

Aansprakelijkheid van de (letselschade)advocaat voor informatieverzuimen: het bewijs van de zorgplichtschending en de (ontbrekende) eigen schuld van de cliënt

*Prof. mr. I. Giesen **

1. Inleiding

De beroepsaansprakelijkheid van met name artsen, notarissen en advocaten is een thema dat stevast op de agenda van het aansprakelijkheidsrecht staat, zonder dat dit onderwerp ooit echt 'gepiekt' heeft. In de jaren negentig van de vorige eeuw was het weliswaar een behoorlijk veelbesproken thema in de literatuur,¹ maar tot een explosie qua aantallen rechtszaken leidde dat (gelukkig) niet. En hoewel de aandacht voor het thema in de jaren daarna iets lijkt te zijn afgekald, is er steeds een zekere belangstelling gebleven, met zo nu en dan een opleving, hetgeen waarschijnlijk hieraan te wijten is dat dit lastige terrein steeds opnieuw vragen oproept over waar de grens van (de omvang van) aansprakelijkheid ligt of zou moeten liggen.

Van een dergelijke opleving was afgelopen jaar weer sprake, blijkend uit enkele interessante arresten van de Hoge Raad die verschillende onderdelen van het beroepsaansprakelijkheidsrecht (van voornamelijk notarissen en advocaten) belichten en die dus de aandacht verdienen, in elk geval van iedereen die als advocaat werkt, of dat nu in de letselschadebranche is of daarbuiten. Dit artikel wil daarbij behulpzaam zijn. Ik heb daarbij besloten om mij niet te richten op de eerste vraag die rijst als

het over de aansprakelijkheid van een arts, advocaat of notaris gaat, die naar de (invulling van de) zorgplicht van die beroepsbeoefenaar, en wel omdat de rechtspraak daarover inmiddels veelvuldig besproken is. De maatstaf die daarbij aangelegd moet worden, is bekend en recentelijk nog eens krachtig bevestigd voor de advocaat:² het gaat om het betrachten van de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Dat kan ver gaan, en bijvoorbeeld tot aansprakelijkheid na een (te) laat afgegeven negatief cassatieadvies leiden,³ maar dit aspect wordt geregeld besproken, en laat ik hier dus rusten.

In plaats daarvan richt ik mij in deze bijdrage op een bespreking én nadere doordenking van (enkele andere van) de vele mogelijke vragen die in het vervolg op de vraag naar de maatstaf voor zorgvuldig handelen gesteld (moeten) worden en die, door de focus op die eerste vraag, soms te weinig aandacht lijken te krijgen, terwijl zij wel mede, en vaak voor een groot deel, de (omvang van de) aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar – en potentieel ook de letselschadeadvocaat – bepalen. Ik wil dus een deel van 'de rest van het aansprakelijkheidsverhaal' vertellen. Ik richt mij daarbij specifiek op gevallen waarin het gaat om de schending van een informatie- of waarschuwingsplicht door een (letselschade)advocaat of andere beroepsbeoefenaar (hierna ook: een informatieverzuim), omdat de strijd daar veelal op het scherpst van de snede wordt gestreden. Die rest van het verhaal bestaat, in potentie, uit een fiks aantal onderdelen, te weten de elementen schuld, schade,

* Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar Privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en programmaleider van het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is een bewerking van een lezing die de auteur in april 2016 verzorgde voor de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR) en voor het Haags Juridisch Genootschap (HJG). De auteur dankt de deelnemers aan de discussies na beide lezingen voor hun waardevolle bijdragen.

1. Ik noem hier slechts J. Spier & A.T. Bolt (m.m.v. O.A. Haazen), De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (NJV Preadvies), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 118 e.v., en wijs verder op de hierna nog genoemde literatuur uit diezelfde periode.

2. Zie HR 18 september 2015, NJ 2016/66 m.nt. Van Schilfgaarde (Breeuweg/Wijnkamp), r.o. 3.4.1.

3. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1548.

relativiteit en causaliteit, en de mogelijke verweermiddelen tegen de daarna vaststaande aansprakelijkheid, zoals overmacht, verjaring, exoneratie,⁴ eigen schuld en matiging. Los daarvan kan en moet voor elk van deze specifieke kwesties – maar tevens voor de prealabele vraag naar de zorgplichtschending – nog het bewijs daarvan aan de orde worden gesteld, want zeker voor de praktijk is dat een zeer gewichtig aspect: wat niet bewezen kan worden, bestaat immers niet.

