

# Beroepsaansprakelijkheid advocaten: een update

*Mr. E.M. van Orsouw en mr. L.A. Godwaldt\**

## 1 Inleiding

De toetsingsmaatstaf voor de zorgplicht van de advocaat jegens zijn cliënt zal de lezer van dit tijdschrift bekend zijn: een advocaat moet handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar – de maatman – mag worden verwacht.<sup>1</sup> De inhoud van deze zorgplicht wordt mettertijd nader ingevuld door arresten van de Hoge Raad. Zo weten we sinds kort dat de Kelderluik-criteria kunnen helpen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van schending van de zorgplicht van de advocaat.<sup>2</sup>

Zeker nu uit een arrest van de Hoge Raad in 2015<sup>3</sup> is gebleken dat advocaten voor beroepsfouten persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, zullen arresten ter zake de aard en omvang van de zorgplicht door de beroepsgroep (en hun verzekeraars) nog nauwlettender in de gaten gehouden worden.

Eind 2017 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen die de zorgplicht van de advocaat nader invullen. Het eerste arrest ziet op de vraag in hoeverre de zorgplicht zich uitstrekt buiten de aan de advocaat verstrekte opdracht en geeft aanleiding tot een aantal opmerkingen over de onderzoeks- en waarschuwingplicht.<sup>4</sup> Het tweede arrest geeft antwoord op de vraag welk belang de advocaat dient te behartigen in het kader van een opdracht van een commanditaire vennootschap.<sup>5</sup> Hoewel dit laatste arrest lijkt te zijn geschreven voor een vrij specifieke situatie, kan toch ook naar aanleiding van dit arrest een aantal algemene opmerkingen worden gemaakt die relevant zijn voor de dagelijkse praktijk.

## 2 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3260

### 2.1 Feitencomplex

Rubatex B.V. (hierna: Rubatex) was eigenaar van een stuk grond in Weesp, waarop in het verleden een latexfabriek is geëxploiteerd. Toen Rubatex in staat van liquidatie kwam te verkeren, heeft een vereffenaar haar vermogen vereffend. De provincie heeft in 1997 vastgesteld dat er sprake was van ern-

stige bodemverontreiniging en heeft sanering van het terrein geëist. In 1998 hebben X en zijn zakenpartner vorderingen overgenomen waaraan twee hypotheekrechten op het terrein waren verbonden. Zij hebben zich vervolgens, voor advies bij het uitwinnen van deze hypotheekrechten, in 1999 gewend tot een advocaat. Begin 2000 hebben in opdracht van de provincie saneringswerkzaamheden plaatsgevonden. In het evaluatierapport van het ingenieursbureau Oranjewoud werd opgenomen dat, ondanks de saneringswerkzaamheden door de Staat, bij graafwerkzaamheden rekening moest worden gehouden met sterke verontreinigingen in de bodem. Rond deze tijd hebben X en haar zakenpartner (hierna: cliënten) de opdracht aan hun advocaat uitgebreid. Deze opdracht was dat de advocaat – in ieder geval – zou adviseren op het gebied van:

- het verkrijgen van de eigendom van het terrein;
- het ontruimen van het gekraakte perceel; en
- het afkopen van de vordering van de Staat uit ongerechtvaardigde verrijking vanwege de uitgevoerde sanering van de aangetroffen bodemverontreiniging.

Bij brief van 16 april 2000 schreef de advocaat aan zijn cliënten dat het perceel ernstig verontreinigd was. Na overleg met de Staat in 2001 stuurde de advocaat aan cliënten de berichten dat Rubatex en de Staat geen garanties zouden geven over de staat van het perceel. Dit betekende dat cliënten het perceel dienden te kopen inclusief alle eventuele restverontreiniging in de grond. Ook de vereffenaar stuurde cliënten een brief waaruit volgde dat er sprake was van resterende bodemvervuiling van het terrein. De Staat stuurde naar aanleiding van de vraag of partijen ervan verzekerd konden zijn dat niet opnieuw van overheidswege een saneringsverplichting zou worden opgelegd, het antwoord dat verdere sanering in het kader van de Wet bodembescherming (Wbb) niet aan de orde zou zijn voor de komende veertien jaar. Cliënten kochten vervolgens de grond.

Een aantal jaren later wilde X het perceel ontwikkelen en het een andere bestemming geven. In dat kader liet hij een onderzoek doen, waaruit bleek dat de grond zwaar verontreinigd was. Om het perceel te ontwikkelen diende een sanering plaats te vinden (niet een sanering in het kader van de Wbb). Uit een rapport uit 2010 volgde dat op het terrein van Rubatex nageenog geen bodemsanering had plaatsgevonden. X stelde het advocatenkantoor aansprakelijk omdat zijn advocaat hem nooit uitdrukkelijk zou hebben gewaarschuwd dat de in

\* Mr. E.M. van Orsouw en mr. L.A. Godwaldt zijn advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

1. HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103 (Speeckaert/Gradenier).  
2. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406.  
3. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745.  
4. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3260.  
5. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444.

opdracht van de Staat uitgevoerde sanering van het terrein slechts beperkt was geweest en dat, ook daarna, nog steeds sprake was van een substantiële bodemverontreiniging.

### 2.2 *Rechtbank*

De rechtbank<sup>6</sup> wees de vordering af. Zij achtte het in dat kader van belang dat de opdracht aan de advocaat ten tijde van de verwerving van het terrein niet zag op de herontwikkeling dan wel de vervolgbestemming van het terrein en dat de eisers ervan op de hoogte waren dat er na de sanering door de Staat nog sprake was van resterende bodemverontreiniging. De advocaat hoefde eisers, gelet op de informatie die hierover bij henzelf bekend was, niet op eigen initiatief nader te waarschuwen dat de sanering door de Staat slechts minimaal was en dat er ook nadien nog (ernstige) bodemverontreiniging resteerde. Als de exacte bodemgesteldheid van het terrein destijds van dusdanig groot belang was voor de beslissing tot verwerving van het terrein, dan hadden zij dat in de opdracht aan hun advocaat moeten opnemen. Dit hebben zij nagelaten, ondanks het feit dat hun advocaat hun meerdere keren had gewezen op de bodemverontreiniging en zij ervan op de hoogte waren dat de Staat noch Rubatex een garantie wilde geven over de exacte staat van het terrein. Het had X duidelijk moeten zijn dat de overeenkomst met de Staat enkel zag op de saneringskosten die de overheid als gevolg van een ambtshalve sanering op grond van de Wbb had gemaakt of eventueel nog zou maken, en dat de Staat verder geen garanties had gegeven ten aanzien van de mate van de (resterende) verontreiniging.

