

Kroniek beroepsaansprakelijkheidsrecht

AV&S 2014/12

In deze kroniek wordt een overzicht gegeven van de jurisprudentie op het gebied van de aansprakelijkheid van de advocaat, de notaris, de curator, de fiscalist/belastingadviseur en de makelaar over de periode vanaf 2010 tot medio 2014. Daarbij is vooral aandacht besteed aan arresten van de Hoge Raad. Verschillende onderwerpen komen daarbij aan de orde, zoals de klacht- en de zorgplicht, de stelplicht en de bewijslast, samenwerkingsverband, de kansschade en proportionele aansprakelijkheid.

1. Inleiding

In deze kroniek wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste jurisprudentie op het gebied van de aansprakelijkheid van de advocaat, de notaris, de curator, de fiscalist/belastingadviseur en de makelaar over de periode vanaf 2010 tot medio 2014. Over medische aansprakelijkheid zal een afzonderlijke kroniek verschijnen in dit blad.

Bij het schrijven van een kroniek over beroepsaansprakelijkheid zijn twee indelingen denkbaar: behandeling van de onderwerpen per beroepsbeoefenaar of behandeling per onderwerp in het algemeen. Geen van beide indelingen bevredigt omdat er weliswaar gemeenschappelijke onderwerpen zijn die voor alle beroepsgroepen hebben te gelden, maar er ook onderwerpen zijn die geheel eigen zijn aan de desbetreffende beroepsgroep. De keuze is derhalve gevallen op een mengvorm; hoofdstuk 2 betreft een algemeen hoofdstuk waarin de voor iedere beroepsgroep toepasselijke onderwerpen worden behandeld. Nadien volgen de hoofdstukken waarin per beroepsgroep de voor die beroepsgroep belangrijke ontwikkelingen zijn opgenomen (hoofdstuk 3 de advocaat en hoofdstuk 4 de curator). Door deze keuze is het hoofdstuk over de fiscalist/belastingadviseur en de notaris komen te vervallen omdat de jurisprudentie die met betrekking tot deze beroepsgroep is gewezen geheel is opgegaan in het algemene hoofdstuk. Met betrekking tot de aansprakelijkheid van deurwaarders is de afgelopen drie jaren geen doorslaggevende jurisprudentie verschenen. Deze kroniek is verder beperkt tot ontwikkelingen in de civiele rechtspraak van de Hoge Raad.

2. Algemeen

Klachtplicht

De afgelopen jaren is veel geschreven over de klachtplicht. Enkele schrijvers vragen zich af of de klachtplicht niet op sterven na dood is maar constateren dat er nog genoeg le-

ven in zit.² Een aantal schrijvers meent daarentegen dat er nog te veel leven in de klachtplicht zit en roept op tot een verdere beperking van de klachtplicht tot het leerstuk van de rechtsverwerking, de daarbij passende terughoudendheid en bewijslast.³ Ook wordt gewezen op de spanning tussen het leerstuk van verjaring en de klachtplicht.⁴ De gemeenschappelijke kritiek op het leerstuk van de klachtplicht is dat de klachtplicht zo langzamerhand een vage norm inhoudt met zeer absolute gevolgen voor de claimant. De klachtplicht leeft in ieder geval nog. Wat wel valt vast te stellen, is dat na een aanvankelijke opleving van het beroep op de klachtplicht, de Hoge Raad (steeds verdere) beperkingen heeft aangebracht op het beroep op de klachtplicht.⁵

Aanvankelijk was niet zeker of de klachtplicht ook zou gelden voor dienstverlening. Dit staat echter sinds het arrest van de Hoge Raad van 11 juni 2010⁶ buiten twijfel.⁷

De Hoge Raad leidt uit de ratio van de klachtplicht – de wederpartij te beschermen tegen late en daardoor moeilijk betwistbare klachten – af dat de klager die een vordering heeft die haar feitelijke grondslag vindt in het niet beantwoorden van de prestatie aan de overeenkomst, de klachtplicht niet kan omzeilen door op basis van dat rechtsfeit een vordering in te stellen op grond van onrechtmatige daad. Die vordering uit hoofde van onrechtmatige daad wordt – indien aan de voorwaarden van dat artikel is voldaan – ook geraakt door art. 6:89 BW.⁸

Zeker in beroepsaansprakelijkheidszaken is het bijna gebruikelijk te noemen dat de claimant zowel voor het anker van de toerekenbare tekortkoming uit hoofde van de verstrekte opdracht tot dienstverlening gaat liggen als voor het anker van een op schending van de zorgplicht geënte onrechtmatige daad.⁹ Daar beide rechtsgronden vrijwel steeds op dezelfde feiten gegrond zijn, zal ook de vordering

2 Zie bijvoorbeeld E.M. van Orsouw, 'De klachtplicht is dood, leve de klachtplicht', *Bb* 2013/36; J. Kampman, 'De klachtplicht ontroond – enige beschouwingen naar aanleiding van HR 8 februari 2013, *RvdW* 2013/253 (Van de Steeg/Rabobank)'; *Contracteren* 2013/3, p. 86 e.v.; W.H. van Boom, 'Zorgplicht vs. klachtplicht', *AA* 2013, p. 755 e.v.

3 W.L. Valk, 'Hoe verder met de klachtplicht?', *NTBR* 2014/2.

4 J.L. Smeehuijsen, 'Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is', *WPNR* 2013/6988.

5 L.H. Rammeloo, 'Klaag voor het te laat is', *Advocatenblad* 2014/3.

6 HR 11 juni 2010, *NJ* 2010/331.

7 Zie ook W.H. van Boom, 'Zorgplicht vs. klachtplicht', *AA* 2013, p. 755 e.v. Zie verder J.W. Huigen, 'Klachtplicht bij beroepsaansprakelijkheid', *JBN* 2013/25.

8 HR 23 november 2007, *NJ* 2007/176.

9 Zie hierover J.L.M. van Duin, T. Novakovski en C.B. de Vreede, 'Wanneer is fout ook goed fout? Beroepsaansprakelijkheid van advocaten onder de loep', *MvV* 2012/9.

