

# De aansprakelijkheid van advocaten jegens derden en cliënten

*Mr. P. H. Kramer\**

## 1 Inleiding

De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren de nodige arresten gewezen over de aansprakelijkheid van advocaten. Die gingen vrijwel steeds over de aansprakelijkheid van de advocaat jegens zijn (voormalig) cliënt, en dan regelmatig in het geval sprake was van advisering aan die cliënt. Begin dit jaar wees de Hoge Raad echter een arrest over de aansprakelijkheid van een advocaat jegens derden, in het bijzonder de schuldeisers van zijn cliënten. Het arrest van de Hoge Raad vormt daarmee een aanvulling op reeds bestaande jurisprudentie. Daarnaast is in deze zaak ook de aansprakelijkheid van de advocaat jegens zijn cliënten aan de orde in verband met het uitvoeren van specifieke werkzaamheden, waarbij de advocaat niet was gevraagd in brede zin te adviseren, al laat de Hoge Raad zich daarover niet inhoudelijk uit. Alle redenen dus om het arrest en de aansprakelijkheid van advocaten nader te bespreken.

## 2 HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61<sup>1</sup>

Een advocaat<sup>2</sup> heeft werkzaamheden verricht voor twee Belgische vennootschappen (hierna: C en D) die onderdeel uitmaakten van een internationaal concern. Tot dit concern behoorde ook de Zwitserse vennootschap H. C, D en H hadden dezelfde bestuurder. In 2005 hebben C en D het gebruiksrecht van een vliegtuig verkocht. De advocaat heeft daarbij geadviseerd over de vraag of het hun vrijstond dit recht te verkopen. Hoewel het in eerste instantie de bedoeling was dat de verkoopopbrengst aan C en D zou worden uitbetaald, is deze, mede op basis van een betalingsinstructie die de advocaat op instructie van C en D had opgesteld, aan H uitbetaald. H heeft de verkoopopbrengst niet aan C en D terugbetaald en is, net als C en D, failliet gegaan.

### 2.1 Rechtbank

Begin 2008 hebben de Belgische curatoren (in de faillissementen van C en D) hun vorderingen, althans die van C en D, wegens (onrechtmatige) advisering en begeleiding bij de verkoop van het vliegtuig, gecedeerd aan de Nederlandse curatoren van de gefailleerde Nederlandse vennootschappen van het concern. De (Nederlandse) curatoren spreken de advocaat

aan, zowel namens C en D als namens hun schuldeisers. In een tussenvonnissen stelt de rechtbank de curatoren in het gelijk, waarna de advocaat tussentijds hoger beroep instelt.

### 2.2 Gerechtshof

Het hof vernietigt het tussenvonnissen, houdt de zaak aan zich en wijst de vorderingen van de curatoren af.<sup>3</sup>

### *Aansprakelijkheid jegens cliënten<sup>4</sup>*

Het hof stelt voorop dat de vraag of een advocaat jegens een cliënt onrechtmatig heeft gehandeld of toerekenbaar tekort is geschoten, dient te worden beoordeeld aan de hand van de zorgvuldigheid die in de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaame en redelijk handelende advocaat mag worden verwacht. 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, 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.

Volgens het hof is niet gebleken dat de advocaat C en D heeft geadviseerd om de verkoopopbrengst naar H over te boeken. Het hof gaat er dan ook van uit dat de (concept)betalingsinstructie op instructie van zijn cliënten is opgesteld. Hun bestuurder heeft de definitieve volmacht met betalingsinstructies ook namens hen ondertekend en zij waren bevoegd tot verkoop van hun eigendomsrechten in het vliegtuig en tot het geven van de betalingsinstructie.

De advocaat hoefde zijn cliënten C en D dan ook niet te waarschuwen voor de risico's verbonden aan het overboeken naar de rekening van H. Het ging (bovendien) om een aan het concern gelieerde vennootschap met dezelfde bestuurder als C en

\* Mr. P.H. Kramer is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

1. Het feitencomplex is tamelijk ingewikkeld. Het volgende is dan ook een sterk vereenvoudigde weergave.  
2. In de procedure is naast de advocaat ook het advocatenkantoor waar hij werkzaam was aangesproken. Voor de leesbaarheid spreek ik enkel over 'de advocaat'.

3. In cassatie gaat het ook over de vraag of het hof de zaak aan zich had mogen houden en zelf af had mogen doen. Deze vragen worden door de Hoge Raad, in lijn met vaste jurisprudentie, bevestigend beantwoord, maar het gaat het bestek van dit artikel te buiten om daar dieper op in te gaan.

4. Omdat de Hoge Raad in zijn arrest niet inhoudelijk ingaat op de aansprakelijkheid van de advocaat jegens zijn cliënten C en D, bespreek ik het oordeel hierover van het hof uitvoeriger. Het oordeel van het hof over de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers behandel ik daarentegen weer wat korter.

D, terwijl C en D geacht worden zelf te hebben geweten dat zij door de overboeking niet meer direct over de restantverkoop-opbrengst zouden kunnen beschikken en dat zij hoogstens een vordering op H zouden verkrijgen. Dat zij dit wisten, blijkt volgens het hof ook uit de getuigenverklaring van hun bestuurder, die verklaarde dat C en D (na de betaling aan H) een vordering kregen op H.

De advocaat hoefde evenmin te onderzoeken wat de grondslag was voor de overboeking naar H. H was gelieerd aan de cliënten C en D en had dezelfde bestuurder. Dat openstaande declaraties van de advocaat uit de verkoopopbrengst zouden worden voldaan (de advocaat heeft betwist dat hij daaromtrent wetenschap had), maakte ook niet dat de advocaat onrechtmatig heeft geadviseerd of in die advisering toerekenbaar tekort is geschoten.

#### *Aansprakelijkheid jegens de schuldeisers*

Na enkele inleidende opmerkingen over de positie van de advocaat overweegt het hof dat een advocaat aansprakelijk kan worden gehouden jegens de schuldeisers van zijn cliënt indien hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de gewraakte handelingen of advisering zouden leiden tot benadeling van de (gezamenlijke) crediteuren van zijn cliënt. Daarvan is volgens het hof echter geen sprake geweest. Het hof vernietigt als gezegd het tussenvonnissen en doet de zaak zelf af, waarbij de vorderingen van de curatoren worden afgewezen.

#### 2.3 Conclusie A-G Vlas

A-G Vlas concludeert in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad tot verwerping van het cassatieberoep van de curatoren. Daarbij gaat hij onder andere in op het onderscheid tussen de zorgplicht in geval van advisering en in geval van het enkel uitvoeren van specifieke werkzaamheden, in dit geval het opstellen van de betalingsinstructie. Ook staat hij stil bij de bijzondere positie die de advocaat in het rechtsverkeer inneemt en zet hij deze af tegen de rol die de notaris daarin heeft. A-G Vlas overweegt in dat verband dat daar waar voor een notaris al slechts onder uitzonderlijke omstandigheden een zorgplicht jegens derden bestaat, er voor een advocaat nog minder snel aanleiding zal zijn voor een zorgplicht jegens derden.

#### 2.4 Hoge Raad

De curatoren stellen vervolgens cassatieberoep in. De Hoge Raad gaat in cassatie uitsluitend in op de aansprakelijkheid van de advocaat jegens de schuldeisers van C en D.<sup>5</sup>

#### *Aansprakelijkheid jegens de schuldeisers*

De Hoge Raad stelt voorop dat de advocaat de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt dient te behartigen en dat hij zich daarbij partijdig opstelt. Hij mag daarbij afgaan op de juistheid van de informatie die de cliënt hem verstrekt. Dit geeft de

advocaat evenwel geen vrijbrief. Hij moet uiteraard overeenkomstig de wet handelen en de belangenbehartiging alleen met rechtmatige middelen nastreven. Daarnaast moet hij onder omstandigheden rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van derden en dient hij daar zo nodig zijn dienstverlening op af te stemmen. Daarbij valt te denken aan het ontraden van een voorgenomen transactie of het waarschuwen van de cliënt voor de daaraan, in verband met de betrokken belangen van derden, verbonden risico's.

