechter gaat op de stoel zitten van de rechter die het oorspronkelijke geschil zou hebben moeten beslechten. De advocaat moet dan de vrijheid hebben zich zo veel mogelijk aan te sluiten bij de positie die de oorspronkelijke processuele wederpartij zou hebben ingenomen, aldus – in navolging van de Hoge

Raad<sup>68</sup> – het Gerechtshof Amsterdam,<sup>69</sup> en daarbij een positie innemen die tegenovergesteld is aan het standpunt van de (voormalige) cliënt.

In veel gevallen gaat het om zuiver ‘koffiedik kijken’, zeker als er onderhandelingen in het spel waren en de rechter moet inschatten of partijen zich zonder de beroepsfout anders zouden hebben opgesteld. Zo achtte de Rechtbank Rotterdam het in een geschil over vermeende onjuiste advisering niet aanneemelijk dat de cliënt een andere gedragslijn zou hebben gekozen, mede gelet op diens weinig flexibele opstelling. Van een gemiste – in de woorden van de rechtbank: ‘meer dan verwaarloosbare’ – kans op een beter onderhandelingsresultaat was naar het oordeel van de rechtbank geen sprake.<sup>70</sup> Ook uit andere uitspraken blijkt dat de rechter betekenis kan hechten aan de eerdere (proces)houding van partijen – en niet zozeer de juridische merites – om te concluderen dat de beroepsfout niet de (enige) oorzaak is geweest van het uiteindelijke resultaat, bijvoorbeeld omdat de werkgever de arbeidsovereenkomst toch zou hebben beëindigd, zelfs als de advocaat de tegen het ontslag gerichte dagvaarding tijdig had doen uitgaan.<sup>71</sup>

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt de mogelijkheid voort te vloeien dat de omvang van de (kans)schade wordt geschat aan de hand van de kans van slagen, uitgedrukt in een percentage, vermenigvuldigd met de gemiste opbrengst. In de literatuur wordt deze wijze van ‘kansbepaling’ bepleit<sup>72</sup> en wordt opgemerkt dat ook bij een zeer geringe kans van slagen de schade nog steeds op die manier zou moeten worden vastgesteld.<sup>73</sup> Desondanks is er in de afgelopen twee jaar slechts één uitspraak gepubliceerd waarin het toewijsbare bedrag aan de hand van een kansinschatting wordt begroot. Het gaat om een (tussen)arrest van het Gerechtshof Amsterdam inzake de aansprakelijkheid van een advocaat voor het te laat instellen van beroep tegen een besluit.<sup>74</sup> Het hof oordeelt dat er een ‘gerede kans’ bestond dat het beroep tot een vernietiging van het bestreden besluit had geleid, althans dat de wederpartij bereid zou zijn geweest een schikking te treffen. De gemiste kans wordt door het hof ‘schattenderwijs’ vastgesteld op 75 procent, overigens zonder enige (nadere) motivering. Vervolgens behandelt het hof een voor een de toewijsbaarheid van de verschillende schadeposten, die – indien en voor zover zij kunnen worden toegewezen – worden vermenigvuldigd met voornoemd percentage van 75 procent.<sup>75</sup>

61. Zie bijv. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 m.nt. P.A. Stein, r.o. 5.2, HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63, r.o. 3.4.3 en HR 11 december 2009, NJ 2010, 3, r.o. 3.4.

62. T.F.E. Tjong Tjin Tai, Beroepsfout, causaliteit en schadeberekening, Bb 2007/11, p. 37-39, op p. 38.

63. Zie o.m. J.C.J. Wouters, Twee arresten van de Hoge Raad over beroepsaansprakelijkheid van advocaten: kansbepaling bij onzekere schade?, AV&S 2007/46, p. 310-313, op p. 311.

64. Zie C.J.M. Klaassen, Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?, NJB 2007, 1164, onder 3.

65. HR 28 maart 2003, NJ 2003, 389, r.o. 3.3.

66. Aldus o.m. Rb. Rotterdam 21 april 2010, LjN BM1983, r.o. 5.2.

67. A-G Bakels in zijn conclusie vóór HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 m.nt. P.A. Stein, onder 3.4. Vgl. Wouters 2007, p. 311.

68. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 m.nt. P.A. Stein, r.o. 5.2.

