

Ernstig verwijt als criterium voor buitencontractuele aansprakelijkheid van advocaten

1. Inleiding

Voor advocaten geldt dat deze hun werkzaamheden verrichten in de vorm van een opdracht-overeenkomst (titel 7.7 BW). Hun handelen wordt vervolgens langs de lat van de ‘redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot’ (de beroepsnorm) gelegd. Die norm is een invulling van het ‘goed opdrachtnemer’-criterium van art. 7:401 BW.¹ Wordt de norm door een advocaat geschonden, en stelt zijn schadelijgende cliënt een vordering in tegen zijn contractspartij – veelal het advocatenkantoor –, dan zal die contractspartij ex art. 6:74 jo. 6:76 BW (wanprestatie) aansprakelijk zijn voor het handelen van haar hulppersoon – niet de advocaat zelf.

In het Breeweg/Wijnkamp-arrest² sprak Breeweg, in plaats van zijn contractspartij (Weinans & Wijnkamp advocaten), zijn uitvoerend advocaten Wijnkamp en Van Peer aan met een vordering uit onrechtmatige daad.³ Dit is op zichzelf geen dronken gedachte. Immers, het zijn de betrokken advocaten die het uiteindelijke advies hebben verstrekt en daarmee de beweerde beroepsfout hebben begaan. De vraag die dan rijst, luidt als volgt: ‘levert het schadeveroorzakend handelen van de betrokken advocaten die, handelend als advocaat, in de uitvoering van de opdracht van Breeweg een beroepsfout hebben begaan, een onrechtmatige daad op jegens de laatstgenoemde?’

Het hof oordeelt dat dit niet het geval is. Het hof acht de advocatenmaatschap weliswaar aansprakelijk op basis van wanprestatie (als gevolg van de beroepsfout van de advocaten), maar de advocaten zelf niet, omdat “*feiten die een persoonlijk ernstig verwijt aan [verweerders] of een door hen persoonlijk onrechtmatige daad kunnen opleveren*” niet gesteld waren.⁴ Dus voor vestiging van persoonlijke aansprakelijkheid van advocaten, die in het kader van de uitoefening van hun beroep een beroepsfout begaan, geldt de verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf van een persoonlijk ‘ernstig verwijt’, aldus het hof. Ingeval door de uitvoerend advocaten de ‘ernstig verwijt’-drempel is bereikt, zijn zij aansprakelijk overeenkomstig art. 6:162 BW. Onderdeel 2 van het cassatiemiddel verzette zich hiertegen. Breeweg stelt dat een dergelijke ‘ernstig verwijt’-drempel alleen van toepassing is in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid. Door A-G Spier is, daarentegen, een dergelijke drempel wél bepleit.⁵ De Hoge Raad gaat hier niet in mee en oordeelt:



Mr. V.C. Hofman*

“3.4.1 Bij de beoordeling van de klacht is uitgangspunt dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheidsplicht brengt onder meer mee dat een advocaat die een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (vgl. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, NJ 2015/267).

3.4.2 Als de cliënt de advocaat aanspreekt die de opdracht feitelijk heeft uitgevoerd, maar die niet zijn contractuele wederpartij is, kan aansprakelijkheid slechts worden aangenomen met inachtneming van de daarvoor in art. 6:162 BW gestelde eisen. Een dergelijk geval doet zich bijvoorbeeld voor als de cliënt een opdracht heeft gegeven aan een advocatenmaatschap, maar de opdracht feitelijk wordt uitgevoerd door een werknemer van die maatschap of door een advocaat die feitelijk aan de maatschap deelneemt door tussenkomst van een praktijkvennootschap. Ook in een zodanig geval is de hiervoor

* Advocaat bij Kneppelhout & Korthals advocaten N.V. te Rotterdam.
(vh@kneppelhout.nl)

1. Zie o.a. HR 29 mei 2015, NJ 2015/267, JIN 2015/136, m.nt. N.E.N. de Louwre (eisers/Gerhardus).
2. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745 (concl. A-G J. Spier), NJ 2016/66, m.nt. P van Schilfgaarde, JOR 2015/289, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; verder conclusie Spier, noot Van Schilfgaarde en noot Kortmann (Breeweg/Wijnkamp).
3. Wijnkamp en Van Peer waren verbonden aan advocatenkantoor Weinans & Wijnkamp advocaten als partner respectievelijk advocaat-stagiaire.
4. Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:811, r.o. 4.9.
5. Zie conclusie Spier, onder nr. 3.33.1 en 3.33.2.

in 3.4.1 omschreven maatstaf mede bepalend voor de beoordeling van de gegrondheid van de vordering.”

De Hoge Raad stelt voorop dat het handelen van de advocaat langs de lat van een ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’ wordt gelegd. Verder vallen twee dingen op. Allereerst brengt de Hoge Raad naar voren dat in een geval een cliënt zijn advocaat persoonlijk wenst aan te spreken op zijn handelen, aansprakelijkheid “slechts” gebaseerd kan worden op basis van art. 6:162 BW. Daarmee lijkt de Hoge Raad art. 6:162 BW als enige grond voor persoonlijke aansprakelijkheid aan te merken. De opdrachttitle (7.7 BW) biedt echter nóg een grondslag voor persoonlijke aansprakelijkheid. Op basis van art. 7:404 BW, althans zo volgt uit de toelichting,⁶ kan de beoogde uitvoerder van een opdracht ook zelf aansprakelijk zijn indien door hem (of zijn medewerkers) bij de dienstverlening tekort wordt geschoten ten opzichte van de zorgvuldigheid en bekwaamheid die van de betreffende advocaat mag worden geveerd.

Het verschijnsel doet zich dus voor, dat op één en hetzelfde feitencomplex meerdere rechtsgronden voor een vorderingsrecht van toepassing zijn. Op basis van art. 6:162 BW en art. 7:404 BW. Echter, met betrekking tot de laatste kunnen partijen ingevolge art. 7:413 BW overeenkomen dat art. 7:404 BW van toepasselijkheid wordt uitgesloten. Waarom deze vaststelling van belang is, behandel ik in paragraaf 2. Bovendien kan worden vastgesteld dat voor Breeweg in de onderhavige casus de weg open stond om zijn contractspartij, het advocatenkantoor, op basis van wanprestatie aan te spreken voor zijn schade. Hierop wordt ingegaan in paragraaf 2 en in rechtsvergelijkend perspectief met Duitsland in paragraaf 3.

