

22. Recent heeft de Hoge Raad in dit verband overwogen dat 'gebreken' in een uitspraak niet de conclusie rechtvaardigen dat er sprake is van een klaarblijkelijke misslag. Een spoorwisseling na een tussenvonnis is bijvoorbeeld geen klaarblijkelijke misslag. Het niet responderen op een verweer tegen een gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad levert eveneens geen klaarblijkelijke misslag op, hooguit een onvoldoende motivering van die uitvoerbaarverklaring bij voorraad (zie HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:429, r.o. 3.2.1).

23. De voorzieningenrechter ontkomt er niet aan om binnen die marginale inhoudelijke toetsing een (zekere) prognose over de afloop van de zaak in de bodemprocedure in de oordeelsvorming te betrekken. In het onderhavige arrest preciseert de Hoge Raad in r.o. 3.4.4 dit vertrekpunt door te overwegen dat het hof in ogenschouw mocht nemen dat er in de bodemprocedure door gedaagde nog niet behandelde verweren waren aangevoerd die, ook al zou er sprake zijn van een klaarblijkelijke misslag, zouden kunnen meebrengen dat het hof in de bodemprocedure niet tot een onjuist eindoordeel is gekomen. Na vernietiging door de Hoge Raad is niet ondenkbaar dat het eindoordeel van het verwijzingshof gelijklopend is aan de bestreden uitspraak; het hof mocht dit van de Hoge Raad betrekken in zijn oordeelsvorming. Hierbij wordt meegewogen dat de curator niet heeft gesteld dat de andere, onbehandeld gebleven verweren van gedaagde in de bodemprocedure kansloos zijn. Dat een uitspraak berust op een klaarblijkelijke misslag brengt dus niet steeds mee dat de executant die deze uitspraak ten uitvoer legt, misbruik van bevoegdheid maakt (r.o. 3.4.3).

mr. G.J. de Bock  
advocaat bij TeekensKarstens advocaten notarissen

102

**Nalaten verjaring vordering te stuiten door advocaat wordt niet beoordeeld omdat stuiting in casu zinloos was**

Hoge Raad  
29 mei 2020, nr. 18/04275, ECLI:NL:HR:2020:986  
(mr. Streefkerk, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff)  
(Concl. A-G Hartlief)  
Noot mr. R.J.G. Mengelberg

**Beroepsaansprakelijkheid advocaat. Nalaten verjaring vordering te stuiten die aan cliënt was gecedeerd. Verweer dat stuiting zinloos zou zijn geweest omdat de cessie, naar achteraf is gebleken, niet was voltooid, waardoor cliënt geen rechthebbende op de vordering was. Motivering.**

[BW art. 6:89]

*Essentie: In deze zaak heeft het hof uitleg gegeven aan de vraag wat van een redelijk handelend advocaat verwacht mag worden bij de aanvaarding van een opdracht. Moet hij – zoals in dit geval bij de incasso van een gecedeerde vordering – alleen doen wat hem is opgedragen en niet meer dan dat? Of moet hij initiatief tonen en de juridische situatie eigener beweging onderzoeken? In dit geval onderzoek naar de vraag of*

*sprake was van verjaring en de vraag of de overdracht van de vordering perfect was. Daarbij heeft het hof ook aandacht gegeven aan de klachttermijn van art. 6:89 BW.*

*De Hoge Raad komt niet toe aan de beoordeling van deze kwestie en stelt vast dat de overtreding van deze norm de cliënt in dit geval niet kan baten omdat de onderwerpelijke vordering ook zou worden afgewezen als de advocaat alle normen in acht zou hebben genomen.*

*Samenvatting: Hoewel het incidentele beroep voorwaardelijk is ingesteld, zal de Hoge Raad onderdeel 1.3 van het incidentele middel eerst behandelen omdat dit de verste strekking heeft.*

*Onderdeel 1.3 is gericht tegen het oordeel van het hof (in r.o. 3.5) dat [verweerder 1] aan [eiser] niet kan tegenwerpen dat een stuiting van de verjaring geen effect zou hebben gehad. Het onderdeel betoogt onder meer dat dit oordeel niet kan volgen uit de daaraan voorafgaande overwegingen dat [verweerder 1], voordat hij aan zijn werkzaamheden ter incasso van de vordering begon, zich ervan had moeten vergewissen dat [eiser] inderdaad rechthebbende op de vordering was geworden en dat hij de consequenties voor de rechtspositie van [eiser] van het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden met hem had moeten bespreken. Het onderdeel betoogt dat ook als [verweerder 1] dit zou hebben gedaan, dit niets zou hebben veranderd aan de feitelijke situatie dat [eiser] ten tijde van de opdracht aan [verweerder 1] tot incasso van de vordering geen rechthebbende op de vordering was geworden, terwijl de cessie aan [eiser] door het faillissement van [B] ook niet meer kon worden voltooid en dat [verweerder 1] de verjaring dus niet rechtsgeldig zou hebben kunnen stuiten.*

*Deze klacht treft doel. [verweerder 1] heeft als verweer tegen de vorderingen van [eiser] aangevoerd dat stuiting van de vordering door [verweerder 1] (namens [eiser]) zonder effect zou zijn geweest, omdat [eiser] geen rechthebbende op de vordering was. Het hof heeft zijn oordeel dat [verweerder 1] dit niet aan [eiser] kan tegenwerpen, gemotiveerd met de overwegingen dat [verweerder 1] had moeten onderzoeken of [eiser] rechthebbende op de vordering was geworden en hij met [eiser] de consequenties voor diens rechtspositie had moeten bespreken van het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden. Het onderdeel betoogt terecht dat die motivering ontoereikend is omdat naleving van deze verplichtingen door [verweerder 1] onverlet zou hebben gelaten dat [verweerder 1] de vordering niet namens [eiser] had kunnen stuiten nu laatstgenoemde daarop geen rechthebbende was.*

*De stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat het verweer van [verweerder 1] dat stuiting zinloos zou zijn geweest, door [eiser] uitsluitend is bestreden met het argument dat ook door het hof aan zijn verwerping van het verweer van [verweerder 1] ten grondslag is gelegd, en dat in 3.2 ondeugdelijk is bevonden. Een en ander brengt mee dat het verweer van [verweerder 1] dat stuiting zinloos zou zijn geweest, gegrond is. Na verwijzing is dan ook geen ander oordeel mogelijk dan dat [verweerder 1] niet aansprakelijk is voor het nalaten van die stuiting.*

*Gelet op hetgeen in 3.3 is overwogen, heeft [eiser] geen belang bij het middel in het principale beroep dat is gericht tegen het oordeel van het hof dat zijn recht om te klagen is vervallen. De in het middel aangevoerde klachten kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.*

*Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen verder geen behandeling.*

[eiser], wonende te [woonplaats],  
eiser in het principale cassatieberoep, verweerder in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,  
hierna: [eiser],  
advocaat: H.J.W. Alt,  
tegen  
1. [verweerder 1], wonende te [woonplaats],  
2. [verweerder 2] B.V., gevestigd te [woonplaats],  
verweerders in het principale cassatieberoep, eisers in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,  
hierna gezamenlijk: [verweerders],  
advocaat: K. Teuben.

### Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Hartlief)

[verweerder 1] is als advocaat ingeschakeld door [eiser] ter incasso van een vordering die aan hem gecedeerd zou zijn. De cessie blijkt echter niet voltooid, omdat nog geen mededeling aan de debiteur heeft plaatsgevonden en de cedent vervolgens failliet is gegaan. Nadat met medewerking van de curatoren cessie alsnog heeft plaatsgevonden, wordt de incasso hervat. De debiteur doet vervolgens echter in rechte succesvol een beroep op een contractuele verjaringsbepaling. In deze procedure ligt de vraag voor of aan advocaat [verweerder 1] het verwijt valt te maken dat hij die verjaring niet heeft gestuit. Complicerende factor is dat [verweerder 1] inmiddels geen verzekeringsdekking meer heeft voor eventuele aansprakelijkheid (reden waarom assurantietussenpersoon [verweerder 2] door [verweerder 1] in vrijwaring is betrokken). [verweerder 1] verweert zich onder meer tegen de vordering met een beroep op schending van de klachtplicht van art. 6:89 BW en stelt in dat verband dat hij, als eerder was geklaagd, zijn verzekering niet (op deze wijze) had beëindigd. Het hof oordeelt dat [verweerder 1] niet heeft gehandeld als van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht, maar honoreert diens beroep op schending van de klachtplicht. In cassatie wordt tegen dat oordeel opgekomen. [verweerder 1] komt met een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep op tegen het oordeel dat hij niet als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat heeft opgetreden.

#### 1. Feiten

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>1</sup>  
1.2. [eiser] heeft in de periode oktober 2001-maart 2002 een reorganisatieopdracht uitgevoerd voor [A] (hierna: '[A]'), van wie [B] B.V. (hierna: '[B]') een dochter was. In het najaar van 2001 werden gesprekken gevoerd tussen [A] en [betrokkene 1] (hierna: '[betrokkene 1]'), die mogelijk bedrijfsactiviteiten van [B] wilde overnemen. Op 8 januari 2002 zijn er overeenkomsten, waaronder een Business Purchase Agreement (hierna: 'BPA'), tot stand gekomen tussen [B] en [betrokkene 1] die waren gericht op overdracht van bedrijfsactiviteiten van [B].  
1.3. Op 14 januari 2002 heeft [betrokkene 1] aan [B] gemaald:

'I have faced with a road accident and although I am not hurt (much) the situation is serious as it involves a lot of investigation procedures. Due to this incident I have to pull out of the project in discussion as it requires too much involvement. I regret to inform that this accident is now preventing my way to move forward.'

1.4. [B] heeft [betrokkene 1] laten weten niet akkoord te gaan met deze beëindiging van de overeenkomst, waarop [betrokkene 1] op 18 januari 2002 heeft gemaald dat zijn bank geen medewerking aan de uitvoering daarvan zal geven. Vervolgens heeft [B] hem in gebreke gesteld. Bij fax van 28 januari 2002 heeft zij hem aansprakelijk gesteld voor alle schade die het gevolg is van de niet-nakoming van zijn verplichtingen.

1.5. [B] en [eiser] hebben op 21 februari 2002 een akte met onder meer de volgende inhoud ondertekend:

'Hierbij verklaart [B] B.V. (...), dat [B] heden, 21 februari 2002, rechtsgeldig aan [eiser] (...) de vordering en alle toekomstige opbrengsten inzake de (juridische) procedure met betrekking tot de claim van [B] op [betrokkene 1] uit hoofde van een tussen [B] en [betrokkene 1] gesloten overeenkomst d.d. 9 januari 2002 overdraagt. De overdracht vindt plaats met alle rechten en nevenrechten, nader gespecificeerd het volledige te claimen bedrag op [betrokkene 1] uit hoofde van contractbreuk met inbegrip van eventueel te vorderen rente en (buitengerechtelijke) incassokosten. Na onderstaande ondertekening zal [eiser] [betrokkene 1] van de overdracht op de hoogte stellen.

Ten aanzien van alle relevante documenten die [eiser] meent nodig te hebben in verband met de (eventuele) procedure verklaart [B] deze in bruikleen aan hem ter beschikking te stellen.

Deze overdracht vindt plaats op grond van een koopovereenkomst tussen partijen.'

1.6. De achtergrond van deze overdracht is dat de facturen van [eiser] betreffende zijn *management fee* vanaf oktober 2001, door [eiser] ter comparitie in eerste aanleg geschat op in totaal ongeveer € 45.000,=, niet betaald zijn door [B].

1.7. Op 11 maart 2002 is [B] failliet verklaard.

1.8. [verweerder 1] is in ieder geval vanaf 25 april 2002 als advocaat van [eiser] bij de zaak betrokken. Hij heeft, nadat hij en [eiser] in juli 2003 naar Bahrein zijn geweest om onder meer na ruggespraak met twee ter plaatse gevestigde advocaten de proceskansen te wegen, de dagvaarding van [betrokkene 1] en de door hem bestuurde vennootschap [C] W.L.L. voorbereid, welke dagvaarding op 14 mei 2004 is uitgebracht. Het betreft een vordering tot schadevergoeding van ruim € 11.000.000,=. In reactie daarop heeft de advocaat van [betrokkene 1] [verweerder 1] bij fax van 24 mei 2004 meegedeeld het standpunt in te nemen dat de cessie niet vóór het faillissement van [B] op 11 maart 2002 is meegedeeld aan [betrokkene 1] en dat daarmee de vordering niet rechtsgeldig aan [eiser] was overgedragen, waarna [verweerder 1] heeft besloten de procedure tegen [betrokkene 1] en [C] W.L.L. niet aan te brengen.<sup>2</sup>

2 Ingevolge art. 3:94 lid 1 BW is voor levering van een tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen recht behalve een daartoe bestemde akte ook mededeling daarvan aan die persoon of personen door de vervreemder of verkrijger vereist. Volgens art. 35 lid 1 Faillissementswet kan de levering niet meer geldig geschieden indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn, hebben plaatsgevonden.

1 Deze feitenweergave is gebaseerd op rov. 2.1-2.18 van het bestreden eindarrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 10 juli 2018, zaaknummer 200.197.023 (niet gepubliceerd).

1.9. De curatoren in het faillissement van [B] hebben bij brief van 12 januari 2005 voorlopig de nietigheid van de overdracht van de vordering op [betrokkene 1] aan [eiser] ingeroepen op grond van art. 42 Faillissementswet.<sup>3</sup> Zij hebben dit voorlopig gedaan, omdat zij de stukken, die zich onder [eiser] bevonden (randnummer 1.5 hiervoor) nog niet hadden.

1.10. In september 2005 heeft [verweerder 1] op verzoek van [eiser] het dossier overgedragen aan de opvolgend advocaat van [eiser], [betrokkene 2]. Op 15 september 2005 heeft [eiser] aan [verweerder 1] onder meer gemaild dat de curatoren in het faillissement van [B] hebben besloten zelf ter incasso van de vordering tegen [betrokkene 1] te gaan procederen en de vordering niet aan hem over te dragen. In dezelfde mail heeft [eiser] bevestigd 'dat de tussen ons gesloten overeenkomst inzake de gehele claim derhalve is beëindigd en ik ga ervan uit dat we bij deze over en weer niets van elkaar te vorderen hebben'. Hierop heeft [verweerder 1] laten weten dat het dossier beschikbaar is.

