

Aansprakelijkheid van advocaten en (andere) juridisch adviseurs: een update

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

1 Inleiding

In 2018 schreven wij voor dit tijdschrift een bijdrage waarin wij aan de hand van twee arresten van de Hoge Raad een update gaven van de jurisprudentie over de beroepsaansprakelijkheid van advocaten.¹ Sindsdien heeft deze jurisprudentie niet stilgestaan. Zo heeft de Hoge Raad in 2020 een belangrijk arrest gewezen, waarin een strenge maatstaf is aangenomen voor de aansprakelijkheid van advocaten jegens derden.² Over dat arrest is in dit tijdschrift een uitgebreide bijdrage verschenen.³ Verder schreef Van Zandvoort eind 2020 een meer algemene kroniek over het onderwerp die, mede vanwege de uitgebreide jurisprudentieverwijzingen, als nuttig naslagwerk kan worden gebruikt.⁴

In deze bijdrage staan we stil bij een arrest van de Hoge Raad dat nog weinig aandacht heeft gekregen in de literatuur, maar wel degelijk relevant is voor de beroepsaansprakelijkheid van advocaten.⁵ Het arrest heeft betrekking op de zorgplicht van een juridisch adviseur die een partij bijstaat in het kader van onderhandelingen. Hoewel de juridisch adviseur en de advocaat niet zonder meer aan elkaar gelijk te stellen zijn – waarover in deze bijdrage meer –, is dit arrest net zo relevant voor de onderhandelend advocaat als voor de onderhandelend juridisch adviseur.

De onderliggende casus ziet op de gevolgen van het verwerpen van een regelingsvoorstel tijdens onderhandelingen. Dat lijkt op het eerste oog niet een erg spannend onderwerp. Is immers niet iedere jurist bekend met de beginselen rondom aanbod en aanvaarding? Toch bevat het arrest een aantal relevante aandachtspunten voor de dagelijkse praktijk. Want wees nu eerlijk, welke jurist (advocaat of niet) waarschuwt zijn cliënt con-

sequent dat het doen van een tegenbod uiteindelijk zou kunnen leiden tot een minder gunstig resultaat?

2 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:753

2.1 Feitencomplex

Twee horecaondernemers exploiteren al vele jaren een horecagelegenheid in de gemeente Deurne, waarvoor zij zich verenigen in een vennootschap onder firma (hierna gezamenlijk: de vof). De horecagelegenheid ligt in een gebied waarvoor de gemeente vanaf 2003 herstructurerings- en (her)ontwikkelingsplannen is gaan ontwikkelen. In 2007 legt de gemeente een ontwerpbestemmingsplan ter inzage, waarin de horecagelegenheid van de vof wordt ‘wegbestemd’.

In december 2009 koopt de gemeente het pand waarin de vof de horecagelegenheid exploiteert in verhuurde staat. Kort daarvoor treden de gemeente en de vof in onderhandeling over de beëindiging/afkoop van de huurovereenkomst van het pand. Daarbij laat de vof zich bijstaan door een juridisch adviseur, die (eveneens) namens de vof opkomt tegen het ontwerpbestemmingsplan.

Nadat de onderhandelingen enige tijd stil hebben gelegen, schrijft de gemeente de vof aan met de mededeling dat zij een ‘eindbod’ ten bedrage van € 180.000 doet ter afkoop van de huurovereenkomst. Rond deze periode komt de urgentie van de ontwikkelingsplannen van de gemeente te vervallen, omdat de plannen van de gemeente wijzigen.⁶

Een dag voor het einde van de door de gemeente geboden reactietermijn geeft de juridisch adviseur, na deze conceptreactie te hebben voorgelegd aan de vof, richting de gemeente aan dat de vof het eindbod van € 180.000 als primaire schadeloosstelling aanvaardt, maar dat zij nog enkele secundaire voorwaarden overeen wil komen. Die secundaire voorwaarden betreffen een zestal aanvullende voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat de door de gemeente aangeboden vergoeding voor de deskundigenkosten met € 10.000 wordt opgehoogd. Kort daarna

* Mr. L.A. Godwaldt is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam. Mr. E.M. van Orsouw is partner bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

1 E.M. van Orsouw & L.A. Godwaldt, Beroepsaansprakelijkheid advocaten: een update, *MvV* 2018, afl. 5, p. 155-163.

2 HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61.

3 P. Kramer, De aansprakelijkheid van advocaten jegens derden en cliënten, *MvV* 2020, afl. 5, p. 169-178.

4 S. van Zandvoort, Kroniek Beroepsaansprakelijkheid van de advocaat, *AV&S* 2020/10, p. 58-64.

5 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:753.

6 Dit aspect komt slechts beperkt terug in de procedure, maar valt daaruit wel af te leiden.

laat de gemeente weten dat zij uit de reactie van de juridisch adviseur opmaakt dat het door de gemeente gedane eindbod niet is aanvaard. In de discussie die daarna ontstaat, merkt de gemeente op dat duidelijk mocht zijn dat de vergoeding voor de deskundigenkosten voor haar geen ondergeschikt punt betrof. Volgens de gemeente is dan ook geen overeenkomst tot stand gekomen door de ‘aanvaarding’ (met secundaire voorwaarden) van de juridisch adviseur. Bovendien doet de gemeente haar aanbod niet gestand, waardoor evenmin een overeenkomst tot stand komt op het moment dat de vof aangeeft dat zij het eerdere voorstel alsnog gaaf wil aanvaarden.

Door de vof en de gemeente wordt vervolgens een gerechtelijke procedure gevoerd, waarbij de vof een verklaring voor recht vordert dat de gemeente onrechtmatig jegens de vof had gehandeld door de onderhandelingen af te breken. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep wordt de vof in het ongelijk gesteld. De gemeente en de vof sluiten vervolgens, in minnelijk overleg, alsnog een beëindigingsovereenkomst, waarin zij een beëindigingsvergoeding van € 75.000 overeenkomen.

De vof meent dat haar juridisch adviseur niet heeft gehandeld zoals van een redelijk en vakbekwaam adviseur verwacht mag worden, waardoor de vof schade heeft geleden. Dat geschil heeft geleid tot de onderhavige gerechtelijke procedure.

2.2 *Rechtbank*

De rechtbank⁷ heeft de vraag of de juridisch adviseur in dit geval tekort is geschoten ontkennend beantwoord. Daarbij acht de rechtbank relevant dat de vof op de hoogte was van, en heeft ingestemd met, de reactie van de juridisch adviseur op het eindbod van de gemeente. De rechtbank vindt dat de juridisch adviseur niet expliciet had hoeven te wijzen op de mogelijke risico's van het niet onvoorwaardelijk akkoord gaan met het eindbod van de gemeente. Daarbij acht de rechtbank van belang dat na de e-mail van de juridisch adviseur (die door de gemeente was opgevat als een verwerping van het eindbod) toch nog verder is gesproken door de vof en de gemeente. Het bericht betekende dus niet het einde van de onderhandelingen. Bovendien was de vof bekend met het feit dat sprake was van een ‘echt eindbod’, terwijl het voor de vof als ondernemer duidelijk had moeten zijn dat het doen van een tegenbod op onderdelen een risico met zich bracht, aldus de rechtbank. Dit geldt volgens de rechtbank temeer nu de vof ten tijde van het doen van het tegenbod bekend was met de wijziging van de ontwikkelingsplannen van de gemeente, waardoor de urgentie van het treffen van een regeling was komen te vervallen.