### 2.3 *Hof*

Het hof<sup>7</sup> achtte het hoger beroep van X gegrond en besliste dat ook zonder expliciete daartoe strekkende opdracht aan de advocaat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat mocht worden verwacht dat hij ervoor zorg zou dragen dat hij zich op grond van de beschikbare stukken een beeld zou vormen van de afloop van de sanering die de provincie had uitgevoerd, teneinde de omvang van de voor zijn cliënt als koper resterende restrisico's in te kunnen schatten en daarover zo nodig nader te adviseren. Daarbij achtte het hof onder meer relevant dat X in verband met de verontreiniging niets voelde voor een 'open eind' of een 'tijdbom' en dat advocaat een gespecialiseerd vastgoedadvocaat was. Er bestond een rapport, het zogenaamde Oranjewoud-rapport, waarvan de advocaat had moeten aannemen dat het bestond. Hij had dit bij de provincie moeten opvragen en daarvan kennis moeten nemen. Uit dit rapport volgde namelijk dat er geen sprake was van 'eventuele' restverontreiniging, maar dat ervan uitgegaan moest worden dat sprake was van ernstige verontreiniging van aanmerkelijke omvang. Daarvan had advocaat X op de hoogte moeten stellen, temeer nu X bij herhaling had laten weten niet bereid te zijn op dat vlak enig financieel risico te willen lopen. Deze verplichting had de advocaat ook als ten tijde van de koop nog niet vaststond wat men met het terrein zou gaan doen. De verwijzing naar eventuele restverontreiniging en de

mededeling dat de Staat geen garanties wilde geven, waren volgens het hof 'bagatelliserende mededelingen' die niet een voldoende duidelijke waarschuwing gaven, gezien de omvang en de ernst van de nog aanwezige vervuiling.

### 2.4 *Hoge Raad*

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. Hij acht de klacht van het advocatenkantoor dat het hof voorbij is gegaan aan de stelling dat X rond 2000 zelf al beschikte over het Oranjewoud-rapport gegrond. X had in dat rapport zelf kunnen lezen dat er nog sprake was van ernstige restverontreiniging. Het hof heeft de onjuistheid van die stelling niet vastgesteld, zodat de Hoge Raad in cassatie ervan uit moet gaan dat dit juist is. Zonder nadere toelichting valt volgens de Hoge Raad niet in te zien dat, zoals het hof heeft geoordeeld, de advocaat dan nog onderzoek had moeten instellen naar de omvang van de verontreiniging die na de sanering resteerde.

Ook slaagt de klacht tegen het oordeel van het hof dat de advocaat onvoldoende dringend op het risico van restverontreiniging zou hebben gewezen en dat zijn mededelingen bagatelliserend zouden zijn geweest. Deze laatste stelling is volgens de Hoge Raad zonder nadere motivering niet begrijpelijk. In het licht van de vaststaande feiten kan evenmin worden geoordeeld dat de advocaat X onvoldoende heeft gewezen op het risico van nog aanwezige restverontreiniging. Uit de uitspraak van het hof blijkt namelijk niet waarom de advocaat indringender op dat risico had moeten wijzen. Ook oordeelt de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat X in verband met de verontreiniging niets voelde voor een 'open eind' of een 'tijdbom' en dat zij niet bereid was 'op dat vlak enig financieel risico te willen lopen', in de verkeerde zin zijn aangehaald. Deze e-mails hebben namelijk uitsluitend betrekking op het risico dat de overheid een verdere sanering van de bodem noodzakelijk zou achten en over zou gaan tot een verplichte sanering in het kader van de Wbb en níet op garanties van de Staat ten aanzien van de mate van (rest)verontreiniging.

Gelet op de geslaagde klachten verwijst de Hoge Raad het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Gerechtshof Den Haag.

### 2.5 *Opmerkingen*

Dit arrest gaat over de vraag wanneer een onderzoeks- en waarschuwingsplicht rusten op een advocaat buiten de aan hem verstrekte opdracht. Dát op advocaten in bepaalde gevallen een onderzoeks-<sup>8</sup> en/of waarschuwingsplicht<sup>9</sup> rust, is niet nieuw. Ook niet nieuw is dat een advocaat ook een zorgplicht

6. Rb. Amsterdam 29 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6954.

7. Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2387.

8. Zie bijv. voor de advocaat: Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4530 en Raad van Discipline Amsterdam 6 juni 2005, Advocatenblad 2006/11, p. 532 en 533. Ook bij andere beroepsgroepen speelt de onderzoeksplicht, zie bijv. voor de notaris: Hof Amsterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4089.

9. Zie bijv. voor de advocaat: HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406 en Rb. Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2016:3563. Ook bij andere beroepsgroepen speelt de onderzoeksplicht, zie bijv. voor de notaris: Hof Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX2696.

kan hebben buiten de aan hem verstrekte opdracht.<sup>10</sup> Niettemin geeft het arrest aanleiding tot de volgende observaties.

#### *Toetsingskader*

Of op een advocaat een onderzoeks- en/of waarschuwingplicht rusten, is casuïstisch. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad in het kader van de waarschuwingplicht in een eerder arrest een interessante overweging heeft gegeven over het toetsingskader:

‘Het antwoord op de vraag of, en in welke mate een advocaat de cliënt behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico [in het kader van advisering over een door de cliënt te nemen beslissing; EvO & LG] is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.’<sup>11</sup>

Bij de beoordeling of onder omstandigheden een waarschuwingplicht op de advocaat rust, kunnen de Kelderluik-criteria dus een rol spelen.

Wij hebben ons afgevraagd of het antwoord op de vraag of, en zo ja in welke mate, een advocaat onderzoek dient te verrichten naar bepaalde risico’s, net als in het kader van de waarschuwingplicht (mede) kan worden beantwoord aan de hand van de (Kelderluik-)gezichtspunten.<sup>12</sup> Hoewel bij een advocaat, voorafgaand aan het doen van onderzoek, meestal niet volledig in beeld zal zijn welke risico’s zijn cliënt precies loopt, is goed voorstelbaar dat in bepaalde situaties wel enige inschatting kan worden gegeven over de aard en ernst van de mogelijke risico’s en de mate waarin de cliënt ervan blijk heeft gegeven zich reeds van deze (mogelijke) risico’s bewust te zijn. In dat geval kunnen deze gezichtspunten ons inziens nuttig zijn bij de beantwoording van de vraag of op een advocaat een onderzoekplicht rust. De mate van waarschijnlijkheid dat het risico zal intreden, lijkt ons daarentegen een minder bruikbaar gezichtspunt, nu dit meestal voorafgaand aan het (eventueel) te verrichten onderzoek bij de advocaat niet duidelijk zal zijn.