1.11. De curatoren in het faillissement van [B] hebben op 24 januari 2007 alsnog de vordering op [betrokkene 1] aan [eiser] overgedragen.

1.12. [eiser] heeft vervolgens [betrokkene 1] gedagvaard. De vordering is afgewezen door de rechtbank Utrecht op grond van verjaring.<sup>4</sup>

1.13. De rechtbank baseerde zich voor de verjaring op de in de artikelen 9.1 en 9.3 van de BPA van 8 januari 2002 overeengekomen verjaringstermijn. De desbetreffende bepalingen luiden volgens het vonnis als volgt:

#### '9.1 Liability

Seller or Buyer as the case may be (the "Indemnifying Party") agree to indemnify Buyer, or Seller as the case may be (the "Indemnified Party") for (...) any direct claims and damages, costs and expenses (...) incurred by the Indemnified Party (...) arising out of or resulting from:

(i) any breach of any representation or warranty by the Indemnifying Party in this Agreement; and

(ii) the non-performance of any covenant or obligation to be performed by the Indemnifying Party under this Agreement, unless such non-performance is remediable and will be repaired by the Indemnifying Party within fourteen (14) days after receiving the Indemnified Party's written notification to remedy the non-performance.

(...)

#### Duration

The Indemnifying Party shall be liable for damages regarding taxes and social security contributions until the lapse of the applicable statutes of limitations, and for other damages until two (2) years after the Closing Date.'

1.14. De rechtbank heeft naar aanleiding hiervan onder meer het volgende overwogen:

'4.3. In geschil is allereerst of de vervangende schadevergoeding wegens niet-nakoming van de Overeenkomsten die [eiser] in dit geding vordert, valt onder de schades als bedoeld in artikel 9.3 BPA. [eiser] stelt dat dit niet het geval is. Volgens hem hebben partijen bij de Overeenkomsten nooit de bedoe-

ling gehad artikel 9 BPA ook te laten gelden voor de situatie dat onterecht een beroep op het financieringsvoorbehoud wordt gedaan.

4.4. Het betreft hier een kwestie van uitleg van artikel 9.1 en 9.3 BPA, waarbij heeft te gelden dat de tekst alleen niet beslissend is. Vastgesteld moet worden hoe partijen deze bepalingen, gelezen in samenhang met het financieringsvoorbehoud en tegen de achtergrond van hetgeen zij overigens over en weer hebben verklaard, redelijkerwijs mochten begrijpen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

4.5. [gedaagden] wijst er terecht op dat artikel 9.1 BPA (...) uitdrukkelijk noemt schades die het gevolg zijn van de niet-nakoming van enige verplichting die uit hoofde van de BPA op de andere partij rust. Het uitdrukkelijk opnemen van deze laatste categorie schades in artikel 9.1 BPA is een krachtig argument ten faveure van de uitleg die [gedaagden] voorstaat. Nu [eiser] slechts stelt dat deze uitleg door partijen nooit is beoogd, doch nalaat te stellen op grond van welke uitlatingen van [B] of andere omstandigheden [gedaagden] had moeten begrijpen dat [B] de verjaringstermijn van artikel 9.3 niet wilde laten gelden voor het geval de Overeenkomsten in het geheel niet zouden worden nagekomen, moet de rechtbank aan de stelling van [eiser] als onvoldoende gemotiveerd voorbijgaan.

4.6. Dit betekent dat de uitleg van [gedaagden] van artikel 9.3 BPA wordt gevolgd: ook een vordering tot vervangende schadevergoeding wegens algehele niet-nakoming van de Overeenkomsten is onderworpen aan de verjaringstermijn van twee jaar, te rekenen vanaf 8 januari 2002.

4.7. Nu is gesteld noch gebleken dat de verjaring van de vordering van (oorspronkelijk) [B] op [gedaagden] is gestuit in de periode die is verstreken tussen de brief van [B] aan [gedaagden] van 28 januari 2002 en de toezending door [eiser] aan [gedaagden] in mei 2004 van een (concept)dagvaarding, is de contractuele verjaringstermijn van twee jaar in ieder geval in deze periode verstreken.

4.8. [eiser] heeft aangevoerd dat het beroep op verjaring van [gedaagden] misbruik van recht oplevert, althans naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (...).

4.9. De rechtbank stelt bij de beoordeling van deze stellingen voorop dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden een beroep op het verstrijken van een (wettelijke of contractuele) verjaringstermijn niet kan worden gedaan wegens misbruik van recht of omdat zulks naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (...). Anders dan in de gevallen die aan de orde waren in de arresten van de Hoge Raad van 23 oktober 1998 en 25 oktober 1999 (NJ 2000, 15 en 16) – waarop [eiser] zich beroept – kan niet worden gezegd dat [B] (dan wel [eiser] na een tijdige cessie van de vordering van [B] aan hem) tussen 28 januari 2002 en mei 2004 niet in staat is geweest de vordering op [gedaagden] tot vervangende schadevergoeding uit te oefenen als gevolg van omstandigheden die aan [gedaagden] zijn toe te rekenen. Niet gesteld of gebleken is immers dat de curatoren van [B] niet in staat waren de vordering tot schadevergoeding tegen [gedaagden] geldend te maken vóór het verstrijken van de termijn van twee jaar (dan wel deze zo tijdig aan [eiser] te cederen dat deze die vordering vóór het verstrijken van die termijn geldend zou kunnen maken), laat staan dat zulks het gevolg was van aan [gedaagden] toe te rekenen omstandigheden. De omstandigheid dat [gedaagden] zich steeds op het standpunt heeft gesteld dat hij niet aan de Overeenkomsten is gebonden, verhindert hem evenmin zich thans op een bepaling uit de Overeenkomsten te

3 Art. 42 lid 1 Faillissementswet ziet op zogenoemd paulianeus handelen. Ingevolge deze bepaling kan de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen.

4 Rb. Utrecht 18 maart 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH6572.

beroepen ter afwering van zijn aansprakelijkheid op grond van de Overeenkomsten. [B] en [eiser], die zich steeds op het standpunt hebben gesteld dat [gedaagden] aan de Overeenkomsten gebonden was, hadden de rechtsgevolgen van die stelling aan de hand van de Overeenkomsten kunnen en moeten bepalen. Zij hadden zich ervan kunnen en moeten vergewissen dat de verjaring van de vordering tot vervangende schadevergoeding op [gedaagden] op grond van de Overeenkomsten had moeten worden gestuit binnen twee jaar na 8 januari 2002, althans binnen twee jaar na een latere stuitingshandeling.

4.10. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de vordering van [eiser] moet worden afgewezen.

1.15. In hoger beroep is dit vonnis door het hof Amsterdam bij arrest van 30 november 2010 bekrachtigd. Tegen dat arrest is geen beroep in cassatie ingesteld.

1.16. Bij brief van zijn toenmalige advocaat van 16 maart 2011 heeft [eiser] [verweerder 1] aansprakelijk gesteld voor het niet stuiten van de verjaring in de periode dat [verweerder 1] hem heeft bijgestaan.

1.17. Bij brief van 26 april 2011 heeft de advocaat van [verweerder 1] laten weten dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van [verweerder 1] geen dekking biedt, omdat het uitlooptrisico vanaf eind 2008 niet is verzekerd.

1.18. Op 23 juli 2012 heeft de Raad van Discipline naar aanleiding van een klacht van [eiser] van 26 januari 2012 geoordeeld dat [verweerder 1] door het nalaten van tijdige stuiting van de verjaring in strijd heeft gehandeld met Gedragsregel 4, inhoudend dat een advocaat de hem opgedragen zaken zorgvuldig dient te behandelen. Het verweer dat [eiser] in de periode dat [verweerder 1] hem bijstond en de verjaring nog niet had plaatsgevonden, geen eigenaar van de vordering was, is verworpen. Eveneens heeft de Raad van Discipline geoordeeld dat [verweerder 1] door met betrekking tot [eiser] niet adequaat verzekerd te zijn voor het (uitloop)risico van beroepsaansprakelijkheid, heeft gehandeld in strijd met Gedragsregel 4.

1.19. [verweerder 2] is [verweerder 1] verzekeringstussenpersoon. Zij is door hem gedagvaard in vrijwaring en heeft zich als in vrijwaring opgeroepen partij in deze hoofdzaak gevoegd en is in die hoedanigheid door [eiser] in het hoger beroep betrokken.

## 2. Het procesverloop

2.1. Het hof heeft de vordering van [eiser] en het procesverloop als volgt samengevat in rov. 3.1 van het in cassatie bestreden arrest:<sup>5</sup>

‘[eiser] vordert – kort samengevat – in deze zaak een verklaring voor recht dat zijn voormalig advocaat [verweerder 1] jegens hem is tekortschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, althans jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld en op die grond schadeplichtig is. Voorts vordert hij vergoeding van die schade, op te maken bij staat.

Aan deze vorderingen legt [eiser] ten grondslag dat [verweerder 1] heeft nagelaten om de vordering van [eiser] op [betrokkene 1] tijdig (dat wil zeggen: voor 8 januari 2004) te stuiten, waardoor deze vordering is verjaard en incasso daarvan onmogelijk is geworden. Daarnaast verwijt [eiser] [verweerder 1] dat hij zich niet adequaat verzekerd heeft voor beroepsaansprakelijkheid (meer in het bijzonder voor het in- en uit-

looprisico), hetgeen eveneens onrechtmatig handelen oplevert, want handelen in strijd met een wettelijke verplichting. Dit onrechtmatig handelen is niet een (aparte) schadeoorzaak, maar maakt het verhaal van de schade twijfelachtig.

[verweerder 1] heeft zich daartegen verweerd onder meer door erop te wijzen dat de vordering op [betrokkene 1], die [eiser] heeft overgenomen van [B], nooit zijn eigendom is geworden, omdat aan [betrokkene 1] vóór het faillissement van [B] geen mededeling van cessie is gedaan. De vordering is dus bij [B] gebleven en na het faillissement van deze onderneming in de boedel beland. Stuiting van de verjaring door [verweerder 1] namens [eiser] zou dus geen enkel effect hebben gesorteerd, aldus [verweerder 1]. Daarnaast heeft [verweerder 1] zich beroepen op een finale kwijting en voorts op het niet (tijdig) nakomen van de klachtplicht.

Bij het bestreden vonnis heeft de rechtbank Gelderland de vorderingen van [eiser] afgewezen omdat naar haar oordeel [verweerder 1] als advocaat niets hoefde te verwachten van een stuiting van de verjaring tegenover [betrokkene 1] en door het achterwege laten daarvan niet is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiser]. Aan een bespreking van het verwijt terzake van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering is de rechtbank bij gebrek aan belang van [eiser] niet meer toegekomen.

2.2. [verweerder 1] heeft in eerste aanleg in vrijwaring opgeroepen:

- [betrokkene 3] en [D] B.V. en;
- [verweerder 2] B.V.

2.3. In [verweerder 1] incidentele conclusie voor alle weren wordt, in randnummer 9., het verzoek tot oproeping in vrijwaring als volgt gemotiveerd:

‘[verweerder 1] is van mening dat zowel [betrokkene 3] als [verweerder 2] in het verleden fouten hebben [heeft] gemaakt, waardoor hij niet verzekerd blijkt te zijn voor voornoemde (eventuele) schade. Daaruit vloeit voort dat zij aansprakelijk zijn voor deze schade, waaronder overigens ook de volledige kosten vallen die [verweerder 1] moet maken ter afwering van de vordering van [eiser]. [verweerder 1] heeft er daarom recht en belang bij om [betrokkene 3] (met zijn vennootschap [D] B.V., die ook partij was bij de maatschap [E]) en [verweerder 2] in dit geding in vrijwaring op te roepen, voor het geval dat de vorderingen van [eiser] tegen [verweerder 1] in enige zin toewijsbaar zouden zijn. In het vervolg zal dat, voor [betrokkene 3] en [verweerder 2] afzonderlijk, nader worden toegelicht.’

2.4. [verweerder 2] (randnummer 1.19 hiervoor) heeft op 6 april 2016 een conclusie van antwoord, tevens houdende conclusie tot voeging (ex art. 214 Rv) genomen. In randnummer 2 hiervan staat dat [verweerder 2] zich aan de zijde van [verweerder 1] wenst te voegen in de hoofdzaak tussen [eiser] en [verweerder 1].

2.5. Bij vonnis van 11 mei 2016 heeft de rechtbank de vorderingen van [eiser] afgewezen en hem in de proceskosten veroordeeld.<sup>6</sup>

2.6. Daartoe heeft de rechtbank in haar eindvonnis overwogen, met betrekking tot (het bestaan van) de vordering van [eiser] op [betrokkene 1], dat:

- [verweerder 1] ervan uit mocht gaan dat [eiser] [betrokkene 1] op de hoogte had gebracht van de cessie (rov. 4.1. tot en met 4.3.);

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, zaaknummer 200.197.023 (niet gepubliceerd).