Bij nadere beschouwing staan er dan enkele onderwerpen op die lijst die er wat mij betreft uitspringen en nadere overdenking verdienen, en dat zijn: het bewijs van de zorgplichtschending, zeker bij de mogelijke schending van een informatie- of waarschuwingplicht is dat een zeer interessante kwestie (zie par. 2),⁵ en het eigenschuldverweer van advocaten (en notarissen) die een zorgplicht in de vorm van een informatie- of waarschuwingplicht hebben geschonden,⁶ evenals het bewijs daarvan (zie par. 4). Tussendoor zal ik (in par. 3), als een bruggetje tussen de vaststelling van aansprakelijkheid en het bepalen van de omvang daarvan, echter zeer kort, de hoofdlijn van het causaliteitsvereiste en het bewijs daarvan schetsen; dat is immers een machtig interessant (maar ook al uitvoerig elders besproken) thema.

2. Bewijs van de zorgplichtschending

2.1 *Introductie*

Het eerste thema dat ter bespreking voorligt, is mitsdien het bewijs van de zorgplichtschending, waarbij ik mij als gezegd concentreer op een door een (letselschade)advocaat geschonden informatie- en waarschuwingplicht omdat die het meest interessant zijn, in elk geval bewijsrechtelijk gezien. Immers, dat een advocaat een termijn is vergeten of heeft gemist, zal gemiddeld genomen niet tot bewijsrechtelijke hoofdbreken leiden; dat kan achteraf juridisch ‘gewoon’ worden vastgesteld door de rechter door het begin en einde van de termijn te bepalen.⁷ Lastiger wordt het echter om te bepalen of de advocaat wel of niet bepaalde informatie heeft verstrekt over de risico’s van een transactie of al dan niet tegen bepaalde risico’s gewaarschuwd heeft. Dan is bewijs van de feiten nodig, en dan komen ook de juridisch lastige vragen op.

2.2 *Bewijslast*

In dit verband geldt op grond van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) dat de bewijslast op de eisende partij rust, op degene die zich op zekere rechts-

gevolgen beroept, in casu op de schending van de zorgplicht. De bewijslast rust dus op de eiser, de cliënt of patiënt van de beroepsbeoefenaar. Dat is al tijden bekend.⁸ Echter, zo’n evidente toepassing van de hoofdregel van bewijslastverdeling als dit schijnt te zijn, is het toch niet, althans hoeft het niet te zijn, als wij wat nader om ons heen kijken. Want wat blijkt? Al sinds 1997 kent het Franse recht een andere bewijslastverdeling op dit punt, als het om informatieverzuimen van beroepsbeoefenaren gaat, zowel bij artsen als bij notarissen en advocaten.⁹ Naar Frans recht rust de bewijslast op de advocaat dat deze de cliënt ingelicht heeft. En recenter heeft de Belgische hoogste civiele rechter die Franse lijn gevolgd als het gaat om advocaten, nadat een dergelijke koersverlegging eerder nog afgewezen was.¹⁰ Het Hof van Cassatie overwoog op 25 juni 2015:

‘Aangezien uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat de advocaat dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekweten om zijn cliënt in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie hem niet werd gegeven, schendt het arrest de in het middel vermelde wetsbepalingen niet wanneer het beslist “dat meester d’Ath, die beweert zijn cliënt te hebben ingelicht, het bewijs dient te leveren van het feit dat hij aanvoert”.’

Er zijn dus argumenten voor een andere aanpak te bedenken, zoals daar voor de Belgische rechter het gegeven was dat het hier voor de cliënt om het bewijs van een negatief feit gaat. Blijkbaar wordt dat nu als belangrijk gezien. Deze (vanuit ons perspectief: verlegde) koers wordt in Frankrijk onder andere gebaseerd op de gedachte (ruim verwoord) van ‘informed consent’, waarbij geldt dat een verleende toestemming alleen ‘telt’ als die toestemming gegeven werd op grond van voldoende en juiste informatie, hetgeen de beroepsbeoefenaar dan moet bewijzen. Dit is in zoverre ook hier relevant, want een dergelij-

4. Zie bijv. Hof ‘s-Hertogenbosch 25 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:811; het betreft hier de zaak die leidde tot HR 18 september 2015, NJ 2016/66 m.nt. Van Schilfgaarde (Breeuw/Wijnkamp). Voor artsen zijn exoneraties niet toegestaan, zie art. 7:463 BW.

5. Het vraagstuk speelde recent nog in HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288, RvdW 2016/306 (S./Notaris E.).

6. Dit is mede ingegeven door de recente uitspraak in HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:270, RvdW 2016/311 (Splitsingsakte).

7. Dé uitzondering hierop is de zaak HR 2 april 1982, NJ 1983/367 m.nt. Brunner (Smael/Moskovic). Zie ook HR 29 november 1991, NJ 1992/808 (P./A.) en HR 29 mei 2015, NJ 2015/267.

8. I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1999, p. 21-22; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/205; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, Deventer: Kluwer 2012, p. 559.