2.3 *Hof*

De vof is tegen het vonnis in hoger beroep gegaan, maar ook daar trok zij aan het kortste eind. In zijn arrest haalt het hof⁸ – zonder daar expliciet naar te verwijzen – een overweging aan uit het arrest van de Hoge Raad uit mei 2015, waarin de

Hoge Raad de Kelderluik-criteria introduceerde om te beoordelen of sprake is van een schending van de zorgplicht van de advocaat.⁹ Daarmee oordeelt het h of impliciet dat dit arrest ook kan worden toegepast wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van een juridisch adviseur. Het hof overweegt namelijk:

‘Van een juridisch adviseur mag worden verwacht dat hij de zorgvuldigheid betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheidsplicht brengt mee dat een adviseur zijn cliënt niet onnodig blootstelt aan voorzienbare en vermijdbare risico's. Wanneer een adviseur een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, brengt deze zorgvuldigheidsplicht mee dat de adviseur de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen. Het antwoord op de vraag of en in welke mate een adviseur de cliënt daarbij 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.’

Het hof besteedt vervolgens aandacht aan de procedure tussen de vof en de gemeente, waarin is geoordeeld dat de vof er niet op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand was gekomen, en komt tot de conclusie dat het eindbod van de gemeente niet strookte met de wensen van de vof. Het hof oordeelt vervolgens dat de reactie van de juridisch adviseur op het ‘eindbod’ van de gemeente, waarin zes secundaire eisen werden gesteld om tot een akkoord te komen, de visie betrof van de vof, die slechts door hem – na overleg – was verwoord. Bovendien betekende dit bericht van de juridisch adviseur niet het einde van de onderhandelingen tussen de vof en de gemeente, maar slechts het einde van het voorstel van de gemeente van een vergoeding ter hoogte van € 180.000. Daarbij vindt het hof relevant dat de juridisch adviseur er in eerdere correspondentie met de vof op had gewezen dat het bij dit soort onderhandelingen van belang is om het goede moment te kiezen voor het kenbaar maken van wensen. Gezien het gehele traject dat inmiddels was doorlopen, en omdat de urgentie voor de gemeente om een regeling te treffen inmiddels was verminderd, had het voor de vof duidelijk moeten zijn dat het niet zonder meer aanvaarden van het eindbod het risico in zich droeg dat er uiteindelijk een slechter resultaat bereikt zou worden, aldus het hof. Daar was geen afzonderlijke waarschuwing van de juridisch adviseur voor nodig.

Het hof volgt de vof ook niet in de stelling dat van de juridisch adviseur een schriftelijke waarschuwing verwacht had mogen worden vanwege het belang van het al dan niet aanvaarden van

⁷ Rb. Oost-Brabant 17 mei 2017, C/01/310620 / HA ZA 16-488.

⁸ Hof's-Hertogenbosch 18 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2169.

⁹ HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406.

het eindbod. Volgens het hof was het duidelijk dat het voorstel van de gemeente een eindbod inhield en geen uitnodiging tot verder onderhandelen. Dat het niet aanvaarden van een eindbod tot gevolg heeft dat het bod niet wordt gehandhaafd, lag volgens het hof dusdanig voor de hand dat een schriftelijke waarschuwing voor die consequentie niet nodig is.

Verder acht het hof relevant dat de vof telkens door de juridisch adviseur op de hoogte is gehouden en dat het resultaat dat de juridisch adviseur voor de vof probeerde te bereiken, voortkwam uit de wensen van de vof, waaronder ook de zes secundaire voorwaarden in de reactie op het voorstel van de gemeente. Ten slotte oordeelt het hof dat de juridisch adviseur de onderhandelingspositie van de vof tegenover de gemeente kennelijk rooskleuriger heeft ingeschat dan deze in werkelijkheid was, waarbij met name het afnemend belang van de gemeente bij een regeling een belangrijke factor was. Volgens het hof betekent dit echter niet dat de juridisch adviseur heeft gehandeld op een wijze die niet in overeenstemming is met de maatstaf van de redelijk handelend en redelijk bekwaam juridisch adviseur.

2.4 Hoge Raad

De vof heeft cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch.¹⁰ De vof klaagt over het oordeel van het hof dat zij had moeten begrijpen dat het doen van een tegenvoorstel tot gevolg zou hebben dat het aanbod van de gemeente zou vervallen. Verder klaagt de vof over het oordeel dat het haar duidelijk had moeten zijn dat het doen van het tegenvoorstel kon leiden tot een slechter resultaat, en dat de juridisch adviseur de vof daarvoor niet hoefde te waarschuwen. Volgens de vof had het hof negen omstandigheden moeten meewegen in zijn oordeel, en dat is niet – althans niet expliciet en dus onvoldoende – gebeurd. Het gaat om de volgende omstandigheden:

- a. dat zij [de vennoten; LG & EvO] slechts horeca-ervaring hebben, een zeer beperkt opleidingsniveau en weinig financiële middelen;
- b. dat zij geen ervaring hebben met zakelijke conflictsituaties of met onderhandelingen en in het bijzonder niet bekend waren met de regels voor totstandkoming van overeenkomsten of met het leerstuk van aanbod en aanvaarding;
- c. dat zij juist daarom [verweerder] als adviseur in de arm hadden genomen;
- d. dat [verweerder] zich ervan bewust was dat het eindbod niet van tafel mocht gaan omdat de financiële situatie van [eisers] zorgelijk was, zodat een zwaarwegend belang bestond om geen (grote) risico's te nemen;
- e. dat bij niet onvoorwaardelijke aanvaarding het risico groot was dat geen overeenkomst tot stand zou komen, althans de onderhandelingen afgebroken zouden worden;

- f. dat de deskundigenkosten in het geheel van de deal van ondergeschikte betekenis waren;
- g. dat [eisers] de concept-reactie op het voorstel van de gemeente pas op 14 februari 2011 voorgelegd kregen, terwijl deze reactie direct verzonden moest worden, zodat zij weinig tijd hadden om een goede afweging te maken;
- h. dat [verweerder] hun bij e-mail van 14 februari 2011 heeft doen voorkomen dat ook na het tegenvoorstel het eindbod van de gemeente nog geaccepteerd zou kunnen worden;
- i. dat [verweerder] zelf meende dat er overeenstemming was over het eindbod, met daarbij alleen nog een verzoek om de vergoeding voor deskundigenkosten op te hogen.'