6 Rb. Gelderland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3071.

– op 25 april 2002 de vordering op [betrokkene 1] echter tot de boedel van de gefailleerde [B] behoorde en er – daargelaten dat [eiser] en [verweerder 1] zich niet bewust waren van het feit dat de vordering tot de failliete boedel behoorde – geen zicht op was dat de curatoren de vordering aan [eiser] zouden overdragen (rov. 4.4.);

– een mogelijk verwijt dat [verweerder 1] kan worden gemaakt, maar dat geen onderdeel vormt van het partijdebat, is dat hij niet voldoende bij [eiser] heeft aangedrongen op het overleggen van bewijs van de kennisgeving aan [betrokkene 1] van de cessie [B] – [eiser] (rov. 4.5., eerste zin);

– duidelijkheid over de rechtsgevolgen van de cessie – die [verweerder 1] mede door zijn eigen toedoen niet had – [eiser] kosten zou hebben kunnen besparen (rov. 4.5., tweede zin, eerste deel);

– hier tegenover staat dat uit een door [eiser] overgelegde brief, die hij op 22 mei 2011 aan de Nederlandse Orde van Advocaten heeft gestuurd in verband met zijn klachten tegen [verweerder 1], valt af te leiden dat [eiser] en [verweerder 1] de curatoren in het faillissement van [B] ‘in verband met de korte tijdsduur tussen de overdracht van de claim aan mij en het faillissement van [B]’ de uitwinning enige tijd wilden uitstellen en de curatoren niet op het bestaan van de gecedeerde vordering opmerkzaam wilden maken (rov. 4.5., tweede zin, tweede deel);

– (ten overvloede) wat dit laatste betreft duidelijk is dat [eiser] en [verweerder 1] wilden voorkomen dat de curatoren snel op de hoogte zouden komen van de cessie [B] – [eiser] (rov. 4.6.);

– er hoe dan ook, als direct duidelijk was geworden dat [betrokkene 1] niet op de hoogte was gebracht van de cessie, kosten bespaard zouden zijn voor [eiser]. Hem zouden echter ook kosten bespaard zijn gebleven als [verweerder 1] niet over de verjaringsbepalingen had heen gelezen, zoals hij erkent te hebben gedaan. De bepalingen mogen tot enige uitlegproblemen geleid hebben, artikel 9.3 van de BPA is duidelijk in het stellen van de grens van twee jaar en een redelijk vakbekwame en redelijk handelende advocaat dient zich bij lezing daarvan van het belang van stuiting bewust te zijn geweest (rov. 4.7.);

– de vraag is wat van [verweerder 1] in redelijkheid verwacht mocht worden in de periode waarin hij [eiser] bijstond, dat is de periode van 25 april 2002 tot 15 september 2005. In die periode valt 8 januari 2004, de datum waarop – zonder stuiting – de verjaring van de vordering een feit was (rov. 4.8., eerste twee zinnen).

2.7. Vervolgens heeft de rechtbank in haar eindvonnis overwogen dat:

– het er dus om gaat wat in redelijkheid van [verweerder 1] verwacht had mogen worden tussen 25 april 2002 en 8 januari 2004 (rov. 4.8., laatste zin);

– voor de hand lijkt te liggen dat [verweerder 1] voor 8 januari 2004 tot een stuitingshandeling had moeten overgaan. Deze zou echter geen rechtsgevolg hebben gehad. [eiser] was immers door het ontbreken van de mededeling van de cessie niet [betrokkene 1] schuldeiser en kon zich dus niet zijn recht op nakoming voorbehouden (rov. 4.9.);

– [betrokkene 1] de stuiting naast zich neer had kunnen leggen. Als hij had gereageerd, zou, gelet op de alertheid van zijn advocaat,<sup>7</sup> duidelijk zijn geworden dat de cessie niet aan [betrokkene 1] meegedeeld was. Mogelijk zou dan contact met de

curatoren zijn opgenomen, die zich vermoedelijk – want in 2005 deden zij dat – op het standpunt zouden hebben gesteld dat de cessie paulianus was. [eiser] had dan zijn vordering tot betaling van de openstaande *management fee* in het faillissement moeten indienen (rov. 4.10.);

– dus uitgesloten is dat het verrichten van een stuitingshandeling door [verweerder 1] in de in rov. 4.8. bedoelde periode had geleid tot stuiting van verjaring tussen [eiser] en [betrokkene 1], terwijl er een mogelijkheid bestaat dat de curatoren tijdig gestuit zouden hebben, zulks afhankelijk van de vraag of [betrokkene 1] gereageerd of – wisselijk – gezwegen zou hebben (rov. 4.11.);

– gelet hierop ervan moet worden uitgegaan dat een redelijk vakbekwame en redelijk handelende advocaat of hij nu wel of niet op de hoogte was van het feit dat de cessie [betrokkene 1] niet meegedeeld was, niets hoefde te verwachten van een stuitingshandeling verricht tegenover [betrokkene 1] (rov. 4.12.);

– de vraag of een voorwaardelijke stuiting, dat wil zeggen een stuiting die haar werking eerst zal krijgen als degene die door de stuitingshandeling zich zijn recht op nakoming voorbehoudt rechthebbende op de vordering wordt of blijkt te zijn, mogelijk is, bevestigend beantwoord zou kunnen worden gelet op de hoofdregel dat elke rechtshandeling onder een voorwaarde verricht kan worden (art. 3:38 BW) (rov. 4.13., eerste zin);

– een bevestigend antwoord op deze vraag toch niet voor de hand ligt. Hier komt bij dat ervan moet worden uitgegaan dat in de relevante periode, 25 april 2002 tot 8 januari 2004, geen zicht op de houding van de curatoren bestond terwijl in ieder geval bij [verweerder 1] en [eiser] de gerechtvaardigde vrees bestond dat de curatoren de overdracht paulianus zouden achten (rov. 4.13., tweede en derde zin);

– een en ander tot het oordeel leidt dat in redelijkheid een voorwaardelijke stuiting van de verjaring niet verwacht kon worden van een redelijk handelende en redelijk vakbekwaam advocaat (rov. 4.13., laatste zin);

– uit het voorgaande volgt dat de rechtbank de stelling van [eiser], dat [verweerder 1] door na te laten een stuitingshandeling te verrichten tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verplichtingen tegenover [eiser], verwerpt. Evenmin is komen vast te staan dat [verweerder 1] in de hier door [eiser] bedoelde zin onrechtmatig heeft gehandeld (rov. 4.14.).

2.8. Met betrekking tot het door [eiser] gevorderde voorschot heeft de rechtbank in haar eindvonnis overwogen dat:

– als voorschot wordt gevorderd, vergoeding van de kosten van de procedures in eerste aanleg en in hoger beroep die [eiser] tegen [betrokkene 1] gevoerd heeft (rov. 4.15.);

– [eiser] en de curatoren, nadat de opdracht aan [verweerder 1] beëindigd was, tot cessie zijn overgegaan. Vervolgens is [eiser] met een andere advocaat tot dagvaarding van [betrokkene 1] overgegaan. Dit alles vond plaats toen de vordering reeds verjaard was. Dat [eiser] desondanks kosten heeft gemaakt voor de procedures, kan [verweerder 1] niet verweten worden, omdat ook de opvolgend advocaat kennelijk niet van de voltooiing van de verjaring uitgegaan is. De vordering tot betaling van een voorschot op schadevergoeding ad € 30.741,50 moet dan ook worden afgewezen (rov. 4.16.);

– [eiser] voorts stelt dat [verweerder 1] tegenover hem onrechtmatig heeft gehandeld door na te laten een adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering te sluiten. Het verhaal

<sup>7</sup> De rechtbank verwijst hierbij naar rov. 2.7. van het eindvonnis. De laatste zin daarvan luidt als volgt: '[betrokkene 1] Nederlandse advocaat laat weten het standpunt in te nemen dat de cessie niet vóór het

faillissement van [B] is meegedeeld aan [betrokkene 1]'. Zie ook randnummer 1.8 hiervoor.

van [eiser] op [verweerder 1] is immers, zo stelt [eiser], niet gegarandeerd en op zijn minst dubieus (rov. 4.17.); – gelet op hetgeen is overwogen, [eiser] geen belang heeft bij deze vordering (rov. 4.18.).

2.9. [eiser] is van het tussenvonnis van 17 februari 2016 en van het eindvonnis van 11 mei 2016 in hoger beroep gekomen. In zijn memorie van grieven heeft hij drie grieven gericht tegen het eindvonnis van 11 mei 2016.

2.10. Bij eindarrest van 10 juli 2018 is het hof ingegaan op de verwijten die [eiser] [verweerder 1] maakt:

*‘Aansprakelijkheid*

3.4. Partijen verschillen van mening over de vraag of hun eerste bespreking over de incasso van de vordering op [betrokkene 1], en daarmee de aanvang van de werkzaamheden van [verweerder 1] voor [eiser], plaatsvond op 20/21 februari 2002 of pas op 25 april 2002. Dat is volgens partijen van belang in verband met het faillissement van [B] op 11 maart 2002, derhalve ná de gestelde bespreking van 20/21 februari, maar vóór de bespreking van 25 april 2002.

Volgens [eiser] is hij voor een bespreking op 20/21 februari 2002 bij [verweerder 1] op zijn kantoor in Utrecht geweest. Doel van die bespreking was volgens [eiser] dat hij in verband met de overdracht van de vordering van [B] op [betrokkene 1] aan hem juridische bijstand nodig had en [verweerder 1] hem deze op 20 of 21 februari 2002 heeft verleend (door suggesties te doen ten aanzien van de tekst van de overeenkomst van cessie, waarvoor [eiser] een model van internet had gehaald). Op basis van die stelling is [eiser] van mening dat het op de weg van [verweerder 1] had gelegen hem op de noodzaak van tijdige mededeling van de overdracht door [B] aan [betrokkene 1] te wijzen, omdat zonder een mededeling de cessie niet compleet was en een faillissement van [B] aanstaande was. [eiser] onderkent dat een eventuele vordering op [verweerder 1] wegens dit nalaten is verjaard, maar meent dat nu [verweerder 1] hem indertijd niet heeft gewezen op het belang van tijdige mededeling van de cessie, hij [eiser] in deze procedure niet kan tegenwerpen dat stuiting van de verjaring zinloos was omdat de mededeling van de cessie, ná het faillissement van [B], op grond van het bepaalde in artikel 35 lid 1 Fw geen effect meer zou hebben gehad voor het eigenaarschap van de vordering. Kan [verweerder 1] hem dat wel tegenwerpen, dan zou immers de eerdere beroepsfout van [verweerder 1] hem later – bij de volgende fout – een voordeel opleveren, hetgeen in de visie van [eiser] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

[verweerder 1] betwist dat er op 20 of 21 februari 2002 een (eerste) bespreking met [eiser] is geweest. Uit zijn dossier (productie 16 bij conclusie van antwoord) blijkt dat [eiser] de zaak eerst op 25 april 2002 in behandeling heeft genomen, derhalve op een moment dat ligt ná het faillissement van [B]. Dat betekent volgens [verweerder 1] dat stuiting van de verjaring van de vordering van [eiser] op [betrokkene 1] zinloos was en dat indien komt vast te staan dat hij (toch) een fout heeft gemaakt door die stuiting achterwege te laten, dat in ieder geval niet kan leiden tot schade bij [eiser], nu deze nooit eigenaar van de vordering op [betrokkene 1] is geworden.

Naar het oordeel van het hof is het antwoord op de vraag wanneer de eerste bespreking in verband met de incasso van de vordering op [betrokkene 1] tussen [eiser] en [verweerder 1] heeft plaatsgevonden niet van belang voor de beoordeling van het in hoger beroep voorliggende (deel van) het geschil. Daarvoor geldt het volgende:

2.11. In dit verband heeft het hof eerst het juridisch kader weergegeven en vervolgens het handelen van [verweerder 1] daaraan getoetst:

‘3.5. Het hof stelt voorop dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. De verplichting van een advocaat om een hem opgedragen zaak met zorg te behandelen, brengt in beginsel mee dat hij zich niet beperkt tot de verrichtingen waarom zijn cliënt uitdrukkelijk gevraagd heeft, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wal voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt.

Getoetst aan dit criterium had het, gelet op de navolgende feiten en omstandigheden, op de weg van [verweerder 1] gelegen om in ieder geval voordat hij aan concrete werkzaamheden ter incasso van de vordering op [betrokkene 1] begon, zich ervan te vergewissen dat [eiser] ook inderdaad eigenaar van die vordering was (geworden). Daarbij kan vooralsnog in het midden blijven of de eerste bespreking tussen partijen reeds in februari 2002 plaatsvond of pas op 25 april 2002. Immers tussen partijen staat vast (zie nogmaals productie 16 bij conclusie van antwoord en randnummer 11 van die conclusie) dat [eiser] in ieder geval op 25 april 2002 de incasso/uitwinning van de vordering op [betrokkene 1] aan [verweerder 1] heeft opgedragen. Weliswaar brengt dat na het faillissement van [B] op 11 maart 2002 op grond van artikel 35 lid 1 Fw mee dat de overdracht van de vordering op 25 april 2002 niet meer voltooid kon worden, maar dat laat onverlet dat [verweerder 1] als advocaat aan wie de incasso/uitwinning van die vordering was opgedragen de juridische positie van zijn cliënt in beeld moest brengen. Juist het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden, omdat de overdrager ([B]) inmiddels gefailleerd was, brengt met zich dat [verweerder 1] als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat de consequenties daarvan voor de rechtspositie van [eiser], met hem had moeten bespreken. Tegen die achtergrond kan hij [eiser] in deze procedure niet tegenwerpen dat tijdige stuiting van de verjaring van de vordering op [betrokkene 1] namens [eiser] geen effect zou hebben gesorteerd omdat deze geen eigenaar van de vordering is geworden. In zoverre slagen de grieven.

3.6. Voorts dient in het licht van de grieven en de devolutieve werking van het beroep het verwijt van [eiser], dat [verweerder 1] heeft gehandeld in strijd met het in rechtsoverweging 3.5 geformuleerde criterium door de verjaring van de vordering op [betrokkene 1] niet namens [eiser] te stuiten, te worden onderzocht.

3.7. Met [eiser] is het hof van oordeel dat het niet stuiten van de verjaring van de vordering op [betrokkene 1] namens [eiser] als zodanig in strijd is met wat van [verweerder 1] als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat kan worden verwacht. Tussen partijen staat vast dat [verweerder 1] de incassozaak in april 2002 in behandeling heeft genomen, in 2003 met [eiser] naar Bahrein is afgereisd voor gesprekken over beslaglegging en inning van de vordering en in 2004 een concept-dagvaarding heeft opgesteld ter inleiding van een procedure tot inning van de vordering van [eiser] op [betrokkene 1] in Nederland. Gelet daarop brengt een zorgvuldige behandeling van de voor [eiser] behandelde zaak mee dat [verweerder 1] in de periode voorafgaand aan deze werkzaamheden had moeten controleren welke verjaringstermijn er ten aanzien van deze vordering op [betrokkene 1] liep en deze had moeten stuiten. Dat geldt naar het oordeel van het hof ook in de hier aan de orde zijnde situatie, waarin (toen

nog) onduidelijkheid bestond over de vraag bij wie de vordering na 25 april 2002 berustte: bij [eiser] of in de boedel van het inmiddels failliete [B]. Zekerheidshalve had [verweerder 1] de verjaring van de vordering op [betrokkene 1] namens [eiser] ook in deze situatie moeten bewaken. Het achterwege laten daarvan is in het licht van de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden in strijd met wat [eiser] van [verweerder 1] als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mocht verwachten. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het verwijt dat [eiser] [verweerder 1] maakt doel treft.