De Hoge Raad overweegt vervolgens:

'3.1.5 Toegespitst op een kwestie als in deze zaak aan de orde, brengt het voorgaande mee dat een advocaat bij zijn dienstverlening met betrekking tot een voorgenomen financiële transactie geen rekening hoeft te houden met mogelijke belangen van derden, tenzij hij uit de hem door de cliënt verschaftte gegevens of de overige omstandigheden van het geval redelijkerwijs behoort af te leiden dat zodanige, gerechtvaardigde, belangen door de van hem gevraagde dienstverlening op onaanvaardbare wijze kunnen worden geschaad.<sup>6</sup> Het antwoord op de vraag of een advocaat redelijkerwijs tot de conclusie moet komen dat zodanige situatie zich kan voordoen – hetgeen meebrengt dat hij dan onder omstandigheden nader onderzoek daarnaar zal moeten doen – is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De wetenschap dat de vennootschap waaraan de advocaat zijn diensten verleent, of de groep waarvan deze deel uitmaakt, financieel in zwaar weer verkeert, is daartoe op zichzelf niet voldoende, ook niet als de betrokken advocaat is gespecialiseerd in het insolventierecht. Tot de relevante omstandigheden behoort voorts ook de inhoud en reikwijdte van de opdracht aan de advocaat.'

Volgens de Hoge Raad heeft het hof bij het beoordelen van de aansprakelijkheid van de advocaat jegens de schuldeisers van C en D de juiste maatstaf aangehouden. Het hof heeft ook niet miskend dat het 'redelijkerwijs tot de conclusie moet komen' uit r.o. 3.1.5 onder omstandigheden kan meebrengen dat een advocaat met het oog op eventuele belangen van derden nader onderzoek dient te verrichten. Het hof heeft in dat verband onder ogen gezien dat de advocaat wist dat het financieel niet goed ging met het concern en dat hij redelijkerwijs moet hebben begrepen dat ook C en D hierdoor geraakt konden worden.

De Hoge Raad acht verder voldoende begrijpelijk de overweging van het hof dat dit de advocaat niet ervan behoefde te weerhouden de van hem verlangde medewerking te verlenen. Daarbij neemt hij onder meer in aanmerking dat niet is

5. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof over de aansprakelijkheid van de advocaat jegens de cliënten op grond van art. 81 Wet RO in stand, zie r.o. 3.3 van het arrest.

6. Deze maatstaf sluit overigens aan bij de in het tuchtrecht gehanteerde maatstaf. Vgl. HvD 13 januari 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:8. Al spreekt de Hoge Raad over 'de gerechtvaardigde belangen' van derden, terwijl het Hof van Discipline enkel spreekt over 'de belangen' van derden.

komen vast te staan dat de advisering door de advocaat mede betrekking had op de betaling van de verkoopopbrengst aan H en dat evenmin is komen vast te staan dat het handelen van de advocaat uit meer bestond dan het op verzoek van zijn cliënten opstellen en verzenden van de (nadere) betalingsinstructies. Bij gebreke van voldoende concrete aanwijzingen in die richting kan niet worden vastgesteld dat de advocaat wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de verkoopopbrengst zou verdwijnen en H geen verhaal zou bieden voor de vordering die C en D op H zouden verkrijgen.

De verder door de curatoren naar voren gebrachte argumenten maken dit volgens de Hoge Raad niet anders. Dat H in Zwitserland gevestigd was, de bestuurder van het concern in het verleden strafrechtelijk veroordeeld was en het concern financiële problemen kende, maakte niet dat de advocaat, zelfs als hij in insolventierecht is gespecialiseerd, wist of had moeten weten dat de belangen van de schuldeisers door het overboeken van de verkoopopbrengst zouden worden geschaad. Tegenover de overboeking verkregen C en D (immers) een vordering op H en voor de advocaat was niet voorzienbaar dat deze niet voldaan zou worden. Dat de declaraties van de advocaat uit de verkoopopbrengst zouden worden voldaan, maakte ook nog niet dat hij wist of had moeten weten dat de belangen van de schuldeisers zouden worden geschaad. Dat er bij de advocaat geen titel voor de overboeking bekend was, was niet relevant, nu op hem in de gegeven omstandigheden geen onderzoeksplicht rustte.<sup>7</sup>

Tegen deze achtergrond verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep van de curatoren.

### 3 Opmerkingen

Het arrest van de Hoge Raad vormt als gezegd een aanvulling op reeds bestaande jurisprudentie ter zake de aansprakelijkheid van advocaten jegens cliënten en derden.

#### 3.1 Aansprakelijkheid advocaat jegens cliënten

De norm die wordt gehanteerd bij het beoordelen of een advocaat jegens zijn cliënt aansprakelijk is, is of de advocaat de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.<sup>8</sup> Deze norm is een invulling van het begrip 'goed opdrachtnemer' uit art. 7:401 BW (in het kader van de overeenkomst van opdracht met de cliënt), maar geldt ook wanneer tussen de advocaat zelf en de cliënt geen opdrachtrelatie bestaat.<sup>9</sup>

Dit zijn open normen die ingevuld moeten worden. Wat precies van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht, hangt dan ook af van de omstandig-

heden van het geval. Gezichtspunten die hierbij een rol spelen, zijn onder meer (de aard van) de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer, de hoedanigheid van de opdrachtgever en de deskundigheid van de opdrachtgever.<sup>10</sup> Bovendien kan een advocaat ook een zorgplicht hebben buiten de aan hem verstrekte opdracht. Het behoort immers ook tot de taak van een advocaat dat hij zich niet beperkt tot de verrichtingen waarom zijn cliënt uitdrukkelijk vraagt, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak en zijn cliënt van belang is en daarnaar handelt.<sup>11</sup>

Hoewel de (lagere) rechtspraak een gevarieerd en casuïstisch beeld laat zien,<sup>12</sup> heeft de Hoge Raad zich (ook) in het (recentere) verleden wel uitgelaten over welke maatstaven er gelden in het geval er aan de advocaat een bepaalde opdracht is verleend. Het leek me aardig om het onderhavige arrest te plaatsen in die jurisprudentie.

#### *De advocaat die adviseert*

Uit het Juresta-arrest, dat vooral bekend is vanwege het oordeel over de (niet-)toepasselijkheid van de zogenaamde omkeringsregel, volgde reeds dat op een advocaat, indien hij zijn cliënt adviseert in het kader van een te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, de verplichting rust om zijn cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen.<sup>13</sup> In die kwestie ging het om het nalaten de cliënt te informeren over risico's van de tenuitvoerlegging van een vonnis dat in appel werd vernietigd.