Het cassatieberoep van de vof slaagt. De Hoge Raad acht het oordeel van het hof dat het voor de vof, zonder daarvoor gewaarschuwd te zijn, duidelijk had moeten zijn dat het niet (gaaf) aanvaarden van het voorstel het risico met zich bracht dat uiteindelijk een slechter resultaat bereikt zou kunnen worden onbegrijpelijk. Bovendien oordeelt de Hoge Raad dat de negen door de vof genoemde omstandigheden inderdaad van invloed (kunnen) zijn op de inhoud van de zorgplicht van de juridisch adviseur. Die omstandigheden kunnen dus van belang zijn voor de beoordeling of de juridisch adviseur de vof had moeten waarschuwen. Het hof heeft de omstandigheden niet, althans niet expliciet, meegewogen, en dat had volgens de Hoge Raad wel moeten. De Hoge Raad vernietigt daarom het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 18 juni 2019, en verwijst de zaak naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

3 Opmerkingen

Dit arrest gaat over de vraag of op een juridisch adviseur een waarschuwingsplicht jegens zijn cliënt rust als het gaat om het doen van een tegenvoorstel op een aanbod van de wederpartij. De toetsingsmaatstaf voor de zorgplicht van de adviseur zal de lezer van dit tijdschrift bekend zijn: een adviseur moet handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar – de maatman – kan worden verwacht. Sinds 2015 weten we dat de Kelderluik-criteria kunnen helpen bij de beoordeling of sprake is van een schending van de zorgplicht van de advocaat. Deze lijn wordt met dit arrest, wat ook voor de hand lag, doorgetrokken naar de beoordeling van de aansprakelijkheid van de juridisch adviseur. In deze bijdrage bespreken wij allereerst de omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de omvang van de zorgplicht (par. 3.1). Vervolgens maken wij twee uitstapjes. Een over het doen van een tegenvoorstel in de praktijk (par. 3.2) en een over de vraag of, en zo ja in hoeverre, de zorgplicht van de (juridisch) adviseur en die van de advocaat van elkaar verschillen (par. 3.3). Wij eindigen deze bijdrage met enkele afsluitende opmerkingen over het arrest van de Hoge Raad (par. 4).¹¹

¹⁰ HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:753.

¹¹ HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:753.

3.1 Omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de naleving van de zorgplicht

Waar het volgens A-G Van Peurseem in deze zaak in wezen om gaat, is niet of de vof heeft ingestemd met een door de juridisch adviseur namens haar geformuleerd tegenvoorstel, maar of zij aan het doen van dat tegenbod haar *informed consent* heeft gegeven. Het enkele feit dat een cliënt akkoord heeft gegeven voor een bepaalde (onderhandelings)strategie, is dus niet altijd voldoende om aan de zorgplicht te hebben voldaan. Als de cliënt, door toedoen of nalaten van zijn jurist (advocaat of niet), de risico's van die strategie niet heeft kunnen overzien, zal geen sprake zijn geweest van *informed consent*. In die gevallen was een waarschuwing op zijn plaats geweest.

Hoewel het niet baanbrekend is dat de beoordeling of een jurist zijn cliënt voor een bepaald risico had moeten waarschuwen, afhangt van de concrete omstandigheden van het geval, is het voor de dagelijkse praktijk goed om te beseffen welke concrete omstandigheden daarbij een rol (kunnen) spelen. De Hoge Raad heeft in dit arrest omstandigheden relevant beoordeeld die van belang kunnen zijn bij de beoordeling of de jurist zijn cliënt voor de risico's van het doen van een tegenvoorstel had moeten waarschuwen.¹² Het is dan ook aan te bevelen om deze omstandigheden in vergelijkbare situaties in gedachten te houden.

Evengoed is het van belang om je bewust te zijn van algemene factoren die voor de invulling van de zorgplicht van belang kunnen zijn. Wij hebben ons daarom afgevraagd welke algemene factoren dit (zouden kunnen) zijn.

In een eerdere kroniek over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon¹³ is uitgebreid stilgestaan bij een negental gezichtspunten, de 'zorgplichtfactoren', aan de hand waarvan kan worden beoordeeld wat de omvang en de grenzen zijn van de zorgplicht van de assurantietussenpersoon jegens zijn opdrachtgever. De auteurs merken daarover op dat de verschillende factoren van geval tot geval meer of minder relevant zullen zijn voor die beoordeling.

Hoewel de bespreking van die zorgplichtfactoren in het teken stond van de zorgplicht van de assurantietussenpersoon, kunnen deze factoren gemakkelijk worden veralgemeniseerd naar beoordelingsfactoren van de zorgplicht van een 'goed opdrachtnemer' (onder wie ook de juridisch adviseur en de advocaat) jegens zijn opdrachtgever. De volgende (algemene) zorgplichtfactoren kunnen, naar aanleiding van voornoemde bijdrage, worden onderscheiden:

1. de inhoud en de aard van de opdracht;

2. de aard van het product (in het geval van beroepsaansprakelijkheid van de advocaat: de aard van de zaak waarin de cliënt wordt bijgestaan);¹⁴
3. de grootte van de kans op schade;
4. de kenbaarheid van het risico op schade bij de opdrachtnemer;
5. de kenbaarheid van het risico op schade bij de opdrachtgever;
6. de hoedanigheid van de opdrachtgever;
7. de aard en omvang van de (mogelijke) schade;
8. de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van maatregelen door de opdrachtnemer;
9. de omvang van de beloning voor de opdrachtnemer.

Veel van bovenstaande zorgplichtfactoren zien we terugkomen in de door de Hoge Raad in onderhavig arrest relevant geachte omstandigheden.¹⁵ De door de Hoge Raad relevant geachte omstandigheden beziend, kan worden overwogen of 'de (kenbare) belangen van de opdrachtnemer' en 'de verwachtingen die de opdrachtnemer bij zijn opdrachtgever heeft gewekt' een expliciete plaats zouden moeten krijgen tussen de zorgplichtfactoren die in de eerdere kroniek over de zorgplicht van de assurantietussenpersoon zijn opgesomd.¹⁶ Deze factoren zijn immers af te leiden uit de door de Hoge Raad relevant geachte omstandigheden voor de vraag of de juridisch adviseur de vof had moeten waarschuwen (zie de omstandigheden 'd' en 'h'). Wij denken dat het meewegen van deze factoren bij de beoordeling van de naleving van de zorgplicht zou kunnen bijdragen aan een volledige en evenwichtige beoordeling van de aansprakelijkheid van een opdrachtnemer (onder wie de jurist).

Het aspect van de door de opdrachtnemer gewekte verwachtingen is, als gezegd, onderdeel van de door de Hoge Raad genoemde relevante omstandigheden. Dit aspect is bij het hof onderbelicht gebleven. Uit de conclusie van A-G Van Peurseem valt op te maken dat de juridisch adviseur op 14 februari 2011 aan zijn cliënten heeft geschreven:

¹⁴ Wij kunnen ons voorstellen dat er een zekere overlap kan bestaan tussen 1 en 2. Wij denken dat het bij 1 met name gaat om de tussen opdrachtnemer en opdrachtgever gemaakte afspraken over de aard en inhoud van de werkzaamheden, terwijl het bij 2 wat ons betreft gaat om de vraag of de voorliggende zaak bijv. een ingewikkeld juridisch probleem omvat, of het een zaak betreft waarin strategisch schaken nodig is of de juridische vraag juist relatief 'simpel' en overzichtelijk is (en daarmee ook voor een juridische leek niet al te lastig te duiden is).