Verder volgt uit het arrest dat het handelen van de advocaten in strijd met de beroepsnorm (‘redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot’) grond kan opleveren voor het instellen van een actie uit onrechtmatige daad.⁷ Zulks zou inhouden dat advocaten met hun privévermogen instaan voor de juiste uitvoering van een opdracht, als ware zij zelf opdrachtnemer. Een verzwaarde aansprakelijkheidsdrempel voor dit soort situaties, zoals het hof die had voorgesteld, wijst de Hoge Raad van de hand. Waar dit oordeel op berust, blijkt niet duidelijk uit het arrest. In de literatuur wordt gesuggereerd dat advocaten vanuit hun *noblesse oblige* zich niet kunnen verschuilen achter een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel, zoals bestuurders van een onderneming dit onder omstandigheden wel kunnen.⁸ Wat daar ook van zij, vanuit dogma-

tisch en maatschappelijk oogpunt is volgens mij nog het één en ander op te merken naar aanleiding van dit oordeel. Mijns inziens is er namelijk nogal veel voor te zeggen om de verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf ook te laten gelden voor advocaten (bestuurder of niet-bestuurder), die in de uitoefening van hun beroep als opdrachtnemer hun cliënt schade berokkenen. Ik sluit mij hierbij aan bij het oordeel van het hof om de ‘ernstig verwijt’-drempel in te voeren. De toelichting hierop blijkt uit hetgeen ik in paragraaf 4 betoog. Verder zie ik hoe dit criterium ingepast dient te worden in het systeem van de onrechtmatige daad (paragraaf 5). Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 6).

2. Samenloop van rechtsvorderingen

Samenloop is een verschijnsel dat zich voordoet wanneer op één en hetzelfde feitencomplex meer regels, of rechtsgronden voor een vorderingsrecht van toepassing zijn. In beginsel zullen deze regels kunnen cumuleren. Hetgeen niet tot discussies/problemen zal leiden, wanneer de respectievelijke rechtsgronden in overeenstemmende rechtsgevolgen resulteren. Vanzelfsprekend zullen die discussies/problemen zich wel voordoen wanneer die respectievelijke rechtsgronden tot uiteenlopende rechtsgevolgen leiden. Bij zulke botsingen zal tot een oordeel gekomen moeten worden dat zowel rechtszekerheid biedt, als in de concrete omstandigheden van het geval te billijken is. En aangezien de wetteksten op dit punt weinig houvast bieden, is het aan de rechter ingevolge art. 25 Rv om daarover een oordeel te vellen. Zulks heeft in de loop der tijd tot de – door Bakels verwoorde – klassieke uitgangspunten geleid.⁹

Allereerst zijn, als gezegd, samenlopende rechtsgronden naast elkaar van toepassing (cumulatie),¹⁰ tenzij dit in een concrete situatie logisch niet onaanvaardbaar zou zijn of in strijd met de bewoordingen of strekking van de wet, in welk geval de keuze aan eiser is (alternativiteit).¹¹ Dit alles tenzij één van de samenlopende normen

6. Parl. Gesch. Boek 7 BW, p. 328 e.v. (TM).

7. Zie r.o. 3.4.4.

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

9. Zie de verhandelingen van Bakels over samenloop: F.B. Bakels, ‘Aspecten van samenloop (I)’, *WPNR* 2009/6769 en F.B. Bakels, ‘Aspecten van samenloop (II, slot)’, *WPNR* 2009/6797.

10. HR 9 december 1955, *NJ* 1956/157 (Boogaard/Vesta).

11. HR 14 juni 2002, *NJ* 2003/112 (Bramer/Hofman).

de andere verdringt en daarmee als enige op die feiten van toepassing is (exclusiviteit).¹² Van het laatste zal bijvoorbeeld sprake zijn in het geval dat een algemene rechtsgrond samenloopt met een *lex specialis*, en de rechtsgevolgen van de specifiekere rechtsgrond beperkter zullen zijn dan die van de algemene rechtsgrond, zodat de specifiekere rechtsgrond haar zin zou verliezen wanneer deze de algemene rechtsgrond niet zou verdringen.¹³ Bovendien heeft de Hoge Raad zich in verschillende arresten uitgelaten over samenloop van rechtsgronden. Hieruit vallen algemene rechtsregels te ontleen. Deze bespreek ik – voor zover relevant – in het licht van de Breeweg/Wijnkamp-casus waarin, zoals vastgesteld in de inleiding, bovendien meerdere rechtsgronden op één en hetzelfde feitencomplex van toepassing zijn.¹⁴ Ik sta allereerst stil bij de mogelijkheid om in het geval van Breeweg/Wijnkamp bovendien persoonlijke aansprakelijkheid te baseren op art. 7:404 BW.

2.1. Art. 7:404 BW als grondslag voor aansprakelijkheid

Zoals reeds opgemerkt, voorziet titel 7.7 BW in de mogelijkheid om onder-opdrachtnemers persoonlijk aan te spreken in de vorm van art. 7:404 BW.¹⁵ Dit artikel bepaalt het navolgende:

“Indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of bedrijf uitoefent, is die persoon gehouden de werkzaamheden, nodig voor de uitvoering van de opdracht, zelf te verrichten (...), alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.”

Op basis van voornoemde bepaling, en in samenhang met art. 7:407 lid 2 BW, zijn de ‘beoogde’ hulppersoon van een opdracht respectievelijk de door hem ingeschakelde medewerker hoofdelijk aansprakelijkheid voor een tekortschietende dienstverlening. Uit zowel de wet als de toelichting blijkt niet ondubbelzinnig van welke rechtsgrond deze aansprakelijkheidsgrondslag afkomstig is. De Hoge Raad oordeelt dat in het geval van Breeweg/Wijnkamp aansprakelijkheid “slechts” gebaseerd kan worden op art. 6:162 BW. De aansprakelijkheidsgrondslag van art. 7:404 BW lijkt echter niet afkomstig te zijn van de rechtsgrond van art. 6:162 BW. Nergens is er immers een verwijzing naar de criteria van de onrechtmatige daad opgenomen. De in de opdrachtstitel (7.7 BW) neergelegde rechtsgrond van art. 7:404 BW lijkt daarmee de aangewezen speciale rechtsgrond in een geval dat een cliënt de uitvoerder(s) van zijn opdracht persoonlijk wenst aan te spreken, maar dit niet op basis van wanprestatie kan doen, omdat de uitvoerder(s) geen contractspartij is/zijn.¹⁶