10. Een ander gezichtspunt is of uit de opdracht aan de advocaat resultaat- of inspanningsverbintenissen voortvloeien. Wanneer de advocaat bijv. de opdracht krijgt om tijdig hoger beroep in te stellen of om een lopende verjaringsstermijn te bewaken en te stuiten, dan rust op hem in beginsel de verplichting om aan deze resultaatverbintenis te voldoen. Laat hij dit na, dan schendt hij deze resultaatverbintenis en handelt hij niet zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat betaamt. Geeft de cliënt de advocaat opdracht hem ergens over te adviseren of om voor hem een gerechtelijke procedure te voeren, dan vloeien daar voor de advocaat (vooral) inspanningsverbintenissen uit voort. Anders dan bij resultaatverbintenissen, is de vraag of de advocaat aan zijn inspanningsverbintenis heeft voldaan vaak lastig te beantwoorden. Zie ook A-G Van Peurse in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2013:2388) voorafgaand aan HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:216.
11. HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0303.
12. Zie bijv. S. van Zandvoort, Kroniek Beroepsaansprakelijkheid van de advocaat, AV&S 2020/10 en J.M.L. van Duin, T. Novakovski & C.B. Vreede, Wanneer is fout ook goed fout? Beroepsaansprakelijkheid van advocaten onder de loep, MvV 2012, afl. 9, p. 245-254.
13. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564. De Hoge Raad overwoog dat voor toepassing van de omkeringsregel geen plaats was, omdat niet was voldaan aan het vereiste dat is komen vast te staan dat sprake was geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. De op de advocaat rustende informatieverplichting strekte volgens de Hoge Raad niet ertoe de cliënt te beschermen tegen de risico's verbonden aan de te nemen beslissing, maar de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen. Het tekortschieten in de nakoming van deze informatieverplichting roept het risico in het leven dat de cliënt toestemming geeft die hij niet zou hebben gegeven indien hij goed geïnformeerd was, maar niet het risico dat zich in deze zaak heeft verwezenlijkt of dreigt te verwezenlijken, aldus de Hoge Raad.

7. De Hoge Raad loopt deze punten overigens niet expliciet af in het arrest. Hij sluit zich expliciet aan bij randnr. 2.18 van de conclusie van A-G Vlas, waarin deze punten wel expliciet worden besproken.

8. HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:2009:AC1103.

9. Bijv. omdat de cliënt alleen met het advocatenkantoor en niet met de afzonderlijke advocaat een overeenkomst van opdracht heeft gesloten, vgl. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745.

Daar voegde de Hoge Raad in zijn arrest van 29 mei 2015<sup>14</sup> aan toe dat bij de vraag of en in welke mate de advocaat de cliënt dient te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, onder meer betekenis kan 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. De vraag of op een advocaat een informatie- en/of waarschuwingsplicht rusten, wordt dus mede aan de hand van de zogenaamde Kelderluik-criteria beantwoord.<sup>15</sup>

In dat arrest had de advocaat zijn cliënten, de bestuurders van een vennootschap, geadviseerd over het aanvragen van het eigen faillissement. De vraag was of hij daarbij had moeten waarschuwen voor de risico's voor zijn cliënten van het doen van (selectieve) betalingen, terwijl het faillissement aanstaande was. Deze vraag werd bevestigend beantwoord, omdat het risico dat de bestuurders in privé aangesproken zouden worden voor de advocaat voorzienbaar behoorde te zijn en de bestuurders aannemelijk hadden gemaakt dat zij met dit risico niet bekend waren.

#### *De advocaat die procedeert*

In datzelfde arrest van 29 mei 2015 heeft de Hoge Raad aangegeven dat de advocaat, die namens zijn cliënt proceshandelingen verricht, zijn cliënt daarbij niet onnodig dient bloot te stellen aan voorzienbare en vermijdbare risico's. Het enkele feit dat een cliënt een procedure verliest, betekent uiteraard niet dat de advocaat *dus* aansprakelijk is.<sup>16</sup> Met de woorden 'niet onnodig' brengt de Hoge Raad tot uiting dat er voor de cliënt aan het voeren van procedures altijd risico's kleven en dat er een drempel geldt om tot aansprakelijkheid van de advocaat te komen.

De advocaat dient zich als gezegd zelfstandig een beeld te vormen van de zaak en te beoordelen wat voor de zaak en (daarmee) voor de cliënt van belang is. Dat brengt mee dat hij zijn cliënt ook bij een geringe kans op succes de keuze moet geven al dan niet om een bepaalde procedure of handeling te verzoeken.<sup>17</sup> Aan de andere kant hoeft hij hem niet in alle gevallen van een riskante proceshandeling af te houden.<sup>18</sup>

Wanneer komt aansprakelijkheid voor de advocaat dan in beeld? Uit de lagere rechtspraak volgt dat dit bijvoorbeeld het geval zal zijn wanneer hij namens zijn cliënt een bij voorbaat kansloze procedure start, omdat hij namens zijn cliënt een evident verjaarde vordering of een vordering tegen een evident onjuiste partij instelt.<sup>19</sup> De advocaat die een procedure voert waarin vreemd recht aan de orde is, van welk recht de advocaat

geen kennis heeft, stelt zijn cliënt ook onnodig bloot aan voorzienbare en vermijdbare risico's, aldus de rechtbank Zeeland-West-Brabant.<sup>20</sup> Dat gold volgens de rechtbank Noord-Holland ook voor de advocaat die in een echtscheidingsprocedure had nagelaten *expliciet* incidenteel appel in te stellen tegen een door de rechtbank vastgestelde partneralimentatie, waarna het hof deze in stand liet.<sup>21</sup> De advocaat die namens zijn cliënt een vordering instelt bij een onbevoegde rechtbank, waarna zijn cliënt niet-ontvankelijk wordt verklaard, heeft zijn cliënt ook onnodig blootgesteld aan voorzienbare en vermijdbare risico's, aldus de rechtbank Arnhem.<sup>22</sup>

#### *De advocaat die specifieke werkzaamheden verricht*

In het onderhavige geval ging het om een advocaat die door zijn cliënten niet was gevraagd om in algemene zin te adviseren, maar om specifieke werkzaamheden uit te voeren (het opstellen van de betalingsinstructie). Uit het arrest van het hof, dat door de Hoge Raad dus in stand is gelaten, lijkt te volgen dat deze beperkte opdracht gevolgen heeft, althans kan hebben, voor de zorgplicht van de advocaat.

Hoewel het hof eerst de maatstaf voor de adviserend advocaat aanhaalt, overweegt het hof namelijk uitdrukkelijk dat in dit geval, expliciet anders dan in het arrest van 29 mei 2015, juist *niet* is geadviseerd. Uit het arrest lijkt vervolgens te kunnen worden opgemaakt dat wanneer een advocaat *niet* is gevraagd om te adviseren over een te nemen beslissing, maar hij enkel specifieke werkzaamheden uitvoert, er voor de advocaat in beginsel ook geen verplichting bestaat om uit eigen beweging de aan de buiten zijn opdracht gelegen te nemen beslissing verbonden risico's te onderzoeken en zijn cliënten hiervoor te waarschuwen. Met andere woorden: hij hoeft daar niet actief naar op zoek te gaan.

Daarbij lijkt ten opzichte van de cliënt geen onderscheid te worden gemaakt tussen de 'gebruikelijke risico's' van een dergelijke transactie (zoals het beschikkings- en/of incassorisico van de cliënt) en eventuele 'verderstreckende risico's' (bijvoorbeeld aansprakelijkheid van de cliënten jegens derden, zoals eventuele schuldeisers). A-G Vlas schrijft hierover:

'De klacht [dat het hof heeft miskend dat de aan de overboeking verbonden risico's niet beperkt waren tot het risico (waarmee C en D bekend konden worden geacht) dat zij niet langer over de verkoopopbrengst zouden kunnen beschikken, maar veel verder strekten] miskent dat, ge-

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

15. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079.

16. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3144.

17. HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0303.

18. HR 8 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7040.

19. Hof's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4502.

20. Rb. Zeeland-West-Brabant 31 mei 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3463.

21. Daaraan deed volgens de rechtbank niet af dat de Hoge Raad het arrest van het hof vernietigde, omdat uit de inhoud van het verweerschrift (wel) incidentele grieven voortvloeiden, en de advocaat de kosten van de cassatieprocedure voor zijn rekening had genomen. Overigens is dit vonnis in hoger beroep vernietigd, omdat niet was gebleken dat er een causaal verband bestond tussen de gestelde fout en de door de cliënt gestelde geleden schade (Hof Amsterdam 31 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1025).