¹⁵ Zo zien we de inhoud en de aard van de opdracht terugkomen in omstandigheid 'c', de grootte van de kans op schade in omstandigheid 'e', de kenbaarheid van het risico op schade bij de opdrachtgever in de omstandigheden 'g' en 'h', de hoedanigheid van de opdrachtgever in de omstandigheden 'a' en 'b' en de aard en omvang van de (mogelijke) schade in omstandigheid 'd'.

¹⁶ Hoewel de (kenbare) belangen van de opdrachtgever en de verwachtingen die de opdrachtnemer bij zijn opdrachtgever heeft gewekt mogelijk impliciet vallen onder de factoren 6 en 7 (de hoedanigheid van de opdrachtgever en de aard en omvang van de schade) respectievelijk 5 (de kenbaarheid van het risico op schade bij de opdrachtgever), staan ze niet expliciet vermeld op de zorgplichtfactorenlijst.

¹² Wij hebben deze omstandigheden in par. 2.4 benoemd.

¹³ F. van der Woude, E.M. van Orsouw & J.S. Overes, Kroniek zorgplicht assurantietussenpersoon, AV&S 2017/6, p. 32-43.

‘(...) Als ze de voorgestelde afkoop van de kosten niet accepteren zal ik onder protest akkoord moeten gaan met het gebodene, om te voorkomen dat het “eindbod” verder niet gestand wordt gedaan en alles op de lange baan gaat met als bekend het risico dat we tzt hetzelfde of lager uitkomen door de inkomensterugval over de laatste jaren.’

Uit deze e-mail lijkt te kunnen worden afgeleid dat de juridisch adviseur mogelijk niet helder op zijn netvlies heeft gehad wat het doen van een tegenbod op het punt van de deskundigenkosten – juridisch gezien – betekende, namelijk: het geheel vervallen van het voorstel van de gemeente. Dit los van het feit dat de juridisch adviseur in ieder geval – voor zover ons bekend – niet expliciet heeft gewezen op het feit dat het doen van een afwijkend tegenbod zou betekenen dat het voorstel van de gemeente zou komen te vervallen.

Zou de juridisch adviseur alleen staan waar het gaat om het al dan niet waarschuwen voor de gevolgen van een tegenaanbod? Dat brengt ons op het eerste uitstapje.

3.2 *Eerste uitstap: het doen van een tegenvoorstel in de praktijk*

Elke jurist behoort te weten dat het doen van een tegenbod ervoor zorgt dat het aanbod van de wederpartij daarmee van tafel wordt geveegd (art. 6:225 BW). Ook behoort elke jurist te weten dat dit betekent dat wanneer het tegenbod niet wordt geaccepteerd, het eerdere (afgewezen) aanbod niet zonder meer alsnog kan worden geaccepteerd. Hoewel (of misschien moeten we zeggen: juist omdat) dit basiskennis is voor iedere jurist, begrijpen wij ook dat in de (onderhandelings)praktijk, waarin veelvuldig over en weer regelingsvoorstellen worden gedaan, niet altijd zal worden stilgestaan bij het feit dat het doen van een tegenbod het risico met zich brengt dat de wederpartij haar eerdere voorstel op een later moment niet meer gestand zal doen, en dit uiteindelijk zou kunnen leiden tot een slechter resultaat.

Daarbij zal een rol spelen dat het, vanuit onze ervaring, zelden tot nooit voorkomt dat een wederpartij – na afwijzing van het tegenbod – weigert om toch tot een overeenstemming te komen conform haar eerdere aanbod. Tegen die achtergrond is dit arrest mogelijk een wake-upcall voor (juridisch) adviseurs en advocaten, waaruit maar weer blijkt hoe belangrijk het is er scherp op te blijven dat cliënten zich niet altijd bewust zullen zijn van de risico’s van het doen van een tegenbod, en dat in sommige gevallen een waarschuwing daarover op zijn plaats is.

Daarbij is er naar onze mening wel een groot verschil tussen de situatie dat je als advocaat of (juridisch) adviseur optreedt voor een particulier of voor een ‘repeat player’ die regelmatig onderhandelt en procedeert, zoals bijvoorbeeld een verzekeraar. Los van het feit dat van repeat players doorgaans meer (juridische) kennis kan worden verwacht, zo ook over de beginselen van aanbod en aanvaarding, zal de uitkomst van de risicoanalyse door een repeat player vermoedelijk anders zijn dan die van

een particulier. Een repeat player behandelt immers vele lopende zaken, en kan het zich doorgaans veroorloven het risico te lopen om in een individuele zaak – door het doen van een tegenbod – een principiële wederpartij tegenover zich te krijgen, die vervolgens geen overeenstemming meer wenst te bereiken conform haar eerdere aanbod. Voor een particulier ligt dat anders. De particulier heeft doorgaans eenmalig een juridisch probleem, en kan het zich lang niet altijd veroorloven om door het doen van een tegenbod het risico te lopen dat hij later niet kan terugvallen op het eerdere aanbod van de wederpartij. Een dergelijke keuze kan immers grote financiële gevolgen met zich brengen, zo blijkt maar weer uit onderhavig arrest. Dit arrest is dan ook een les dat voorzichtigheid geboden is bij het doen van een tegenbod, met name wanneer wordt opgetreden voor een particulier of MKB-onderneming met beperkte juridische kennis en/of financiële draagkracht. Zeker als de wederpartij op een gegeven moment een aanbod doet dat valt binnen de (eerder geformuleerde) aanvaardbare marges van deze particulier of MKB-onderneming, doet de advocaat of juridisch adviseur er verstandig aan de verschillende opties en scenario’s goed door te spreken met zijn klant voordat hij allicht probeert ‘er nog wat meer uit te halen’. Sterker, dit arrest is een duidelijke waarschuwing dat er voor een advocaat of juridisch adviseur risico’s aan zijn verbonden als deze in onderhandelingen ‘het onderste uit de kan’ probeert te halen voor zijn klant, indien hij met deze zelfde klant niet heel goed de risico’s van die strategie heeft doorgenomen.