Hierna zal worden onderzocht of aan de vaststelling dat [verweerder 1] een beroepsfout heeft gemaakt ook de door [eiser] gestelde consequenties moeten worden verbonden.<sup>7</sup>

2.12. In het kader van de vraag welke rechtsgevolgen aan de vaststelling dat [verweerder 1] een beroepsfout heeft gemaakt, moeten worden verbonden, is het hof eerst ingegaan op het betoog van [verweerder 1] dat [eiser] hem finale kwijting heeft verleend:

*'Finale kwijting, klachtplicht*

3.8. Onder verwijzing naar een e-mailwisseling van 15 september 2015 (productie 19 bij conclusie van antwoord) stelt [verweerder 1] dat [eiser] hem, bij overdracht van de zaak [betrokkene 1] aan opvolgend advocaat [betrokkene 2] te Amsterdam, ter zake van de vorderingen waarop dit geding ziet finale kwijting heeft verleend. [verweerder 1] verwijst in dat kader naar deze zinsnede in de e-mail van [eiser] aan hem "dat de tussen ons gesloten overeenkomst inzake de gehele claim derhalve is beëindigd en ik ga ervan uit dat we bij deze over en weer niets van elkaar te vorderen hebben" en naar het antwoord van [verweerder 1] daarop "dossier ligt klaar. We maken als je het niet erg vindt geen kopieën. Laat even weten wanneer je hier komt."

Het hof is van oordeel dat, zonder nadere toelichting van de zijde Van [verweerder 1] [bedoeld zal zijn: van [verweerder 1], A-G], die ontbreekt, de aangehaalde zinsnede (*en ik ga ervan uit dat we bij deze over en weer niets van elkaar te vorderen hebben*) in de mail waarmee [eiser] de opdracht aan [verweerder 1] beëindigt, niet kan worden begrepen als een algehele finale kwijting tussen [eiser] en [verweerder 1]. Andere feiten en omstandigheden waaruit zou kunnen worden afgeleid dat [eiser] hiermee heeft bedoeld [verweerder 1] finaal te kwijten voor vorderingen, zoals in dit geschil aan de orde, zijn door [verweerder 1] gesteld noch anderszins gebleken.

2.13. Vervolgens is het hof ingegaan op het betoog van [verweerder 1] dat [eiser] te laat zou hebben geklaagd:

'3.9. Voorts heeft [verweerder 1] zich tegen de vorderingen van [eiser] verweerd met een beroep op het bepaalde in artikel 6:89 BW. Volgens [verweerder 1] heeft [eiser] door eerst in maart 2011 [verweerder 1] te informeren over (en aansprakelijk te stellen voor de schade in verband met) de verjaring van zijn vordering op [betrokkene 1] en het verwijt dat [eiser] [verweerder 1] in verband daarmee maakte (namelijk dat [verweerder 1] de verjaring van die vordering ten onrechte niet heeft gestuit) niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek had ontdekt, daarover geklaagd. Daarbij voert [verweerder 1] aan dat de in artikel 6:89 BW bedoelde klachttermijn een aanvang heeft genomen in 2006, toen [betrokkene 1], in de procedure die [eiser] bij de rechtbank Utrecht tegen hem voerde ter incasso van de bedoelde vordering op [betrokkene 1], zich jegens [eiser] op verjaring beriep. [eiser] heeft op dit verweer niet gerespondeerd.

3.10. Het hof stelt het volgende voorop. Artikel 6:89 BW houdt in dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij

het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. Zoals volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BM9615) dient bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, acht te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van art. 6:89 BW is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in art. 6:89 BW vermeld – te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600).

3.11. In het licht van de door [verweerder 1] gestelde feiten en omstandigheden, die door [eiser] niet zijn betwist, is het hof van oordeel dat dit verweer slaagt voor zover het ziet op het verwijt van [eiser] aan [verweerder 1], namelijk dat hij de vordering op [betrokkene 1] niet tijdig heeft gestuit. [verweerder 1] heeft immers onweersproken gesteld dat [eiser] in ieder geval in 2006 bekend raakte met het verjaringsverweer van [betrokkene 1] in de procedure bij de rechtbank Utrecht. Het verjaringsverweer is bij vonnis van de rechtbank Utrecht van 18 maart 2009 gehonoreerd, hetgeen heeft geleid tot afwijzing van de vordering die [eiser] op [betrokkene 1] in die procedure geldend wilde maken. Door vervolgens te wachten tot 16 maart 2011 met een aansprakelijkstelling van [verweerder 1] wegens het niet tijdig stuiten van de verjaring van de vordering op [betrokkene 1] heeft [eiser] niet tijdig geklaagd. Daarmee heeft hij [verweerder 1] nadeel berokkend omdat zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering ten gunste van [betrokkene 3] [verweerder 1] advocaten per 8 april 2008 is opgezegd (productie 11 bij incidentele conclusie voor alle weren). Zoals [verweerder 1] onbestreden heeft gesteld, zou, indien [eiser] eerder dan 8 april 2008 zou hebben geklaagd, de thans ingestelde vordering op [verweerder 1] zijn gedekt, althans in ieder geval tijdig door hem zijn gemeld, onder de tot 8 april 2008 lopende verzekering van [verweerder 1]. Hiermee is het recht van [eiser] om te klagen over het door [verweerder 1] niet tijdig stuiten van de verjaring van de vordering op [betrokkene 1], naar het oordeel van het hof vervalten.

3.12. Het voorgaande betekent dat het verwijt van [eiser] aan [verweerder 1] met betrekking tot het niet adequaat verzekeren van het in- en uitloop risico tegen beroepsaansprakelijkheid geen doel treft, nu dat (naar het hof begrijpt) geen zelfstandig verwijt is, maar uitgaat van de aansprakelijkheid van [verweerder 1] voor het niet tijdig stuiten van de verjaring.<sup>7</sup>

2.14. Het hof is tot de slotsom gekomen dat de grieven van [eiser] weliswaar deels slagen, maar dat dit niet kan leiden tot toewijzing van zijn vorderingen. Het hof heeft daarom het bestreden eindvonnis bekrachtigd en [eiser] als de groten-

deels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in hoger beroep veroordeeld (rov. 4. en 5. (dictum)).

2.15. [eiser] is bij op 10 oktober 2018 ingediende procesinleiding tijdig in cassatie gekomen van het bestreden eindarrest van 10 juli 2018. [verweerders] hebben een verweerschrift, tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, ingediend. [eiser] heeft vervolgens een verweerschrift in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingediend. Daarna hebben partijen hun standpunten schriftelijk toegelicht en is namens [eiser] gerepliceerd en namens [verweerders] gedupliceerd.

### 3. Het principaal cassatieberoep

3.1. [eiser] klaagt in cassatie over hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 3.11 en 3.12 en over de daarop voortbouwende rov. 4.1, 4.2 en 5. (het dictum) van het eindarrest. Het cassatiemiddel bestaat uit vier (overigens niet als zodanig in de procesinleiding aangeduide) onderdelen:

– in randnummer 2.1 van de procesinleiding voert [eiser] aan dat het hof in rov. 3.11 en 3.12 een rechtens onjuist en onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven ter zake van de klachtplicht, waar het zonder nadere toelichting oordeelt dat de mogelijkheid voor [eiser] om te klagen ontstond op het moment dat [betrokkene 1] een beroep deed op de verjaringsbepaling in de procedure bij de rechtbank Utrecht. Deze klacht is nader uitgewerkt in randnummers 2.1.1 tot en met 2.1.4 van de procesinleiding (onderdeel 1);

– in randnummer 2.2 van de procesinleiding voert [eiser] aan dat het oordeel van het hof in rov. 3.11 en daarop voortbouwende rov. 3.12 dat [verweerder 1] ‘een in het kader van artikel 6:89 BW rechtens te respecteren nadeel’ heeft vanwege het te late klagen nu hij zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering zonder uitlopprisico heeft opgezegd, rechtens onjuist en zonder nadere toelichting onbegrijpelijk is. Deze klacht is nader uitgewerkt in randnummers 2.2.1 tot en met 2.2.5 van de procesinleiding (onderdeel 2);

– in randnummer 2.3 van de procesinleiding voert [eiser] aan dat het oordeel van het hof in rov. 3.11 en 3.12 rechtens onjuist, althans zonder nadere toelichting onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is, nu het hof op grond van art. 25 Rv ambtshalve de rechtsgronden had moeten aanvullen (onderdeel 3);

– in randnummer 2.4 van de procesinleiding voert [eiser] aan dat de gegrondbevinding van één of meer van voorgaande klachten tegen rov. 3.11 en 3.12, de daarop voortbouwende rov. 4.1 en 4.2 evenals 5. (dictum) raakt (onderdeel 4).

#### Onderdeel 1

3.2. Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 3.11 en 3.12 van het eindarrest. [eiser] voert in randnummer 2.1.1 van de procesinleiding aan dat hij pas met het oordeel van het hof – bedoeld is het oordeel van het hof Amsterdam gegeven bij arrest van 30 november 2010 (randnummer 1.15 hiervoor) – voldoende zekerheid had dat de lezing van het contract zoals die door [betrokkene 1] werd voorgestaan juist was en dat dus het beroep op de verjaringsbepaling uit de BPA opging. Hij had, zo voert hij aan, daarvóór geen gerede aanleiding om te onderzoeken of [verweerder 1] was tekortgeschoten bij de uitvoering van zijn opdracht door het enkele feit dat [betrokkene 1] de overeenkomst anders probeerde uit te leggen in de gerechtelijke procedure waarin [betrokkene 1] tot nakoming werd gehouden.

3.3. In randnummer 2.1.2 van de procesinleiding bouwt [eiser] voort op hetgeen hij heeft aangevoerd in randnummer

2.1.1 van de procesinleiding. Hij voert aan dat, nu hij pas met het oordeel in hoger beroep van 30 november 2010 voldoende zekerheid had, het wachten tot 16 maart 2011 met een aansprakelijkheidsstelling van [verweerder 1] niet een zodanig lange termijn oplevert dat van een schending van de klachtplicht kan worden gesproken. Ter onderbouwing van dit standpunt merkt [eiser] op (daarbij vooruitlopend op zijn klacht in randnummer 2.2 van de procesinleiding (onderdeel 2)) dat:

– enkel tijdsverloop onvoldoende is voor een beroep op art. 6:89 BW;

– [eiser] gezien de begin- en einddatum van de hiervoor genoemde termijn geen nadeel aan [verweerder 1] heeft toegebracht door dit wachten.

3.4. [verweerder 1] heeft dus, zo vervolgt het onderdeel, geen nadeel ondervonden van het feit dat [eiser] eerst bij brief van 16 maart 2011 heeft geklaagd. [verweerder 1] had immers zijn verzekering al in 2008 opgezegd en aan (de gevolgen van) die opzegging zou niets zijn veranderd als [verweerder 1] eerder dan in maart 2011 (maar dus na 30 november 2010, volgens het onderdeel het begin van de klachttermijn) had geklaagd.

3.5. Het onderdeel stelt aan de orde op welk moment de klachttermijn gaat lopen in het geval mogelijk<sup>8</sup> sprake is van een gebrek. De klachttermijn gaat lopen zodra de crediteur het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken.<sup>9</sup> De tweede grond, het redelijkerwijs moeten ontdekken, impliceert een op de ontvanger van de prestatie rustende onderzoeksplicht. De duur van de onderzoekstermijn hangt af van de omstandigheden van het geval. Een vaste termijn kan daarbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt. Als onderzoek door een deskundige derde nodig is, mag de schuldeiser in beginsel de uitslag van dit onderzoek afwachten zonder de schuldenaar van het onderzoek op de hoogte te brengen. Wanneer echter mag worden verwacht dat met het onderzoek langere tijd is gemoeid, of dat tijdens de loop daarvan blijkt, dient de schuldeiser aan zijn wederpartij onverwijld kennis te geven van dat onderzoek en de verwachte duur ervan.<sup>10</sup>

8 Het onderdeel neemt althans als uitgangspunt dat pas bij het onherroepelijke oordeel in 2010, dat het verjaringsverweer van [betrokkene 1] slaagt, met zekerheid vaststond dat sprake was van een gebrek aan de zijde van [verweerder 1] (het niet stuiten van de verjaring). Ik laat vooralsnog maar even daar, dat ook kan worden betoogd dat in het geval dat het verjaringsverweer van [betrokkene 1] zou zijn verworpen, nog steeds sprake zou kunnen zijn van een tekortschieten door [verweerder 1] omdat hij rekening had moeten houden met de later door [betrokkene 1] voorgestane uitleg van de verjaringsbepalingen van de overeenkomst en dus sowieso *zekerheidshalve* stuitingshandelingen had moeten verrichten. In die uitleg was het oordeel van het hof in 2010 (het honoreren van het verjaringsverweer van [betrokkene 1]) niet nodig om zekerheid te verkrijgen over het gebrek, maar slechts voor de vraag of als gevolg daarvan *schade* was geleden door [eiser].

9 Vgl. Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-1. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 408 en *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:89 BW, aant. 3.3 (F.M. van Cassel-van Zeeland).

10 Zie, ten aanzien van de in art. 7:23 BW opgenomen klachtplicht, HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 m.nt. Jac. Hijma, BR 2007/215 m.nt. P.S. Bakker, JOR 2007/260 m.nt. J.J. Damingh en *Ars Aequi* 2008, p. 362 e.v. m.nt. T. Hartlief ([...]/[...]), rov. 3.3.3. Vgl. *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:89 BW, aant. 3.5.8 (F.M. van Cassel-van Zeeland).