#### *Een kort uitstapje: dient een waarschuwing altijd schriftelijk te worden vastgelegd?*

De waarschuwingplicht van de advocaat is in de rechtspraak volgend op voornoemd arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2015 meermaals aan de orde gekomen.<sup>13</sup> Zo heeft de Rechtbank Rotterdam zich uitgelaten over de wijze waarop de advocaat dient te waarschuwen: de advocaat had gezien het voorzienbare risico dat de huurovereenkomst vanwege achterstallige betalingen zou kunnen worden ontbonden, zijn cliënten op een duidelijke en niet voor misverstand vatbare wijze moeten waarschuwen voor dit gevaar en bij het in de wind slaan van dit advies nog eens *schriftelijk* moeten wijzen op het risico.<sup>14</sup> Dat werpt de vraag op of de advocaat een waarschuwing altijd schriftelijk dient vast te leggen.

Van Emden en De Haan hebben zich recent in meer algemene zin uitgelaten over de vraag of, en zo ja in welke gevallen, een dienstverlener bepaalde informatie of afspraken schriftelijk dient vast te leggen.<sup>15</sup> In regel 16 van de Gedragsregels advocatuur 2018 staat: ‘Ter voorkoming van misverstand, onzekerheid of geschil, dient hij belangrijke informatie en afspraken schriftelijk aan zijn cliënt te bevestigen.’ Van Emden en De Haan bepleiten dat het enkel schenden van het schriftelijkheidsvereiste niet zonder meer tot civielrechtelijke aansprakelijkheid dient te leiden. Dat kunnen we onderschrijven. Al blijkt uit de rechtspraak die de auteurs bespreken dat met enige regelmaat wordt geoordeeld dat het niet schriftelijk vastleggen *onder bepaalde omstandigheden* op zichzelf reeds als dermate onzorgvuldig wordt aangemerkt dat dit kwalificeert als een (civielrechtelijke) beroepsfout. Juist bij waarschuwingen die bedoeld zijn om de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd een beslissing te nemen, geldt dat het daarom zeer aan te bevelen is om die waarschuwingen schriftelijk vast te leggen. Want gebeurt dit niet, dan loopt de advocaat niet alleen het risico dat discussie ontstaat over de vraag of het enkel niet vastleggen reeds tot een schending van de zorgplicht leidt, maar is er bovendien een kans dat de rechter in een eventuele procedure ‘het bewijsrisico’ op een of andere manier bij de advocaat legt.<sup>16</sup>

#### *Communicerende vaten?*

Vaak zullen de onderzoeks- en waarschuwingplicht in het verlengde van elkaar liggen; eerst dient de advocaat onderzoek te doen naar bepaalde feiten, waarna hij zijn cliënt dient te waarschuwen voor de gevaren waar hij door het verrichten van dit onderzoek op is gestuit. Zo ook in een vrij recent arrest van

10. Zie bijv. voor de advocaat: Rb. Noord-Nederland 15 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4360, r.o. 6.9. Dit geldt bijv. ook voor de accountant: Cbb 7 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:165 en de financieel adviseur: HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6759. Het moge duidelijk zijn dat er grenzen kunnen zitten aan de zorgplicht buiten de opdracht. Zie bijv. voor de advocaat: Rb. Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:674, voor de accountant: Cbb 2 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:48 en voor de assurantiëtussenpersoon: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6030.

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

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

13. Zie bijv. voor aangenomen waarschuwingplichten: ECLI:NL:GHSHE:2016:3453 en ECLI:NL:RBROT:2016:3563. Niet aangenomen: ECLI:NL:GHSHE:2017:5561.

14. Rb. Rotterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3563.

15. E.A.L. van Emden & M. de Haan, Is niet vastleggen per definitie fout? Over beroepsaansprakelijkheid en dossierplicht, TAV 2018/23.

16. Van Emden en De Haan gaan in hun artikel uitgebreid in op allerlei aspecten die in het kader van bewijs spelen, zoals de vragen (1) wanneer rust op de beroepsbeoefenaar een ‘verzwaarde stelplicht’ (en wat houdt die dan precies in?) en (2) wanneer is er plaats voor een bewijsvermoeden of een andere tegemoetkoming richting de cliënt in het kader van het bewijs?

de Hoge Raad, waarin een uitspraak van het Hof's-Hertogenbosch werd bevestigd. In die uitspraak adviseerde de advocaat zijn cliënt bij de overname van een aantal gefailleerde kapperszaken. Het advies was er mede op gericht persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen. Zijn cliënt werd vervolgens toch persoonlijk aansprakelijk gehouden voor achterstallige huur. De advocaat had niet gewaarschuwd voor de mogelijkheid tot persoonlijke aansprakelijkheid die was opgenomen in die huurovereenkomst. Het hof overwoog:

[Advocaten] c.s. traden daarbij op als deskundig juridisch adviseur, die door [appellant] werden benaderd voor een op zijn specifieke situatie toegesneden advies. In een zodanige situatie dient de dienstverlener onder meer naar behoren onderzoek te doen naar de omstandigheden van het geval en de doelstellingen van de cliënt, en dat zij de cliënt dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan bepaalde constructies zijn verbonden. Deze plicht strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht. De dienstverlener heeft hierbij te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij de cliënt doorgaans een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreken. Dit brengt bovendien mee dat de cliënt in beginsel ervan mag uitgaan dat de dienstverlener die zorgplicht jegens hem naleeft.<sup>17</sup>

Interessant is de vraag in hoeverre de onderzoeks- en waarschuwingsplicht kunnen werken als communicerende vaten. Kan de advocaat de aard en omvang van de onderzoeksplicht beïnvloeden wanneer hij van tevoren een dringende waarschuwing voor risico's heeft gegeven? Of valt juist een vergelijking te maken met jurisprudentie in het kader van werkgeversaansprakelijkheid, waaruit volgt dat enkel waarschuwen (bijvoorbeeld voor een gevaarlijke machine) niet altijd voldoende zal zijn voor de werkgever om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Voor het antwoord op de vraag of een dergelijke waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is niet alleen van belang of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden,<sup>18</sup> maar is daarnaast relevant dat onder bepaalde omstandigheden van de werkgever wordt verwacht dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn, dan wel of een veiligere werking van de machine mogelijk is.<sup>19</sup> Kortom, vaak zal een waarschuwing niet volstaan als een risico door middel van het nemen van een maatregel kan worden weggenomen of verminderd.

Het is onduidelijk hoe dit zit bij beroepsaansprakelijkheid. Mede gelet op het feit dat het niet gaat om (het risico op) letselschade zouden wij menen dat een advocaat ter vervulling van de op hem rustende zorgplicht eerder kan volstaan met

een waarschuwing dan een werkgever. Dit geldt temeer omdat een werkgever, in het kader van werkgeversaansprakelijkheid, rekening dient te houden met het ervaringsfeit dat door de dagelijkse omgang met aan de werkzaamheden inherente risico's de werknemer niet alle voorzichtigheid in acht zal nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.<sup>20</sup> Dit lijkt niet te spelen in het kader van beroepsaansprakelijkheid. Hoewel een advocaat een waarschuwing op een voldoende duidelijke en begrijpelijke wijze voor de cliënt zal dienen te geven (dit ook om te voorkomen dat de cliënt het risico onderschat), mag van de cliënt vervolgens in principe toch worden verwacht dat deze de waarschuwing ter harte neemt en meeweegt bij zijn beslissing over het vervolg.<sup>21</sup>

*Begrenzing van de zorgplicht indien de cliënt reeds beschikt over informatie omtrent de risico's*

Een andere vraag die aan de orde komt in het arrest is of de zorgplicht van de advocaat beïnvloed wordt door het feit dat de cliënt reeds beschikt over bepaalde informatie over de risico's.