22. Rb. Arnhem 16 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:3449, waarin de cliënt van de advocaat in een kort geding niet-ontvankelijk was verklaard.

ven het feit dat [de advocaat] niet gevraagd [was] hierover te adviseren, niet gezegd kan worden dat [de advocaat] gehouden [was] deze risico's te onderzoeken en hiervoor te waarschuwen.<sup>23</sup>

Het risico dat met een bepaalde rechtshandeling de belangen van derden (onevenredig) worden geschaad, lijkt dan ook (vooral) relevant te zijn bij de beoordeling van de eventuele onrechtmatigheid van de advocaat jegens derden.

Bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht van de advocaat jegens de opdrachtgever vormt de aard van de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer aldus een belangrijk gezichtspunt, dat in dit geval de omvang van de zorgplicht beperkt.<sup>24</sup> Hoewel het in het onderhavige geval ging om het uitvoeren van specifieke werkzaamheden bestaande uit het opstellen van een betalingsinstructie in het kader van een door de cliënten te verrichten financiële transactie, zal de redenering dat er in beginsel geen onderzoeks- en informatie- en/of waarschuwingplicht bestaan indien de advocaat slechts specifieke werkzaamheden uitvoert en hem niet is gevraagd (in bredere zin) te adviseren, mijns inziens niet tot die gevallen beperkt hoeven te blijven.

Betekent dit dan dat er nooit jegens een cliënt een onderzoeks- en informatie- en/of waarschuwingplicht bestaan als een advocaat slechts specifieke werkzaamheden uitvoert? Dat gaat ook weer te ver. De zorgplicht van de advocaat kan immers meebrengen dat hij zich niet beperkt tot de verrichtingen waarom uitdrukkelijk is gevraagd. Indien aan de opgedragen specifieke werkzaamheden (in het oog springende) risico's kleven of daarbij ongebruikelijke risico's in beeld komen, dan kan het niettemin op de weg van de advocaat liggen om de cliënt daarover te informeren of daarvoor te waarschuwen, tenzij de cliënt daarvan reeds op de hoogte is of verwacht mag worden dat hij daarvan op de hoogte is. Daarbij lijken de hoedanigheid en deskundigheid van de opdrachtgever belangrijke gezichtspunten te zijn. In het onderhavige geval moesten C en D volgens het hof immers worden geacht zelf te hebben geweten dat zij door de overboeking niet meer direct over de restantverkoopopbrengst zouden kunnen beschikken (hetgeen zij feitelijk ook wisten). Bovendien hoefde de advocaat volgens het hof in relatie tot C en D niet te onderzoeken wat de grondslag was van de overboeking, nu zij en H dezelfde bestuurder hadden en tot hetzelfde concern behoorden.

23. Overweging 2.24, toevoegingen PK.

24. Dat is ook in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad; uit het arrest van 29 mei 2015 volgde immers reeds welke maatstaven er in het kader van de zorgplicht gehanteerd moeten worden wanneer er opdracht is gegeven om te adviseren of om proceshandelingen te verrichten. Het sluit bovendien aan bij de norm die de Hoge Raad in het onderhavige arrest geeft in het kader van de aansprakelijkheid van de advocaat jegens derden. Daarbij overweegt de Hoge Raad expliciet dat de inhoud en reikwijdte van de opdracht van de advocaat tot de relevante omstandigheden behoren.

Het arrest van het hof laat zien dat naarmate de aan de advocaat gegeven opdracht beperkter is, de lat hoger ligt om aan te nemen dat hij daarbuiten nog een zorgplicht had.

- HR 22 december 2017

Dat sluit ook aan bij het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2017.<sup>25</sup> In die zaak had een advocaat zijn (professionele) cliënten geadviseerd over de aankoop van een terrein waarop door de Staat (minimale) bodemsaneringswerkzaamheden waren verricht. De cliënten hadden geen advies gevraagd met betrekking tot de eventuele herontwikkeling en vervolgbestemming van het terrein. Nadat de cliënten het terrein hadden gekocht, stelden zij de advocaat aansprakelijk omdat er nog steeds sprake was van ernstige bodemverontreiniging. Dat er na de bodemsaneringswerkzaamheden nog aanzienlijke bodemverontreiniging zou kunnen zijn, bleek uit het zogenaamde Oranjewoud-rapport.

In rechte ging het om de vraag of de advocaat bij het ontbreken van een expliciet daartoe strekkende opdracht een onderzoek had moeten doen naar de omvang van de verontreiniging die na de sanering resteerde, zodat hij zijn cliënten kon adviseren over de daarmee samenhangende risico's. De rechtbank oordeelde van niet. Het hof oordeelde van wel. Daarbij betrof het hof expliciet dat de advocaat een gespecialiseerde vastgoedadvocaat was, die wist dat zijn cliënten geen 'open einde' aan de grondtransactie wilden hebben. Als gespecialiseerde vastgoedadvocaat had hij moeten aannemen dat de Staat de bodemsaneringswerkzaamheden had geëvalueerd en daar navraag naar moeten doen. Hij was dan op het spoor van het Oranjewoud-rapport gekomen en had zijn cliënten vervolgens kunnen informeren en/of waarschuwen, aldus het hof.

De Hoge Raad heeft het arrest van het hof echter vernietigd. De Hoge Raad gaat er in cassatie van uit dat de cliënten van de advocaat ten tijde van de koop van het terrein zelf beschikten over het Oranjewoud-rapport. Zij hadden zelf kunnen lezen dat er nog sprake was van ernstige restverontreiniging. Tegen die achtergrond valt volgens de Hoge Raad niet in te zien dat de advocaat, die overigens niet wist dat zijn cliënten over het rapport beschikten, nog onderzoek had moeten instellen naar de omvang van de verontreiniging of had moeten wijzen op daarmee samenhangende risico's.<sup>26</sup>

- Terughoudendheid aannemen zorgplicht wenselijk

Dat er in het onderhavige geval en het geval uit het arrest van 22 december 2017 geen zorgplicht buiten de opgedragen werkzaamheden bestond, is in mijn ogen terecht. Partijen, zeker indien zij voldoende professioneel en deskundig zijn, zijn primair verantwoordelijk voor de risico's van hun eigen zakelijk handelen. Die risico's kunnen niet (te snel) verschui-

25. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3260.

26. Zie voor een uitvoeriger bespreking van dit arrest E.M. van Orsouw & L.A. Godwaldt, Beroepsaansprakelijkheid advocaten: een update, MvV 2018, afl. 5, p. 155-159.



ven naar een advocaat die niet is gevraagd om (tegen betaling) te adviseren over die risico's, maar uitsluitend op instructie ondersteunende werkzaamheden heeft uitgevoerd. Dat zou er anders namelijk op neerkomen dat deze (professionele) partijen risicoloos kunnen ondernemen, zolang zij een advocaat hebben geïnstrueerd enkele (ondersteunende) werkzaamheden te verrichten. Immers, verwezenlijkt zich een aan de transactie verbonden risico, dan kunnen zij zich tot de betrokken advocaat (en diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar) wenden omdat hij (buiten de gegeven opdracht) onderzoek had moeten doen naar de aan de transactie verbonden risico's en hen daarover had moeten informeren c.q. daarvoor had moeten waarschuwen.