3.6. Uit de hiervoor aangeduide onderzoeksplicht vloeit voort dat de crediteur, als hij bekend wordt met de mogelijkheid van een gebrek, niet mag volstaan met een afwachtende houding maar actief zal moeten vaststellen of sprake is van een gebrek. Ook als met het onderdeel zou worden aangenomen dat alleen met het oordeel van het hof voldoende zekerheid omtrent het bestaan van een gebrek kon worden verkregen, had het op de weg van [eiser] gelegen om [verweerder 1] kennis te geven van de procedure en het daarin gevoerde verweer door [betrokkene 1], in lijn met de verplichting om de schuldenaar in geval van een langdurig onderzoek daarvan in kennis te stellen. De in randnummers 2.1.1 en 2.1.2 van de procesinleiding opgenomen klachten lopen hier op vast.

3.7. In randnummer 2.1.3 van de procesinleiding stelt [eiser] dat het hof in rov. 3.11 van het eindarrest onjuist en onbegrijpelijk heeft overwogen dat [verweerder 1] onweersproken heeft gesteld dat [eiser] in ieder geval in 2006 bekend raakte met het verjaringsverweer van [betrokkene 1] in de procedure bij de rechtbank Utrecht. Daarbij citeert het onderdeel een gedeelte uit de conclusie van antwoord van [verweerder 1]. Ik begrijp de klacht aldus dat deze niet betoogt dat de gewraakte stelling wél is weersproken (aangezien in de klacht niet wordt verwezen naar passages uit de processtukken van [eiser] waarin de door het hof bedoelde stelling wordt weersproken), maar dat deze betoogt dat de stelling in het geheel niet door [verweerder 1] is ingenomen.

3.8. De klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. In de procesinleiding wordt een gedeelte van randnummer 87. uit de conclusie van antwoord van [verweerder 1] geciteerd. De in rov. 3.11 bedoelde stelling is in het geciteerde gedeelte wellicht niet terug te vinden, maar (in ieder geval) wel in de volledige tekst van datzelfde randnummer:

‘87. Een ander verwijt dat aan het adres van [eiser] gemaakt kan worden, is dat hij veel te lang heeft gewacht met het melden van de (mogelijke) verjaring aan [verweerder 1]. Dit had zeker reeds kunnen geschieden in 2005, *zo toch zeker in 2006 (toen [betrokkene 1] bij de procedure in eerste aanleg, zich beriep op de niet gestuite verjaring)*. Door tot 11 maart 2011 te wachten met het informeren van [verweerder 1], heeft [eiser] zijn rechten verwerkt, zo deze al niet verjaard zijn, om het gebrek aan stuiting, zo dit al had kunnen geschieden, nog toe te rekenen aan [verweerder 1]. [verweerder 1] doet hier een nadrukkelijk beroep [op] artikel 6:89 BW, waarin het een partij – in casu [eiser] – wordt gegeven om binnen een bepaalde bekwame termijn over te gaan tot klagen, zodra hij de reden tot klagen heeft ontdekt. Let wel, [eiser] wist ofwel in 2004, ofwel in 2005, danwel in 2006 van het gebrek ten aanzien van de stuiting. Door te wachten met klagen tot 11 maart 2011, heeft hij in de optiek van [verweerder 1] niet voldaan aan de eis van artikel 6:89 BW. (onderstreping A-G; geursiveerd red.)

3.9. In randnummer 2.1.4 van de procesinleiding voert [eiser] aan dat de overweging van het hof dat uit de procedure bij de rechtbank Utrecht in 2006 bekend werd dat [betrokkene 1] het verjaringsverweer zou voeren, onbegrijpelijk is, nu het hof in rov. 2.10 van het eindarrest (hiervoor randnummer 1.11) heeft vastgesteld dat de curatoren in het faillissement van [B] pas op 24 januari 2007 alsnog de vordering op [betrokkene 1] aan [eiser] hebben overgedragen waarna [betrokkene 1] in 2007 is gedagvaard. Het is onmogelijk voor [eiser] om bekend te raken met het verweer van [betrokkene 1] in de rechtbankprocedure voordat die procedure begonnen is, aldus [eiser].

3.10. Aan de klacht moet worden toegegeven dat er een inconsistentie lijkt te zitten tussen de vaststelling dat [betrokkene 1]

in 2007 is gedagvaard en de stelling dat [eiser] al in 2006 – dus voor de aanvang van de procedure – in die procedure bekend raakte met het verweer. Hier wrekt zich echter de regel van art. 149 lid 1 Rv: feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen. Het hof heeft geoordeeld dat de stelling dat [eiser] al in 2006 met het verjaringsverweer bekend is geraakt, onvoldoende is betwist. In zoverre kon het hof dus van de juistheid van die stelling uitgaan.

3.11. Aan de andere kant moet er, in het licht van art. 149 lid 1 Rv, ook van uit worden gegaan dat het hof de vaststelling dat [betrokkene 1] (pas) in 2007 is gedagvaard heeft gebaseerd op stellingen van partijen. Zo heeft [eiser] in zijn dagvaarding (randnummer 18.) gesteld dat hij de dagvaarding op 27 februari 2007 heeft uitgebracht en heeft [verweerder 1] bij de comparitie in eerste aanleg gesteld dat de verjaringstermijn een aanvang nam op het moment dat [betrokkene 1] zich op de verjaring beriep, hetgeen volgens [verweerder 1] (gelet op de voor hem beschikbare processtukken) eind 2007 zal zijn geweest. [verweerder 1] lijkt in zoverre te zijn teruggekomen op de stelling dat [eiser] al in 2006 uit de procedure bij de rechtbank bekend raakte met het verjaringsverweer.<sup>11</sup> In het licht van deze stellingen, die ik – in navolging van [verweerd]ers] – maar bij de behandeling van deze klacht betrek, is mijns inziens inderdaad onbegrijpelijk het oordeel dat [verweerder 1] (onbetwist) heeft gesteld dat [eiser] al in 2006 uit de procedure bij de rechtbank bekend raakte met het verjaringsverweer. De in randnummer 2.1.4 opgenomen klacht slaagt derhalve.

3.12. Anders dan [verweerd]ers] in randnummer 2.10 van hun schriftelijke toelichting betogen, meen ik dat [eiser] weldege-lijk belang heeft bij het slagen van deze klacht. Weliswaar betogen [verweerd]ers] terecht dat ook als [eiser] eind 2007 bekend raakte met het verjaringsverweer, dit moment nog steeds is gelegen vóór de beëindiging van de aansprakelijkheidsverzekering door [verweerder 1] in 2008, maar daarmee is nog niet gezegd dat [eiser] ook gehouden was om te klagen voor het moment dat [verweerder 1] de verzekering beëindigde. Enig tijdsverloop tussen het moment van het bekend raken met het gebrek en het overbrengen van de klacht is immers geoorloofd. De vraag of [eiser], ook in het geval dat uit wordt gegaan van eind 2007 als het moment dat hij bekend raakte met het gebrek, vóór het beëindigen van de verzekering in 2008 had behoren te klagen dient, verweven als zij is met de waardering van feiten en omstandigheden, na verwijzing te worden beantwoord.

3.13. Slotsom is dat *onderdeel 1* slaagt voor zover het de in randnummer 2.1.4 opgenomen klacht betreft, en voor het overige faalt.

#### Onderdeel 2

3.14. In randnummer 2.2 van de procesinleiding voert [eiser] aan dat het oordeel van het hof in rov. 3.11 en rov. 3.12 van het eindarrest dat [verweerder 1] ‘een in het kader van artikel 6:89 BW rechtens te respecteren naadeel’ heeft vanwege het te late klagen nu hij zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering zonder uitlooprisico heeft opgezegd, rechtens onjuist en zonder nadere toelichting onbegrijpelijk is.

3.15. In randnummer 2.2.1 van de procesinleiding stelt [eiser] voorop dat enkel tijdsverloop niet voldoende is. Hij doet

<sup>11</sup> Hierop wijzen ook [verweerd]ers] in hun schriftelijke toelichting, randnummer 2.9.

in dit verband een beroep op HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 m.nt. Jac. Hijma ([...]/Rabobank). Uit rov. 4.2.1-4.2.6 van dit arrest volgt volgens [eiser] dat er sprake is van een variant op de figuur van de rechtsverwerking en dat de vraag of van schending sprake is, moet worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn.

3.16. In randnummer 2.2.2 van de procesinleiding voert [eiser] aan dat [verweerder 1] zelf gesteld heeft dat hij, ten tijde van de opzegging van zijn verzekering bij tussenpersoon [verweerder 2], niet voor het uitloopriscico is verzekerd of door [verweerder 2] voor de risico's van het onverzekerd zijn is gewaarschuwd. [eiser] verwijst in dit verband naar randnummer 28. van de conclusie voor alle weren tot oproeping in vrijwaring van (onder meer) [verweerder 2]. Volgens [eiser] ligt in deze stelling van [verweerder 1] besloten dat [verweerder 1] ook niet voor het uitloopriscico verzekerd zou zijn geweest, indien [verweerder 1] vóór de opzegging van de maatschap aansprakelijk zou zijn gesteld door [eiser]. Immers, zo voert [eiser] aan, het in- en uitloopriscico was eenvoudigweg niet geregeld en dat gold voor bekende en onbekende claims. Volgens [eiser] heeft het hof dit miskend in rov. 3.11 en 3.12 van zijn eindarrest.

3.17. In randnummer 2.2.3 van de procesinleiding stelt [eiser] dat sprake is van een voor rekening en risico van [verweerder 1] komende tekortkoming van zijn assurantietussenpersoon [verweerder 2]. Aangevoerd wordt dat het hof daarom, alvorens te oordelen of [verweerder 1] nadeel heeft geleden, had moeten nagaan of dit nadeel moest worden gedragen door [verweerder 2]. Met het tijdstip van melden door of namens [eiser] heeft dit niets van doen. Volgens [eiser] heeft het hof dit miskend in rov. 3.11 en 3.12 van het eindarrest.

3.18. In randnummer 2.2.4 van de procesinleiding voert [eiser] aan dat volgens het hof [eiser] klaarblijkelijk niet te laat zou hebben geklaagd, indien de fout van [verweerder 2] niet was gemaakt. Het hof heeft dan echter miskend dat een dergelijke omstandigheid – bedoeld wordt de ‘fout’ van [verweerder 2] – niet kan hebben te gelden als ‘een rechtens te respecteren nadeel in de zin van artikel 6:89 BW’, nu het immers gaat om een voor rekening en risico van [verweerder 1] komende situatie. Sterker nog, zo voert [eiser] aan, een (voormalige) cliënt van een advocaat kan en mag er in redelijkheid van uitgaan dat zijn (voormalige) advocaat gedurende de volledige verjaringstermijn adequaat tegen beroepsaansprakelijkheid verzekerd is. Dat dit in casu niet het geval is, kan en mag dan ook niet leiden tot een geslaagd beroep op art. 6:89 BW. Volgens [eiser] heeft het hof dit alles miskend.

3.19. In randnummer 2.2.5 van de procesinleiding wordt aangevoerd dat het oordeel van het hof ook om andere redenen onbegrijpelijk is. Volgens [eiser] heeft het hof ten onrechte zijn stelling dat [verweerder 1] onzorgvuldig heeft gehandeld door zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering op te zeggen zonder zijn uitloopriscico verzekerd te houden, niet behandeld en heeft het zijn oordeel dat deze stelling van [eiser] niet hoeft te worden behandeld in rov. 3.12 van het eindarrest gemotiveerd met een cirkelredenering. Daarvan is volgens [eiser] sprake omdat het hof overweegt dat ‘omdat [verweerder 1] zijn verzekering zonder uitloopriscico heeft opgezegd, hij dus niet aansprakelijk is voor zijn fout, dit als gevolg van het feit dat hij zodoende nadeel heeft bij de “late klacht” van [eiser], waarbij buiten beschouwing wordt gelaten de klacht van [ei-

ser] dat [verweerder 1] onzorgvuldig handelt door zijn uitloopriscico onverzekerd te laten.’ Deze redenering van het hof is volgens [eiser] rechtens onjuist en onbegrijpelijk.

3.20. In de derde alinea van de tekst in randnummer 2.2.5 van de procesinleiding wijst [eiser] erop dat hij in eerste aanleg en in hoger beroep heeft aangevoerd dat het [verweerder 1] valt te verwijten dat hij ‘geen adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft’. Dit verwijt maakt volgens [eiser] deel uit van de relevante omstandigheden van het geval die moeten worden meegewogen om te beoordelen of een beroep op art. 6:89 BW slaagt. In dit verband citeert [eiser] onder meer uit het proces-verbaal van 20 april 2016, waarin [eiser] de connectie tussen het adequaat verzekerd zijn en de klachttermijn waardoor het niet-verzekerd zijn voor risico van [verweerder 1] moet blijven, in eerste aanleg als volgt heeft verwoord: ‘We dachten dat we in hoger beroep een ander oordeel zouden krijgen dan van de Rechtbank Midden-Nederland. Als een advocaat goed verzekerd is maakt het niet uit wanneer ik mijn claim indien.’ (zie voor het citaat de vierde alinea van de tekst in randnummer 2.2.5).

3.21. In de laatste alinea van de tekst in randnummer 2.2.5 van de procesinleiding vat [eiser] zijn klachten samen. Hij voert aan dat een aan [verweerder 1] verwijtbaar feit (het niet meer verzekerd zijn) – naast de in randnummer 2.2.1 van de procesinleiding genoemde op art. 6:89 BW gegronde redenen – niet, althans niet zonder nadere motivering, aan [eiser] kan worden tegengeworpen als door hem ‘veroorzaakt’ nadeel waardoor zijn klachtrecht vervalt. [verweerder 1] is niet door het tijdsverloop in een nadeliger positie komen te verkeren, maar door zijn eigen beroepsfout om zich niet adequaat voor uitloop te verzekeren. Indien het hof heeft geoordeeld dat deze omstandigheid niet van belang is voor de vraag of een beroep op art. 6:89 BW slaagt, gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het hof deze omstandigheid wel van belang heeft geacht, is het oordeel onbegrijpelijk. Door dit feit (het (nadeel bestaande in het) niet (meer) verzekerd zijn) zonder enige nadere motivering mee te laten wegen als doorslaggevend gegeven bij het oordeel dat [eiser] recht om te klagen is vervallen, terwijl [eiser] heeft aangevoerd dat dit feit nu juist onrechtmatig is ten opzichte van hem en het niet zo kan zijn dat het in het kader van de aansprakelijkheid van een advocaat in zijn voordeel werkt dat hij heeft nagelaten zich (adequaat) te verzekeren, is het oordeel van het hof met betrekking tot art. 6:89 BW ontoereikend gemotiveerd en daarmee onbegrijpelijk.