Het grote verschil tussen de twee benoemde rechtsgronden (art. 6:162 BW en 7:404 BW) is dat art. 7:404 BW (jo. art. 7:407 lid 2 BW) kan worden geëxonerend. Dit wordt veelal gevolgd door een derdenbeding waardoor in de regel alle vennoten, bestuurders en medewerkers een beroep op deze exoneratie jegens de opdrachtgever toekomt. Hiernaast werkt deze exoneratie dan ingevolge art. 7:413 BW tevens tegen consumenten. Opmerking verdient dat een dergelijke uitsluiting standaard in de algemene voorwaarden van iedere opdrachtovereenkomst met een advocatenkantoor is besloten. Verder is daarmee evident dat de onderscheidenlijke rechtsgevolgen van een persoonlijke aanspraak op een advocaat, die niet zelf contractueel met zijn cliënt is verbonden, aanzienlijk verschillen afhankelijk van welke grondslag wordt gekozen. Bij art. 6:162 BW volgt onbeperkte aansprakelijkheid en bij art. 7:404 BW volgt dan beperkte aansprakelijkheid. Welke rechtsgrond dient te prevaleren?

In een oud arrest van de Hoge Raad (het uitgeleende ladder-arrest)¹⁷ had de opdrachtgever zijn ladder uitgeleend aan zijn opdrachtnemer. De ladder brak echter bij beklimming ervan, als gevolg waarvan de opdrachtnemer schade had geleden. Twee rechtsgronden kunnen op dit geschil worden toegepast: (i) de aansprakelijkheidsgrondslag van art. 7A:1790 BW (oud) betreffende de overeenkomst van bruikleen, maar die bevatte een aansprakelijkheidsbeperking, of (ii) de onrechtmatige daad, waaruit onbeperkte aansprakelijkheid volgde. Kan door een beroep op de onrechtmatige daad de aansprakelijkheidsbeperkende bepaling van art. 7A:1790 BW (oud) worden omzeild? Zowel rechtbank, hof, A-G als de Hoge Raad antwoorden ontkenend. Volgens de A-G was art. 7A:1790 BW (oud) aan te merken als de *lex specialis* die derogeert aan de algemene regeling van art. 6:162 BW.¹⁸ De Hoge Raad volgt een iets andere redenering en oordeelt dat geen geweld gedaan moet worden aan de strekking van art. 7A:1790 BW (oud) en

12. HR 6 maart 1959, NJ 1959/349 (Bertha/Revenir).

13. HR 19 januari 2007, NJ 2007/621 (Fernhout/Essent).

14. Voorts kan de onderhavige problematiek bovendien geplaatst worden in het derdenwerkings-leerstuk, waarover recent een arrest door de Hoge Raad is gewezen. Zie HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444 (Stichting Participanten Warmond/Lexence).

15. Uit de Parl. Gesch. Boek 7 BW, p. 328 e.v. (TM) volgt dat art. 7:404 BW een aansprakelijkheidsgrondslag *sui generis* is. De Hoge Raad wees in het Biek Holding-arrest expliciet op de mogelijkheid om uitvoerders van een contract via art. 7:404 BW aan te spreken, zie HR 15 maart, NJ 2013/290, m.nt. P van Schilfgaarde.

16. Zie bijv. ook R.S. Meijer, ‘Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren’, *Ars Aequi* juni 2016, p. 444.

17. HR 22 november 1996, NJ 1998/567.

18. Zie conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense, nr. 8.

daarom aansprakelijkheid niet onverminderd op basis van art. 6:162 BW gegrond kan worden.

Als men nu met dit in het achterhoofd de onderhavige casus beziet, dan zou men tot de conclusie kunnen komen dat art. 7:404 BW als speciale, en ingevolge art. 7:413 BW voor uitsluiting vatbare, rechtsgrond niet zomaar omzeild kan worden door art. 6:162 BW. De opdracht-overeenkomst tussen Breeweg en de advocatenmaatschap wordt immers geregeerd door de opdracht-titel (7.7 BW). Hieruit volgt reeds een aansprakelijkheidsgrondslag om de ‘beoogde’ uitvoerders persoonlijk aan te spreken. En een exoneratie van die bepaling in de algemene voorwaarden, gevolgd door een derdenbeding, zou dan ingevolge art. 6:253 BW bovendien moeten werken tegen een vordering van Breeweg tot persoonlijke aansprakelijkheid. Meijer kwam al eerder tot die conclusie.¹⁹ Uit het Breeweg/Wijkamp-arrest volgt echter dat een dergelijk zorgvuldig opgebouwd contractueel vangnet, die persoonlijke aansprakelijkheid van advocaten pleegt te beschermen (hetgeen geoorloofd overeenkomstig art. 7:413 BW), doorklieft zou kunnen worden door de onrechtmatige daads-vordering van Breeweg.²⁰

Het voorgaande heeft auteurs ertoe aangezet om exoneratiebedingen te formuleren die de vestiging van aansprakelijkheid van de opdracht-nemer op basis van art. 6:162 BW uitsluiten.²¹ Een beroep op een dergelijk exoneratie-beding is inmiddels door de rechtbank Den Haag gehonoreerd.²² De oplossing voor (te) snelle vestiging van aansprakelijkheid van uitvoerend advocaten lijkt daarmee gevonden te zijn. Toch zal het exoneratiebeding niet in alle gevallen overeind blijven. Opmerking verdient namelijk dat de opdrachtgever in de bovenvermelde zaak een rechtspersoon is. Ten opzichte van consumenten zal gelden dat een dergelijk beding op de “grijze lijst” van art. 6:237 BW staat en daarmee wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Ook kan het beding onder omstandigheden opzij gezet worden met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW. Dit maakt dat de juridisch dogmatische discussie over dit arrest nog steeds relevant is.