In dat kader beginnen we met een uitstapje naar de zorgplicht van notarissen. In een recente bijdrage van dit tijdschrift is uitvoerig ingegaan op de zorgplicht van de notaris.<sup>22</sup> De plicht werd uitgesplitst in een informatieplicht, een onderzoeksplicht, de wilscontrole en, in bijzondere omstandigheden, de plicht om te waarschuwen voor specifieke aan een rechtshandeling verbonden risico's (de zogenaamde waarschuwingsplicht). In het kader van de onderzoeksplicht wezen de auteurs op het arrest Meijer/S., waarin is geoordeeld dat de onderzoeksplicht van de notaris haar grens vindt daar waar de notaris goede grond heeft te vertrouwen dat de betreffende belanghebbende zichzelf reeds op de hoogte had gesteld of dat deze tevoren reeds voldoende inzicht had in hetgeen voor die gevolgen vereist was.<sup>23</sup>

Uit het onderhavige arrest volgt dat ook de zorgplicht van de advocaat begrensd kan zijn in de situatie dat de cliënt reeds geacht kan worden van bepaalde risico's op de hoogte te zijn. De Hoge Raad overweegt immers dat, nu in cassatie ervan moet worden uitgegaan dat X ten tijde van de koop van het perceel zelf al over het Oranjewoud-rapport beschikte, niet zonder nadere toelichting valt in te zien dat de advocaat nog onderzoek had moeten instellen naar de omvang van de vertonreining. Dit betreft dus de onderzoeksplicht.

20. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (Bayar/Wijnen).
21. Daarbij is overigens de vraag of op eigen initiatief een (uitgebreid) onderzoek doen zonder (nadere) opdracht van de cliënt in alle gevallen even zorgvuldig is. Uiteraard zal dat in de eerste plaats afhangen van de opdracht. Maar indien een specifieke opdracht ontbreekt, lijkt voor de meeste gevallen de volgende volgorde het meest logisch: (1) waarschuwing aan de cliënt, (2) eventuele opdracht van de cliënt tot het doen van nader onderzoek en (3) het feitelijk doen van nader onderzoek.
22. H.J. Delhaas & L.C. Dufour, Invulling van de norm waaraan een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris moet voldoen, MvV 2018, afl. 3, p. 67-76.
23. HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0557.

17. Hof's-Hertogenbosch 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3453, r.o. 3.11.

18. HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224 (Jetblast-arrest).

19. HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (Bayar/Wijnen).

Ons inziens is er iets opmerkelijks in deze redenering van de Hoge Raad. Het argument dat X al bekend was met het rapport past de Hoge Raad toe ter bepaling van de omvang van de onderzoeksplicht. Dit is niet direct goed te plaatsen als we ervan uitgaan dat de advocaat ten tijde van de koop van het perceel niet bekend was met het bestaan van het Oranjewoud-rapport.<sup>24</sup> De advocaat kon dan immers ook niet weten dat X wél met het rapport bekend was.

Als een cliënt beschikt over bepaalde informatie (en daardoor bekend is of geacht kan worden bekend te zijn met bepaalde risico's) lijkt dat dus alleen een relevante omstandigheid voor de vraag of sprake is van een onderzoeksplicht van de advocaat, indien de advocaat ook weet of mag veronderstellen dat zijn cliënt over deze informatie beschikt. Nu in deze zaak de advocaat het rapport juist niet lijkt te hebben gekend, is het niet logisch om het feit dat de cliënt het rapport mogelijk wel heeft gekend, mee te nemen bij de beoordeling van de vraag of de advocaat zijn onderzoeksplicht heeft geschonden. Het ligt dan veeleer voor de hand om de vraag te stellen of er – ondanks de veronderstelde kennis van de cliënt – op de advocaat nog een waarschuwingsplicht rust. De Hoge Raad gaat hier verder niet expliciet op in.<sup>25</sup> Eventuele kennis aan de zijde van de cliënt zal uiteraard ook relevant zijn voor de vraag of er sprake is van een waarschuwingsplicht. Immers, het ligt niet voor de hand dat een advocaat zijn cliënt *zonder meer* moet waarschuwen voor risico's die de cliënt al kent. Aan de andere kant zal de advocaat zich waarschijnlijk niet altijd kunnen verschuilen achter het verweer 'dat zijn cliënt zelf het risico toch ook al wel kende of had moeten kennen'. Het is immers niet ondenkbaar dat een cliënt het betreffende risico of de gevolgen van het intreden ervan toch wat minder scherp op het netvlies heeft dan zijn advocaat veronderstelde of simpelweg dit risico (ten onrechte) onderschat. Dat maakt dat onder bepaalde omstandigheden van de advocaat toch zal kunnen worden verlangd dat hij zijn cliënt bepaalde risico's op het hart drukt.<sup>26</sup> Kortom, de beoordeling van de onderzoeks- en waarschuwingsplicht blijft zeer casuïstisch.<sup>27</sup>

Daarmee keren we weer terug naar het oordeel van de Hoge Raad. Hoewel er het nodige is aan te merken op de redenering van de Hoge Raad, kunnen we het uiteindelijke oordeel wel

plaatsen gelet op de (overige) feiten waar in cassatie van uit is gegaan, en dan met name ook de feitelijke waarschuwingen die de advocaat blijkt de overwegingen van de Hoge Raad wel degelijk heeft gegeven omtrent het feit dat er sprake was van restverontreiniging.

### 3 HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444

#### 3.1 Feitencomplex

Voor de ontwikkeling van een onroerendgoedcomplex met recreatiewoningen 'Bastion de Leede' was een commanditaire vennootschap (CV) opgericht. De beherend vennoot was een BV en de participanten zouden gaan optreden als commanditaire vennoten. Eind 2002 werd ten behoeve van de investering in de CV een prospectus uitgebracht. Om het project mogelijk te maken werd door de gemeente een bouwvergunning verleend op grond van het bestemmingsplan 'horeca'. Het prospectus bleek onjuistheden te bevatten: het bouwplan dat daarin werd omschreven, voldeed niet aan het bestemmingsplan. Daarom herriep de gemeente een aantal maanden later de bouwvergunning. Voor advies in verband met deze herroeping werd een advocaat ingeschakeld door de CV. In een daarop volgende bespreking vermeldde de advocaat dat de bouwvergunning terecht was ingetrokken. Hij concludeerde daarnaast dat het prospectus een onjuiste voorstelling van zaken gaf en dat het bouwplan in strijd was met het bestemmingsplan. Volgens de advocaat bestonden er vervolgens twee strategieën, zijnde:

- de stekker eruit trekken en diverse partijen aansprakelijk stellen; dan wel
- doorgaan, en binnen het bestemmingsplan ontwikkelen. Bij deze laatste optie waarschuwde de advocaat wel voor het risico dat de commanditaire vennoten en potentiële kopers de beherend vennoot aansprakelijk zouden stellen.