Terughoudendheid past temeer nu van (professionele) partijen mag worden verwacht dat zij, als zij de risico's van hun zakelijk handelen wensen te overzien, de advocaat opdracht geven hen te adviseren over de door hen beoogde rechtshandelingen. De advocaat zal hen dan in staat moeten stellen goed geïnformeerd te beslissen.<sup>27</sup> Kiest de (professionele) partij er uit oogpunt van kostenbesparing voor om geen advies te vragen, maar slechts specifieke werkzaamheden te laten uitvoeren, dan past het mijns inziens al helemaal (zeer) terughoudend te zijn met het aannemen van enige zorgplicht van de advocaat met betrekking tot aan de beoogde rechtshandeling verbonden risico's.<sup>28</sup>

Dat er niettemin situaties zijn waarin ook naast een beperkte opdracht (het enkel uitvoeren van instructies) een zorgplicht bestaat, sluit ik als gezegd zeker niet uit. Dat zal mijns inziens eerder het geval zijn naarmate de opdrachtgever ondeskundiger en de materie complexer is, terwijl de daarmee samenhangende risico's groter zijn en meer in het oog springen. Toch zal ook hier enige terughoudendheid passen bij het aannemen van een (vergaande) zorgplicht naast de verstrekte opdracht, zeker wanneer de cliënt uit kosten oogpunt een beperkte opdracht heeft gegeven.

### 3.2 Aansprakelijkheid advocaat jegens derden

Voor contractspartijen in het algemeen geldt dat zij onder omstandigheden ook rekening dienen te houden met de belangen van derden.<sup>29</sup> Dit geldt dus ook voor

beroepsbeoefenaren.<sup>30</sup> Al betekent dit niet dat op alle beroepsbeoefenaren eenzelfde zorgplicht jegens derden rust. In hoeverre een contractspartij rekening dient te houden met de belangen van derden, hangt namelijk onder andere af van de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken en of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was.<sup>31</sup> Bovendien moeten de belangen van de derde niet alleen kenbaar zijn, maar moet ook voorzienbaar zijn dat de derde schade zal lijden indien deze belangen niet zouden worden ontzien.<sup>32</sup>

Deze voor de omvang van de zorgplicht relevante feiten en omstandigheden komen ook terug in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin de zorgplicht jegens derden van andere beroepsbeoefenaren aan de orde is geweest. Ik noem kort enkele voorbeelden om het arrest van de Hoge Raad over de zorgplicht van de advocaat jegens derden in een context te kunnen plaatsen.

#### *De accountant*

Zo rust op de controlerend accountant een zorgplicht jegens derden, omdat hem een wettelijke taak is toebedeeld en hij bij de invulling daarvan wordt gezien als vertrouwenspersoon in het maatschappelijk verkeer, die daarmee een wezenlijk publiekelijk belang dient.<sup>33</sup> De onafhankelijke en onpartijdige positie en deskundigheid van de accountant waarborgen dat derden hun gedrag kunnen afstemmen op de informatie van de controlerend accountant. Zij moeten er bij het nemen of handhaven van hun (financiële) beslissingen op kunnen vertrouwen dat het gepresenteerde beeld niet misleidend is.<sup>34</sup>

Een zorgplicht jegens derden kan overigens ook buiten de wettelijke werkzaamheden bestaan. Zoals voor de accountant die een rapport opstelt waarvan hij kan voorzien dat derden, vanwege de positie die hij in het maatschappelijk verkeer inneemt, op de inhoud daarvan af zullen gaan en hun gedrag daardoor mede zullen laten bepalen.<sup>35</sup>

27. Al is de zorgplicht van de advocaat dan natuurlijk ook niet onbegrensd. Of en in welke mate de advocaat de cliënt dient te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, hangt immers af van 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 blij gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.

28. Al realiseer ik me dat het niet eenvoudig zal zijn om aan te tonen dat de opdrachtgever vanwege de kosten slechts een beperkte opdracht zal geven.

29. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 (Vleesmeesters/Alog); HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (Wierds/Visseren).

30. Zie P.H. Kramer, De zorgplicht van beroepsbeoefenaren jegens derden en de invloed van gebruiksbedingen en exoneraties in rapportages, MvV 2017, afl. 11, p. 315-324; E.A.L. van Emden & M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2014, p. 10-14; E.J.A.M. van den Akker, Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 85-118; A.T. Bolt & J. Spier, De uitdijende reikwijdte van aansprakelijkheidsrecht?, in: A.T. Bolt & J. Spier, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (Handelingen NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 1997, p. 152-158.

31. HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355.

32. D.T. Boks, Notariële aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2002, p. 115-118.

33. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528 m.nt. C.C. van Dam (Vie d'Or II), r.o. 5.4.1.

34. R. de Haan, Aansprakelijkheidsrisico's voor accountants vanwege de maatschappelijke functie van de jaarrekening, in: W. Dijkshoorn e.a. (red.), Waar gehakt wordt... Acht bijdragen over beroepsaansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 83-117, i.h.b. p. 98-99.

35. Vgl. HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2876.

### *De notaris*

Op de notaris rust, mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, een zorgplicht jegens derden met betrekking tot de juistheid en rechtsgeldigheid van de notariële akte. Zij moeten kunnen vertrouwen op de juistheid van de inhoud van de akte.<sup>36</sup>

Ook daarnaast kan op de notaris een zorgplicht jegens derden rusten. In dit verband zijn de ook door A-G Vlas aangehaalde<sup>37</sup> arresten van de Hoge Raad inzake de Tilburgse Hypotheekbank (THB) relevant.<sup>38</sup> Daarin stelden de curatoren van THB een notaris aansprakelijk die meewerkte aan bepaalde onroerendgoedtransacties die uiteindelijk het faillissement van THB meebrachten. Het hof stelde voorop dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem óók verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden die mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen. Vervolgens oordeelde het hof dat de notaris slechts aansprakelijk was wanneer hij, gezien de hem bekende gegevens, wist of had moeten weten dat zijn medewerking aan de onroerendgoedtransacties ernstig gevaar voor de insolventie van THB zou meebrengen. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand, en voegde eraan toe dat het hof met dit criterium terecht tot uitdrukking bracht dat een notaris slechts onder uitzonderlijke omstandigheden een zorgplicht heeft jegens derden.<sup>39</sup>

### *De advocaat*

Dat ook een advocaat bij zijn dienstverlening onder omstandigheden rekening dient te houden met de belangen van derden, is op zichzelf niet nieuw. Van den Akker benoemde reeds in 2001 een aantal gevallen waarin er sprake zou kunnen zijn van een zorgplicht jegens derden.<sup>40</sup> Het gebeurt echter niet (erg) vaak dat het tot een civiele aansprakelijkheidsprocedure komt tussen een advocaat en een derde. De meeste geschillen tussen advocaten en derden, veelal tegenpartijen van de cliënt van de advocaat, behoren tot het domein van de tuchtrechter.<sup>41</sup> Het gaat daarbij dan vaak over de vraag of de advocaat in kwestie zich onnodig grievend zou hebben uitgelaten over of

jegens de tegenpartij.<sup>42</sup> Gevallen dus waar, zelfs bij gegrondverklaring van de klacht, niet snel een civielrechtelijk beroepsaansprakelijkheidsrisico aan kleeft.

Dat de Hoge Raad zich (inhoudelijk) uitlaat over de aansprakelijkheid van een advocaat jegens derden, is dan ook een zeldzaamheid. Een aantal jaar geleden heeft de Hoge Raad weliswaar geoordeeld dat een advocaat die een C.V. adviseert zich bij zijn dienstverlening ook de (mogelijk) tegenstrijdige belangen van de participanten/vennoten in de C.V. heeft aan te trekken,<sup>43</sup> maar die zijn bezwaarlijk als (zuivere) derden aan te merken, zoals de wederpartij of eventuele schuldeisers van een cliënt dat zijn.<sup>44</sup>

- Positie in het rechtsverkeer noopt tot terughoudendheid bij aannemen zorgplicht

Dat voor accountants en notarissen een zorgplicht jegens derden kan bestaan, hangt, zo volgt uit de genoemde jurisprudentie, in belangrijke mate samen met de bijzondere positie die zij in het rechtsverkeer innemen.<sup>45</sup> Zij dienen met hun werkzaamheden het algemeen of maatschappelijk belang en zijn onpartijdig. De advocaat neemt echter een andere positie in.