2.2. Samenloop overeenkomst/onrechtmatige daad

Het eerder genoemde uitgangspunt van cumulatie geldt eveneens als tussen partijen een overeenkomst bestaat en op grond van onrechtmatige daad een vordering wordt ingesteld, mits de daaraan ten grondslag gelegde feiten onafhankelijk van de contractuele verplichting een onrechtmatige daad opleveren. Dat is het geval wanneer de tekortkoming niet enkel van schending van de contractuele norm oplevert, maar

bovendien een inbreuk maakt op een subjectief recht van de andere contractspartij of een schending oplevert van een algemene rechtsplicht of van een algemene zorgvuldigheidsnorm.²³ Een klassiek voorbeeld hiervan is de situatie van een aannemer die in een wand schroeven aanbrengt, waardoor een deur vastloopt.²⁴ Dit levert zonder twijfel een wanprestatie op, omdat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot verwacht mag worden dat hij zijn werk zorgvuldig uitvoert. Dit is echter niet zonder meer een onrechtmatige daad. Er moeten namelijk wel voldoende feiten gesteld worden waaruit de conclusie volgt dat onafhankelijk van de wanprestatie sprake is van een onrechtmatige daad. Daarvoor is onvoldoende dat de opdrachtgever belang heeft bij een correcte uitvoering van de overeenkomst door de opdrachtnemer.²⁵

Als aanvulling hierop geldt dat zowel de literatuur als de rechtspraak van de Hoge Raad ertoe tendeert dat de tussen partijen bestaande contractuele band wel invloed kan uitoefenen op het ontstaan en de omvang van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Dus dat de contractuele context meegenomen moet worden als onrechtmatige daad samenloopt met een aanspraak uit contract.²⁶

19. Vgl. R.S. Meijer, ‘Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren’, *Ars Aequi* juni 2016, p. 444.

20. Noot Kortmann, onder nr. 3; D.K. Baas & L. Verlinden, ‘Beroepsaansprakelijkheid van de advocaat die geen opdrachtnemer is’, *AV&S* 2016/44, par. 3.

21. Zie hierover N.Y. Wong, ‘Aansprakelijkheid van de advocaat in privé voor beroepsfout’, *TOP* 2016(7) 566; L.H. Rammeloo & W.F. Hendriksen, ‘De praktijkvennootschap en het (niet kunnen) voorkomen van persoonlijke aansprakelijkheid voor beroepsfouten’, *Ondernemingsrecht* 2017/23; L.C. Dufour, ‘De beperkte bescherming van een praktijkvennootschap tegen aansprakelijkheid voor een beroepsfout’, *JBN* 2016 (4) 19.

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

23. HR 19 februari 1993, *NJ* 1994/290, m.nt. C.J.H. Brunner (Gem. Groningen/Zuidema).

24. Zie voor de casus Rb. Rotterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3768.

25. HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY7496.

26. Parl. Gesch. Boek 6, p. 36 en 614-615 (TM) en de rechtspraak van de Hoge Raad in o.a. HR 27 februari 1987, *NJ* 1987/584 (Van der Peijl/Erasmus College); HR 9 december 1955, *NJ* 1956/157, m.nt. L.E.H. Rutten (Bogaard/Vesta); HR 6 april 1990, *NJ* 1991/689, m.nt. C.J.H. Brunner (Van Gent & Loos/Vitesse). Zo wordt dit in de literatuur (in het kader van beroepsfouten) ook opgevat, zie o.a. B.T.M. van der Wiel & P.S. Bakker, in: C.J.J.M. Stolker, *GS Onrechtmatige daad, Samenloop, II.2.1.2 en II.3 e.v.*, Deventer: Kluwer (losbladig en online). En toegespitst op beroepsaansprakelijkheid W.G. Huijgen, C.J.J.M. Stolker, *Groene Serie Onrechtmatige daad VI. 1.4*, Deventer: Kluwer (losbladig en online); Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/198; E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen & T.P. Hoekstra, ‘Aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar naast de contracterende vennootschap’, *WPNR* 2013/6999. En anders A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946, p. 168-169; I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 14-17; A.T. Bolt, in: A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (Preadvies NJV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 119.

In het geval van Breeweg/Wijnkamp stond voor Breeweg de weg open om op basis van de opdrachtovereenkomst te ageren, door een vordering uit wanprestatie jegens het advocatenkantoor in te stellen. Hiervoor heeft hij niet gekozen. In plaats daarvan heeft hij zijn behandelend advocaten aansprakelijk gesteld op basis van onrechtmatige daad. De feiten die Breeweg aan zijn vordering uit onrechtmatige daad ten grondslag legt, wijken niet af van de feitelijke grondslag van een wanprestatievordering tegen zijn contractspartij, het advocatenkantoor. Zou dan ook moeten worden gezien of de gestelde feiten onafhankelijk van de contractuele verplichting een onrechtmatige daad opleveren, wanneer er reeds een contract bestaat? Strikt genomen dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord. De genoemde regels voor wanneer contract en onrechtmatige daad samenlopen gelden alleen wanneer de vordering ingesteld wordt tegen één en dezelfde partij. Tussen Breeweg en zijn behandelend advocaten bestaat geen contract. Derhalve kunnen onrechtmatige daad en overeenkomst samenlopen, althans zo oordeelt de Hoge Raad, zonder dat er bijkomende omstandigheden gesteld behoeven te worden. Toch wringt die uitkomst. Even terugrijpend op het eerdergenoemde voorbeeld. Het kan toch niet zo zijn dat wanneer de bij de aannemer in dienst zijnde onder-opdrachtnemers de beroepsfout maken, hetgeen een wanprestatie oplevert van de aannemer, dit handelen bovendien een vorderingsrecht in het leven roept voor de opdrachtgever om de onder-opdrachtnemers persoonlijk buitencontractueel aansprakelijk te stellen. Zo zou evenzeer de beroepsfout van een advocaat, die geen contractspartij is van de opdrachtgever, geen buitencontractuele aansprakelijkheid moeten opleveren, wanneer de vordering gebaseerd wordt op dezelfde feitelijke grondslag als waarvoor het advocatenkantoor uit hoofde van het contract aansprakelijk gesteld kan worden.