1 Mrs. Hoekstra en Van Rijckevorsel-Teeuwen zijn beiden advocaat bij Houthoff Buruma, gespecialiseerd in beroepsaansprakelijkheidsrecht.

uit hoofde van onrechtmatige daad – indien van toepassing – op de klachtplicht afstuiten.¹⁰

Op 8 februari 2013 heeft de Hoge Raad in de drie zogenaamde 'februari-arresten'¹¹ de klachtplicht nader genuanceerd. Een palet van 'omstandigheden van het geval' is van invloed op de vaststelling dat de klacht daadwerkelijk binnen bekwame tijd is meegedeeld. In het geval van dienstverleners is daarbij meer in het bijzonder van belang de deskundigheid van partijen, de aard van de overeenkomst, de aanwezige juridische kennis bij de cliënt, maar zeker ook het antwoord op de vraag of de dienstverlener nadeel lijdt als gevolg van het verstrijken van de tijd tussen het ontdekken of het redelijkerwijs behoren te ontdekken van het gebrek en de klacht. Gelet op de verhouding tussen de deskundige dienstverlener en zijn niet-deskundige cliënt, zal de cliënt doorgaans een ruime periode mogen gebruiken voor onderzoek als hij gereede aanleiding heeft te veronderstellen dat de dienstverlener in zijn zorgplicht is tekortgeschoten.¹²

Zorgplicht

Door de keuze dit artikel te beperken tot rechtspraak van de Hoge Raad komt het onderdeel zorgplicht er wat bekaaid af. Anders dan bijvoorbeeld bij de bancaire zorgplicht, zijn de algemene zorgvuldigheidsnormen voor de beroepsbeoefenaren redelijk uitgekristalliseerd en vindt de inkleuring daarvan meer plaats in de feitelijke instanties en de tuchtorganen. De vraag of sprake is van een onrechtmatige daad of tekortschieten – derhalve van een 'beroepsfout' – zal ook steeds meer gezien moeten worden in de context van de specifieke omstandigheden van het geval.¹³ Opmerkelijk daarbij is dat de uitspraken van de tuchtorganen volgens recent onderzoek slechts van beperkte betekenis zijn voor het vaststellen van beroepsaansprakelijkheid.¹⁴ Voor het advocatentuchtrecht zou dit in de nabije toekomst nog wel eens kunnen veranderen nu je ziet dat het Hof van Discipline toe wil naar een inhoudelijker toetsing in het advocatentuchtrecht. In het hoofdstuk van de advocaat wordt daarop nader ingegaan. Met betrekking tot de curator pro sé is de norm wel gewijzigd in de kroniekperiode. Daaraan wordt in het hoofdstuk over de curator dan ook aandacht besteed.

Samenwerkingsverband

Voor beroepsbeoefenaren zoals bijvoorbeeld de advocaat en de notaris is het steeds gebruikelijker geworden dat zij

hun praktijk uitoefenen binnen het verband van een rechtspersoon. Hierdoor is veelal de rechtspersoon de juridische wederpartij van de opdrachtgever en niet de advocaat of de notaris zelf. Toch komt ook de van oorsprong gebruikelijke samenwerkingsvorm, de maatschap, bij deze beroepsgroepen (nog) veel voor.¹⁵ Lange tijd is onduidelijk geweest of de maten van een maatschap jegens een opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk zijn en of de openbare maatschap een afgescheiden vermogen heeft waarop de maatschapschulden kunnen worden verhaald.¹⁶ In het arrest Biek Holding/Maatschap A c.s.¹⁷ heeft de Hoge Raad beide vragen beantwoord.¹⁸

Met betrekking tot de persoonlijke aansprakelijkheid van de individuele maten heeft de Hoge Raad vooropgesteld dat een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, zijn daarom de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap. Uit art. 7A:1679-1681 BW volgt vervolgens dat indien sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een deelbare prestatie, de maten aansprakelijk zijn voor gelijke delen.

In het geval van een maatschap (van bijvoorbeeld advocaten of notarissen) zal het vaak voorkomen dat sprake is van een door de maatschap aanvaarde opdracht. Ten aanzien van een door de maatschap aanvaarde opdracht oordeelde de Hoge Raad dat de maten van een (openbare) (advocaten) maatschap, ieder op grond van art. 7:407 lid 2 BW jegens de opdrachtgever voor het geheel aansprakelijk zijn. De persoonlijke aansprakelijkheid jegens de contractuele wederpartij op grond van zowel art. 7A:1679-1681 BW als art. 7:407 lid 2 BW blijft bestaan indien de maat uittreedt.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest bovendien onderscheid gemaakt tussen degenen die reeds maat zijn op het moment dat de opdracht wordt aanvaard en degenen die pas later toetreden. Degene die maat is op het tijdstip dat de in art. 7:407 lid 2 BW bedoelde opdracht is aanvaard, is in beginsel voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming daarvan. De maat die pas later toetreedt maar wel maat is op het tijdstip dat de betrokken schuld van de maatschap (uit hoofde van toerekenbare tekortkoming) ontstaat, is daarvoor voor een gelijk deel aansprakelijk op grond van art. 7A:1679-1681 BW.

10 De A-G mr. Spier verzucht in de conclusie voor HR 11 februari 2011, RvdW 2011/264 (r.o. 4.1) dat naar zijn oordeel gezien de contractuele relatie tussen partijen de mede op onrechtmatige daad gebaseerde vordering niets nuttigs toevoegt. Het komt aan op de invulling van de in art. 7:401 BW vervatte norm dat een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen.

11 HR 8 februari 2013, JOR 2013/106, 107 en 108. Deze arresten zijn uitgebreid beschreven in de hiervoor genoemde artikelen van E.M. van Orsouw, J. Kampman en W.L. Valk.