In het onderliggende feitencomplex zit mogelijk een omstandigheid die nog extra maakte dat oplettendheid van de juridisch adviseur geboden was. Uit de feitelijke instanties volgt namelijk dat de urgentie voor de gemeente bij het treffen van een regeling, nadat ze haar voorstel had gedaan, was verminderd of zelfs was verdwenen. Het hof heeft dit aspect zijdelings meegenomen in zijn overwegingen, zo ook in zijn oordeel dat de juridisch adviseur een te rooskleurig beeld heeft gehad van de onderhandelingspositie van de vof. Het hof heeft dit aspect echter niet (expliciet) meegewogen in zijn oordeel dat (en waarom) de juridisch adviseur zijn zorgplicht niet heeft geschonden. Dit aspect van de verminderde urgentie komt in de cassatiebeoordeling niet terug.¹⁷ Als ervan uit wordt gegaan dat de urgentie bij de gemeente voor het treffen van een regeling inderdaad was verminderd, kunnen we ons voorstellen dat het verwijzingshof hier, afhankelijk van het feitelijk debat tussen partijen, expliciet aandacht aan zal moeten besteden.

Goed is tot slot nog wel om te beseffen dat niet elke afwijkende reactie op een aanbod kwalificeert als tegenbod. In gevallen waarin een tot aanvaarding strekkend antwoord op een aanbod daarvan slechts op ondergeschikte punten afwijkt, geldt dit antwoord als een aanvaarding. De overeenkomst komt conform die (iets afwijkende) aanvaarding tot stand, tenzij de aanbieder onverwijld bezwaar maakt tegen de verschillen

¹⁷ Al zou het verwijzingshof dit kunnen lezen in de genoemde omstandigheid ‘dat bij niet onvoorwaardelijke aanvaarding het risico groot was dat geen overeenkomst tot stand zou komen’.

(art. 6:225 lid 2 BW). In dat geval wordt dus geen tegenbod gedaan, maar wordt het aanbod aanvaard met een ondergeschikte ‘mits’.

Voor de beoordeling of sprake is van een ondergeschikt punt, dient de vraag te worden beantwoord of de tussen partijen bereikte overeenkomst op hoofdlijnen (de zogenoemde ‘rompovereenkomst’) kan afstuiten op het tussen partijen resterende discussiepunt. Hoewel het antwoord op die vraag meestal voor zich zal spreken, is dat niet in alle gevallen klip-en-klaar en kan het ook afhangen van wat partijen over en weer kenbaar hebben gemaakt over wat zij van belang (en dus niet van ondergeschikte betekenis) vinden. Zonder een uitputtende analyse te willen geven van de – zeer casuïstische – rechtspraak op dit punt, wijzen we erop dat uit deze rechtspraak volgt dat er wel enige ruimte is om te betogen dat niet ieder afwijkend voorstel direct als een (volledige) afwijzing van het voorliggende aanbod kan worden gezien. Zo werd het wijzigen van de ontbindingsgrond in een huurovereenkomst van een naar twee maanden huurachterstand beoordeeld als een ondergeschikt punt¹⁸ en werd dit ook geoordeeld over clausules in een vaststellingsovereenkomst met betrekking tot het intreden van verzuim en het verschuldigd zijn van wettelijke rente.¹⁹

Het valt niet uit te sluiten dat de juridisch adviseur dit in onderhavige kwestie met zijn reactie richting de gemeente voor ogen heeft gehad, ware het niet dat bepalingen inzake de prijs – en ons inziens daarmee ook inzake de hoogte van de schadevergoeding – eigenlijk altijd meer zijn dan slechts ‘een ondergeschikt punt’, zo blijkt ook uit de conclusie van A-G Van Peursem.²⁰ Toch is dit niet altijd het geval. Zo oordeelde de kortgedingrechter in Amsterdam recent dat partijen overeenstemming hadden bereikt over de koop van aandelen voor een bedrag van € 360.000 en dat de discussie over het al dan niet overnemen van de inboedel voor € 5000 een ondergeschikt punt was, waarop de aandelenoverdracht niet kon afstuiten.²¹

3.3 Nog een uitstap: zorgplicht (juridisch) adviseur versus advocaat

In de onderhavige kwestie werd de vof bijgestaan door een juridisch adviseur. In hoeverre deze adviseur juridisch geschoold was, volgt niet met zoveel woorden uit de casus. Dit brengt ons op de vraag in hoeverre de zorgplicht van een algemeen adviseur, die van een juridisch adviseur en die van een advocaat vergelijkbaar zijn, of juist van elkaar verschillen.

In de eerste plaats zou daarbij relevant kunnen zijn wat de professional en zijn cliënt over de inhoud en reikwijdte van de opdracht hebben afgesproken. Hoewel een professional ook een zorgplicht kan hebben buiten de aan hem verstrekte opdracht,

kleurt die opdracht de zorgplicht wel in.²² Buiten een procedure, waarbij sprake is van verplichte rechtsbijstand door een advocaat, kan een cliënt aan een (juridisch) adviseur en een advocaat dezelfde opdracht geven, waardoor dit aspect wat ons betreft uiteindelijk geen doorslaggevende betekenis zal hebben voor de vraag of – in de basis – van een advocaat meer kan worden verwacht dan van een (juridisch) adviseur.

Verder zou relevant kunnen zijn hoe de professional zich naar buiten presenteert. Daarmee worden de verwachtingen van een cliënt, en daarmee de zorgplicht van de professional, ingekleurd. Als voorbeeld noemen wij de niet juridisch geschoolde adviseur, die op zijn website aangeeft zijn cliënten ook in juridische kwesties te kunnen bijstaan. De zorgplicht van de algemeen adviseur en die van de juridisch adviseur zullen in een dergelijk geval naar ons oordeel weinig van elkaar verschillen. Dat zou anders kunnen zijn als de algemeen adviseur op zijn website duidelijk maakt dat hij geen juridische kennis heeft. In dat geval kan van een juridisch adviseur op juridisch vlak mogelijk meer worden verwacht dan van een algemeen adviseur. De algemeen adviseur zal echter moeten beseffen dat hij er met alleen een mededeling (op de website) aan het begin van een advies- of begeleidingstraject niet zonder meer is. Deze adviseur zal ook bij de uitvoering van de werkzaamheden moeten oppassen dat hij niet (alsnog) verkeerde verwachtingen wekt bij de klant over zijn expertise en ervaring. Dat alles hangt samen met het gegeven dat waar een professional op een bepaald punt verantwoordelijkheid naar zich toe trekt, de (gerechtvaardigde) verwachting van de klant kan ontstaan dat de professional ook de capaciteiten heeft om de klant op dat punt te adviseren of anderszins bij te staan.

Wij wijzen op een uitspraak van de rechtbank Rotterdam uit 2015, waarin de rechtbank zich uitliet over de werkzaamheden van een op juridisch vlak adviserende accountant.²³ Indien een accountant een opdracht tot het verlenen van juridisch advies aanneemt, zal van hem een voldoende gedegen advies verwacht kunnen worden, aldus de rechtbank. De rechtbank gaat verder met de overweging dat als de accountant zich niet goed in staat acht een dergelijke opdracht naar behoren uit te voeren, hij die opdracht dient te weigeren en zijn cliënt naar een specialist zal moeten doorverwijzen. Dat de accountant geen juridisch specialist is, discolpeert hem dus niet en is geen grond voor een andere – minder strikte – beoordeling van de vraag of hij zijn zorgplicht heeft nageleefd. Dit oordeel lijkt ons als vertrekpunt juist. Door de opdracht (zonder beperkingen) aan te nemen heeft de accountant de (gerechtvaardigde) verwachting

18 Rb. Limburg 15 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1251.

19 Rb. Arnhem 1 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ6204.

20 Zie daarover A-G Van Peursem, en zijn verwijzing in dat verband naar W.L. Valk, De aanvaarding van het aanbod, in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/75.