9. Zie Giesen 1999, p. 26, verwijzend naar Cass. Civ. Ire 25 februari 1997, JCP 1997, ed. G., IV, 881; D. 1997, Somm. 319 (Hedreul/Cousin) en Cass. Civ. Ire, 29 april 1997, D. 1997, IR 130 (Thoumieux/Renaudau), en ook p. 34, noot 201. Dit is vaste rechtspraak sindsdien.

10. Zie Hof van Cassatie 25 juni 2015, C.14.0382.F (Advocaten D’Ath & Ass./S.B.), en daarover W. Vandenbussche & E. Verjans, *Advocaat moet bewijzen dat hij aan informatieverplichting heeft voldaan*, *Juristenkrant* 2015, afl. 230, 23 december 2015. In Duitsland gold lange tijd dat de bewijslast op de arts rustte bij een informatieverzuim, zie Giesen 1999, p. 39, maar sinds 2013 geldt de ‘Patientenrechtgesetz’ en is de regeling gewijzigd. Ik kan hier daarop niet nader ingaan, zie nader E.H. Hondius & J.G. Sijmons, *Patientenrechtgesetz: geneeskundige behandeling in Duits Burgerlijk Wetboek*, TvGR 2013, p. 637 e.v.

ke argumentatie zou in Nederland natuurlijk ook bepleit kunnen worden.¹¹

2.3 Aanvullende stelplicht: algemeen kader en reikwijdte

De advocaat die deze stap zou wagen, bijvoorbeeld om een letselchadeslachtoffer in een medische aansprakelijkheidszaak ver(der)gaand tegemoet te kunnen komen, neemt echter een stevig procesrisico (en zal de cliënt daarover dus tevoren goed moeten inlichten). Een reden voor de Nederlandse rechter om zo'n nieuwe ('Franse') strategie juist niet te volgen, zou immers kunnen zijn dat we in Nederland al anderszins 'hulp' verschaffen aan de benadeelde, en wel via de zogenaamde 'gemotiveerde betwisting', ook wel de 'aanvullende stelplicht' genoemd.¹² Daarmee kan de eventuele bewijsnood van de benadeelde patiënt of cliënt afdoende worden geleidigd en dus komt een (ogenschijnlijk) verdergaand alternatief, zoals de bewijslastomkering, niet meer in beeld. Het heeft er ook alle schijn van dat het inderdaad zo is gelopen in Nederland: wij kennen al een werkbare alternatieve route, en daar wordt aan vastgehouden.

Wat er bij dat alternatief – die aanvullende stelplicht – gebeurt, is dat in rechte van een van de partijen, meestal de gedaagde, een extra stevig gemotiveerde betwisting verlangd wordt. Een gewone betwisting of het enkele ontkennen door de gedaagde volstaat dan niet. Dat werd voor 2002 gebaseerd op de toenmalige artikelen 140 en 141 (oud) Rv, waarin een 'met redenen omgeven' conclusie vereist werd; zie nu artikel 128 lid 2 Rv. Bij hantering van zo'n aanvullende stelplicht worden de eisen aan die motivering dus als het ware 'extra hoog' opgetrokken. Het doel en de functie hiervan zijn dat de gedaagde de eiser 'aanknopingspunten voor zijn bewijslevering' verstrekt. Met andere woorden, deze moet informatie verstrekken.

Een dergelijke plicht is, bijvoorbeeld, aanvaard op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid van de arts en notaris, op dat van de 'oude' werkgeversaansprakelijkheid op basis van artikel 7A:1638x van het Burgerlijk Wetboek (BW), en ten aanzien van de arts ook voor zover het over het causaal verband gaat. Deze plicht geldt eveneens voor de vermogensbeheerder en de wegbeheerder, maar bijvoorbeeld ook in dwalingsgevallen en

in diverse arbeidsrechtelijke kwesties, dus ook buiten het aansprakelijkheidsrecht in strikte zin.¹³

Ten aanzien van de vraag of een dergelijk verzwaarde stelplicht ook bestaat voor de aansprakelijk gestelde advocaat, is er nog lichte twijfel. Dezelfde regel geldt, zo luidt de heersende leer, ook voor advocaten,¹⁴ maar dat is niet helemaal zeker, simpelweg omdat er hierover nooit een harde uitspraak door de Hoge Raad is gedaan. Deze heeft hierover enkel bepaald in een arrest van 13 april 2001,¹⁵ dat voor zover een aanvullende stelplicht zou bestaan (dat is het geval, aldus A-G Langemeijer in zijn conclusie voorafgaand aan die zaak), daaraan in het voorliggende geval voldaan zou zijn:

'Het op de uitleg van de stukken van het geding berustende oordeel van het Hof is, ook indien met het onderdeel zou moeten worden aangenomen dat aan de betwisting door [verweerder] van de stelling van [eiser] in het gegeven geval hoge motiveringseisen zouden moeten worden gesteld, niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd, terwijl het onderdeel ook niet aangeeft in welk opzicht [verweerder] in zijn stelplicht is tekortgeschoten.'