12 JOR 2013/107.

13 Zie o.m. E.A.L. van Emden en M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid, Recht en Praktijk, Contracten en Aansprakelijkheidsrecht*, Kluwer 2014, p. 23 e.v. In dit boek behandelen de auteurs de belangrijkste onderwerpen op het gebied van beroepsaansprakelijkheid.

14 H. Uhlenbroek en M.F. Mooibroek, 'De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat?', *AV&S* 2013/24.

15 Zie voor een vergelijking van mogelijke aanspraken op de beroepsbeoefenaar die werkt binnen een rechtspersoon die werkt in maatschapverband; E.J.M. van Rijkevorsel-Teeuwen en T.P. Hoekstra, 'Aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar naast de contracterende vennootschap', *WPNR* 2013/6999.

16 Zie voor een overzicht van de tot aan het hier te bespreken arrest verdedigde opvattingen: I.A.F. Hendriksen, 'Aansprakelijk in een maatschap: de maten of advocaten?', *V&O* 2013/5, p. 92 e.v. en de daarin vermelde bronnen.

17 HR 15 maart 2013, *NJ* 2013/290 en *JOR* 2013/133.

18 Zie voor een uitgebreide bespreking van het arrest, naast de noot van Van Schilfgaarde in *NJ* 2013/290 en de noot van Blanco Fernández in *JOR* 2013/133, S.M. Bartman, 'Aansprakelijkheid in maatschapsverband', *AA* 2013/9.

Naast de hiervoor besproken grondslagen voor individuele aansprakelijkheid heeft de Hoge Raad ook de aansprakelijkheid uit hoofde van art. 7:404 BW besproken. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij deze regeling onder andere is gedacht aan de advocaat die werkzaam is in maatschapsverband, waarbij de maatschap optreedt als opdrachtnemer. Art. 7:404 BW houdt in dat indien een opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of bedrijf uitoefent, die persoon gehouden is de betrokken werkzaamheden zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten verrichten. Voor eventuele tekortkomingen in de uitvoering van die opdracht is die persoon in dat geval naast de opdrachtnemer hoofdelijk aansprakelijk, aldus de Hoge Raad.

De omstandigheid dat de advocaat het beroep van advocaat uitoefent door middel van een praktijkvennootschap en het die vennootschap is die maat is van de maatschap, sluit niet uit dat de opdracht met het oog op de persoon van de advocaat is verleend, noch dat hij op grond daarvan persoonlijk aansprakelijk is voor tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht. De werking van art. 7:404 BW is niet beperkt tot de maatschap. Dit artikel zal naast de onrechtmatige daad ook grondslag kunnen zijn voor persoonlijke aansprakelijkheid van een advocaat die zijn werkzaamheden verricht vanuit een rechtspersoon.¹⁹

De opdrachtgever kan tot slot een vordering instellen tegen de maatschap als zodanig en zich (bij voorrang)²⁰ verhalen op het afgescheiden vermogen van de maatschap op de voet van art. 3:192 BW. Ook op deze – in principe – nog openstaande vraag is met dit arrest een antwoord gekomen.

Stelplicht en bewijslast

In beroepsaansprakelijkheidszaken wordt door de claimant nogal eens aangevoerd dat de stelplicht en de bewijslast ter zake van de normschending en het causaal verband op de beroepsbeoefenaar rusten. Kennelijk heeft deze opvatting door de leerstukken van omkering van de bewijslast en de verzwaarde stelplicht zozeer post gevat dat de Hoge Raad in 2010 hierover nog om een oordeel werd gevraagd.²¹ De uitkomst, dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de beweerdde beroepsfout rust op de claimant, was niet opmerkelijk. Toch geeft onder meer deze uitspraak aanleiding – binnen de beperkingen van een kroniek – bij de eerder genoemde leerstukken stil te staan.

Voor omkering van de bewijslast wordt nog vaak aansluiting gezocht bij het arrest Dicky Trading II.²² In voormeld

arrest is geoordeeld dat indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee in beginsel het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade is gegeven. In dat geval is het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

Dicky Trading II is echter in meerdere nadien gewezen arresten genuanceerd. In de eerste plaats valt te wijzen op het arrest Beurkens/Notarissen,²³ waarin de Hoge Raad uitmaakte dat de stelling dat op de gedaagde beroepsbeoefenaar de bewijslast rust van de ontkenning dat de eiser als gevolg van de fout schade heeft geleden, geen steun in het recht vindt. Later heeft de Hoge Raad de beperking aangebracht dat voor het van toepassing zijn van de omkeringsregel vereist is dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met de norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.²⁴ In beroepsaansprakelijkheidszaken betreft het verwijt doorgaans de schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm, zodat de omkeringsregel reeds om die reden (doorgaans) niet van toepassing is. Waar die zorgvuldigheidsnorm een informatieplicht inhoudt, strekt deze niet ertoe de cliënt te beschermen tegen risico's, maar om de cliënt in staat te stellen goed te beslissen.²⁵ Daarbij komt dat in de literatuur wel wordt aangenomen dat de omkeringsregel enkel van toepassing is op schending van verkeers- of veiligheidsnormen.²⁶

Ook het leerstuk van de verzwaarde of aanvullende stel- en motiveringsplicht wordt vaak verward met een bewijslastomkering. Bij beroepsfouten zal het vaak zo zijn dat uitsluitend de gedaagde – de beroepsbeoefenaar – de beschikking heeft over gegevens die de eiser nodig heeft voor de bewijsvoering. Om eiser in dergelijke gevallen tegemoet te komen, is in de jurisprudentie een regel ontwikkeld die inhoudt dat gedaagde zijn betwisting met voldoende feitelijke gegevens moet onderbouwen teneinde eiser aanknopingspunten voor de eventuele bewijslevering te verschaffen. Deze verzwaarde of aanvullende stel- en motiveringsplicht mag niet worden verward met een bewijslastomkering; eiser is en blijft belast met het bewijs. Eisers bewijsrisico wordt alleen kleiner omdat hij – aan de hand van de door de beroepsbeoefenaar te verschaffen gegevens – beter in staat

19 Zie E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen en T.P. Hoekstra, 'Aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar naast de contracterende vennootschap', *WPNR* 2013/6999.