21 Rb. Amsterdam 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5625.

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

23 Rb. Rotterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1023.

gewekt dat hij de capaciteiten heeft om zijn cliënt van een degelijke juridisch advies te voorzien, en zal hij daar ook voor in moeten staan.

In het verlengde hiervan zou voor de beantwoording van de vraag of de zorgplicht van een advocaat en die van een (juridisch) adviseur van elkaar verschillen, mogelijk een rol kunnen spelen of – en in hoeverre – van een beroepsbeoefenaar die zich naar de buitenwereld presenteert als specialist meer kan worden verwacht dan van de ‘gemiddelde’ beroepsbeoefenaar. Het antwoord op de vraag of van een specialist meer kan worden verwacht, is echter niet klip-en-klaar.

Over de invloed van het specialisme op de zorgplicht is eerder in dit tijdschrift al kort iets gezegd.²⁴ Terecht is toen aangegeven dat de Hoge Raad vooralsnog terughoudend is in de beantwoording van de vraag of van een gespecialiseerd advocaat meer mag worden verwacht, althans dat voor de gespecialiseerd advocaat eerder een zorgplicht ontstaat dan voor een algemeen praktiserend advocaat. Zo heeft de Hoge Raad in zijn arrest in 2020 uitdrukkelijk geen gezichtspunt willen maken van het specialisme van de advocaat, door expliciet te overwegen: ‘ook niet als de betrokken advocaat is gespecialiseerd in het insolventierecht’.²⁵ Ook in het arrest van 22 december 2017, waarover wij schreven in onze vorige bijdrage,²⁶ lijkt de Hoge Raad op dit punt terughoudend te zijn.²⁷ Waar het hof de lat hoog had gelegd omdat het om een gespecialiseerde vastgoedadvocaat ging,²⁸ ging de Hoge Raad daar niet in mee en oordeelde dat op de advocaat geen onderzoeksplicht rustte.

Dit neemt echter niet weg dat een eerder arrest van de Hoge Raad van 21 november 2003 een opening biedt voor de stelling dat het specialisme van de advocaat wel degelijk relevant is. Het betreft een arrest over de aansprakelijkheid van makelaars, waaruit kan worden afgeleid dat het specialisme van de makelaar relevant is voor de beoordeling van de naleving van zijn of haar zorgplicht. De Hoge Raad overweegt:²⁹

‘Voorts is van belang dat het hof [makelaar; LG & EvO] heeft aangemerkt als een – naar het hof kennelijk bedoelt: op agrarisch gebied – gespecialiseerd makelaar, welk oordeel in cassatie niet is bestreden.

(...)

Zonder nadere, door het hof niet gegeven, motivering is niet duidelijk, waarom van een gespecialiseerd makelaar als [makelaar; LG & EvO] niet een zodanige kennis van dit besluit verlangd mag worden, dat hij op deze mogelijkheid bedacht was.’

Dat het specialisme van de beroepsbeoefenaar, en dus ook van de advocaat, relevant kan zijn voor de beoordeling van de zorgplicht, ziet men vaker terug in lagere rechtspraak en literatuur. Zo diende de rechtbank ’s-Gravenhage zich uit te laten over de werkzaamheden van een (cassatie)advocaat. De rechtbank overwoog daarbij, verwijzend naar voornoemd arrest van de Hoge Raad:³⁰

‘Treedt een beroepsbeoefenaar naar buiten als specialist op een bepaald gebied, dan zullen nog zwaardere eisen worden gesteld aan zijn handelingen op het betreffende gebied (HR 21 november 2003, NJ 2004/82).’

Ook in het tuchtrecht lijkt ervan uit te worden gegaan dat van een specialistisch advocaat meer deskundigheid kan worden verwacht.³¹

In dit verband wijzen wij op een tweetal uitspraken van de rechtbank Rotterdam. In de eerste uitspraak liet de rechtbank zich uit over de werkzaamheden van een advocaat, gespecialiseerd in het arbeidsrecht, voor een op staande voet ontslagen lid van de raad van bestuur van een ziekenhuis. De rechtbank overwoog in haar uitspraak:³²

‘Wat in concreto van een advocaat als goed opdrachtnemer mag worden verwacht, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Met [eiser] is de rechtbank van oordeel dat daartoe ook behoort de mate waarin de desbetreffende advocaat zich als specialist op het betrokken rechtsgebied profileert. Van een specialist mag een opdrachtgever een grotere deskundigheid verwachten dan van een advocaat die zich niet als zodanig presenteert.’

In een tweede uitspraak liet de rechtbank zich uit over de advieswerkzaamheden van twee Zuidas-advocaten over een minnelijke ontbinding van een onderneming.³³ De rechtbank oordeelde dat van het gerenommeerde kantoor en de daaraan verbonden advocaten, gelet op hun reputatie en tarieven, meer vakkennis mag worden verlangd dan van een gemiddeld kantoor en van gemiddelde advocaten.

Uit deze uitspraken volgt dat (zeker) in de (lagere) rechtspraak al een aantal keer is aangenomen dat van een gespecialiseerde advocaat, met een (vaak) daarbij horend hoog uurtarief, in bepaalde situaties meer kan worden verwacht (op het gebied van zijn specialisme) dan van een advocaat die zich bezighoudt met de algemene praktijk. Hoewel dit niet onlogisch klinkt, hebben wij ons afgevraagd wat het voor de invulling van de zorgplicht zou (kunnen) betekenen als zou worden aangenomen

24 Kramer 2020.

25 HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61.

26 Van Orsouw & Godwaldt 2018.

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

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

29 HR 21 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2308.

30 Rb. ’s-Gravenhage 6 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2104.

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

32 Rb. Rotterdam 17 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL8874 (tussenvonnissen) en Rb. Rotterdam 19 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP6995 (eindvonnissen).

33 Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW4460.

dat van een specialist meer kan worden verwacht dan van een advocaat die zich niet als zodanig presenteert. Deze vraag blijkt lastig te beantwoorden en zou een van de redenen kunnen zijn waarom de Hoge Raad zich op dit punt tot nu toe terughoudend heeft opgesteld.

Bij nadere overdenking vragen wij ons af in welke situaties een specialisme zou leiden tot een zwaardere zorgplicht. Wij hebben geen situatie kunnen bedenken waarin een specialist enkel en alleen vanwege zijn specialisme aansprakelijk zou zijn. Dit is dus de situatie waarin de algemeen praktiserend advocaat – die op exact dezelfde manier gehandeld heeft als die specialist – niet aansprakelijk zou zijn. Wij denken dat aansprakelijkheid enkel kan worden aangenomen indien de advocaat die de zaak behandelt door ‘de ondergrens’ van zijn zorgplicht heen zakt, en – na lange overpeinzing – denken wij uiteindelijk toch dat die ondergrens voor alle advocaten (specialist of niet) in principe – in een verder vergelijkbare situatie en gelijke contractuele setting³⁴ – toch gelijk is.