69. Hof Amsterdam 5 oktober 2010, LjN BO6863, r.o. 3.2.

70. Rb. Rotterdam 4 april 2012, LjN BW4460, r.o. 4.12 e.v.

71. Rb. Almelo 2 november 2011, LjN BU3999, r.o. 17-18.

72. Zie o.a. Wouters 2007, p. 312.

73. Tjong Tjin Tai 2007, p. 39.

74. Hof Amsterdam 28 september 2010, LjN BQ5804.

75. Uiteindelijk volgt een veroordeling tot betaling van schadevergoeding: Hof Amsterdam 19 april 2011, LjN BQ5806.



In alle overige gevallen gaan (feiten)rechters bij verlies van een kans uit van een ‘alles of niets’-benadering.<sup>76</sup> Indien en voor zover er een redelijke mate van waarschijnlijkheid is dat de schade zonder de beroepsfout achterwege zou zijn gebleven, komt in beginsel de gehele schade zoals gevorderd in de oorspronkelijke procedure voor vergoeding in aanmerking. Wanneer de cliënt er echter niet in slaagt om de aanwezigheid van *condicio sine qua non*-verband ten aanzien van een bepaalde schadepost te bewijzen, dan dient hij de schade zelf te dragen. Een veelvoorkomend verweer van de advocaat is dan ook dat de (ten onrechte) nagelaten (proces)handeling, juist vanwege de geringe (proces)kansen, geen beter resultaat zou hebben opgeleverd.<sup>77</sup> Illustratief voor de ‘alles of niets’-benadering is een vonnis van de Rechtbank Den Haag, waarin de rechtbank tot de conclusie komt dat het (hypothetische) hoger beroep in casu ‘geen redelijke kans van slagen’ zou hebben gehad, zodat de gevorderde veroordeling tot betaling van schadevergoeding nader op te maken bij staat werd afgewezen.<sup>78</sup> In het omgekeerde geval – het hoger beroep wordt wél voldoende kansrijk geoordeeld – wordt de schade veelal vastgesteld op het (integrale) bedrag waarvoor de oorspronkelijke vordering zou zijn toegewezen.<sup>79</sup>

Uitgangspunt in de (lagere) rechtspraak met betrekking tot het verlies van een kans is derhalve dat voor vergoeding van (kans)schade alleen plaats is als de kans op succes reël wordt geacht.<sup>80</sup> Ook hier rusten de stelplicht en bewijslast omtrent het te verwachten resultaat en daarmee het causaal verband in beginsel op de eisende partij c.q. de (voormalige) cliënt. De Rechtbank Haarlem overwoog dat aan het bewijs van een succesvolle afloop van de procedure geen al te strenge eisen mogen worden gesteld, omdat het de advocaat is geweest die zijn cliënt de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te krijgen over de afloop van de procedure indien deze door een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat was gevoerd.<sup>81</sup> Ter vergelijking verwees de rechtbank naar een arrest van de Hoge Raad<sup>82</sup> over het verlies van (toekomstig) arbeidsvermogen als gevolg van een ongeval. Kennelijk rekent de rechtbank het de advocaat als aansprakelijke partij zwaar aan dat diens (gebrek aan) dienstverlening ‘gewoonweg beneden alle peil was’. Deze overweging van de Rechtbank Haarlem lijkt verder (nog) geen navolging te hebben gevonden: in de meeste gevallen draagt de cliënt onverkort de bewijslast van zijn stellingen.<sup>83</sup> In diverse uitspraken wordt de vordering tot schadevergoeding reeds afgewezen, omdat de cliënt op dit punt niet aan zijn stelplicht heeft voldaan en/of zijn stelling onvoldoende heeft onderbouwd dat de uitkomst voor hem gunstig(er) zou zijn

geweest.<sup>84</sup> De rechter komt dan niet eens toe aan een *trial within a trial*. Als het tot een *trial within a trial* komt, dan wordt vaak relatief weinig aandacht aan het oorspronkelijke geschil besteed. Gevallen waarin in een of twee rechtsoverwegingen alle juridische merites van een zaak worden afgedaan – veelal ook weer met de overweging dat stellingen c.q. verweren onvoldoende zijn onderbouwd – zijn geen uitzondering.

### Ter afsluiting

De ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat’ is weliswaar een vage norm, maar de lagere rechtspraak biedt wel een aantal handvatten voor de praktijkvoering van advocaten. Welke lessen vallen er uit de door ons bestudeerde uitspraken over beroepsfouten te trekken?<sup>85</sup>

Bij veel beroepsaansprakelijkheidsclaims gaat het om routinefouten als termijnfouten, die iedere advocaat kan maken,<sup>86</sup> maar die grote gevolgen kunnen hebben. Het laten verstrijken van een termijn – zonder afstemming met de cliënt – is vrijwel altijd een beroepsfout, ongeacht de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat die fout werd gemaakt.

Anders dan bij termijnfouten wijden rechters bij verwijten die een cliënt zijn advocaat op het inhoudelijke en organisatorische vlak maakt, doorgaans (meer of minder uitgebreide) overwegingen aan de vraag of de verweten handelingen een tekortkoming en/of onrechtmatige daad opleveren. Daarmee wordt tevens inzicht gegeven in hoe inhoudelijke en organisatorische fouten zouden kunnen worden vermeden. Het uit de rechtspraak af te leiden antwoord is even helder als simpel: communicatie met de cliënt. Communicatie over praktische zaken als zittingsdagen, aan te leveren stukken, contacten met de wederpartij en praktijkwaarnemingen, maar ook over de reikwijdte van de opdracht en de betekenis en consequenties van een gegeven advies is cruciaal. Duidelijkheid en volledigheid zijn daarbij de kernwoorden.