20 Zie C.G. Breeveld-de Voogd, 'Beroepsaansprakelijkheid in het wetsvoorstel personenvennootschappen', *NbBW* 2003/10.

21 HR 9 april 2010, *RvdW* 2010/512.

22 HR 26 januari 1996, *NJ* 1996/607.

23 HR 20 september 1996, *NJ* 1996/747.

24 Zie onder meer HR 19 maart 2004, *NJ* 2004/307.

25 Zie in algemene zin HR 23 november 2001 *NJ* 2002/386 en *NJ* 2002/387 en meer in het bijzonder voor de advocaat HR 2 februari 2007, *NJ* 2007/92.

26 Zie uitgebreid over de omkeringsregel en informed consent; I. Giesen en K. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27 en de daarin genoemde literatuur.

zal zijn dit bewijs te leveren.²⁷ Het ligt volgens de Hoge Raad ook niet onmiddellijk voor de hand de bewijslast om te keren als sanctie voor het geval de beroepsbeoefenaar aan de verzwaarde stelplicht niet voldoet.²⁸

Ook met het onderscheid tussen een bevrijdend verweer en een betwisting van de stellingen van de claimant dat de dienstverlener zijn zorgplicht heeft geschonden gaat het nog wel eens mis, zo blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013.²⁹ In de aan het arrest ten grondslag liggende zaak had het hof de (aansprakelijk gestelde) makelaar bewijs opgedragen van zijn stelling dat hij na de bezichtiging van de te kopen woning zijn cliënten had geadviseerd om niet mee te werken aan de overdracht totdat alle opleverpunten, waaronder de natte muren, zouden zijn verholpen en, nadat alsnog een bouwkundig adviesbureau zou zijn ingeschakeld, duidelijkheid zou zijn ontstaan over de oorzaak en de aard van de bij de bezichtiging geconstateerde vochtproblematiek. Het cassatiemiddel keerde zich tegen de bewijslastverdeling.

De Hoge Raad oordeelde dat de stelling van de makelaar, dat hij zijn cliënten had geadviseerd niet mee te werken aan de overdracht totdat alle opleverpunten zouden zijn verholpen, geen beroep doet op een bevrijdende omstandigheid, maar een onderdeel vormt van de betwisting door de makelaar van de stelling van claimanten dat de makelaar jegens hen in zijn zorgplicht was tekortgeschoten. Het is derhalve in beginsel aan claimanten als onderdeel van de op hen rustende bewijslast van hun stelling dat de makelaar jegens hen in zijn zorgplicht is tekortgeschoten, om aannemelijk te maken dat die betwisting ongegrond is.

Kansschade of proportionele aansprakelijkheid

In zijn arrest Deloitte/H&H³⁰ heeft de Hoge Raad uiteenzet hoe het leerstuk van de kansschade zich verhoudt tot het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid.³¹

De Hoge Raad heeft eerst naar zijn arrest Nefalit/Keramus³² verwezen, in welk arrest de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is aanvaard. Vervolgens verwees de Hoge Raad naar het arrest Fortis/Bourgonje in welk arrest de Hoge Raad heeft toegevoegd dat de aldus aanvaarde mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid, vanwege het daaraan verbonden bezwaar dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijk- wijs niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt, met terughoudendheid moet worden

toegepast, en dat zulks meebrengt dat de rechter in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.³³

De Hoge Raad heeft in het arrest Deloitte/H&H geoordeeld dat de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid geëigend is om een oplossing te bieden voor situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio-sine-qua-non*-verband tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken. De Hoge Raad heeft hierbij geoordeeld dat het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid met terughoudendheid dient te worden toegepast.

Vervolgens heeft de Hoge Raad verwezen naar de jurisprudentie waarin het leerstuk van de kansschade is aanvaard in gevallen waarin een advocaat heeft verzuimd tijdig hoger beroep in te stellen (Baijings³⁴ en Tuin Beheer³⁵) of tijdig een rechtsvordering in te stellen (Kranendonk Holding³⁶). Zoals hierin in het volgende hoofdstuk over de advocaat nog nader zal worden besproken, heeft de Hoge Raad voor dit soort gevallen geoordeeld dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in het hoger beroep zou hebben gehad. Deze leer van de kansschade is – zo vervolgde de Hoge Raad – geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.

Over het Deloitte/H&H-arrest is veel geschreven. Naast kritiek op het arrest³⁷ verschilt men in de literatuur van mening over de vraag of het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van de kansschade op hetzelfde neerkomen, dan wel dat deze begrippen funda-

27 Zie onder meer HR 15 juni 2007, RvdW 2007/585.

28 HR 15 december 2006, JIN 2007/77.

29 HR 14 juni 2013, NJ 2013/343.

30 HR 21 december 2012, NJ 2013/237.

31 Zie over deze uitspraak ook Chr.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', TVP 2013/3 en A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid', NTBR 2013/21 par. 5. Zie over het onderscheid in kansschade en proportionele aansprakelijkheid bovendien C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', AV&S 2012/19.

32 HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 (Nefalit/Keramus).

33 In 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', AV&S 2012/17 gaan A.J. Akkermans en Chr.H. van Dijk uitgebreid in op proportionele aansprakelijkheid, het arrest Fortis/Bourgonje en de verwevenheid tussen de proportionele aansprakelijkheid en andere leerstukken zoals het bewijs van causaal verband, de omkeringsregel en de eigen schuld van art. 6:101 BW.

34 HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257.

35 HR 16 februari 2007, NJ 2007/256.

36 HR 19 januari 2007, NJ 2007/63.

37 Zie voor kritiek op dit arrest A-G Spier, nr. 4.26.1-4.32.2 bij HR 7 juni 2013, NJ 2014/98.

menteel van elkaar verschillen. Hoewel J.S. Kortman³⁸ van oordeel is dat sprake is van een fundamenteel verschil tussen deze twee leerstukken, zijn Akkermans en Van Dijk³⁹, Spier⁴⁰, Lindenberg⁴¹ en Klaassen⁴² daar niet van overtuigd (en Akkermans en Van Dijk zelfs overtuigd van niet).