Zo dient elke advocaat de relevante (fatale) termijnen in zijn dossiers in de gaten te houden, dient elke advocaat te voorkomen dat hij zijn cliënt blootstelt aan vermijdbare en voorzienbare risico’s, en dient elke advocaat zijn cliënt dusdanig te adviseren en voor te lichten over een te nemen beslissing dat hij zijn cliënt in staat stelt om die beslissing goed geïnformeerd te nemen. Bovendien dient iedere advocaat de juridische problematiek van een door hem aangenomen opdracht in de juiste context te kunnen plaatsen.

Bestudering van de eerder door ons genoemde uitspraken heeft ons niet op andere gedachten gebracht. Wij hebben namelijk niet het idee dat van algemeen praktiserend advocaten in de voorliggende casussen een andere (mindere) prestatie had mogen worden verwacht dan van de specialisten in kwestie. Zo menen wij dat een ‘gemiddeld’ advocaat het lid van de raad van bestuur ook voldoende had moeten voorlichten over zijn opties jegens het ziekenhuis, en dat een niet-Zuidas-advocaat zijn cliënt ook gedegen had moeten adviseren over de minnelijke ontbinding van de onderneming, op het moment dat zij die opdrachten hadden aangenomen. Ons vermoeden is dan ook dat de zorgplicht van de specialist en die van de algemeen praktiserend advocaat ná het aannemen van een opdracht doorgaans niet van elkaar zullen verschillen.

Wel denken wij dat het specialisme van de advocaat een rol speelt ‘aan de poort’, dus bij de vraag of een advocaat een zaak

kan aannemen. Sommige (juridische) discussies zullen een bepaald niveau van specialisme vereisen, waarbij het niveau van het specialisme van de betreffende advocaat de ondergrens bepaalt van de vraag of hij de opdracht kan/mag aannemen. Wij menen dat een advocaat die een opdracht aanneemt voor de behandeling van een zaak waarvoor zijn specialisme niet toereikend is, en zijn cliënt vervolgens onjuist of onvolledig adviseert, zich er niet achter kan verschuilen dat hij geen specialist is op dat gebied. Hij had de opdracht dan simpelweg niet moeten aannemen, het specialistische onderdeel van de opdracht moeten uitbesteden, ofwel over zijn kennis en kunde duidelijke afspraken moeten maken met zijn cliënt. Dit is ook in lijn met de eerder besproken uitspraak over de accountant die zijn cliënten van juridisch advies voorziet. Indien de accountant een opdracht tot het verstrekken van juridisch advies aanneemt, wekt hij daarmee de verwachting dat hij daartoe capabel is, en zal van hem een gedegen juridisch advies mogen worden verwacht, ondanks het feit dat hij geen jurist is.³⁵

Naast een rol ‘aan de poort’ kan het specialisme van de advocaat mogelijk een rol spelen bij vragen over de hoogte van het te hanteren uurtarief en de verwachte tijdsbesteding en snelheid waarmee een cliënt rekening mag houden. Maar dat zijn aspecten die verder weinig met de ondergrens van de zorgplicht te maken hebben.

Uiteindelijk neigen wij er dan ook naar te concluderen dat specialisme an sich in principe geen invloed heeft op het bepalen van de ondergrens van de kwaliteit van de inhoudelijke dienstverlening en dus geen invloed heeft op de zorgplicht van de advocaat nádat hij de zaak heeft aangenomen.³⁶ Als voorvraag dient te worden gesteld of de advocaat voldoende kunde en ervaring heeft om de zaak te kunnen behandelen. Als de advocaat, specialist of niet, de zaak in behandeling neemt, dan menen wij dat voor de specialist en de algemeen praktiserend advocaat in principe dezelfde ondergrens in kwaliteit van de inhoudelijke dienstverlening geldt.³⁷

Terug naar de vraag of van een advocaat meer kan worden verwacht dan van een (juridisch) adviseur. Voor de hand ligt om daarbij mee te wegen dat een advocaat de beroepsopleiding heeft afgerond en gebonden is aan de nodige beroeps- en gedragsregels. Het (enige) feit dat een advocaat de beroepsopleiding heeft afgerond, legt wat ons betreft voor een hogere zorgplicht te weinig gewicht in de schaal. Immers, ook een juridisch adviseur kan de nodige verdiepende opleidingen hebben gevolgd. Bovendien geldt een groot deel van de beroeps- en gedragsregels wat ons betreft – hoewel ongeschreven – ook voor de juridisch adviseur, dus ook daarin vinden wij geen antwoord op onze vraag. De rechtbank Zeeland-West-Brabant gaf in 2016 een voorzet voor de beantwoording van onze vraag:

³⁴ Die contractuele setting en (daarmee) de aard en inhoud van de opdracht kunnen uiteraard van belang zijn voor de invulling van de zorgplicht. Zo kunnen wij ons voorstellen dat er situaties te bedenken zijn waarin de algemeen praktiserend advocaat zijn opdracht duidelijk afbakent, waarbij hij met zijn cliënt duidelijke afspraken maakt over wat die cliënt wel en niet van hem kan verwachten. Deze omstandigheden zouden de zorgplicht van die betreffende advocaat kunnen invullen en de voornoemde ondergrens kunnen verleggen. Dit is echter het antwoord op een andere vraag dan die of een specialist in zijn algemeenheid eerder aansprakelijk kan worden gehouden dan een algemeen praktiserend advocaat.

³⁵ Rb. Rotterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1023.

³⁶ Rb. Rotterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1023.

³⁷ Rb. Rotterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1023.

‘Hoewel een juridisch dienstverlener/adviseur niet zonder meer gelijk te stellen is aan een advocaat mag ook van hem als deskundige partij op het juridisch vlak worden verwacht dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt.’³⁸

De zorgplicht van een juridisch adviseur is volgens de rechtbank Zeeland-West-Brabant dus niet zonder meer gelijk te stellen met die van de advocaat, maar is ook niet zonder meer anders. Daarbij geldt voor de juridisch adviseur evengoed dat hij een zaak alleen dient aan te nemen indien zijn specialisme daartoe toereikend is.