3.22. Ook de klachten van dit onderdeel lenen zich voor gezamenlijke bespreking, nu zij alle zien op het oordeel van het hof over art. 6:89 BW en het door [verweerder 1] geleden nadeel. In de kern verwijten zij het hof dat het in het kader van de beoordeling in het kader van art. 6:89 BW zonder meer in het voordeel van [verweerder 1] laat meewegen dat hij per 8 april 2008 niet (langer) tegen aansprakelijkheid verzekerd is, terwijl, zo betoogt [eiser], hem dat juist zelf valt aan te rekenen (althans eventuele tekortkomingen van [verweerder 2] in dit verband hem vallen toe te rekenen). Mijs inziens slaagt onderdeel 2. Ik licht dat toe.

3.23. Het hof heeft in rov. 3.11 van het eindarrest overwogen dat [eiser] door te wachten tot 16 maart 2011 met een aansprakelijkstelling van [verweerder 1] wegens het niet tijdig stuiten van de verjaring van de vordering op [betrokkene 1], niet tijdig heeft geklaagd en dat hij door niet tijdig te klagen [verweerder 1] nadeel heeft berokkend, omdat [verweerder 1] beroepsaansprakelijkheidsverzekering ten gunste van [E] advocaten per 8 april 2008 is opgezegd. Blijkens rov. 3.12 acht het

hof de stelling, dat [verweerder 1] kan worden verweten dat er geen verzekeringsdekking is, alleen relevant in het geval er aansprakelijkheid zou zijn van [verweerder 1] (kennelijk omdat [verweerder 1] dan kan worden verweten dat er een 'ongedekte' aansprakelijkheid is).

3.24. In de overweging van het hof zijn twee factoren van belang: 1) er is te laat geklaagd door [eiser] en 2) daardoor is nadeel ontstaan bij [verweerder 1].

3.25. De weergave van de stand van het recht inzake de klachtplicht (art. 6:89 BW) die het hof heeft gegeven in rov. 3.10 van het eindarrest is correct en wordt in cassatie ook niet bestreden. Ik benadruk hier enkel nog dat bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, acht dient te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 m.nt. Jac. Hijma (...)/Rabobank), rov. 4.2.5) en dat bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd ook van belang is of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd (rov. 4.2.6 uit zojuist genoemd arrest).<sup>12</sup>

3.26. Nu het bij art. 6:89 BW nadrukkelijk gaat om *alle* omstandigheden van het geval, mag mijns inziens, in het kader van de vraag of degene over wiens handelen geklaagd wordt (de beklagde) nadeel heeft geleden door het (late) moment waarop is geklaagd, óók rekening worden gehouden met omstandigheden van het geval die meebrengen dat dit nadeel (mede) voor rekening en risico komt van de beklagde. Dit heeft het hof mijns inziens miskend in rov. 3.11 van het eindarrest waar het zonder meer overweegt dat [eiser] door het tijdstip waarop hij heeft geklaagd [verweerder 1] nadeel heeft berokkend, omdat diens beroepsaansprakelijkheidsverzekering per 8 april 2008 is opgezegd. Ik wijs er in dit verband op dat [eiser] in eerste en tweede aanleg heeft aangevoerd dat [verweerder 1] verweten kan worden dat hij per 8 april 2008 niet langer verzekerd is.<sup>13</sup> Anders dan het hof blijktens rov. 3.12 kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen, begrijp ik de stellingen van [eiser] in feitelijke instanties niet aldus dat hij het 'verzekeringsverwijf' niet (ook) heeft bedoeld als bij de beoordeling van de klachtplicht mee te wegen omstandigheid. Hierbij weeg ik mee dat het beroep van [verweerder 1] op schending van de klachtplicht in eerste aanleg geen grote rol heeft gespeeld en derhalve in de memorie van grieven van [eiser]

ook niet uitgebreid over het voetlicht is gekomen. De klachten van onderdeel 2 betogen mijns inziens dan ook terecht dat het hof ook bij de beoordeling van het beroep op de klachtplicht kenbaar had moeten reageren op de gestelde omstandigheid dat het 'verzekeringsnadeel' door [verweerder 1] zelf is veroorzaakt en voor zijn risico dient te komen.

3.27. Dit betekent dat ook *onderdeel 2* slaagt. Na verwijzing zal het hof dat de zaak verder zal behandelen de genoemde omstandigheid alsnog moeten meewegen.

#### Onderdeel 3

3.28. Onderdeel 3 klaagt dat het hof in strijd met art. 25 Rv heeft gehandeld door in rov. 3.11 en 3.12 van het bestreden eindarrest in het kader van het beroep van [verweerder 1] op (schending van) de klachtplicht (art. 6:89 BW) niet de stellingen van [eiser] te betrekken die zien op het verwijt dat [verweerder 1] zich niet heeft verzekerd voor het uitlopprisico. Gelet op (de consequenties van) het slagen van onderdeel 2, heeft [eiser] geen belang meer bij (het slagen van) *onderdeel 3*.

#### Onderdeel 4

3.29. Onderdeel 4 betreft een zogenoemde veegklacht. Aangevoerd wordt dat de gegrondbevinding van één of meer van de voorgaande klachten tegen rov. 3.11 en 3.12 gevolgen heeft voor de daarop voortbouwende rov. 4.1 en 4.2 en 5. (dictum). Gelet op het slagen van de onderdelen 1 en 2 treft ook *onderdeel 4* doel.

3.30. Nu het principale cassatieberoep terecht is voorgesteld, kom ik toe aan de beoordeling van het onder die voorwaarde ingestelde incidentele cassatieberoep.

#### 4. Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep

4.1. Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep van [verweerdere] bestaat uit twee onderdelen. Onderdeel 1 klaagt over hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 3.5 en 3.7 van het eindarrest. Het gaat om het oordeel van het hof dat [verweerder 1] niet heeft gehandeld als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat door een stuiting namens [eiser] van de verjaring van de vordering op [betrokkene 1] achterwege te laten. Dit oordeel geeft volgens [verweerdere] blijk van een onjuiste rechtsopvatting en/of is onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Onderdeel 2 klaagt dat het hof bij zijn oordeel over de klachtplicht had behoren uit te gaan van 2 oktober 2008 als datum van beëindiging van de verzekering in plaats van 8 april 2008.

#### Onderdeel 1

4.2. Onderdeel 1 valt uiteen in vier subonderdelen.

4.3. In subonderdeel 1.1 voeren [verweerdere] aan dat het hof in rov. 3.7 van het eindarrest heeft miskend dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat niet is gehouden om een vordering waarop de cliënt geen rechthebbende is namens die cliënt te stuiten. Zij wijzen erop dat [eiser] pas in 2007 alsnog rechthebbende is geworden van de vordering op [betrokkene 1] (rov. 2.10 van het eindarrest; hiervoor randnummer 1.11). [verweerder 1] kon de verjaring van de vordering dus niet stuiten.

4.4. Verderop in subonderdeel 1.1 (de tweede alinea) voeren [verweerdere] aan dat de in rov. 3.7 door het hof meegewogen omstandigheid dat ten tijde van de opdracht aan [verweerder 1] 'onduidelijkheid bestond over de vraag bij wie de vordering na 25 april 2002 berustte' – zie rov. 3.5 van het eindarrest, waarin het hof overweegt dat het op de weg van [verweerder 1] had gelegen om zich ervan te vergewissen dat [eiser] ook

<sup>12</sup> Zie recentelijk voor (de stand van het recht met betrekking tot) art. 6:89 BW de conclusie van A-G Van Peurse bij HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1606, *RvdW* 2019/1076 (art. 81 RO), randnummers 2.3 e.v.

<sup>13</sup> Zie de inleidende dagvaarding van [eiser], randnummer 81: '[verweerder 1] kan zich derhalve niet verschuilen achter zijn voormalige maatschapverzekering en/of achter handelingen van zijn voormalige maten immers het adequaat verzekerd zijn is in eerste instantie de eigen verantwoordelijkheid van de advocaat. In dit verband moet tevens worden gesteld dat [verweerder 1] bij het verlaten van de maatschap [E] per 31 maart 2008 onmiddellijk en aansluitend per 1 april 2008 een nieuwe beroepsaansprakelijkheidsverzekering bij dezelfde verzekeringsmaatschappij, te weten Nassau Verzekeringen (tegenwoordig HDI-Gerling), heeft afgesloten. Juist op dat moment had [verweerder 1] (respectievelijk zijn assurantie-tussenpersoon) zich moeten realiseren dat met het stopzetten respectievelijk wijzigen van zijn verzekering het uit- en/of inlooprisico had moeten worden verzekerd.' Zie ook de memorie van grieven van [eiser], p. 11: 'Dat [verweerder 1] geen adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft valt hem zeker te verwijten en [eiser] heeft er terge schade van ondervonden.'

inderdaad eigenaar van de vordering op [betrokkene 1] was – niet kan wegnemen dat het voor [verweerder 1], naar in ieder geval achteraf vaststaat, niet mogelijk was om namens [eiser] rechtsgeldig de verjaring te stuiten.

4.5. In de derde alinea van subonderdeel 1.1 klagen [verweerders] over het oordeel van het hof in rov. 3.7 van het eindarrest dat [verweerder 1] had moeten controleren welke verjaringstermijn er ten aanzien van de vordering op [betrokkene 1] liep. Ook deze omstandigheid kan er volgens hen niet aan afdoen dat [eiser] niet de rechthebbende op de vordering van [betrokkene 1] was, zodat stuiting van de verjaring namens hem niet mogelijk was.

4.6. Subonderdeel 1.2 veronderstelt dat 's hofs oordeel (mede) inhoudt dat [verweerder 1] de vordering op [betrokkene 1] *voorwaardelijk* had moeten stuiten (voor het geval [eiser] later alsnog op enig moment rechthebbende op de vordering zou worden) en betoogt dat dit oordeel eveneens onjuist en/of onbegrijpelijk is. In dat geval heeft het hof volgens [verweerders] miskend dat een dergelijke voorwaardelijke stuiting rechtens niet mogelijk is. Bovendien zou het hof dan buiten de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep zijn getreden, gelet op rov. 4.13. van het eindvonnis van de rechtbank in deze zaak (hiervoor randnummer 2.7) en het feit dat [eiser] in hoger beroep geen grief heeft gericht tegen deze rechtsoverweging.

4.7. In subonderdeel 1.3 voeren [verweerders] aan dat de overwegingen van het hof in rov. 3.5 van het eindarrest niet kunnen afdoen aan hetgeen zij in de voorgaande subonderdelen hebben aangevoerd. Het betreft het in het subonderdeel geparafraseerde oordeel in rov. 3.5 'dat [verweerder 1] voordat hij aan zijn werkzaamheden ter incasso van de vordering op [betrokkene 1] begon zich ervan had moeten vergewissen dat [eiser] inderdaad rechthebbende op die vordering was geworden, dat [verweerder 1] de juridische positie van zijn cliënt in beeld moest brengen en de consequenties van het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden met [eiser] had moeten bespreken, en dat [verweerder 1] tegen die achtergrond [eiser] in deze procedure niet kan tegenwerpen dat tijdige stuiting van de verjaring van de vordering op [betrokkene 1] namens [eiser] geen effect zou hebben gesorteerd'.

4.8. In de tweede en derde alinea van het subonderdeel wordt het volgende aangevoerd. Volgens [verweerders] is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, als het bedoeld heeft dat het beroep van [verweerder 1] op het feit dat [eiser] geen rechthebbende is geworden van de vordering, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In dat geval heeft het hof volgens [verweerders] miskend dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts ziet op het buiten toepassing laten van een (tussen partijen geldende) regel, en niet op het niet in aanmerking nemen van bepaalde feiten bij de beoordeling van een vordering. Voorts zouden, zo voeren [verweerders] aan in de derde alinea, de genoemde omstandigheden niets hebben veranderd aan de feitelijke situatie dat [eiser] ten tijde van de opdracht aan [verweerder 1] géén rechthebbende op die vordering was geworden.

4.9. In de vierde alinea van het subonderdeel wordt aangevoerd dat de genoemde overwegingen van het hof in rov. 3.5 van het eindarrest bovendien onbegrijpelijk zijn in het licht van de gemotiveerde stellingname van [verweerder 1] – die het hof in zijn eindarrest niet ongegrond heeft bevonden – dat de opdracht van [eiser] aan hem in 2002 niet zag op de cessie of het begeleiden daarvan, maar enkel op het beoordelen en

innen van de vordering op [betrokkene 1] en dat [verweerder 1] er telkens bij [eiser]<sup>14</sup> op heeft aangedrongen de mededeling van de cessie aan hem te verstrekken waarop [eiser] [verweerder 1] mededeelde dat dit geregeld was en toezegde het bewijs van de mededeling te zullen toezenden. [verweerders] verwijzen in dit verband naar de conclusie van antwoord zijdens [verweerder 1], § 10-11, de memorie van antwoord zijdens [verweerder 1], § 11, 41, de conclusie van antwoord zijdens [verweerder 1], § 13-14, het proces-verbaal comparitie van partijen in eerste aanleg, p. 2 (verklaring van [verweerder 1]) en de memorie van antwoord zijdens [verweerder 1], § 19-20, 44. Volgens [verweerders] had het hof hierop kenbaar moeten responderen.

4.10. Subonderdeel 1.4 betreft een zogenoemde veegklacht. Volgens deze klacht brengt gegrondbevinding van een of meer van de klachten die in de voorgaande subonderdelen zijn aangevoerd mee dat ook rov. 4.1 van het eindarrest niet in stand kan blijven, voor zover het hof daarin heeft geoordeeld dat zijn voorgaande overwegingen meebrengen dat de grieven van [eiser] deels slagen.