3. De advocaat

De vaste Baijings-jurisprudentie⁴³ is redelijk recent nog eens herhaald. In een geval waarin aan een advocaat wordt verweten dat hij niet tijdig een vordering of een rechtsmiddel heeft ingesteld, geldt als uitgangspunt dat voor de beantwoording van de vraag of, en zo ja, in welke mate, de cliënt als gevolg van die fout schade heeft geleden, in beginsel moet worden beoordeeld hoe op de vordering of het rechtsmiddel had behoren te worden beslist, althans dat het te dier zake toewijsbare bedrag moet 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.⁴⁴

Recenter heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat deze jurisprudentie ook van toepassing is in het geval de advocaat heeft verzuimd een bepaald verweer te voeren.⁴⁵ In de onderliggende zaak sprak een voormalige medevennoot van een vof de voormalige cliënt van de advocaat aan als vennoot. Deze cliënt was in 1985 arbeidsongeschikt geraakt maar had zich eerst in 1993 als vennoot uitgeschreven. De medevennoot heeft in 1995 de overige vennoten, waaronder de cliënt aangesproken tot uitkering van de waarde van zijn aandeel. Zijn advocaat had verzuimd het verweer te voeren dat hij geen vennoot van de vof meer was, zodat zijn (voormalige) medevennoot inzake zijn vordering tegen hem niet-ontvankelijk verklaard had moeten worden. In de daaropvolgende procedure van de cliënt tegen de advocaat had het hof op grond van de gebruikelijke bewijslastverdeling zoals bedoeld in

art. 150 Rv niet alleen geoordeeld dat de claimant behoorde te bewijzen dat zijn verweer in de eerste procedure zou zijn gehonoreerd – in cassatie blijft dit oordeel in stand – het hof had aan dit oordeel over de bewijslast echter ook de gevolgtrekking verbonden dat de op de cliënt de bewijslast rustte dat hij de vennootschap niet had voortgezet na overlijden van zijn medevennoot dan wel opzegging door een van de andere vennoten. Volgens de Hoge Raad heeft het hof hiermee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omdat de voormalige cliënt aldus in een lastiger bewijsspositie kwam dan de bewijsspositie die hij had in de onderliggende procedure. In de onderliggende procedure had immers de (voormalige) medevennoot moeten bewijzen dat de cliënt de vennootschap had voortgezet en dus had de medevennoot op dat punt het bewijsrisico gedragen. Voor een dergelijke verslechtering van de bewijsspositie bestaat in de ogen van de Hoge Raad geen rechtvaardiging. De Hoge Raad voegde daaraan nog toe dat aan de bewijsslevering in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure andere eisen dienen te worden gesteld dan de eisen die daarvoor zouden hebben gegolden in de onderliggende procedure tussen (onder meer) claimant en zijn (voormalige) medevennoot. Bij de waardering van het bewijs zal immers ook rekening moeten worden gehouden met de verschillen tussen beide procedures, waaronder het verschil in bewijsrisico en eventuele verschillen in bewijsmogelijkheden, aldus de Hoge Raad. Hoe aan deze nieuwe bewijsregel invulling moet worden gegeven is onduidelijk. Mogelijk dat de praktijk dit zal uitwijzen.

Bij inname van een zaak doet een rechtsbijstandverlener er goed aan de lopende verjaringstermijnen te controleren. Zeker indien er een korte verjaringstermijn loopt bijvoorbeeld als bedoeld in art. 7:23 lid 2 BW dient de rechtsbijstandverlener op die verjaringstermijn en op de mogelijkheid van stuiting te wijzen opdat de verzekerde bij haar besluit de zaak te laten rusten, de mogelijkheid van een stuiting kan betrekken.⁴⁶ Een dergelijk advies dient bij voorkeur schriftelijk gegeven te worden opdat nadien ook bewezen kan worden dat het gegeven is.

In de onderliggende feiten die tot het arrest ASR/Achmea⁴⁷ hebben geleid, heeft een hoofdelijk schuldenaar (althans de in diens rechten gesubrogeerde verzekeraar), mede-eigenaar van een paard dat ernstig letsel heeft veroorzaakt, op de voet van art. 6:10 BW de andere mede-eigenaar (en haar verzekeraar) aangesproken nadat eerstgenoemde de volledige schade heeft vergoed na daartoe te zijn veroordeeld in het geding dat de gelaedeerde alleen tegen hem had aangespannen. Er waren toen inmiddels meer dan tien jaar verstreken sinds het ongeval had plaatsgevonden. De mede-eigenaar beriep zich op verjaring van deze regresvordering ingevolge art. 3:310 BW.

De Hoge Raad heeft in het arrest ASR/Achmea geoordeeld dat ook de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW

38 J.S. Kortman, 'Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders en benadeelden', in: *Causaliteitsperikelen*, preadvies VASR, Deventer: Kluwer 2012, p. 58.

39 A.J. Akkermans en Chr.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17; annotatie bij HR 21 december 2012, *JA* 2013/41 (*Deloitte/H&H*).

40 Conclusie (par. 3.7.2, 3.12.1 en 3.12.2 voorafgaande aan HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/H&H*) en zijn hiervoor reeds aangehaalde conclusie (nr. 4.26.1-4.32.2) bij HR 7 juni 2013, *NJ* 2014/98.

41 Annotatie bij HR 21 december 2012, *NJ* 2013/ 237 (*Deloitte/H&H*).

42 C.J.M. Klaassen, 'De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader? Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid', in: *Causaliteitsperikelen*, preadvies VASR, Deventer: Kluwer 2012, p. 23; C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14. Zie over deze uitspraak o.a. ook nog: M.F.E. Hillen, 'De Hoge Raad en het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en kansschade', *MvV* 2013-4, p. 122-127; J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (I)', *WPNR* 6973 (2013), p. 333-342, en D. van der Kooij, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en abstracte schadebegroting', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. (red.), *Middelen voor Meijer*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2013, p. 161 e.v..