De advocaat adviseerde vervolgens aan de beherend vennoot om de aandacht af te leiden van de onjuistheden in het prospectus. Besloten werd om de commanditaire vennoten niet op de onjuistheden te wijzen en om – ondanks de door de advocaat ingeschatte geringe kans op succes – in bezwaar en beroep te gaan tegen de herroeping van de bouwvergunning. Op deze manier was de kans het kleinst dat de commanditaire vennoten de beherend vennoot aansprakelijk zouden stellen.

De advocaat heeft vervolgens namens de CV beroep ingesteld tegen het herroepingsbesluit. Dit bezwaar werd ongegrond verklaard. In de daaropvolgende periode werden meerdere bouwvragen gedaan. Pas als gevolg van een derde bouwvraag is in 2005 een bouwvergunning verleend. In 2007 is de bouw van het project aangevangen. Na het opzetten van het casco is de bouw gestaakt vanwege het faillissement van de aannemer. In 2009 heeft de CV het project verkocht. De commanditaire vennoten hebben uiteindelijk geen enkele betaling ontvangen: noch een terugbetaling van de inleg, noch enige uitkering van het verwachte rendement.

24. Vgl. concl. Langemeijer, overweging 2.16.

25. Mogelijk heeft de Hoge Raad in zijn uitspraak geen strikt onderscheid gemaakt tussen de onderzoeks- en waarschuwingsplicht vanwege het voornoemde feit dat deze twee zorgplichten in elkaars verlengde liggen.

26. Mocht in een specifiek geval worden geoordeeld dat de advocaat tekort is geschoten in de op hem rustende waarschuwingsplicht, dan komt vervolgens niet alleen nog de vraag op of sprake is van eigen schuld aan de zijde van de cliënt, maar ook of er causaal verband is tussen de schending van de waarschuwingsplicht en de gestelde schade. Dan staat immers nog niet vast dat een eventuele waarschuwing van de advocaat van invloed zou zijn geweest op de uiteindelijke beslissing van de cliënt.

27. Vgl. ook de wisselende rechtspraak over de vraag of een assurantietussenpersoon (nog) een zorgplicht heeft indien een bepaald risico kenbaar is voor de klant (bijv. omdat dit risico duidelijk volgt uit de voor de klant kenbare polisvoorwaarden). Zie hierover F. van der Woude, E.M. van Orsouw & J.S. Overes, *Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon*, AV&S 2017, afl. 1, p. 32-43.

Een deel van de commanditaire vennoten verenigde zich in een stichting. Deze stichting sloot tevens met de CV een overeenkomst, die kort gezegd inhield dat de CV haar eventuele vordering op het advocatenkantoor aan de stichting overdroeg. De stichting stelde vervolgens namens de CV en de commanditaire vennoten vorderingen in jegens het advocatenkantoor.

### 3.2 *Rechtbank*

De stichting vorderde van het advocatenkantoor een schadevergoeding ten aanzien van een contractuele tekortkoming jegens de CV en een schadevergoeding wegens een contractuele tekortkoming dan wel onrechtmatig handelen jegens de commanditaire vennoten.

De rechtbank wees de vordering wegens een tekortkoming van het advocatenkantoor jegens de commanditaire vennoten af, omdat het advocatenkantoor niet in een contractuele verhouding tot hen zou komen zijn te staan. Over de tekortkoming van het advocatenkantoor jegens de CV oordeelde de rechtbank dat het advocatenkantoor niet in strijd met de professionele standaard van een advocaat had geadviseerd, waardoor geen sprake was van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst van opdracht tussen de CV en het advocatenkantoor. De rechtbank oordeelde voorts dat de vordering uit onrechtmatige daad (jegens de commanditaire vennoten) niet kon worden toegewezen, omdat de commanditaire vennoten door het advocatenkantoor niet in een wezenlijk andere positie waren gebracht ten aanzien van hun keuze te blijven participeren in het project.

### 3.3 *Hof*

Het hof<sup>28</sup> bekrachtigde het vonnis van de rechtbank en besprak in dat kader apart de vordering van de CV en de vordering van de commanditaire vennoten (beide ingesteld door de stichting).

In het kader van de vordering van de CV stelde het hof voorop dat (alleen) de CV als opdrachtgever van het advocatenkantoor had te gelden. De CV werd daarbij rechtsgeldig vertegenwoordigd door de beherend vennoot. De advocaat heeft de beherend vennoot, en daarmee de CV, direct geïnformeerd over de fout in het prospectus. Het hof was van oordeel dat de CV van meet af aan correct en volledig door de advocaat is geïnformeerd over de mogelijkheden, de kansen en de risico's en op basis van die informatie tot een keuze kon komen. Het hof overwoog voorts dat een CV deelneemt aan het rechtsverkeer door haar beherend vennoot, en dat de commanditaire vennoten 'in feite slechts geldschietters zijn'. Gesprekspartner voor de advocaat was de beherend vennoot namens de CV. Eventuele (interne) verwijten van de commanditaire vennoten jegens de beherend vennoot gingen de advocaat als buitenstaander niet aan. De CV kon zich er jegens het advocatenkan-

toor achteraf dan ook niet op beroepen dat het onvoldoende acht had geslagen op haar belangen.

Wel achtte het hof op zichzelf denkbaar dat de belangen van de beherend vennoot en de CV zodanig uiteen kunnen gaan lopen dat van een advocaat, die voor de CV optreedt, maatregelen kunnen worden gevergd. Hier was in dit geval echter geen sprake van volgens het hof. Het advies was er namelijk op gericht om alsnog profijtelijke ontwikkeling van de aangekochte grond te bewerkstelligen. Daarmee mocht de advocaat in redelijkheid menen dat hij in het belang van zowel de beherend vennoot als de CV handelde. Hieruit volgde volgens het hof dat de advocaat bij de uitvoering van de opdracht van de CV niet in strijd heeft gehandeld met de voor een advocaat geldende professionele standaard.