4.11. Ik kom nu toe aan de beoordeling.

4.12. In rov. 3.5, eerste alinea, van het eindarrest overweegt het hof, mijns inziens terecht,<sup>15</sup> dat de verplichting van een advocaat om een hem opgedragen zaak met zorg te behandelen, in beginsel meebrengt dat hij zich niet beperkt tot de verrichtingen waarom zijn cliënt uitdrukkelijk gevraagd heeft, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt. Het betoog van [verweerders] waarnaar de vierde alinea van subonderdeel 1.3 verwijst (hiervoor randnummer 4.9) laat zich echter bezwaarlijk anders begrijpen dan dat [verweerders] stellen dat [verweerder 1] aan diens 'bijkomende verplichtingen' heeft voldaan doordat hij meermaals navraag heeft gedaan naar (bewijs van) de cessiemeedeling en aan hem is bevestigd dat mededeling heeft plaatsgevonden. Men kan twisten over de vraag of [verweerder 1] – als *dominus litis* – mocht afdaan op enkel de mondelinge bevestiging (let wel: van zijn cliënt) zonder bewijs, maar ook als het hof dit betoog zou hebben willen verwerpen, had dit (omdat het een essentiële stelling betreft) niet zonder motivering gekund. Het subonderdeel klaagt dan ook terecht dat het hof dit argument onbesproken heeft gelaten.

4.13. Ten aanzien van de andere klachten van het onderdeel oordeel ik als volgt.

4.14. [verweerder 1] heeft als verweer, onder meer, aangevoerd dat het – achteraf bezien – niet van belang is dat hij de vordering op [betrokkene 1] niet heeft gestuit, omdat [eiser] geen rechthebbende op deze vordering bleek te zijn en stuiting door [verweerder 1] (namens [eiser]) dus zonder effect

14 In het verweerschrift, tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep staat (p. 7 onderaan) abusievelijk 'bij [betrokkene 1]', maar duidelijk is dat (bedoeld is dat) [verweerder 1] daarop bij [eiser] heeft aangedrongen.

15 Zie bijvoorbeeld Asser Bijzondere overeenkomsten/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Deel 7-IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 93 e.v. en HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0303, NJ 1992/420 m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 4.3.2.: '(...) De verplichting van een advocaat om een hem opgedragen zaak met zorg te behandelen brengt immers in beginsel mee dat hij zich niet beperkt tot de verrichtingen waarom zijn cliënt uitdrukkelijk heeft gevraagd, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt (vgl. Hof van Discipline 17 sept. 1984, Adv.bl. 1985, p. 248/249).'

zou zijn geweest. Het hof heeft deze stelling in rov. 3.5 verworpen door (i) te overwegen dat het op de weg van [verweerder 1] had gelegen om zich, als redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar, er van te vergewissen dat [eiser] rechthebbende was van de vordering op [betrokkene 1] en (ii) daaruit (op zichzelf terecht) te concluderen dat ten aanzien van dit verwijt niet aan [eiser] kan worden tegengeworpen dat hij geen rechthebbende was. Of [eiser] rechthebbende was, had [verweerder 1] immers juist moeten onderzoeken.

4.15. In rov. 3.7, waartegen de klachten zich richten, oordeelt het hof echter niet over het verwijt dat [verweerder 1] niet heeft onderzocht of [eiser] rechthebbende was, maar over het verwijt dat hij de vordering op [betrokkene 1] niet heeft gestuit. Het hof negeert in die rechtsoverweging – kennelijk bewust – het argument dat [eiser] (mogelijk) geen rechthebbende van de vordering was in de periode waarin [verweerder 1] hem als advocaat bijstond. Dit ten onrechte, omdat de verwerping van dit verweer in rov. 3.5 is toegesneden op het in die rechtsoverweging behandelde verwijt (het niet onderzoeken wie rechthebbende is van de vordering) en deze verwerping niet zonder meer met zich brengt dat het verweer moet worden geacht te zijn verworpen ten aanzien van het verwijt dat [verweerder 1] de vordering niet heeft gestuit. Subonderdeel 1.1, eerste alinea, betoogt mijns inziens dan ook terecht dat het hof in rov. 3.7 niet zonder nadere motivering aan het verweer, dat stuiting zonder effect zou zijn, voorbij mocht gaan. Dit betekent dat in elk geval subonderdeel 1.1 van *onderdeel 1* in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep slaagt.

4.16. Bij deze stand van zaken – subonderdeel 1.1 slaagt – kan een (verdere) beoordeling van subonderdelen 1.2 en 1.3 achterwege blijven nu rov. 3.7 niet in stand kan blijven en deze subonderdelen zich ook tegen deze rechtsoverweging richten. De voortbouwende klacht van subonderdeel 1.4 slaagt in het spoor van subonderdeel 1.1.

#### *Onderdeel 2*

4.17. Onderdeel 2 betoogt dat het hof bij zijn oordeel over de klachtplicht had behoren uit te gaan van 2 oktober 2008 als datum van beëindiging van de verzekering en niet van 8 april 2008.

4.18. Volgens [verweerdere] is het oordeel van het hof in rov. 3.11 van het eindarrest dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van [E] advocaten per 8 april 2008 is opgezegd, onbegrijpelijk. Ter toelichting verwijzen zij naar productie 11 bij incidentele conclusie voor alle weren (waarnaar het hof bij zijn oordeel in rov. 3.11 ook verwijst) waaruit onmiskenbaar blijkt dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering is opgezegd per 2 oktober 2008 (bij brief van 8 oktober 2008). Het hof had dan ook, aldus [verweerdere], bij zijn oordeel over de klachtplicht behoren uit te gaan van 2 oktober 2008 als datum van beëindiging van de verzekering en niet van 8 april 2008. Uit het hiervoor genoemde processtuk volgt inderdaad de datum ‘2 oktober 2008’ met als gevolg dat het oordeel van het hof in rov. 3.11 van het eindarrest dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van [E] advocaten per 8 april 2008 is opgezegd, onbegrijpelijk is. *Onderdeel 2* slaagt.

4.19. Slotsom is dat ook het voorwaardelijk ingestelde cassatieberoep terecht is voorgesteld.

#### *5. Conclusie in het principaal en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep*

De conclusie strekt in het principaal cassatieberoep en in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep tot vernietiging

van het eindarrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 juli 2018 en tot verwijzing.

#### **Hoge Raad**

##### *1. Procesverloop*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak C/05/295065/HA ZA 15-721 van de rechtbank Gelderland van 17 februari 2016 en 11 mei 2016;  
b. de arresten in de zaak 200.197.023 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 29 augustus 2017 en 10 juli 2018.

[eiser] heeft tegen het arrest van het hof van 10 juli 2018 beroep in cassatie ingesteld. [verweerdere] hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor [verweerdere] mede door M.H.K. Jansen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt in het principaal cassatieberoep en in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het eindarrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 juli 2018 en tot verwijzing.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

##### *2. Uitgangspunten en feiten*

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] heeft in de periode oktober 2001-maart 2002 een reorganisatieopdracht uitgevoerd voor (de moeder vennootschap van) [B] B.V. (hierna: [B]). In het najaar van 2001 werden gesprekken gevoerd met [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), een gegadigde die mogelijk bedrijfsactiviteiten van [B] wilde overnemen. Op 8 januari 2002 zijn er overeenkomsten, waaronder een Business Purchase Agreement, tot stand gekomen tussen [B] en [betrokkene 1] die waren gericht op overdracht van bedrijfsactiviteiten van [B].

(ii) Op 14 januari 2002 heeft [betrokkene 1] aan [B] gemaaild dat hij zich terugtrekt uit het overnametraject. [B] heeft aan [betrokkene 1] laten weten niet akkoord te gaan met deze beëindiging van de overeenkomst, waarop [betrokkene 1] op 18 januari 2002 heeft gemaaild dat zijn bank geen medewerking aan de uitvoering van de overeenkomst zou geven. Vervolgens heeft [B] [betrokkene 1] in gebreke gesteld. Bij fax van 28 januari 2002 heeft [B] [betrokkene 1] aansprakelijk gesteld voor alle schade die het gevolg is van de niet-nakoming van zijn verplichtingen.

(iii) Bij akte van 21 februari 2002 heeft [B] haar vordering jegens [betrokkene 1] uit hoofde van de niet-nakoming van de Business Purchase Agreement (hierna: de vordering) aan [eiser] overgedragen (hierna: de cessie). De achtergrond van de cessie was dat [B] de management fee van [eiser] ten bedrage van ongeveer € 45.000,- niet had betaald.

(iv) Op 11 maart 2002 is [B] failliet verklaard. Op dat moment was geen mededeling van de cessie gedaan aan [betrokkene 1].

(v) [verweerder 1] heeft in ieder geval vanaf 25 april 2002 als advocaat [eiser] bijgestaan bij het geldend maken van de vordering. Op 14 mei 2004 heeft [verweerder 1] aan [betrokkene 1] een dagvaarding uitgebracht waarin [eiser] van [betrokkene 1] schadevergoeding vordert ten bedrage van ruim € 11.000.000,-. In reactie daarop heeft de advocaat van [betrokkene 1] bij fax van 24 mei 2004 het standpunt ingenomen

dat de cessie niet vóór het faillissement van [B] is meegeedeeld aan [betrokkene 1] en dat daarmee de vordering niet rechts-geldig aan [eiser] is overgedragen. [verweerder 1] heeft daarop besloten de procedure tegen [betrokkene 1] niet aan te brengen.

(vi) De dienstverlening van [verweerder 1] aan [eiser] is ge-eindigd in september 2005.

(vii) De curatoren in het faillissement van [B] hebben in janua-ri 2007 alsnog de vordering aan [eiser] overgedragen. [eiser] heeft [betrokkene 1] in rechte betrokken en betaling van de vordering geëist. De vordering is in eerste aanleg en in hoger beroep afgewezen op de grond dat deze was verjaard op 8 ja-nuari 2004.

(viii) [eiser] heeft [verweerder 1] in maart 2011 aansprakelijk gesteld voor het niet-stuiten van de verjaring van de vordering in de periode waarin [verweerder 1] hem heeft bijgestaan.

2.2. [eiser] vordert in dit geding, voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat [verweerder 1] jegens hem is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtin-gen als advocaat althans jegens hem onrechtmatig heeft ge-handeld, en schadeplichtig is. Verder vordert [eiser] schade-vergoeding, op te maken bij staat. Aan deze vorderingen legt [eiser] ten grondslag dat [verweerder 1] heeft nagelaten de verjaring van de vordering tijdig te stuiten, waardoor de vor-dering is verjaard en incasso daarvan onmogelijk is geworden.

2.3. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen.

2.4. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.<sup>16</sup> Het heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, het vol-gende overwogen.

Een advocaat moet als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk hande-lend vakgenoot mag worden verwacht. De verplichting van een advocaat om een hem opgedragen zaak met zorg te be-handelen, brengt in beginsel mee dat hij zich niet beperkt tot de verrichtingen waarom zijn cliënt uitdrukkelijk gevraagd heeft, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt. Getoetst aan dit criterium had het op de weg van [verweerder 1] gelegen om in ieder geval voordat hij aan concrete werkzaamheden ter incasso van de vordering begon, zich ervan te vergewissen dat [eiser] ook inderdaad rechthebbende op de vordering was (gewor-den).

Juist het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden, omdat de overdrager ([B]) inmid-dels gefailleerd was, brengt mee dat [verweerder 1], als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat, de consequenties daarvan voor de rechtspositie van [eiser] met hem had moe-ten bespreken. Tegen die achtergrond kan hij [eiser] in deze procedure niet tegenwerpen dat tijdige stuiting van de verja-ning van de vordering namens [eiser] geen effect zou hebben gesorteerd omdat deze geen rechthebbende op de vordering was geworden. (rov. 3.5)

Het niet stuiten van de verjaring van de vordering namens [eiser] is in strijd met wat van [verweerder 1] als redelijk be-kwaam en redelijk handelend advocaat kon worden verwacht. Tussen partijen staat vast dat [verweerder 1] de incassozaak in april 2002 in behandeling heeft genomen, in 2003 met [eiser] naar Bahrein is afgereisd voor gesprekken over beslaglegging en inning van de vordering en in 2004 een concept-dagvaar-ding heeft opgesteld ter inleiding van een procedure tot in-

ning van de vordering in Nederland. Gelet daarop brengt een zorgvuldige behandeling van de voor [eiser] behandelde zaak mee dat [verweerder 1] in de periode voorafgaand aan deze werkzaamheden, had moeten controleren welke verjaringster-mijn er ten aanzien van de vordering liep en deze had moeten stuiten. Dat geldt ook in de hier aan de orde zijnde situatie, waarin onduidelijkheid bestond over de vraag bij wie de vor-dering na 25 april 2002 berustte: bij [eiser] of in de boedel van het inmiddels failliete [B]. Zekerheidshalve had [verweerder 1] de verjaring van de vordering ook in deze situatie moeten bewaken. (rov. 3.7)

[verweerder 1] heeft zich tegen de vorderingen van [eiser] onder meer verweerd met een beroep op het bepaalde in art. 6:89 BW. [eiser] heeft op dit verweer niet gerespondeerd. (rov. 3.9)

Dit verweer slaagt. Het recht van [eiser] om te klagen over het door [verweerder 1] niet tijdig stuiten van de verjaring van de vordering, is vervallen. (rov. 3.11)

### 3. Beoordeling van de middelen in het principale en het voor-waardelijk incidentele beroep

3.1. Hoewel het incidentele beroep voorwaardelijk is ingesteld, zal de Hoge Raad onderdeel 1.3 van het incidentele middel eerst behandelen, omdat dit de verste strekking heeft.

Onderdeel 1.3 is gericht tegen het oordeel van het hof (in rov. 3.5) dat [verweerder 1] aan [eiser] niet kan tegenwerpen dat een stuiting van de verjaring geen effect zou hebben gehad. Het onderdeel betoogt onder meer dat dit oordeel niet kan volgen uit de daaraan voorafgaande overwegingen dat [ver-weerder 1], voordat hij aan zijn werkzaamheden ter incasso van de vordering begon, zich ervan had moeten vergewissen dat [eiser] inderdaad rechthebbende op de vordering was ge-worden en dat hij de consequenties voor de rechtspositie van [eiser] van het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden, met hem had moeten bespre-ken. Het onderdeel betoogt dat ook als [verweerder 1] dit zou hebben gedaan, dit niets zou hebben veranderd aan de feitelij-ke situatie dat [eiser] ten tijde van de opdracht aan [verweer-der 1] tot incasso van de vordering geen rechthebbende op de vordering was geworden, terwijl de cessie aan [eiser] door het faillissement van [B] ook niet meer kon worden voltooid, en dat [verweerder 1] de verjaring dus niet rechtsgeldig zou heb-ben kunnen stuiten.