In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat de samenloopleer – die weliswaar primair voor alternatieve vorderingen tegen *dezelfde partij* ontwikkeld is – (al dan niet analogisch) ook als baken kan dienen in een geval als het onderhavige.²⁷ Zulks houdt in dat de contractuele context van de opdrachtovereenkomst (bijvoorbeeld specifieke regels, zoals exoneratiebedingen) niet zomaar omzeild mag worden door een vordering uit onrechtmatige daad. Ik sluit mij hierbij aan. Ondanks dat Spier een beroep op de samenloopleer in 3.21 van zijn conclusie van de hand wijst, lijkt ook hij uit te gaan van deze gedachtegang.²⁸ Hij schrijft:

“3.26 M.i. past voorzichtigheid om, buiten een directe contractuele relatie, al te gemakkelijk

externe persoonlijke aansprakelijkheid aan te nemen van een bestuurder van een vennootschap op grond van een eigen onrechtmatige daad. Dat geldt al helemaal voor een werknemer die geen contractuele band heeft met de derde/benadeelde. Aansprakelijkheid valt, bezien vanuit maatschappelijk oogpunt, mogelijk te rechtvaardigen bij personen die zich hullen in een vennootschappelijk kleed, ook wanneer dat gebeurt om honorabele redenen. Juridisch is die aansprakelijkheid daarmee nog niet steeds gemakkelijk verklaarbaar. (...)

3.28.1 De opvatting dat werknemers die geen contractuele band hebben met de (wat onbeholpen uitgedrukt) quasi opdrachtgever nochtans bij tekortschietende dienstverlening, die in de relatie opdrachtgever/opdrachtnemer zou moeten worden gekwalificeerd als wanprestatie, eo ipso onrechtmatig handelen, acht ik onjuist en onaantrekkelijk. (...).

3.33.1 (...). Er zijn omstandigheden denkbaar waaronder het handelen van een werknemer van de opdrachtnemer of een directeur van een BV die maat is van een maatschap die een opdracht heeft aangenomen persoonlijk aansprakelijk zijn op grond van een eigen onrechtmatige daad. Daarvoor zijn m.i. evenwel bijkomende omstandigheden nodig. Onvoldoende is m.i. handelen dat, indien verricht door de opdrachtnemer, wanprestatie zou opleveren. Die bijkomende omstandigheden kunnen van allerlei aard zijn. Denkbaar is dat lapzwanserige uitvoering werkzaamheden zo'n omstandigheid zou kunnen zijn.”

3. Regels omtrent concurrerende vorderingen naar Duits recht (*Anspruchskonkurrenz*)

Ook het Duitse recht kent het verschijnsel dat uit één feitencomplex meerdere rechtsgronden (*Ansprüche*) voortvloeien. Dit wordt de figuur van *Anspruchskonkurrenz* genoemd. Hieruit volgt dat wanneer op één feitencomplex meerdere *Ansprüche* toegepast kunnen worden, de één de ander verdringt (*verdrängern*).²⁹ Dit leidt

27. Zie Meijer 2016, p. 444; T. Hartlief, ‘Kwalitatieve en persoonlijke aansprakelijkheid. Verscheidenheid én eenheid in het aansprakelijkheidsrecht?’, in: A. Kolder & A. Verheij (red.), *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht. Bundel n.a.v. het afscheid van Fokko T. Oldenhuis*, Den Haag: BJU 2016; W.A.M. Rupert & K.C.A. Schweers, ‘Is het maatschappelijk onbetamelijk om een (beroeps)fout te maken?’, *MvV* 2016/9, p. 223.

28. Zie conclusie Spier, onder nr. 3.21. Zie voor een gelijke gedachtegang C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie... diverse wegen leiden naar de werkgever*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 7.

29. C. Thomale, ‘Der verdrängte Anspruch – Freie Anspruchskonkurrenz, Spezialität und Subsidiarität im Privatrecht’, *JuS* 2013, 296.

aldus in beginsel tot exclusiviteit van een rechtsgrond, waar naar Nederlands recht juist rechtsgronden in beginsel kunnen cumuleren.

In een geval waarin een opdrachtgever (*Mandant*) zijn advocaat (*Mandat*) op zijn schadeveroorzakend handelen wilt aanspreken, kent het Duitse recht de mogelijkheid om zowel een contractuele als buitencontractuele vordering in te stellen. De contractuele grondslag hiervoor is neergelegd in § 280 BGB en de delictuele grondslagen in § 823 en § 826 BGB,³⁰ waarvan de laatste slechts ruimte biedt tot het vorderen van zuivere vermogensschade.³¹ Wanneer er een contract bestaat, wordt de delictuele grondslag (§ 826 BGB) echter nauwelijks ingeroepen. Dit komt door de figuur van *Anspruchskonkurrenz*. Ingeval de opdrachtgever zijn advocaat aanspreekt op basis van het contract, schrijft § 280 BGB voor dat de betreffende advocaat dan schuld moet treffen voor het tekortschieten in zijn contractuele verplichtingen. Op het moment dat de opdrachtgever zijn advocaat voor dezelfde beroepsfout bovendien buitencontractueel aanspreekt dan bepaalt de rechtsgrond hiervoor (§ 826 BGB), dat de schade opzettelijk (*vorsätzlich*) in strijd met de goede zeden (*Sittenwidrigkeit*) dient te zijn toegebracht. Het is evident dat deze vereisten hoger zijn dan de vereisten van § 280. In de loop der jaren is er wel enige versoepeling aangebracht. Thans spreekt men van *Sittenwidrigkeit* bij lichtvaardig en roekeloos handelen. Voor *vorsätzlich* handelen volstaat kansopzet.³² Ondanks deze versoepelingen prevaleert, bij samenloop van § 280 BGB en § 826 BGB, ingevolge de *Anspruchskonkurrenz*-regel de contractuele vordering. De eisen ‘schuld’ en een ‘tekortkoming in de uitvoering van de verbintenis’ zijn gemakkelijker te bewijzen dan de eisen die gelden voor een kwalificatie van § 826 BGB.³³

Het Duitse recht (anders dan het Nederlandse recht) werkt in beginsel dus met exclusiviteit in situaties waarin op één feitencomplex verschillende rechtsgronden samenlopen. De ene rechtsgrond verdringt de andere. De gedachte dat voor een buitencontractuele vordering sprake moet zijn van een normschending, los van de schending van contractuele verplichtingen, gaat hier zeker op. In Duitsland moet er immers zeer verwijtbaar gehandeld worden, wil men toekomen aan een onrechtmatige daad. Er moet sprake zijn van *vorsätzlich* handelen – een equivalent van voorwaardelijk opzet. Mijns inziens dient dit in Nederland zo het geval te zijn. Dit licht ik toe in het onderstaande, waar ik beschouw waarom ‘ernstig verwijt’ als criterium voor buitencontractuele beroepsaansprakelijkheid gebruikt dient te worden.