Als reactie op de vordering van de commanditaire vennoten herhaalde het hof het oordeel dat de CV als enige opdrachtgever van de advocaat te gelden heeft, en daarbij rechtsgeldig vertegenwoordigd wordt door haar beherend vennoot. Het was dan ook de CV jegens wie de advocaat een zorgplicht had. In het kader van een eventuele onrechtmatige daad oordeelde het hof dat de zorgplicht zich onder omstandigheden kan uitstrekken tot derden, maar dat het hof de stichting niet volgde in haar betoog dat de advocaat zijn zorgplicht jegens de commanditaire vennoten als zodanige derden heeft geschonden. Deze zorgplicht kon volgens het hof namelijk niet zo ver gaan dat er in strijd met het belang van de eigen cliënt (de CV) aan derden (de commanditaire vennoten) geadviseerd moest worden. Het enkele feit dat de advisering de facto voor rekening van de commanditaire vennoten zou komen, maakte het voorgaande niet anders, aldus het hof. Daarbij achtte het hof mede van belang dat de – zelfverkozen – rechtsverhouding tussen de commanditaire vennoten en de CV zich kenmerkt door het volledig ontbreken van zeggenschap van de commanditaire vennoten. Het hof kwam tegen deze achtergrond tot het oordeel dat er geen sprake was van een onrechtmatige daad jegens de commanditaire vennoten.

### 3.4 *Hoge Raad*

De Hoge Raad vaart een andere koers en stelt daarbij voorop dat het belang van de CV bestaat uit de belangen van zowel de beherend als de commanditaire vennoten. Het is immers een samenwerkingsverband van personen, welk verband bestaat uit één of meer beherend vennoten en één of meer commanditaire vennoten. Dat de commanditaire vennoot geen daden van beheer mag verrichten en niet in de zaken van de vennootschap werkzaam mag zijn, staat er niet aan in de weg dat de vennootschapsovereenkomst de commanditaire vennoten bepaalde (interne) zeggenschapsrechten toekent, aldus de Hoge Raad. Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat die een CV adviseert, dient zich naar dit gezamenlijke belang te richten. Als voor een advocaat kenbaar is dat bij zijn advies aan een CV tegenstrijdige belangen van de vennoten betrokken zijn, dient hij bij zijn advisering met deze tegenstrijdigheid rekening te houden op een wijze die met de aard van

28. Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:635.

de CV in overeenstemming is. In dit geval bracht dat mee dat hij op de tegenstrijdigheid van belangen diende te wijzen en te adviseren hoe daarmee om te gaan. Onder omstandigheden kan deze gehoudenheid van de advocaat verder meebrengen dat hij zijn werkzaamheden voor de CV dient te beëindigen.

De Hoge Raad overweegt voorts dat het hof de wijze van advisering door de advocaat niet heeft beoordeeld aan de hand van deze maatstaf. Het hof had immers geoordeeld dat het tegenstrijdige belang een interne aangelegenheid van de CV is, die de advocaat als buitenstaander niet aangaat.

Volgens de Hoge Raad heeft het hof met betrekking tot de vordering van de participanten miskend dat het belang van de CV bestaat in het gezamenlijke belang van de beherend en de commanditaire vennoten. Voorts heeft het hof in dit kader uit het oog verloren dat de participanten commanditaire vennoten van de CV zijn en derhalve niet kunnen worden aangemerkt als (willekeurige) derden ten opzichte van de CV. Omdat de belangen van de participanten als commanditaire vennoten nauw zijn betrokken bij (het belang van) de CV, dient de advocaat van de CV mede op hun belangen acht te slaan en levert een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen uit de overeenkomst jegens de CV in beginsel tevens een onrechtmatige daad op jegens de participanten (vergelijk HR 24 september 2004<sup>29</sup> en HR 2 april 1982<sup>30</sup>).

Tot slot acht de Hoge Raad de klacht terecht dat de overweging van het hof dat alleen de CV als opdrachtgever van de advocaat heeft te gelden, onvoldoende is gemotiveerd in het licht van de gemotiveerde stelling van de stichting dat de advocaat mede heeft gehandeld in opdracht van de beherend vennoot (en ook in verband daarmee is tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens de CV dan wel onrechtmatig heeft gehandeld jegens de CV en de participanten omdat op voorhand duidelijk had moeten zijn dat de belangen van deze partijen uiteenliepen). Nu deze stelling zou kunnen leiden tot toewijzing van de vordering van de stichting, had het hof niet zonder nadere motivering daaraan voorbij mogen gaan.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding naar het Gerechtshof Den Haag.

### 3.5 Opmerkingen

Dit arrest is relevant voor beantwoording van de vraag wanneer sprake kan zijn van een (dreigend) belangenconflict. Belangenconflicten kunnen zich in meer situaties voordoen dan de (in dit onderwerp niet goed ingevoerde) advocaat mogelijk in eerste instantie op het oog zal hebben.

#### *Behartiging van belangen van twee of meer cliënten*

De meeste advocaten zullen gedragsregel 15 (*Gedragsregels 2018*) op hun netvlies hebben wanneer ze de vraag krijgen om

de (gezamenlijke) belangen van twee partijen te gaan behartigen. De advocaat zal in dat kader toetsen of er sprake is van tegenstrijdige belangen, dan wel of een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is. Als de advocaat meent dat het hem vrijstaat de belangen te behartigen, dan zal de advocaat zich alsnog moeten terugtrekken als zich op een later moment een ontwikkeling voordoet waardoor de belangen van zijn klanten alsnog uiteen gaan lopen. Verder verdient het uiteraard aanbeveling dat de advocaat, in gevallen waarin een belangenconflict tussen twee partijen die een gezamenlijke opdracht geven aan de advocaat op voorhand niet kan worden uitgesloten (maar ook weer niet dusdanig prominent is dat de advocaat de opdracht in zijn geheel moet weigeren), duidelijke afspraken maakt met partijen om te voorkomen dat de advocaat (onbewust) de belangen van een van de partijen uit het oog verliest (zoals heldere afspraken over (open) communicatie en de wijze waarop de advocaat zijn instructies krijgt) en mogelijk zelfs afspraken maakt over hoe om te gaan met situaties waarin tegenstrijdige belangen dreigen te ontstaan.

In dit verband maken we wederom graag een uitstapje. Dit keer naar rechtspraak over accountants. Uit een recente uitspraak van de Accountantskamer<sup>31</sup> volgt namelijk dat indien een accountant met een van de twee gezamenlijke opdrachtgevers een reeds lang bestaande relatie heeft, dit bij de andere opdrachtgever vanaf begin af aan duidelijk zal moeten zijn. Ook moet de accountant voldoende onderkennen wat de werkzaamheden inhouden en voorafgaand aan het aannemen van de opdracht beoordelen (1) of dat in strijd is met eventuele andere werkzaamheden voor een van de partijen, en (2) of het hem gelet op zijn positie vrijstaat om de opdracht in voldoende onafhankelijkheid uit te voeren. Het voorgaande geldt natuurlijk ook voor de advocaat. Hij mag het belang van de ene opdrachtgever immers in geen geval laten prevaleren boven het belang van de andere opdrachtgever.