43 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/257.

44 HR 11 december 2009, *NJ* 2010/3.

45 HR 9 november 2012, *RvdW* 2012/1403.

46 HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/94.

47 HR 6 april 2012, *RvdW* 2012/534 (*ASR/Achmea*).

pas kan gaan lopen als de vordering opeisbaar is, zodat deze verjaringstermijn niet eerder een aanvang kan nemen dan op de dag na die waarop de schadevordering opeisbaar is geworden, ook indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is. Tevens heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de betaling door de hoofdelijk verbonden medeschuldenaar een wettelijke voorwaarde is voor het ontstaan van de regresvordering. De regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar ontstaat derhalve pas op het moment dat hij de schuld van de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. De verjaring van deze regresvordering kan derhalve niet aanvangen voordat de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.

Anders dan op basis van het arrest ASR/Achmea gedacht kan worden, kan een vordering verjaren indien men de (mogelijke) schuldenaar in vrijwaring had kunnen oproepen. De schade hoeft dus nog niet in alle gevallen te zijn geleden om de korte verjaringstermijn van art. 3:310 BW te doen aanvangen. De reden is dat van de (mogelijke) schuldeiser voortvarendheid wordt verwacht om de (vrijwarende) schuldenaar kennis te geven van mogelijke aansprakelijkheid, zodat deze zijn (processuele) belang kan bewaken.⁴⁸

De advocaat die niet stuit, maakt een beroepsfout. De regel dat de (korte) verjaringstermijn pas gaat lopen als de vordering opeisbaar is, zodat deze korte verjaringstermijn niet eerder een aanvang kan nemen dan op de dag na die waarop de schadevordering opeisbaar is geworden, ook indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is, lijkt beperkt te zijn tot de regresvordering. De regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar ontstaat pas op het moment dat hij de schuld van de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.

In een tijd dat grenzen tussen landen steeds verder verdwijnen, valt nog te wijzen op een wat ouder arrest, dat nog net binnen de kroniekperiode valt betreffende de aansprakelijkheid van een advocaat voor door hem/haar ingeschakelde advocaten in het buitenland ter incasso van een vordering. In de aan het arrest mr. R/Moonen Vastgoed⁴⁹ ten grondslag liggende feiten had Moonen zich tot mr. R. gewend voor de incasso van een factuur betreffende de bouw van een schip. In het incassotraject was besloten om tot het leggen van conservatoir beslag op het schip over te gaan. Omdat het schip zich aanvankelijk in Frankrijk en vervolgens in Spanje bevond, heeft mr. R. contact opgenomen met een Belgische advocate, die vervolgens een Spaanse advocaat heeft ingeschakeld. De Spaanse advocaat heeft vervolgens in Spanje conservatoir beslag op het schip gelegd. Ter opheffing van het beslag op het schip is in Spanje een bankgarantie afgegeven. In Spanje is tevens exequatur verkregen

van het Nederlandse vonnis waarbij Moonens vordering is toegewezen, waarna het bedrag van de bankgarantie aan de Spaanse advocaat is uitbetaald. De Spaanse en de Belgische advocaten hebben nadien op de bankgarantie hun declaraties ingehouden.

In de procedure heeft Moonen van mr. R. betaling van de door de Spaanse en Belgische advocaten ingehouden bedragen gevorderd op de grond dat mr. R. bij de uitvoering van de opdracht tot incasso van de factuur voormelde advocaten als zijn hulppersonen heeft ingeschakeld, dat deze waren tekortgeschoten in de nakoming van hun verplichting jegens Moonen haar het gehele bedrag van de vrijgefallen bankgarantie te betalen en dat mr. R. voor de door Moonen als gevolg hiervan geleden schade ex art. 6:76 BW aansprakelijk was. Mr. R. heeft betwist dat hij opdracht had gekregen een exequaturprocedure in Frankrijk en in Spanje te voeren en de gelden uit de vrijgefallen bankgarantie te incasseren. Hij had (aldus mr. R.) slechts opdracht een advocaat in Frankrijk en in Spanje te zoeken, zodat deze advocaten niet als zijn hulppersonen zijn opgetreden.

Het hof heeft, in navolging van de rechtbank, geoordeeld dat het door de cliënt/Moonen aan de advocaat/mr. R. gedane verzoek de incasso ter hand te nemen inhield dat de advocaat de aan de incasso verbonden werkzaamheden zelf en niet als gevolmachtigd vertegenwoordiger van de cliënt zou verrichten, en voorts dat de cliënt ervan mocht uitgaan dat de advocaat zou zorgdragen voor alle werkzaamheden die tot incasso zouden leiden, zodat de advocaten die door de advocaat in België en Spanje werden ingeschakeld hun werkzaamheden rechtstreeks in opdracht van de advocaat en niet van de cliënt hebben verricht. Voor zover de advocaat slechts als gevolmachtigde van de cliënt had willen optreden had hij dit moeten meedelen aan zijn cliënt. Dat brengen de gedragsregels ook mee, aldus het hof. De advocaat werd op de voet van art. 6:76 BW aansprakelijk geacht voor het tekortschieten van de door hem ingeschakelde buitenlandse advocaten in hun verplichtingen jegens Moonen (aansprakelijkheid voor hulppersonen). De uitspraak van het hof past binnen de restrictieve invulling die de Hoge Raad aan art. 6:76 BW heeft gegeven, inhoudend dat de toerekening van fouten van hulppersonen beperkt is tot 'personen van wie de hulp wordt gebruikt bij de uitvoering van een verbintenis ten aanzien waarvan de aansprakelijkheid in het geding is'.⁵⁰