Wij komen tot de conclusie dat de door onszelf opgeworpen vraag in principe ontkennend dient te worden beantwoord. Wij denken dat het enige feit dat de beroepsbeoefenaar een advocaat (of een juridisch adviseur) is, geen doorslaggevend betekenis zal hebben bij de vraag of de beroepsbeoefenaar voor zijn handelen (of nalaten) aansprakelijk is. Waar de juridisch adviseur mogelijk niet op alle fronten gelijk is te stellen aan een advocaat, wijkt (de ondergrens van) diens zorgplicht niet zonder meer af van die van een advocaat. *Als* het specialisme van de professional al een zwaardere zorgplicht met zich zou brengen – hetgeen, zoals wij betoogd hebben, niet het geval lijkt te zijn –, betekent ook dit wat ons betreft niet dat van de advocaat meer kan worden verwacht dan van de (juridisch) adviseur. Een advocaat is immers niet zonder meer verdergaand gespecialiseerd dan een (juridisch) adviseur. Een (juridisch) adviseur kan evengoed een specialist zijn in bepaalde materie. Als gezegd denken wij dat de invulling van de zorgplicht in belangrijke mate zal afhangen van de verwachtingen die de jurist (advocaat of niet) bij zijn cliënt heeft gewekt. Dat maakt dat de aard en inhoud van de opdracht en de in dat kader contractueel gemaakte afspraken van groot belang kunnen zijn voor het bepalen van de omvang (en de ondergrens) van de zorgplicht. Of de opdrachtnemer in die opdrachtrelatie nu een jurist is of een advocaat, is dan voor die verwachtingen van minder belang.

4 Conclusie

Met het arrest van de Hoge Raad is de zorgplicht van de juridisch adviseur, in lijn met de eerdere jurisprudentie over de zorgplicht van de advocaat, een stukje verder ingevuld. Het arrest is relevant voor de beantwoording van de vraag in welk geval een juridisch adviseur zijn cliënt dient te waarschuwen voor risico’s, zoals die van het doen van een tegenbod. In het (eerder door ons besproken³⁹) arrest van de Hoge Raad van 22 december 2017⁴⁰ werd op grond van de aanwezige kennis bij de cliënt geoordeeld dat de advocaat niet zonder meer nader onderzoek hoefde te verrichten naar de omvang van de restverontreiniging in de grond (waaruit mogelijk valt af te leiden dat hij daarvoor ook niet hoefde te waarschuwen). In on-

derhavig arrest is de kennis van de cliënt wederom van belang voor de beoordeling van de naleving van de zorgplicht door de jurist. In dit arrest was de kennis van de cliënt echter juist beperkt, een omstandigheid die eerder leidt tot een waarschuwingsplicht van de jurist.

Het arrest benadrukt het belang van het waarschuwen voor de risico’s van het doen van een tegenbod. Daarnaast vult de Hoge Raad de eerder voor de beoordeling van de naleving van de zorgplicht relevant geachte Kelderluik-criteria⁴¹ in door een aantal concrete gezichtspunten relevant te beoordelen voor de naleving van de zorgplicht. Die gezichtspunten zijn grotendeels terug te voeren op de factoren zoals die eerder werden besproken in een kroniek over de zorgplicht van assurantietussenpersonen.⁴² Aan de in die kroniek genoemde ‘zorgplichtfactoren’ zouden ons inziens kunnen worden toegevoegd ‘de (kenbare) belangen van de opdrachtgever’ en ‘de verwachtingen die de opdrachtnemer bij zijn opdrachtgever heeft gewekt’. De lijst van relevante beoordelingsfactoren van de zorgplicht van een jurist (advocaat of niet) jegens zijn opdrachtgever zou er dan als volgt uit komen te zien:

1. de inhoud en de aard van de opdracht;
2. de aard van het product (in het geval van beroepsaansprakelijkheid van de advocaat: de aard van de zaak waarin de cliënt wordt bijgestaan);⁴³
3. de grootte van de kans op schade;
4. de kenbaarheid van het risico op schade bij de opdrachtnemer;
5. de kenbaarheid van het risico op schade bij de opdrachtgever;
6. de hoedanigheid van de opdrachtgever *en diens (kenbare) belangen*;
7. de aard en omvang van de (mogelijke) schade;
8. *de (gerechtvaardigde) verwachtingen die de opdrachtnemer bij de opdrachtgever heeft gewekt*;
9. de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van maatregelen door de assurantietussenpersoon;
10. de omvang van de beloning voor de opdrachtnemer.

Wij zijn benieuwd naar het oordeel van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, dat zich over de kwestie zal moeten uitlaten na de verwijzing door de Hoge Raad. Op grond van het feitenkader zoals dat kenbaar is uit het arrest van de Hoge Raad en de conclusie van A-G Van Peurseem valt op voorhand niet uit te sluiten dat het verwijzingshof tot het oordeel komt dat de juridisch adviseur in dit geval een zorgplicht heeft geschonden. Ook indien het hof zou oordelen dat de juridisch adviseur is tekortgeschoten in zijn zorgplicht doordat hij de vof onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de mogelijke gevolgen van het doen van het tegenbod, is de vof er echter nog niet. Dan is er immers nog de vraag of deze fout bij de vof tot schade heeft geleid. De vraag is of de vof causaal verband aannemelijk kan maken tussen de (beweerdelijke) beroepsfout en de

38 Rb. Zeeland-West-Brabant 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6867.

39 Van Orsouw & Godwaldt 2018.

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

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

42 Van der Woude, Van Orsouw & Overes 2017.

43 Zie noot 15.

gestelde schade. Daarvoor is relevant wat de vof had gedaan in de hypothetische situatie dat de juridisch adviseur de vof afdoende had geïnformeerd over de risico's van het doen van het tegenbod.⁴⁴ Als de vof er, na dit advies, ook dan voor had gekozen om te proberen 'er nog wat meer uit te halen', was het eindbod van de gemeente (ook) komen te vervallen, en heeft de vof geen schade geleden als gevolg van de (eventuele) zorgplichtschending van de juridisch adviseur. De bewijslast op dit punt ligt in principe bij de vof. De vof zal aannemelijk moeten maken dat zij wel degelijk andere instructies zou hebben gegeven aan de juridisch adviseur als hij haar op een adequate manier had voorgelicht en/of gewaarschuwd. De vraag is welke eisen er zullen worden gesteld aan dit bewijs. Zeker gelet op het (financiële) belang dat de vof had om tot een regeling te komen, en de belangen van de vof die op het spel stonden bij het doen van een tegenbod in combinatie met het verminderde, of zelfs verdwenen, belang van de gemeente om tot een regeling te komen, kunnen wij ons voorstellen dat het hof hieraan niet al te zware eisen zal stellen. Uiteraard hangt dit mede af van hetgeen de juridisch adviseur op dit punt kan inbrengen.

⁴⁴ De vraag is overigens hoe in een dergelijk advies moet worden omgegaan met het feit dat het niet vaak voorkomt dat een partij haar regelingsvoorstel niet gestand doet na een afwijzing daarvan door de wederpartij. We kunnen ons voorstellen dat dit wel benoemd wordt, maar dat dan tegelijk wordt ingegaan op de vraag of in het concrete geval er specifieke omstandigheden zijn die maken dat dit mogelijk anders is. Zoals hiervoor is aangegeven, zou in het voorliggende geval van de juridisch adviseur deze specifieke omstandigheid mogelijk gelegen zijn in het feit dat gedurende de onderhandelingen het belang voor de gemeente om tot een regeling te komen, was verminderd.