#### *Belangen van (op het eerste oog) één cliënt*

Mogelijk zal in de dagelijkse praktijk echter minder goed op het netvlies staan dat gedragsregel 15 ook aan de orde kan zijn indien de advocaat wordt benaderd door één bepaalde partij. Uit dit arrest blijkt dat uit de aard van de CV volgt dat de advocaat bij de opdracht van een CV eigenlijk niet één belang (dat van de CV), maar meerdere belangen (van beherend en commanditaire vennoten) komt te dienen. Dit kan natuurlijk ook in andere situaties aan de orde zijn.

A-G Timmerman maakt in zijn conclusie<sup>32</sup> bij dit arrest een vergelijking met de kapitaalvennootschap, waarbij volgens de Hoge Raad<sup>33</sup> sprake kan zijn van tegenstrijdige belangen wanneer de bestuurder door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de vennootschap niet parallel lopend belang, wegens dit tegenstrijdig belang niet in staat moet worden geacht het belang van

29. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog).

30. HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, NJ 1983/367.

31. Accountantskamer 20 oktober 2017, 16/2657 Wtra AK.

32. ECLI:NL:PHR:2017:407, overwegingen 3.6 t/m 3.8.

33. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033.

de vennootschap te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Deze regel heeft effect op de zorgplicht die op advocaten rust. Indien een dergelijk tegenstrijdig belang aanwezig is, of er een aannemelijke kans is dat een dergelijk tegenstrijdig belang zal opkomen, zal de advocaat volgens de A-G 'passende maatregelen' moeten nemen (wij komen hierna terug op de vraag wat deze maatregelen dan in zouden kunnen houden).

*Rekening houden met de belangen van derden?*

Daarmee komen we op de vraag of een advocaat in sommige gevallen rekening heeft te houden met de belangen van wederpartijen of andere derden. Omdat een advocaat partijdig moet zijn, verschilt de positie van de advocaat in verhouding tot derden wezenlijk met die van bijvoorbeeld de accountant en de notaris. Dit betekent echter niet dat de advocaat in geen geval rekening dient te houden met de belangen van derden.

Van den Akker wijst erop dat op een advocaat een zorgplicht jegens een derde kan rusten indien de overeenkomst tussen de advocaat en cliënt het belang van die derde (mede) beoogt te dienen. Zij noemt als voorbeeld een advocaat die een echtscheidingsconvenant opstelt waarin ook vermogensaanspraken van de kinderen dienen te worden geregeld.<sup>34</sup>

En hoe zit het dan met de derde die de wederpartij is van de cliënt van de advocaat? Uitgangspunt is dat de advocaat geen zorgplicht heeft ten opzichte van de wederpartij van zijn cliënt. Maar er zijn uitzonderingen.

Van den Akker benoemt een aantal gevallen waarin er sprake zou kunnen zijn van een zorgplicht jegens de wederpartij,<sup>35</sup> zoals de situatie waarin de advocaat weet of behoort te weten van de onjuistheid of onvolledigheid van de door zijn cliënt verstrekte informatie,<sup>36</sup> de situatie waarbij de advocaat uit zijn rol treedt als spreekbuis van de cliënt (bijvoorbeeld bij een *third-party legal opinion*), de situatie waarbij de advocaat ten opzichte van de wederpartij een (veelal beperkte) taak op zich neemt,<sup>37</sup> en de situatie waarin sprake is van een ongerechtvaardigde

inbreuk op belangen van derden.<sup>38</sup> Verder is duidelijk dat een advocaat zich ten opzichte van de derde-wederpartij niet onnodig grievend mag uitlaten.<sup>39</sup>

Recent heeft A-G Wissink zich over de zorgplicht ten opzichte van de wederpartij uitgelaten in een zaak waarin een advocaat aansprakelijk was gesteld vanwege de wijze van procederen. De volgende overwegingen geven een aardig beeld van het toetsingskader waarbinnen een dergelijke vordering moet worden beoordeeld:<sup>40</sup>

'Eventuele aansprakelijkheid van de advocaat jegens de wederpartij van diens cliënt berust op art. 6:162 BW. Voorop staat dat de advocaat de belangen van diens cliënt dient te behartigen. Daarbij komt de advocaat veel beoordelingsruimte toe. Dat geldt ook voor zover de dienstverlening van de advocaat ziet op juridische procedures. Voorkomen dient te worden dat de vrijheid van de cliënt om rechtsmiddelen te kunnen inzetten (...) negatief zou worden beïnvloed door een aansprakelijkheidsrisico van de advocaat die zijn cliënt ter zake adviseert of bijstaat. (...) Dat de advocaat onzorgvuldig handelt jegens de wederpartij – ook indien niet tevens sprake is van tekortschieten jegens zijn cliënt – is echter niet geheel uitgesloten. (...) Het hof heeft bij de invulling van de door de advocaat jegens de wederpartij te betrachten zorgvuldigheid terecht rekening gehouden met de positie die de advocaat inneemt jegens zijn cliënt en de wederpartij. Het hof heeft de zorgvuldigheidsnorm aldus geconcretiseerd dat getoetst moet worden of de betreffende proceshandelingen, gelet op de evidente gegrondheid daarvan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij, achterwege had(den) behoren te blijven. Deze maatstaf verwijst naar de misbruiknorm van het arrest Duka/Achmea<sup>41</sup> (...) [een arrest over de vraag wanneer sprake kan zijn van misbruik van procesrecht of onrechtmatig procederen door een procespartij; EvO & LG]. Dat het hof zich heeft laten inspireren door deze rechtspraak is naar mijn mening terecht gezien de positie van de advocaat als behartiger van het partijbelang van de cliënt en, in verband daarmee, de parallelle overwegingen dat het wenselijk is om terughoudend te zijn met een veroordeling van een procespartij in de volledige proceskosten respectievelijk met een veroordeling van diens advocaat tot vergoeding van de proceskosten.'

Kortom, de drempel om tot aansprakelijkheid van een advocaat ten opzichte van een wederpartij te komen ligt hoog. De advocaat dient immers de belangen van zijn cliënt voorop te

34. E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 101 e.v.

35. Van den Akker 2001, p. 101 e.v.

36. Vgl. Hof Amsterdam 6 juni 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB9464.

37. Een voorbeeld daarvan lijkt Rb. Den Haag 2 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13199 te zijn. In deze zaak trad de advocaat in een echtscheiding op voor de man. Op een gegeven moment had de advocaat een gemeenschappelijk echtscheidingsverzoek ingediend. Volgens de advocaat nam dat niet weg dat hij uitsluitend als advocaat van de man was blijven optreden. De rechtbank oordeelde echter in de onderhavige omstandigheden dat de advocaat door het indienen van het gemeenschappelijke echtscheidingsverzoek ook een zorgplicht op zich had genomen jegens de vrouw (die hij volgens de rechtbank geschonden had).