De Hoge Raad sanctioneerde de uitspraak van het hof overwegende dat geen vuistregel kan worden aangenomen dat de opdracht door een Nederlandse advocaat aan een buiten het eigen kantoor werkzame, in het buitenland gevestigde, advocaat om ten behoeve van zijn cliënt beslag te leggen op een zich in het buitenland bevindend verhaalsobject een opdracht/volmacht behelst om met het oog daarop namens deze cliënt met de buitenlandse advocaat een overeenkomst te sluiten. Onzeker blijft of deze uitspraak ook geldt indien

48 HR 9 juli 2010, JIN 2011/75.

49 HR 8 januari 2010, RvdW 2010/128.

50 HR 14 juni 2002, NJ 2002/495.

een uitgebreid advies moet worden gegeven naar buitenlands recht en aldus meer een adviesrelatie zal ontstaan tussen de cliënt en de buitenlandse advocaat. Hoe dan ook lijkt het goed vastleggen van de relatie een belangrijk advies van het hof.⁵¹

Hoewel voor de advocaat (en de notaris) het verschoningsrecht een onderwerp van groot belang is, zijn de ontwikkelingen met betrekking daartoe voor de aansprakelijkheid van deze beroepsgroep van minder groot belang. Wij signaleren dan ook slechts dat de wetgever steeds meer poogt op het verschoningsrecht in te breken en uiteraard mag de voor de advocaat in dienstbetrekking van belangzijnde jurisprudentie van het Hof van Justitie (Akzo-Nobel)⁵² en het daaropvolgende arrest van de Hoge Raad⁵³ niet helemaal onopgemerkt blijven.⁵⁴

Wij wijzen nog op twee arresten die door de Hoge Raad op art. 81 RO zijn afgedaan, maar waarin P-G mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense⁵⁵ en A-G mr. G.R.B. van Peursem⁵⁶ een uiteenzetting geven van de zorgplicht van de advocaat onder verwijzing naar veel jurisprudentie en literatuur. Tevens verwijzen wij naar literatuur over (de zorgplicht van) de advocaat.⁵⁷

Ten slotte nog enkele woorden over het advocatentuchtrecht. Het aantal (tucht)klachten dat tegen advocaten – en overigens ook tegen de andere beroepsgroepen die onderwerp zijn van deze kroniek – wordt ingediend, stijgt al jaren.⁵⁸ Over de vraag hoe groot de invloed van tuchtspraken op civiele claims is, is veel geschreven. Sommigen hebben betoogd dat lagere rechters regelmatig grote betekenis toekennen aan het oordeel van de tuchtrechter.⁵⁹ Anderen hebben betoogd dat de uitspraken van de tuchtorganen slechts van beperkte betekenis zijn voor het vaststellen van beroepsaansprakelijkheid.⁶⁰ Voor de advocatuur zou de betekenis van de tuchtspraken voor het vaststellen van beroepsaansprakelijkheid in de nabije toekomst nog wel eens kunnen toenemen nu je ziet dat het Hof van Discipline

toe wil naar een inhoudelijkere toetsing in het advocatentuchtrecht.⁶¹

Tot voor kort toetsten de raden van discipline en het Hof van Discipline de kwaliteit van de dienstverlening van de advocaat slechts marginaal. De advocaat had – tuchtrechtelijk gezien – een grote vrijheid in de wijze waarop hij de zaak aanpakte. In de beslissingen van de raden van discipline en het Hof van Discipline van oudere datum werd dan ook geoordeeld dat van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen in het algemeen pas sprake was als de advocaat bij de behandeling van de zaak duidelijk onjuist was opgetreden of had geadviseerd en de belangen van de cliënt daardoor werden geschaad of konden worden geschaad.⁶² Voormelde maatstaf is in de jurisprudentie van recentere datum verdwenen. In recentere uitspraken worden kwaliteitsklachten inhoudelijker getoetst. Zo zien we in recente uitspraken van het Hof van Discipline dat zelfs de processtukken van de advocaat inhoudelijk worden beoordeeld.⁶³ Hiermee zal de betekenis van de beslissingen van de raden van discipline en het Hof van Discipline voor het vaststellen van beroepsaansprakelijkheid van de advocaat hoe dan ook toenemen.

4. De curator

In het arrest *Prakke/Gips*⁶⁴ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aan de norm die geldt voor de persoonlijke aansprakelijkheid van een curator met terughoudendheid moet worden getoetst. Eerder had de Hoge Raad zich in het *Maclou-arrest*⁶⁵ uitgesproken over de norm die geldt voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. De Hoge Raad oordeelde in laatstgenoemd arrest dat de aan de faillissementscurator te stellen zorgvuldigheidsnorm niet gelijk is te stellen met de norm die geldt voor advocaten en vergelijkbare beroepsbeoefenaren, zelfs als de curator het beroep van advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep beoefent. Met name wees de Hoge Raad erop dat een curator niet in een contractuele betrekking staat tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd. Tevens oordeelde de Hoge Raad dat de curator bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. De door de Hoge Raad op basis van deze uitgangspunten (in het *Maclou-arrest*) geformuleerde norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met

51 Kritisch over dit arrest, T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en de omvang van de opdracht', *MvV* 2010/10, p. 249 e.v.

52 HvJ EU 14 september 2010, *NJ* 2010/629.

53 HR 15 maart 2013, *NJ* 2013/388.

54 Zie over deze arresten ook R. Verkijk, *Advocatuur*, *TCR* 2014, p. 54-57.

55 HR 4 oktober 2013, *RvdW* 2013/1161.

56 HR 31 januari 2014, *RvdW* 2014/254.

57 R. Verkijk, *De advocaat in het burgerlijk proces* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010; F.A.W. Bannier, *Zoals een behoorlijk advocaat betaamt*, *Maklu* 2010; F.A.W. Bannier, *De advocaat in het burgerlijk proces*, *TCR* 2011, p. 89. F.A.W. Bannier/N.A.M.E.C. Fanoy/C. Mulder, *Beroep: advocaat – in de ban van de balie?*, *Kluwer* 2011 en J.M.L. van Duin, T. Novakovski en C.B. Vreede, 'Wanneer is fout ook goed fout? Beroepsaansprakelijkheid van advocaten onder de loep', *MvV* 2012/9, p. 245-254.