4. Waarom ‘ernstig verwijt’ als criterium?

In het Breeweg/Wijnkamp-arrest oordeelde het hof geoordeeld dat naast de beroepsfout van de betrokken advocaten (meer) feiten moeten worden gesteld die een persoonlijk ernstig verwijt of onrechtmatige daad zullen opleveren, wil die beroepsfout tevens persoonlijke aansprakelijkheid opleveren. Mijns inziens volgt hieruit de analogische toepassing van de regels omtrent samenloop van vorderingen die gebaseerd kunnen worden op het contract en de onrechtmatige daad, zoals hiervoor bepleit. Immers, er bestaat slechts grond voor een buitencontractuele vordering naast het contract ingeval er door Breeweg feiten worden gesteld, die onafhankelijk van de schending van een contractuele verplichting een onrechtmatige daad opleveren. Dus het schenden van de beroepsnorm (‘redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot’), zoals die in contractuele context geldt, is onvoldoende om een persoonlijke onrechtmatige daad op te leveren.

De door het hof geformuleerde ‘ernstig verwijt’-drempel heeft mijns inziens (helaas) echter onnodige verwarring teweeg gebracht. Zowel A-G Spier, de Hoge Raad als verschillende auteurs hebben de discussie omtrent buitencontractuele bestuurdersaansprakelijkheid weer opgerakeld.³⁴ Ik doel hiermee op het navolgende.

Het gaat om de situatie dat het handelen van een bestuurder van een vennootschap een wanprestatie oplevert van de vennootschap, maar diezelfde bestuurder wordt aangesproken in persoon op basis van een onrechtmatige daad. De vraag was of het gedrag van de bestuurder beoordeeld dient te worden aan de hand van de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel van ‘ernstig verwijt’, die initieel was geformuleerd voor interne bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9 BW).³⁵ De ratio voor een dergelijke drempel was

30. De contractuele grondslag (§ 280 BGB) is vergelijkbaar met art. 6:74 BW en de delictuele grondslagen (§ 823 en § 826 BGB) zijn vergelijkbaar met art. 6:162 BW.

31. Zie K. Larenz, C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, 14e druk, 1987, p. 446-462.

32. O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, bewerkt door P. Bassenge e.a., 74e Druk, 2015, § 280, Rdn. 66, § 823, Rdn. 144, § 826, Rdn. 27 en 28.

33. Vgl. Y. Schuld, *Veranstalterhaftung im Laufsport* (diss. Mainz), Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2010, p. 71-72.

34. Eerder omstrede in HR 23 November 2012, *NJ* 2013/302, m.nt. P van Schilfhaarde, daarna de rust ‘wedergekeerd’ in HR 5 september 2014, *NJ* 2014/325, *JOR* 2014/296

35. O.a. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/266 (Beklamel) en HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 (Roelofsen).

de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Uit het arrest van de Hoge Raad van 2012 dat de bovenveroorde drempel niet geldt, in een situatie dat een bestuurder wordt aangesproken door een derde. Hierover ontstond veel opschudding en de “5-september”-arresten hebben weer enige rust doen terugkeren. In die arresten oordeelde de Hoge Raad namelijk dat de ‘ernstig verwijt’-drempel wél geldt, wanneer de bestuurder handelt als bestuurder (dus zijn bestuurstaken verricht).

In het geval van Breeweg/Wijnkamp werd Wijnkamp, die partner is via zijn praktijk-BV, waarvan hij directeur grootaandeelhouder (dga) is, aangesproken op basis van onrechtmatige daad als gevolg van zijn beroepsfout. De opvatting bij Breeweg bestond dus dat Wijnkamp hier wordt aangesproken op zijn gedrag als advocaat en niet zijn handelswijze als bestuurder van zijn praktijk-BV en dat hij daarom niet zou mogen ‘profiteren’ van de bescherming die de ‘ernstig verwijt’-drempel biedt. De Hoge Raad volgt dit betoog (zie r.o. 3.4.4) en vernietigt het oordeel van het hof, dat een dergelijke drempel wél voorstond. Het hof heeft namelijk nooit bedoeld aan te willen sluiten bij het bestuurdersaansprakelijkheidsregime. Het hof heeft ingezien dat Wijnkamp is aangesproken in zijn hoedanigheid van advocaat. Dat vervolgens Wijnkamp tevens bestuurder is van zijn praktijk-BV doet hier niet aan af. De door het hof aangelegde norm is expliciet voor Wijnkamp én Van Peer – dus zowel voor de positie van partner als werknemer – aangelegd, voor situaties dat advocaten op hun handelen worden aangesproken maar geen contractspartij zijn.

De positie van een advocaat in de maatschappij, partner via een praktijk-BV of niet, is simpelweg bijzonder. Hij komt dagelijks voor beslissingen te staan, waarin een bepaalde slagvaardigheid van hem verwacht wordt. Hierbij zou er ontegenzeggelijk eens een fout in sluipen, die soms zelfs de standaard van de civiele beroepsnorm overschrijdt. Het laatste wat we als gevolg daarvan zouden moeten willen zijn ‘bange’ advocaten die, geremd door de ‘angst’ daardoor persoonlijk aansprakelijk gesteld te kunnen worden, hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Hierdoor bestaat het gevaar dat zij hun benodigde slagvaardigheid zouden verliezen. Dit is de ratio van de ‘ernstig verwijt’-drempel.³⁶ We zien die drempel, met dezelfde ratio, al gehanteerd worden bij

andere functies binnen het rechtsverkeer zoals de officier van justitie,³⁷ rechterlijk ambtenaar,³⁸ arbiter³⁹ en curator q.q.⁴⁰ Ik zie niet in waarom ook dit niet voor de advocaat het geval kan zijn. Verschillende auteurs waren die mening al toegeedaan.⁴¹ Ik sluit mij daarom aan bij de bewoordingen van Kortmann:

“Wij zouden de verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf willen laten gelden voor alle gevallen waarin de onrechtmatige gedraging van de persoon die in de uitoefening van zijn functie handelt, in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als een gedraging van een ander (al dan niet rechtspersoon). De persoonlijke aansprakelijkheid van de handelende persoon is in deze gevallen een secundaire. Hieraan mogen hogere eisen worden gesteld dan aan de primaire aansprakelijkheid.”⁴²

Een beroepsfout van een advocaat, partner of medewerker, heeft in een situatie als die van Breeweg/Wijnkamp in het maatschappelijk verkeer te gelden als een gedraging van het advocatenkantoor, wat de toepasselijkheid van de ‘ernstig verwijt’-norm doet rechtvaardigen. Anders kan dit mijns inziens zijn, in een geval waar één van de advocaten binnen een advocatenmaatschappij in het maatschappelijk verkeer niet te verzeelvigen is met die maatschappij. Bijvoorbeeld door de omstandigheid dat deze advocaat eigen briefpapier gebruikt.