De cliënt moet aan de hand van de informatie die de advocaat hem verstrekt een weloverwogen beslissing kunnen nemen. Dit impliceert dat op de advocaat een waarschuwingsplicht rust jegens zijn cliënt: hij dient zijn cliënt in te lichten over eventuele (proces)risico’s, de reikwijdte van zulke risico’s en op eventuele (ook minder gunstige) alternatieven te wijzen. Daarbij dient de advocaat zich er enerzijds van te vergewissen wat voor zijn cliënt van belang is (het *Know Your Customer-adagium*)<sup>87</sup> en dient hij anderzijds op mogelijke reacties van de

76. Aldus luidt ook de conclusie van Klaassen 2007, onder 8.

77. Vgl. Tjong Tjin Tai 2007, p. 38.

78. Rb. Den Haag 20 januari 2010, LJN BL0999, r.o. 5.14-5.15.

79. Zie bijv. Hof Amsterdam 5 oktober 2010, LJN BO6863, r.o. 4.1.

80. Rb. Arnhem 28 juli 2010, LJN BN4461, r.o. 4.6.

81. Rb. Haarlem 16 februari 2011, LJN BP6178, r.o. 4.5.

82. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

83. Vgl. A-G Bakels in zijn conclusie vóór NJ 1998, 257, onder 3.5.

84. Zie bijv. Rb. Roermond 27 juli 2011, LJN BR5510, r.o. 4.10, Rb. Haarlem 23 november 2011, LJN BV6110, r.o. 5.3 en Rb. Rotterdam 21 april 2010, LJN BM1983, r.o. 5.16.

85. Zie voor enkele gezichtspunten die verschillende auteurs uit de jurisprudentie – in het kader van de op juridische beroepsbeoefenaren rustende informatieplicht – hebben geprobeerd te destilleren Korevaar 2006, onder 5. Zie ook het interview van M. Knapen met W.L. Hendriksen ‘Routinefouten worden overal gemaakt, bij generalisten en specialisten, ongeacht welk rechtsgebied’, *Advocatenblad* 2010/2, p. 62-63.

86. Hendriksen noemt deze fouten ‘fietsenmakersfouten’, in: Knapen 2010, p. 62.

87. Hendriksen in: Knapen 2010, p. 63.

wederpartij te anticiperen. Ook brengt dit mee dat de advocaat erop moet toezien dat zijn cliënt zijn advies en waarschuwingen begrijpt, onder meer door de informatie af te stemmen op de kennis van zijn cliënt.<sup>88</sup> Zo nodig dient hij een en ander voor zijn cliënt op schrift te stellen. In de drukte van een praktijk schiet dat er soms bij in, maar een advocaat doet er sowieso verstandig aan om alles wat hij mondeling met zijn cliënt bespreekt en afspreekt, ook schriftelijk vast te leggen, al was het maar in dossiernotities. Als er ooit een discussie met de cliënt ontstaat over hoe de advocaat zijn werk heeft gedaan, zijn schriftelijke aantekeningen niet alleen een nuttige geheugensteun over welke afspraken met de cliënt zijn gemaakt en wat met de cliënt is besproken, maar versterken deze vanzelfsprekend ook de bewijspositie van de advocaat.<sup>89</sup>

Tot slot leert de rechtspraak dat ook als door de rechter een beroepsfout wordt aangenomen, daarmee nog geen sprake is van een verloren zaak. De vraag of schade is geleden en causaal verband bestaat, dient dan immers nog te worden beantwoord. Vooral in gevallen waarin een *trial within a trial* moet worden gevoerd om vast te stellen of sprake is van verlies van een kans, loont het de moeite om als aangesproken advocaat uitgebreid verweer te voeren. De advocaat dient aannemelijk te maken dat de positie van zijn cliënt in de oorspronkelijke procedure weinig kansrijk was, door het standpunt van de oorspronkelijke wederpartij te verdedigen. De rechter lijkt dan – in het licht van de gemotiveerde betwisting door de advocaat – sneller tot het oordeel geneigd te zijn dat de cliënt niet aan zijn stelplicht heeft voldaan en/of zijn vorderingen onvoldoende heeft onderbouwd.

---

88. Vgl. Korevaar 2006, onder 5.

89. Hendriksen noemt dit 'bewijsfouten', maar het lijkt eerder om bewijsproblemen te gaan dan om beroepsfouten als zodanig. In: Knapen 2010, p. 63.