58 Zie het Jaarverslag 2013 van het Hof van Discipline en de raden van discipline, te vinden op www.raadvandiscipline.nl.

59 L.H. Rammeloo, 'Wat is de invloed van tuchtspraken op civiele claims?', *Advocatenblad* 2010/14.

60 H. Uhlenbroek en M.F. Mooibroek, 'De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat?', *AV&S* 2013/24.

61 Zie bovendien o.m. T.S. Smitt, 'Turbulent tuchtjaar', *Advocatenblad* 2014/6 en T.S. Smitt, 'De klachten van 2013', *Advocatenblad* 2014/7.

62 Zie o.m. Raad van Discipline Amsterdam 23 november 2010, 10-045A (ECLI:NL:TADRAMS:2010:YA1127); Raad van Discipline Amsterdam 4 april 2012, 11-293A (ECLI:NL:TADRAMS:2012:YA2590); en HvD 6 september 2013, 6675.

63 Zie bijv. HvD 16 december 2013, 6728, HvD 25 april 2014, 6845 en HvD 25 april 2014, 6902.

64 HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65.

65 HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou/Provoust*), rov. 3.6.

nauwgezetheid en inzet verricht. De ondergrens van deze norm is de aansprakelijkheid 'qualitate qua'; is de curator in zijn hoedanigheid van curator niet aansprakelijk dan is daarmee ook niet voldaan aan de strengere norm voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator.⁶⁶ Algemeen wordt aangenomen dat aan de in het Maclou arrest gegeven zorgvuldigheidsnorm mede invulling wordt gegeven door de INSOLAD praktijkregels voor Curatoren.⁶⁷

In het arrest Prakke/Gips heeft de Hoge Raad de in de literatuur verdedigde opvatting bevestigd dat de curator – voor zover hij bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels – een ruime vrijheid toekomt bij de uitoefening van zijn taak.⁶⁸ Het is in beginsel aan het inzicht van de curator overgelaten op welke wijze en langs welke weg het belang van de boedel het beste kan worden gediend, aldus de Hoge Raad. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop de curator rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt. Ook bij het te gelde maken van het actief van de boedel, komt de faillissementscurator de hier door de Hoge Raad bedoelde vrijheid toe.

Uitgaande van deze vrijheid concludeerde de Hoge Raad dat de rechter bij de toepassing van de Maclou-norm de vraag te beantwoorden heeft of een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou hebben kunnen komen. Bij deze toetsing past terughoudendheid. De Hoge Raad heeft vervolgens een nadere invulling van de Maclou-norm geformuleerd:

“Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien.”⁶⁹

5. Resume

Wie het internet afspeurt op de woorden 'toename' en 'tuchtklacht' zal bevestigd zien dat het aantal tuchtklachten stijgende is. Deels zal dit voortvloeien uit een aantal spraakmakende zaken die het tuchtrecht meer onder de aandacht hebben gebracht, maar deels zal het ook een afspiegeling zijn van een steeds kritischer wordende maatschappij. Tegen die achtergrond mag het niet verbazen dat ook jurisprudentie met betrekking tot de beroepsaansprakelijkheid volop in beweging is. Die jurisprudentie staat als vanzelfsprekend mede onder invloed van algemene leerstukken zoals de klachtplicht, maar voor een aantal leerstukken is het juist die jurisprudentie geweest die de afgelopen jaren richtinggevend is geweest. Denk aan de hier besproken jurisprudentie over kansschade/proportionele schade, maar ook veel belangrijke jurisprudentie over de stelplicht en de bewijslast is ontwikkeld in zaken over beroepsaansprakelijkheid. Al deze jurisprudentie vloeit voort uit hetgeen de hier besproken beroepsbeoefenaren gemeenschappelijk hebben; de bijzondere vertrouwensband die zij hebben met hun cliënten. Voor elke beroepsbeoefenaar is die anders. Maar het is die band die maakt dat de betrokken belangen bij een rechtszaak over beroepsaansprakelijkheid, over en weer zo groot zijn.

66 Conclusie A-G Timmerman sub. 2.2 voor HR 19 december 2003, NJ 2004/293 en JOR 2004/61 (*Mobell/Interplan*); B. Wessels Insolventierecht IV, Deventer: Kluwer 2010, par. 4249b en de aldaar aangehaalde rechtspraak en literatuur, waaronder: HR 19 december 2003, NJ 2004/293, m.nt. P. van Schilfgaarde; Rb. Utrecht 2 juli 2003, JOR 2003/273; Rb. Almelo 18 oktober 2006, JOR 2007/56; Hof Arnhem 6 februari 2007, LJN AZ99551 en conclusie A-G Rank-Berenschot voor HR 8 mei 2009, JOR 2009/211.

67 Zie J.G. Princen, 'De aansprakelijkheid van de curator', in: *Praktijkboek Insolventierecht Deel 6, Capita Selecta Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 97-99 en J.J. van Hees, 'Aansprakelijkheid van curatoren en bewindvoerders: aan de slag met Maclou', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 249.

68 HR 16 december 2011, JOR 2012/85, r.o. 3.4.2. Dit was daarvoor reeds in de literatuur betoogd: zie o.m. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 226; B. Wessels Insolventierecht IV, Deventer: Kluwer 2010, par. 4249b p. 220; Zie J.G. Princen, 'De aansprakelijkheid van de curator', in: *Praktijkboek Insolventierecht Deel 6, Capita Selecta Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 115 en P.S. Bakker & Y.A. Wehrmeijer, 'HR 8 mei 2009', *Tvl* 2009/28, p. 167.

69 Zie over dit arrest onder meer: E.M. Van Orsouw, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator: is er eindelijk (volledige) duidelijkheid?', *MvV* 2012/3.