Volledigheidshalve dient nog te worden opgemerkt dat een advocaat die civielrechtelijke bescherming zouden genieten – omdat hij geen contractspartij is, maar uitvoerder – nog altijd tuchtrechtelijk verantwoordelijk blijft. Het risico om tuchtrechtelijk aangesproken te worden

36. Deze ratio zagen we eerder bij bestuurdersaansprakelijkheid, zie HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 (Willemsen/NOM), r.o. 4.2.

37. HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993/165, m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (Staat en Van Hilten/M.).

38. Art. 42 lid 1 t/m 4 WRRRA.

39. HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken en HR 30 september 2016, *NJ* 2017/141, m.nt. J.B.M. Vranken (Qnow/arbiter).

40. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou en Prouvost) en HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Prakke/Gips).

41. Zie Meijer 2016, p. 443; Rupert & Schweers 2016, p. 224 en recentelijk, maar kritisch, W.A. Westenbroek, ‘De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en ‘externe werknemersaansprakelijkheid’, *WPNR* 2017/7144. Ik kan de gedachtegang van voornoemde auteurs goed volgen, dat advocaten – net als bestuurders – niet ‘bang’ moeten zijn voor het risico persoonlijk aansprakelijk te worden gehouden. Desalniettemin schuilt het verschil tussen de bestuurder en advocaat(-partner) erin dat de advocaat(-partner) juist verzekerd is voor dat risico.

42. Asser/Kortmann 3-III 2017/155 e.v.

waarborgt dan nog altijd de kwaliteit van de advocatuur.⁴³

Verder zijn nog enkele argumenten te noemen, die meer specifiek pleiten voor invoering van de 'ernstig verwijt'-drempel bij advocaat-stagiaires/medewerkers. Voor deze groep, als werknemers van het advocatenkantoor, wordt namelijk volgehouden dat het oordeel van de Hoge Raad voor hun positie weinig effect heeft.⁴⁴ Immers, wanneer het gedrag van de werknemer als onrechtmatig geacht wordt, staan voor hem verschillende verweermiddelen ten dienste. Zo kan hij op basis van art. 6:257 BW de verweermiddelen die zijn werkgever, de opdrachtgever, ten dienste staan, ook zelf tegen de opdrachtgever inroepen (de blokkering van de paardensprong). Hierdoor profiteert hij van de in de overeenkomst opgenomen exoneratieclausules. Mocht dat hem niet baten kan hij, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid, regres zoeken bij zijn werkgever ex art. 6:170 lid 3 jo. art. 6:10 lid 2 BW.⁴⁵ De partner zullen deze verweermiddelen niet kunnen voeren. Voor voornoemde artikelen is namelijk vereist dat degene die zich erop beroept is aan te merken als ondergeschikte. Voor een partner is dit lastig vol te houden. Maar ondanks die ogenschijnlijk sterkere positie van werknemer, kunnen zich omstandigheden voordoen waarbij die positie aanzienlijk verzwakt. Want wat nu als met de opdrachtgever geen/onvoldoende duidelijke exoneratieclausule is overeengekomen of het advocatenkantoor insolvent geraakt? Verder kan zich nog de situatie voordoen dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van het advocatenkantoor een reëel dekkingsverweer heeft of de verzekerde som wordt overschreden. In die gevallen kan bij de werknemer worden aangeklopt en zullen de genoemde verweermiddelen niet altijd soelaas bieden.

Het zal in voornoemde gevallen onrechtvaardig zijn om de werknemers van een advocatenkantoor bloot te stellen aan de financiële risico's die gepaard gaan met de uitvoering van de opdracht, omdat zij minder inkomsten genereren uit die opdracht dan de opdrachtnemer, en zich hebben te schikken naar het beleid dat de werkgever hanteert ten aanzien van het aannemen van opdrachten en de afspraken die daarbij worden gemaakt.⁴⁶ Het hanteren van het ernstig verwijt-criterium zal een oplossing bieden voor deze bezwaren en ingevolge art. 7:952 BW niet afdoen aan de verzekeraarbaarheid.

Al eerder werd in de literatuur volgehouden dat werknemers, gezien hun maatschappelijke positie, uitgesloten dienen te worden van persoonlijke aansprakelijkheid.⁴⁷ Zij handelen namelijk ten behoeve van hun werkgever.⁴⁸ Het is ook een

gedachte die past binnen de rechtspraak. Denk aan de toerekeningsleer uit het Kleuterschool Babel-arrest, dat onrechtmatig gedrag van onderschikten toerekent aan de rechtspersoon, als gevolg waarvan de handelende ondergeschikte er als het ware 'tussenuit' valt.⁴⁹

Verder sta ik in algemene zin stil bij een vonnis van de rechtbank Amsterdam, omdat het mijns inziens een onwenselijke ontwikkeling is naar aanleiding van het Breeweg/Wijnkamp-arrest.⁵⁰ In dit geval werd het plegen van een wanprestatie jegens de opdrachtgever voldoende geacht, ter invulling van de zorgplicht die geldt jegens de schuldeisers van de opdrachtgever. Hiermee breidt de rechtbank Amsterdam de kring van vorderingsgerechtigden, die een beroep doen op een onrechtmatige daad, uit van quasi-opdrachtgever naar schuldeisers van die quasi-opdrachtgever. Dit is onwenselijk, omdat juist algemeen aanvaard wordt dat voor buitencontractuele vorderingen afkomstig van zogenoemde 'echte' derden 'meer' omstandigheden gesteld moeten worden.⁵¹ Een hogere drempel voor buitencontractuele aansprakelijkheid zou een onwenselijk geval als dit kunnen voorkomen.