De Hoge Raad stelt, verwijzend naar de voor advocaten geldende wet- en regelgeving, dan ook voorop dat een advocaat de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt dient te behartigen en dat hij zich daarbij partijdig opstelt.<sup>46</sup> Daarbij mag de advocaat bovendien afgaan op de juistheid van de hem door de cliënt verstrekte gegevens, zolang in redelijkheid aanwijzingen van het tegendeel ontbreken.<sup>47</sup> Bovendien is een advocaat tot geheimhouding verplicht.<sup>48</sup>

De (bijzondere) positie die de advocaat in het rechtsverkeer inneemt, noopt tot terughoudendheid bij het aannemen van een zorgplicht jegens derden. Een advocaat moet, als partijdig dienstverlener, niet snel aansprakelijk zijn voor handelingen die hij in opdracht verricht, anders zou hij zijn rol als belangenbehartiger niet goed kunnen vervullen.<sup>49</sup> A-G Vlas heeft in zijn conclusie dan ook terecht opgemerkt dat voor een advocaat, daar waar voor de notaris al slechts onder uitzonderlijke omstandigheden een zorgplicht jegens derden bestaat (vgl. de

36. HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0198, NJ 2003/325.

37. ECLI:NL:PHR:2019:867, randnr. 2.7.

38. HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627; HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628; HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1801, NJ 1996/629.

39. Boks merkt terecht op dat uit de THB-arresten in elk geval niet zonder meer volgt dat de notaris onder alle omstandigheden rekening moet houden met de belangen van crediteuren van contractspartijen, Boks 2002, p. 118.

40. Van den Akker 2000, p. 101 e.v. Zij noemt daarbij de situatie waarin de advocaat weet of behoort te weten van de onjuistheid of onvolledigheid van de door zijn cliënt verstrekte informatie, de situatie waarin de advocaat uit zijn rol treedt als spreekbuis van de cliënt (bijv. bij een *third-party legal opinion*), de situatie waarin de advocaat ten opzichte van de wederpartij een (veelal beperkte) taak op zich neemt, of de situatie waarin sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk op de belangen van derden.

41. Zo zijn er op [www.tuchtrecht.nl](http://www.tuchtrecht.nl) over de periode tussen oktober 2009 en april 2020 al 4099 tuchtuitspraken gepubliceerd in de categorie: 'Wat een behoorlijk advocaat betaamt t.o.v. de wederpartij'.

42. Vgl. HvD 6 april 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:86 en HvD 7 februari 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:77.

43. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444.

44. Het begrip 'derden' heeft weliswaar geen vastomlijnde juridische betekenis, maar in de literatuur worden, met hier en daar enkele nuanceringen, als derden aangemerkt zij die niet partij zijn geweest bij het sluiten van de overeenkomst. Vgl. C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 1999, p. 46; Van den Akker 2001, p. 1.

45. Dit is overigens niet beperkt tot beroepsbeoefenaren. Ook op banken kan, vanwege hun bijzondere positie in het rechtsverkeer, een zorgplicht jegens derden rusten. Vgl. HR 23 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:AU3713.

46. Art. 10a lid 1 onder b Advocatenwet.

47. Art. 7.2 lid 1 Verordening op de Advocatuur.

48. Art. 10a lid 1 onder e Advocatenwet.

49. Vgl. A-G Wissink in zijn conclusie, ECLI:NL:PHR:2018:411, overwegingen 3.6.2 en 3.6.3, voorafgaand aan HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1101.

THB-arresten), nog minder snel aanleiding zal zijn voor een zorgplicht jegens derden.<sup>50</sup>

- Kenbaarheids-, voorzienbaarheids- en onaanvaardbaarheidsvereiste

De partijdige belangenbehartiging van een advocaat is uiteraard niet onbegrensd. De overwegingen van de Hoge Raad dat een advocaat in ieder geval dient te handelen overeenkomstig de wet<sup>51</sup> en dat de belangenbehartiging van cliënten dan ook alleen met rechtmatige middelen mag worden nagestreefd, zullen op zichzelf weinig verbazing oproepen. Daarnaast dient een advocaat bij zijn dienstverlening dus onder omstandigheden rekening te houden met de belangen van derden.

De Hoge Raad werpt echter een aantal drempels op voordat voor een advocaat een zorgplicht jegens derden zal ontstaan. Zo geeft hij als uitgangspunt dat de advocaat bij zijn dienstverlening met betrekking tot een voorgenomen financiële transactie *géén* rekening hoeft te houden met de belangen van derden, *tenzij* ... Daarmee wordt nog eens de terughoudendheid benadrukt die, gelet op de positie die de advocaat in het rechtsverkeer inneemt, moet worden betracht bij het aannemen van een zorgplicht jegens derden.

Daarnaast moet er sprake zijn van de advocaat 'bekende of redelijkerwijs kenbare belangen' (het kenbaarheidsvereiste). Dit is begrijpelijk, omdat men geen rekening hoeft te houden met belangen waarmee men niet bekend is.<sup>52</sup> Het betekent overigens niet dat het steeds eenvoudig zal zijn om vast te stellen of voor de advocaat destijds – het gaat immers om een *ex tunc*-beoordeling – op voorhand belangen van bepaalde derden 'redelijkerwijs kenbaar' behoorden te zijn. Daarbij geldt dat een advocaat niet bedacht hoeft te zijn op alle mogelijkerwijs betrokken belangen van derden. Naarmate de belangen van derden verder verwijderd zijn van het (voorgenomen) handelen of nalaten, zal minder snel voldaan zijn aan het kenbaarheidsvereiste.<sup>53</sup> Bovendien moet voorzienbaar zijn dat de kenbare belangen door het (voorgenomen) handelen of nalaten geschaad zouden kunnen worden (het voorzienbaarheidsvereiste).<sup>54</sup> Het enkele feit dat uit een

handelen van een cliënt benadeling van derden kan plaatsvinden, is onvoldoende.

Verder moet sprake zijn van 'gerechtvaardigde' belangen van derden. Hoewel ook dit op zichzelf begrijpelijk is, omdat alleen met dergelijke belangen rekening hoeft te worden gehouden, zal de vraag of het belang van de derde 'gerechtvaardigd' is in de praktijk om een niet altijd eenvoudig te maken afweging of inschatting van de advocaat vragen. Het zal bovendien vaak om (conflict)situaties gaan waarin de cliënt en de derde een tegengesteld belang hebben.

Tot slot dient de benadeling – zo benadrukt de Hoge Raad – 'onaanvaardbaar' te zijn (het onaanvaardbaarheidsvereiste). Eerst dan komt een advocaat in de gevarenzone. Een zorgplicht lijkt dan ook pas te kunnen ontstaan indien de belangschending, afwegend tegen het belang van de eigen cliënt, zo ernstig is en de gevolgen daarvan zo groot zijn dat zij onaanvaardbaar is. Daarbij zal ook relevant zijn of het belang van de eigen cliënt gerechtvaardigd is. De tuchtrechtelijke maatstaf bepaalt in dit verband wel treffend dat de advocaat moet voorkomen dat hij 'bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij onnodig of onevenredig schaadt, zonder dat daarmee een redelijk doel wordt gediend'.<sup>55</sup>

Met het vereiste dat de benadeling 'onaanvaardbaar' moet zijn, brengt de Hoge Raad mijns inziens tot uiting dat er terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van een zorgplicht van de advocaat jegens derden. Het zal als gezegd vaak om een (conflict)situatie gaan waarin het behartigen van het belang van de cliënt dat de advocaat dient, per definitie strijdig is met het belang van de derde.