3.2. Deze klacht treft doel. [verweerder 1] heeft als verweer tegen de vorderingen van [eiser] aangevoerd dat stuiting van de vordering door [verweerder 1] (namens [eiser]) zonder effect zou zijn geweest, omdat [eiser] geen rechthebbende op de vordering was. Het hof heeft zijn oordeel dat [verweerder 1] dit niet aan [eiser] kan tegenwerpen, gemotiveerd met de overwegingen dat [verweerder 1] had moeten onderzoeken of [eiser] rechthebbende op de vordering was geworden en hij met [eiser] de consequenties voor diens rechtspositie had moeten bespreken van het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden. Het onderdeel be-toogt terecht dat die motivering ontoereikend is, omdat nale-ving van deze verplichtingen door [verweerder 1] onverlet zou hebben gelaten dat [verweerder 1] de vordering niet na-mens [eiser] had kunnen stuiten nu laatstgenoemde daarop geen rechthebbende was.

3.3. De stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat het verweer van [verweerder 1] dat stuiting zin-loos zou zijn geweest, door [eiser] uitsluitend is bestreden met het argument dat ook door het hof aan zijn verwerping van het verweer van [verweerder 1] ten grondslag is gelegd, en dat

16 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6278.

hiervoor in 3.2 ondeugdelijk is bevonden. Een en ander brengt mee dat het verweer van [verweerder 1] dat stuiting zinloos zou zijn geweest, gegrond is. Na verwijzing is dan ook geen ander oordeel mogelijk dan dat [verweerder 1] niet aansprakelijk is voor het nalaten van die stuiting.

3.4. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.3 is overwogen, heeft [eiser] geen belang bij het middel in het principale beroep, dat is gericht tegen het oordeel van het hof dat zijn recht om te klagen is vervallen. De in het middel aangevoerde klachten kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.

3.5. Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen verder geen behandeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

– verwerpt het principale beroep;  
– veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder 1] begroot op € 865,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

#### NOOT

##### Feiten

In het kader van een reorganisatieopdracht voor een vennootschap heeft een adviseur in het najaar van 2001 gesprekken gevoerd met een gegadigde die enkele bedrijfsactiviteiten van de vennootschap zou willen overnemen. Die gesprekken hebben geleid tot een koopovereenkomst van 8 januari 2002, gericht op de overdracht van de bedrijfsactiviteiten. Deze koopovereenkomst bevatte onder meer de bepaling dat ook een vordering tot schadevergoeding na ommekeer van een periode van twee jaar na de totstandkoming van de overeenkomst verjaart. Die bepaling zal later in de procedure van belang blijken.

Op 14 januari 2002 heeft de koper aan de vennootschap gemeld dat hij de koopovereenkomst niet zou nakomen vanwege een ongeluk. Na het antwoord van de vennootschap hier niet mee in te stemmen, heeft de koper de vennootschap op 18 januari 2002 bericht dat zijn bank geen medewerking aan de uitvoering van de overeenkomst zou geven. Die mededeling heeft geleid tot een ingebrekestelling en vervolgens heeft de vennootschap de koper op 28 januari 2002 aansprakelijk gesteld voor haar schade als gevolg van de niet-nakoming van diens verplichtingen.

Omdat de vennootschap niet in staat was te voldoen aan haar verplichtingen het loon van de adviseur te betalen, heeft zij haar vordering op de koper bij akte van 21 februari 2002 aan de adviseur gecedeerd. Voordat mededeling van de cessie aan de koper was gedaan, werd de vennootschap op 11 maart 2002 failliet verklaard. Dat feit was voor deze casus ook van belang. Een cedent die in de periode tussen het opmaken van de overeenkomst van cessie en de mededeling van de cessie aan de schuldenaar zijn bevoegdheid over de vordering te beschikken verliest – bijvoorbeeld als gevolg van faillissement zoals in casu – kan die vordering namelijk niet meer overdragen (zie art. 23 en 35 lid 1 Fw).

Verweerder sub 1 is advocaat en vaststaat dat hij de adviseur in ieder geval vanaf 25 april 2002 heeft bijgestaan bij het te gelde maken van de vordering. In die hoedanigheid is hij in

2003 met de adviseur naar Bahrein afgereisd voor overleg over beslagleggingen en de inning van de vordering. Vervolgens heeft hij op 14 mei 2004 aan de koper een dagvaarding laten betekenen waarin de adviseur een schadevergoeding van de koper heeft gevorderd van ruim € 11.000.000,=. In reactie daarop heeft de koper op 24 mei 2004 het standpunt ingenomen dat de cessie niet vóór het faillissement van de vennootschap aan hem was meegedeeld en dat daarmee de vordering niet rechtsgeldig aan de adviseur was overgedragen.

Dit standpunt heeft ertoe geleid dat de advocaat heeft besloten de procedure tegen de koper niet aan te brengen, waarna de dienstverlening van de advocaat aan de adviseur in september 2005 is geëindigd.

De curatoren in het faillissement van de vennootschap hebben in januari 2007 de vordering alsnog aan de adviseur overgedragen. Vervolgens is de koper alsnog gedagvaard en is betaling van de vordering geëist. Die vordering is in eerste aanleg bij vonnis van 18 maart 2009

(ECLI:NL:RBUTR:2009:BH6572) afgewezen op grond van het feit dat deze op 8 januari 2004 op grond van de koopovereenkomst twee jaar na de totstandkoming daarvan was verjaard. De koopovereenkomst bevatte immers een bepaling van die strekking (zie hiervoor). In hoger beroep wordt dit vonnis door het Hof Amsterdam bij arrest van 30 november 2010 bekrachtigd.

Na deze vruchteloze exercitie jegens de koper heeft de adviseur zijn pijlen op de advocaat gericht en hem in maart 2011 aansprakelijk gesteld voor het niet-stuiten van de verjaring in de periode waarin de advocaat hem heeft bijgestaan (vanaf april 2002 tot september 2005). Daarop heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de advocaat (verweerder sub 2) in april 2011 laten weten dat de verzekering geen dekking biedt omdat het uitlooprisico vanaf eind 2008 niet was verzekerd.

De adviseur heeft het daar niet bij laten zitten en de advocaat gedagvaard. Daarbij heeft hij een verklaring voor recht gevorderd dat de advocaat jegens hem tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verplichtingen als advocaat, althans jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld en dat hij schadeplichtig is. Verder heeft de adviseur schadevergoeding gevorderd, dit alles op grond van het feit dat de advocaat heeft nagelaten de verjaring van de vordering tijdig te stuiten, waardoor de vordering is verjaard en incasso daarvan onmogelijk is geworden.

##### Geding in feitelijke instanties

De rechtbank heeft de vorderingen van de adviseur afgewezen en dat oordeel werd door het hof bekrachtigd. Daarbij speelden twee rechtsvragen een rol.

##### De zorgvuldigheidsnorm

Het hof heeft geoordeeld dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Daarbij is, anders dan bijvoorbeeld in het arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1406), geen onderscheid gemaakt tussen de aansprakelijkheid bij proceshandelingen en de te hanteren maatstaf bij advisering. Bij deze laatste situatie geldt immers de maatstaf of de bewuste advocaat, gelet op alle feiten en omstandigheden van het geval, in redelijkheid tot zijn advies heeft kunnen komen. Althans of de advocaat onder die omstandigheden in redelijkheid kon menen dat het risico van moeilijkheden voor

zijn cliënt niet zodanig groot was dat hij als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat daarvoor uitdrukkelijk diende te waarschuwen.

In onderhavige zaak werd – gelijk als in het arrest van 29 mei 2015 – door het hof in r.o. 3.5 in het arrest van 10 juli 2018 geoordeeld dat ‘de verplichting van een advocaat om een hem opgedragen zaak met zorg te behandelen, in beginsel meebrengt dat hij zich niet beperkt tot de verrichtingen waarom zijn cliënt uitdrukkelijk gevraagd heeft, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt’. In dit geval betekende dit, dat het ‘op de weg van [de advocaat had] gelegen om in ieder geval voordat hij aan concrete werkzaamheden ter incasso van de vordering op [de koper] begon zich ervan te vergewissen dat [de adviseur] ook inderdaad rechthebbende op de vordering was [geworden]’. Weliswaar kon de overdracht van de vordering op de dag dat de advocaat werd ingeschakeld op 25 april 2002 niet meer voltooid kon worden vanwege het faillissement van de vennootschap op 11 maart 2002, ‘maar dat laat onverlet dat [hij] als advocaat aan wie de incasso/uitwinning van die vordering was opgedragen de juridische positie van zijn cliënt in beeld moest brengen.’ Daarbij meende het hof dat: ‘Juist het gegeven dat de overdracht van de vordering niet meer voltooid kon worden, omdat de [vennootschap] inmiddels gefailleerd was brengt met zich dat [hij], als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat, de consequenties daarvan voor de rechtspositie van [de adviseur] met hem had moeten bespreken.’ Tegen die achtergrond gaat het verweer van de advocaat dat tijdige stuiting van de verjaring van de vordering toch geen effect zou hebben gesorteerd omdat de adviseur sowieso geen rechthebbende op de vordering was geworden niet op.

De advocaat had de juridische werkelijkheid dus linksom of rechtsom met zijn cliënt moeten bespreken. Meer concreet had hij in dit geval, mede gezien de zorgvuldige behandeling van de behandelde zaak, in de periode voorafgaand aan deze werkzaamheden moeten controleren welke verjaringstermijn er ten aanzien van de vordering liep en had hij deze moeten stuiten. Dat gold volgens r.o. 3.7 ook in de hier aan de orde zijnde situatie waarin onduidelijkheid bestond over de vraag bij wie de vordering na 25 april 2002 berustte: bij de adviseur of in de boedel van de inmiddels failliete vennootschap. De advocaat had de verjaring van de vordering ook in deze situatie zekerheidshalve moeten bewaken.

#### *Overschrijding klachttermijn*

Uit de feiten blijkt dat de adviseur de advocaat pas in 2011 aansprakelijk had gesteld voor de schade terwijl hij in de procedure bij de Rechtbank Utrecht tegen de koper al in 2006 bekend was geraakt met zijn verjaringsverweer en dit verweer in het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 18 maart 2009 al werd gehonoreerd. In dat kader heeft hij een beroep op het overschrijden van de klachttermijn ex art. 6:89 BW. De adviseur heeft daarop echter niet gereageerd (r.o. 3.9). Met een verwijzing in r.o. 3.10 naar de arresten van de Hoge Raad van 8 oktober 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BM9615) en 8 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY4600) heeft het hof in r.o. 3.11 vastgesteld dat deze feiten met zich brengen dat de adviseur niet tijdig heeft geklaagd en dat hij de advocaat daarmee nadeel heeft berokkend: vaststaat immers ook dat diens beroepsaansprakelijkheidsverzekering in april 2008 werd opgezegd en dat, indien de adviseur vóór april 2008 zou hebben geklaagd, de door hem ingestelde vordering op de advocaat door de verzekering zou zijn gedekt.

Al met al komt het hof dus tot het oordeel dat de advocaat zijn zorgvuldigheidsverplichtingen als bekwaam en redelijk handelend vakgenoot heeft geschonden, maar dat de adviseur daar niets mee opschiet omdat zijn recht om te klagen over het door de advocaat niet tijdig stuiten van de verjaring van de vordering op de koper is vervallen.

#### *Hoge Raad*

Tegen deze beslissing van het hof is de adviseur in cassatie gegaan. Het middel werd daarbij gericht tegen het oordeel van het hof dat het recht van de adviseur om te klagen is vervallen. Naar aanleiding daarvan heeft de advocaat incidenteel beroep ingesteld, gericht op het gestelde in r.o. 3.5. Daarbij heeft de advocaat aangevoerd dat zelfs als hij zijn beroepsmatige verplichtingen in acht had genomen – en dus had geverifieerd of de adviseur rechthebbende op de vordering was geworden voordat hij aan zijn incassowerkzaamheden was begonnen en de consequenties van het feit dat de overdracht van de vordering niet meer mogelijk was met de adviseur had besproken – dat dit niets zou hebben veranderd aan de feitelijke situatie dat de adviseur ten tijde van de opdracht aan de advocaat geen rechthebbende op de vordering was geworden, terwijl de cessie aan de adviseur door het faillissement van de vennootschap ook niet meer kon worden voltooid. En dat de advocaat de verjaring dus niet met het beoogde rechtsgevolg zou hebben kunnen stuiten, ook als hij zijn werk goed zou hebben gedaan.

De Hoge Raad is niet aan de behandeling van het middel van de adviseur toegekomen. Hij heeft het oordeel naar aanleiding van het incidentele beroep van de advocaat in r.o. 3.2 over een andere boeg gegooid en geoordeeld dat de motivering van het hof dat de advocaat had moeten onderzoeken en de consequenties had moeten bespreken, ontoereikend is ‘omdat naleving van deze verplichtingen door de advocaat onverlet zou hebben gelaten dat de advocaat de vordering niet namens de adviseur had kunnen stuiten nu laatstgenoemde daarop geen rechthebbende was’. Omdat verwijzing geen zin had – ook dan zou immers geoordeeld moeten worden dat de advocaat niet aansprakelijk is voor het nalaten van die stuiting – en omdat uit het voorgaande volgt dat de adviseur geen belang heeft bij het middel gericht tegen het oordeel van het hof dat zijn recht om te klagen is vervallen – heeft de Hoge Raad de zaak zelf afgedaan.

#### *Conclusie*

De vraag of een advocaat als redelijk bekwaam of als redelijk handelend vakgenoot heeft gehandeld, is niet relevant als een feit waaraan hij niets kan veranderen aan de toewijzing van de vordering in de weg staat. Met andere woorden: zelfs als vast zou komen te staan dat de advocaat niet als redelijk bekwaam of niet als redelijk handelend vakgenoot heeft gehandeld, staat dat andere feit diens aansprakelijkheid voor de gevolgen van de overtreding van die norm in de weg.

mr. R.J.G. Mengelberg  
advocaat bij Courtine