38. Vgl. Rb. Groningen (pres.) 10 juni 1964, ECLI:NL:RBGRO:1964:AC1460, waarin onrechtmatig handelen van de advocaat niet werd aangenomen, nu niets was gebleken dat erop had kunnen wijzen dat de advocaat de belangen van eiser minder heeft ontzien dan nodig was voor de juiste behartiging van de belangen van zijn cliënten, en die belangen van die cliënten de rechter ook niet onrechtmatig voorkwamen.

39. Vgl. Rb. Rotterdam 14 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO0839.

40. ECLI:NL:PHR:2018:411, overwegingen 3.6.2 en 3.6.3.

41. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828.



stellen. Helemaal uitgesloten is de aansprakelijkheid jegens de wederpartij echter niet. Om tot aansprakelijkheid te komen zijn de specifieke omstandigheden van doorslaggevend belang.

*Hoe had de advocaat dan moeten handelen?*

Dan rest ons nog de vraag: wat was voor de advocaat in deze situatie de juiste handelwijze geweest? Volgens de Hoge Raad had de advocaat van de CV op de tegenstrijdigheid van de belangen moeten wijzen en moeten adviseren hoe daarmee om te gaan. Betekent dit dat de advocaat zich niet simpelweg zonder vermelding van reden had kunnen terugtrekken uit de zaak? Brengt de zorgplicht mee dat hij hoe dan ook eerst de commanditaire vennoten op de hoogte had moeten brengen van de fout in het prospectus? Dit zijn lastige dilemma's voor een advocaat, waarin het bijna onmogelijk is om het (voor iedereen) helemaal goed te doen. Wij zijn met de Hoge Raad van mening dat de advocaat in ieder geval had moeten aangeven dat er sprake was van een 'conflicterend belang'. Of hij daarbij aan de commanditaire vennoten had moeten melden waaruit dit conflicterend belang bestond, vinden we echter lastiger te bepalen. De advocaat moet handelen in het belang van zijn cliënt; dat was in dit geval de CV. Het wijzen op de fout in het prospectus zou uiteraard niet in het belang van de beherend vennoot zijn geweest (gelet op de dan dreigende aansprakelijkstelling), maar wil dit zeggen dat dit handelen tevens niet in het belang is van de cliënt (de CV)? Voor dat laatste is naar ons oordeel wel wat te zeggen. Dit, nu het belang van de CV volgens de Hoge Raad bestaat uit het gezamenlijke belang van de beherend vennoot en de commanditaire vennoten.

In dit geval komt daar mogelijk nog een complicatie bij. Door de stichting is in cassatie aangevoerd dat het hof ten onrechte niet is ingegaan op de vraag of de advocaat mede heeft gehandeld in opdracht van de beherend vennoot. Dan zou sprake zijn van twee cliënten: de CV én de beherend vennoot. De stichting is waarschijnlijk van mening dat reeds ten tijde van de opdracht of kort daarna duidelijk had moeten zijn dat de belangen van deze partijen uiteenliepen en de advocaat deze opdracht niet op deze wijze had mogen aanvaarden of zich direct na de vaststelling van het conflicterend belang had moeten terugtrekken. Nu de Hoge Raad oordeelt dat het hof inderdaad ten onrechte hierover niets heeft vastgesteld, ligt dit punt nog open in de procedure. Mocht inderdaad worden geoordeeld dat ook de beherend vennoot (separaat) opdrachtgever was van de advocaat, dan is dit naar ons oordeel een extra reden voor de stelling dat het de advocaat niet zonder meer vrijstond om jegens de commanditaire vennoten toe te lichten waaruit het conflicterend belang bestond. Dat zou immers schending van het beroepsgeheim betekenen. Als wij het goed zien, zou de advocaat in dat geval maar één mogelijkheid hebben gehad: het niet aanvaarden van de opdracht, althans het zonder inhoudelijke toelichting wijzen op een 'conflicterend belang' en daarna terugtrekken (mogelijk gepaard met het advies aan beide partijen om een eigen advocaat in de hand te nemen). Natuurlijk zouden de commanditaire vennoten ook in dat geval mogelijk gealarmeerd zijn (waarom zou een advo-

caat de opdracht weigeren of zich opeens terugtrekken?). Maar dát lijkt in deze situatie een onvermijdelijk gevolg van de ontstane situatie (de combinatie van de herroeping van de vergunning door de gemeente en de fout in het prospectus).

Duidelijk is dan ook dat het verschil kan uitmaken wie nu precies de opdrachtgever was. Wat dan indien niet (ook) de CV maar alleen de beherend vennoot de opdrachtgever was geweest (wat in deze casus dus niet zo was, althans in deze procedure niet feitelijk tot uitgangspunt is genomen)? Wat had de advocaat dan moeten doen? A-G Timmerman maakt in zijn conclusie bij dit arrest<sup>42</sup> eerst duidelijk wat dan van de beherend vennoot mag worden verwacht. Naar zijn oordeel behoort de beherend vennoot in geval van een (dreigend) tegenstrijdig belang volledige openheid te betrachten jegens de commanditaire vennoten. Vast staat in ieder geval dat de beherend vennoot een tegenstrijdig belang niet mag verzwijgen en vervolgens toch beherend vennoot mag blijven. Een advocaat die in die situatie door de beherend vennoot voor advies wordt aangezocht, zal zich terug moeten trekken indien de beherend vennoot niet handelt naar zijn advies om in voornoemde zin te handelen. Zijn geheimhoudingsplicht staat er dan echter in principe aan in de weg om de commanditaire vennoten daarvan op de hoogte te brengen.

#### 4 Conclusie

Met de twee arresten van de Hoge Raad is de zorgplicht van advocaten weer een stukje verder ingevuld.

Het arrest van 22 december 2017 is niet alleen van belang vanwege het feit dat hierin is bevestigd dat ook buiten de opdracht sprake kan zijn van een onderzoeks- en waarschuwingplicht, maar ook omdat daaruit volgt dat kenbaarheid van de risico's bij de cliënt deze zorgplichten kan begrenzen.

Het arrest van 22 september 2017 benadrukt nog eens dat een advocaat altijd voorafgaand aan het aannemen van de opdracht goed moet nadenken wie zijn opdrachtgever is, en ook dat hij gedurende de uitvoering van de opdracht steeds alert moet zijn op de vraag met welke belangen hij daarbij wel of niet rekening moet houden. Zoals volgt uit deze bijdrage is een groot aantal situaties denkbaar waarbij de advocaat alert moet zijn op tegenstrijdige belangen, zelfs in de situatie dat sprake lijkt van (op het oog) één opdrachtgever.

42. ECLI:NL:PHR:2017:407, overwegingen 3.6 t/m 3.8.