- Onderzoeksplicht

Bij het voorgaande geldt dat de advocaat de vraag of gerechtvaardigde belangen van derden door zijn dienstverlening zullen worden geschaad, beantwoord dient te worden op basis van de hem verschaftte gegevens of de overige omstandigheden van het geval. Daarbij mag hij, tot hij redelijkerwijs anders behoort te weten, afgaan op de juistheid van de hem verstrekte informatie. Hij heeft in dat verband dus niet zonder meer een onderzoeksplicht. Valt uit de verstrekte gegevens of overige omstandigheden niet redelijkerwijs af te leiden dat er sprake zal zijn van een onaanvaardbare belangschending, dan ontstaat er ook geen zorgplicht.

55. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke maatstaf gelijk zijn of dat schending van de tuchtrechtelijke maatstaf leidt tot het aannemen van een civielrechtelijke onrechtmatige daad. De vaste jurisprudentie van de Hoge Raad bepaalt immers dat 'aan het oordeel van de tuchtrechter dat is gehandeld in strijd met de voor het desbetreffende beroep geldende normen en regels, niet zonder meer de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de betrokkene civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm. Indien de rechter afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter, dient hij zijn oordeel zodanig te motiveren dat het, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is.' Vgl. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452.

50. Overwegingen 2.7 en 2.8.

51. De advocaat dient zich niet alleen zelf te houden aan de wet, maar dient bijv. ook te voorkomen dat hij zijn medewerking verleent aan handelingen waarvan in redelijkheid aanwijzingen bestaan dat deze dienen tot de voorbereiding, ondersteuning of afscherming van onwettige activiteiten (vgl. art. 7.3 Verordening op de Advocatuur). Overigens zal niet altijd even eenvoudig zijn in te schatten of sprake is van onwettige activiteiten.

52. Vgl. HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, NJ 1984/536 m.nt. W.C.L. van der Grinten; HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0485, NJ 2013/46. Zie Van Emden & De Haan 2014, p. 13; Van den Akker 2001, p. 32; Boks 2002, p. 115 e.v.

53. Vgl. Boks 2002, p. 117.

54. Het voorzienbaarheidsvereiste valt voor een groot deel samen met het kenbaarheidsvereiste. Het verschil tussen beide elementen zit echter daarin dat de kenbaarheid zich richt op een bepaald belang en op degene die zich dat belang aantrekt, terwijl de voorzienbaarheid betrekking heeft op het gevolg van een gedraging (de schade), Boks 2002, p. 116-117.



Een onderzoeksplicht ontstaat pas indien de advocaat – op basis van de verstrekte gegevens of omstandigheden – tot de conclusie moet komen dat een situatie waarin door zijn dienstverlening de gerechtvaardigde belangen van derden op onaanvaardbare wijze geschonden kunnen worden, zich *kan* voordoen.

Zoals Tjong Tjin Tai ook terecht opmerkt, is voor de onderhavige zaak van belang dat het ging om ondernemingen binnen een groep.<sup>56</sup> Er kunnen volgens hem verschillende legitieme redenen zijn om gelden over te boeken, bijvoorbeeld om een tijdelijk liquiditeitstekort goedkoop op te vangen als bekend is dat de ontvangende onderneming binnen afzienbare tijd een contract zal sluiten waaruit weer inkomsten kunnen voortvloeien, of deze onderneming juist liquiditeit nodig heeft om een toekomstige winstgevendende transactie te realiseren. Hoewel het volgens hem algemeen bekend is dat bestuurders niet altijd voldoende het vennootschappelijk belang voor ogen hebben, is het de vraag of adviseurs en andere hulppersonen als advocaten verplicht zijn om de nadelige gevolgen van het bestuurlijk handelen tegen te gaan. Zij zijn immers niet goed gepositioneerd om te kunnen onderscheiden tussen handelen met bedrieglijke bedoeling en riskante maar zakelijk verdedigbare transacties.

Tegen deze achtergrond is mijns inziens begrijpelijk de overweging van de Hoge Raad dat voor het ontstaan van de onderzoeksplicht op zichzelf onvoldoende was de wetenschap dat de vennootschap waaraan de advocaat zijn diensten verleent, of de groep waarvan deze deel uitmaakt, financieel in zwaar weer verkeert, ook als de betrokken advocaat is gespecialiseerd in het insolventierecht.

- Invloed specialisatie

Deze zinsnede ‘ook als de betrokken advocaat is gespecialiseerd in het insolventierecht’ raakt overigens een punt dat in de praktijk regelmatig opkomt: de mogelijke invloed van een specialisatie op de zorgplicht van een advocaat. In de literatuur en lagere jurisprudentie lijkt te worden aangenomen dat hoe meer de beroepsbeoefenaar zichzelf als (specialistisch) deskundige profileert, hoe hoger de eisen zijn die aan zijn bekwaamheid mogen worden gesteld.<sup>57</sup> Dit is ook terug te zien in de tuchtrechtelijke jurisprudentie.<sup>58</sup> Dat zou kunnen suggereren dat van de gespecialiseerde advocaat ook meer mag worden verwacht, althans dat voor hem eerder een zorgplicht ontstaat, ook jegens een derde.

De Hoge Raad lijkt blijkens het onderhavige arrest echter terughoudend te zijn om van de specialisatie van een advocaat een zelfstandige factor te maken (hij overweegt immers expliciet: ‘ook niet als de betrokken advocaat is gespecialiseerd in

het insolventierecht’). Deze terughoudendheid lijkt ook aan te sluiten bij het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 22 december 2017, al sprak de Hoge Raad zich daarin niet zo duidelijk uit.<sup>59</sup> In die kwestie had het hof bij het aannemen van aansprakelijkheid de lat hoog gelegd vanwege het feit dat het om een gespecialiseerde vastgoedadvocaat ging. Ook A-G Langemeijer hechtte veel waarde aan de specialisatie van de advocaat.<sup>60</sup> De Hoge Raad nam deze – vanwege de specialisatie hoog gelegde – lat echter niet over en oordeelde dat op de advocaat geen onderzoeksplicht rustte.

- Relevantie inhoud en reikwijdte opdracht

De Hoge Raad overweegt dat voor het ontstaan van een onderzoeksplicht ook relevant zijn de inhoud en de reikwijdte van de verstrekte opdracht. In het onderhavige geval waren de werkzaamheden van de advocaat, het opstellen en doorgeven van een betalingsinstructie, slechts ondersteunend en niet essentieel. Deze werkzaamheden kan en mag iedereen bovendien doen. Daar is geen advocaat voor nodig.

Deze expliciete overweging van de Hoge Raad doet de vraag opkomen of een verderstrekkende opdracht aan de advocaat, bijvoorbeeld als hem was gevraagd om te adviseren over de overboeking, tot een andere uitkomst had geleid. Hoewel ik de kans daarop niet uitsluit, weet ik ook niet zeker of dat per definitie zo zou zijn geweest. Weliswaar zou de advocaat in het kader van zijn advisering (meer) onderzoek willen c.q. moeten doen naar de achtergrond van de overboeking, teneinde de daaraan klevende risico’s in kaart te brengen, maar ook dan mag hij in beginsel uitgaan van de juistheid van de hem aangeleverde informatie. Zolang die informatie geen vermoeden doet (of moet doen) ontstaan dat zijn dienstverlening de gerechtvaardigde belangen van derden op onaanvaardbare wijze zal schenden, ontstaat er geen onderzoeksplicht.