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

44. Vgl. noot Kortmann, onder nummer 6.

45. Zie conclusie A-G A.R. Bloembergen bij HR 27 februari 1987, *NJ* 1987/548, onder randnummer 3.3.

46. Rammeloo & Hendriksen 2017, p. 151.

47. Klaassen laat een uitzondering voor werknemers die opzet of bewuste roekeloosheid vallen te verwijten. Ondanks dat ik mij aansluit bij de gedachtegang dat de drempel van aansprakelijkheid uit art. 6:162 BW voor de advocaat-werknemer hoog dient te liggen, meen ik dat de opzet of bewuste roekeloosheid-drempel verder/hoger ligt dan de ernstig verwijt-drempel. Mede met het oog op de (on)verzekeraarbaarheid van opzet of bewuste roekeloosheid, overeenkomstig 7:952 BW. Zie Klaassen, p. 7. Zie verder J. van Bekkum, 'Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg', *WPNR* 2015/7055, p. 280-286; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 344-345; W.A. Westenbroek, 'De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de 'ernstig verwijt'-maatstaf en 'externe werknemersaansprakelijkheid', *WPNR* 2017/7144. Zie ook noot Van Schilfgaarde, onder nummer 9.

48. Vgl. B.I. Kraaiipoel, 'Een praktijkvennootschap voor een advocaat: de nieuwe kleren van de keizer?', *MvO* 2015/3-4, p. 79.

49. HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34 (Kleuterschool Babel).

50. Rb. Amsterdam 23 maart 2016, *ECLI:NL:RBAMS:2016:1585*.

51. E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, Den Haag: BJU 2000, p. 101; Rupert & Schweers 2016, p. 223.

5. Inpassing van het ernstig verwijt-criterium in art. 6:162 BW

De Hoge Raad oordeelde in het onderhavige arrest dat de beroepsnorm ('redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot') mede bepalend is voor de invulling van de zorgplicht.⁵² Volgens Baas & Verlinden bedoelde de Hoge Raad hiermee ruimte open te laten voor hogere normeringen in concrete situaties.⁵³ Bovendien werd betoogd dat de norm slechts het onrechtmatigheidselement van art. 6:162 BW invult.⁵⁴ Dit roept bij mij de vraag op hoe (bij invoering van) het ernstig verwijt-criterium dan zou moeten worden ingepast in het systeem van art. 6:162 BW.

Dient het handelen getoetst te worden aan de beroepsnorm voor de invulling van het onrechtmatigheidselement, waarna moet worden bezien of dat handelen hem persoonlijk valt te verwijten? Als het ernstig verwijt-criterium zo ingepast wordt, komt er meer druk te liggen op het toerekenbaarheidselement van art. 6:162 lid 3 BW.

Of wordt er met een persoonlijk ernstig verwijt bedoeld dat het handelen van advocaten, die niet de opdrachtnemer zijn, getoetst dient te worden aan een hogere norm dan de beroepsnorm? Voor deze zienswijze kan inspiratie worden gezocht bij de wijze waarop de Hoge Raad bij art. 6:162 BW de ernstig verwijt-drempel inpast bij bestuurdersaansprakelijkheid.⁵⁵ In dit kader schrijft art. 2:9 BW voor dat een bestuurder zijn taak behoorlijk dient te vervullen – in termen van algemene gedragsnorm. Persoonlijke aansprakelijkheid op basis van art. 6:162 BW komt echter pas in beeld in geval van bijzondere omstandigheden. Daarvoor is niet voldoende dat de bestuurder toerekenbaar de algemene gedragsnorm schendt.⁵⁶ Er dient te worden nagegaan of de bestuurder op basis van de aard en ernst van de vastgestelde normschending en de overige omstandigheden van het geval, zoals de mate van schuld die de bestuurder treft, ook een ernstig verwijt valt te maken.⁵⁷ Deze wijze van inpassing verdient mijn voorkeur bij de inpassing van het ernstig verwijt-criterium bij buitencontractuele beroepsaansprakelijkheid van advocaten. Omdat op deze wijze meer omstandigheden in acht genomen worden dan louter de schending van de beroepsnorm. De aard en ernst van de schending van die norm of de mate van de schuld kunnen ertoe nopen dat de betrokken advocaat een ernstig verwijt treft.

6. Conclusie

Met het Breeweg/Wijnkamp-arrest is vastgesteld dat fouten van beroepsbeoefenaren in de uitvoering van hun opdracht kunnen worden gesanctioneerd met persoonlijke aansprakelijk-

heid en deze sanctie met het thans geldende aansprakelijkheidsregime al helemaal niet meer illusoir is. Het onderscheid tussen een contractuele vordering of een buitencontractuele vordering vervaagt, doordat voor beide vorderingen op basis van hetzelfde feitenrelaas *dezelfde* eisen worden gesteld. Advocaten staan hierdoor met hun privévermogen in voor nakoming van een opdracht, waarbij zij niet contractueel betrokken zijn. Dat dit niet strookt met de in Nederland algemeen aanvaarde samenloop-regel, alsmede de regels in Duitsland omtrent concurrerende vorderingen, heb ik in het voorgaande naar voren laten komen. Ik heb mij daarom in de inleiding afgevraagd aan de hand van welk criterium de Hoge Raad een buitencontractuele vordering op de uitvoerder van een opdracht wél zou moeten beoordelen. Als antwoord heb ik aangesloten bij het ernstig verwijt-criterium. Hiermee zouden de genoemde dogmatische bezwaren, alsook maatschappelijke bezwaren zeker verminderd worden.

52. R.o. 3.4.2, laatste zin.

53. D.K. Baas & L. Verlinden, 'Beroepsaansprakelijkheid van de advocaat die geen opdrachtnemer is', *AV&S* 2016/44, par. 3.

54. Vgl. Kraaijpoel 2015, p. 77, vult het criterium (gecodificeerd in art. 7:401 BW) de wettelijke plicht van art. 6:162 BW in. Vgl. Rupert & Scheweers 2016, p. 220, vult het criterium de betamelijkheidsregels van art. 6:162 BW in.

55. Ik realiseer mij dat de vergelijking tussen de bestuurder en advocaat als beroepsbeoefenaar niet altijd goed te maken is. Er zijn fundamentele verschillen te benoemen, zoals de soort verzekering die beide afsluiten voor de risico's die zij lopen. Desalniettemin is er voor bestuurdersaansprakelijkheid reeds nagedacht over hoe het ernstig verwijt-criterium past in de onrechtmatige daad. Die gedachten wens ik daarom mee te nemen.

56. B.F. Assink, 'Curator- en bestuurdersaansprakelijkheid in juxtapositie', *Ars Aequi* 2016/11, p. 861.

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