Dat de maatstaf voor de zorgplicht van de advocaat jegens derden ingekleurd wordt door de aan de advocaat gegeven opdracht, volgt ook uit een vrij recent arrest van de Hoge Raad, waarin een advocaat door de wederpartij van zijn cliënt was aangesproken vanwege *de wijze van procederen*.<sup>61</sup> De Hoge Raad liet met een art. 81 Wet RO-arrest het arrest van het hof in stand, waarin was overwogen dat voordat een advocaat aansprakelijk is voor door hem verrichte onrechtmatige proceshandelingen, er sprake dient te zijn van bijzondere omstandigheden en er ten minste sprake dient te zijn van een door die advocaat begane grove fout. Getoetst moet worden of de betreffende proceshandeling(en), gelet op de evidente ongegrondheid daarvan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij, achterwege had(den) behoren te blijven. Deze zware maatstaf diende volgens het hof alleen al te worden gehanteerd omdat een lichtere maatstaf voor aansprakelijkheid zou kunnen verhinderen dat een advocaat rechtsbijstand

56. Zie zijn noot bij dit arrest in NJ 2020/137.

57. Van Emden & De Haan 2014, p. 25 en de daar in voetnoot 10 aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

58. Vgl. RvD Arnhem-Leeuwarden 16 maart 2020, ECLI:NL:TADRARL:2020:87.

59. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3260.

60. Zie zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2017:1088, randnr. 2.17.

61. HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1101.

verleent in een voor een rechtshulpverzoeker (zeer) risicovolle zaak.<sup>62</sup> A-G Wissink gaf in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad aan zich in dit toetsingskader te kunnen vinden.<sup>63</sup>

Overigens werd in dit geval wel aansprakelijkheid van de advocaat aangenomen. De advocaat had voor een (evident) niet-bestaande vordering beslag laten leggen onder de Sociale Verzekeringsbank (SVB), waardoor de SVB was genoodzaakt om bij kort geding opheffing daarvan te vorderen, welke vordering is toegewezen. Daarnaast had de advocaat, terwijl inmiddels duidelijk was dat zijn cliënt geen recht had op betaling van een gepretendeerde vordering, daartoe toch een vordering tegen de SVB ingesteld. Deze twee handelingen kwalificeerden volgens het hof als zodanig grove fouten dat de advocaat jegens de SVB aansprakelijk is voor de schade die zij hierdoor had geleden, bestaande uit de kosten van rechtsbijstand en de proceskosten.

- Door advocaat te treffen maatregelen

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat een advocaat die (redelijkerwijs) weet dat de gerechtvaardigde belangen van derden door een (voorgenomen) handelen op onaanvaardbare wijze zouden kunnen worden geschaad, zijn dienstverlening aan de cliënt daarop dient af te stemmen. Daarbij valt volgens de Hoge Raad te denken aan het ontraden van een voorgenomen transactie of het waarschuwen van de cliënt voor de daaraan, in verband met de betrokken belangen van derden, verbonden risico's.

Hoewel de Hoge Raad duidelijk geen limitatieve opsomming geeft, valt wel op dat hij niet expliciet noemt dat de advocaat zich dient terug te trekken. Tjong Tjin Tai merkt dan ook op dat het daarmee vooralsnog onduidelijk is of een advocaat verplicht is zijn medewerking te weigeren wanneer hij weet of kan weten dat sprake is van wegsluizen van geld.<sup>64</sup> Indien met 'wegsluizen van geld' wordt bedoeld een bewuste handeling met het (onrechtmatige) oogmerk om derden te benadelen, dan lijkt het mij toch dat een advocaat zich dient terug te trekken, indien zijn cliënt na te zijn gewaarschuwd niet van gedachten is veranderd. De advocaat dient immers te voorkomen dat hij zijn medewerking verleent aan handelingen waarvan in redelijkheid aanwijzingen bestaan dat deze dienen tot de voorbereiding, ondersteuning of afscherming van onwettige activiteiten.

De verplichting om zich te onttrekken, speelde overigens wel bij het hof. Het was de advocaat namelijk gebleken dat zijn cliënt tijdens een bespreking met de curatoren (dit was dus na de betalingsomleiding en nadat C en D failliet waren verklaard) onjuiste mededelingen deed over (de mogelijkheid van terugbetaling van) de aan H gedane betaling. Op dat moment, zo oordeelde het hof, had de advocaat zich in principe moeten onthouden van verdere dienstverlening. De advocaat had

echter bevestigd dat hij zich na de bespreking had teruggetrokken. Dit is in cassatie geen onderwerp van geschil geweest.

Dat de Hoge Raad in dat verband niet noemt het eventueel waarschuwen van derden, is begrijpelijk. Op de advocaat rust immers een geheimhoudingsplicht, welke plicht tot de kernwaarden van de advocatuur behoort. Doorbreking daarvan door de advocaat kan slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan de orde komen.<sup>65</sup> Het is eveneens begrijpelijk dat de Hoge Raad niet noemt dat de advocaat zijn cliënt moet weerhouden van het verrichten van de transactie. Nog los van het feit dat een advocaat doorgaans helemaal niet in de positie verkeert om de cliënt tegen te houden,<sup>66</sup> rust op de cliënt die de transactie ondanks de gegeven waarschuwing toch wenst te verrichten ook gewoon een eigen verantwoordelijkheid.

Hoewel dat het bestek van dit artikel te buiten gaat, zal voor de derde die de advocaat aanspreekt de hobbel van het causaal verband ook niet steeds eenvoudig te nemen zijn. Hij zal moeten stellen en bewijzen hoe de cliënt had gereageerd indien de advocaat de transactie wel zou hebben ontraden of daarvoor zou hebben gewaarschuwd. Daarbij zullen de moraliteit van de opdrachtgever en het oogmerk van de transactie ook een belangrijke en wellicht doorslaggevende rol spelen.<sup>67</sup> Het zal daarbij voor de derde, naarmate hij – in het kader van de zorgplicht van de advocaat – meer naar voren brengt over het (onrechtmatige) oogmerk van de door de cliënt verrichte transactie, lastiger zijn om – in het kader van het causaal verband – te betogen dat die opdrachtgever zich had laten tegenhouden door het ontraden of waarschuwen door de advocaat of door diens terugtrekken.

#### 4 Conclusie

Hoewel ook een advocaat onder omstandigheden rekening heeft te houden met de belangen van derden, zal vanwege de bijzondere positie die hij in het rechtsverkeer inneemt, niet snel sprake zijn van een zorgplicht jegens derden. Hij moet zich in relatieve vrijheid kunnen richten op zijn primaire taak: het behartigen van de belangen van zijn cliënt. Daarnaast laat het arrest van het hof zien dat naarmate de aan de advocaat gegeven opdracht beperkter is, de lat hoger ligt om aan te nemen dat hij daarbuiten nog een zorgplicht had.

62. Hof's-Hertogenbosch 7 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:419.

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

64. Zie zijn noot in NJ 2020/137.

65. Daarbij valt te denken aan een directe dreiging van ernstig, toekomstig gevaar voor de advocaat zelf of een betrokkene, dat zonder het doorbreken van het beroepsgeheim niet kan worden afgewend. Vgl. HvD 3 mei 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:22.

66. Vgl. Tjong Tjin Tai in zijn noot in NJ 2020/137.

67. Wanneer een opdrachtgever bijv. geld wil wegsluizen om (potentiële) schuldeisers buiten spel te zetten, is het de vraag of hij daarvan afziet indien hij wordt gewezen op de daaraan verbonden risico's. De advocaat kan hem in ieder geval niet altijd tegenhouden.