De Hoge Raad spreekt zich dus niet principieel uit. De resterende twijfel op dit stuk is echter gering, zoals gezegd, gezien de uitspraak van de A-G en gezien de toch al ruime verspreiding van de aanvullende stelplicht. Het toepassingsbereik daarvan is immers sowieso behoorlijk breed, zo bleek al. Zo past, om nog slechts één ander voorbeeld te geven, het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dit instrument toe bij de

11. Dit alles geldt eens te meer nu op grond van het EU-recht op de kredietverstrekker de bewijslast is komen te rusten dat deze aan zijn informatieplicht jegens de kredietnemer heeft voldaan, zie HvJ EU 18 december 2014, C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, en daarover F.J.P. Lock, De verdeling van stelplicht en bewijslast tussen de consument en de tekortschietende kredietverstrekker; een Nederlands en Europees perspectief, NTBR 2016/16, p. 114 e.v., m.n. p. 121, en V. Mak, Verplichtingen van kredietgevers jegens consumenten in de precontractuele fase nader bepaald, AV&S 2016/13, p. 77.

12. Zie nader daarover o.a. I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2001, p. 39 e.v.; Asser Procesrecht/Asser 3 2013/306-309; en recent en uitvoerig B.M. Pajmans, De verzwaarde stelplicht revisited, NTBR 2016/2, p. 4 e.v., alsmede Lock 2016, p. 117-118.

13. Zie bijv. HR 20 november 1987, NJ 1988/500 m.nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman), HR 18 februari 1994, NJ 1994/368 (Schepers/De Bruijn), HR 31 januari 1995, NJ 1997/175 (De Heel/Korver), HR 7 september 2001, NJ 2001/615 (Anesthesie), HR 6 april 1990, NJ 1990/573 m.nt. P.A. Stein (Janssen/Nefabas), HR 10 januari 1997, NJ 1999/286 (Notaris W./W.), HR 23 november 2001, NJ 2002/386 (Ingenhut), HR 15 december 2006, NJ 2007/203 m.nt. M.R. Mok (NNE/Mourik), HR 4 april 2014, NJ 2014/3687 m.nt. T. Hartlief (Reaal/Deventer), HR 5 juni 2009, NJ 2012/182-184 m.nt. J.B.M. Vranken (Effectenlease) (aanvaarding aanvullende stelplicht t.a.v. causaliteitsverweer) en over dwaling HR 4 september 2009, NJ 2009/398 (Van Eindhoven/De Alternatieve). Dat laatste arrest laat zien dat dit ook buiten het aansprakelijkheidsrecht een rol speelt. Zie daartoe o.a. ook nog HR 12 september 2003, NJ 2003/604 (Roodzant/Matthews), voor een werknemer die stelt nog vakantiedagen tegoed te hebben (dat moet hij bewijzen, maar de werkgever moet gemotiveerd betwisten). Zie meer algemeen hierover Pajmans 2016, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/205, alsmede Jansen 2012, p. 559.

14. Zo ook impliciet Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/205, die hier beroepsbeoefenaren in brede zin bespreekt.

15. HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1066, r.o. 3.3.3. In Hof Leeuwarden 24 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW3951, r.o. 16, werd een aanvullende stelplicht voor een accountant, enkel omdat die accountant is, afgewezen. Voldoende reden daarvoor ontbrak, gegeven de te magere onderbouwing.

beoordeling van de mogelijke doorbraak van een verjaringsverweer.¹⁶

Of er vervolgens in een concreet geval voldoende gesteld is, en of dus aan deze plicht tot gemotiveerde betwisting voldaan is, is moeilijk bij voorbaat en in algemene termen aan te geven. De zwaarte van deze plicht verschilt namelijk van geval tot geval en of eraan voldaan is, is aan de waardering door de feitenrechter overgelaten. Bij wijze van voorbeeld uit de rechtspraak kan er wel op worden gewezen dat als een notaris zijn gespreksnotities inbrengt, dit als voldoende beschouwd mag worden.¹⁷ Er is mijns inziens geen reden om dit voor advocaten anders in te vullen.

Uit het Anesthesie-arrest uit 2001¹⁸ volgt vervolgens dat de arts nauwkeurig zijn lezing van het voorval zal moeten geven, zodat de patiënt dan de onjuistheid daarvan kan aantonen. Het overleggen van een anesthesieverslag is op zich, zo bleek hier, voldoende om aan die stelplicht te voldoen, ook indien dit verslag op zichzelf onvolledig is, want de patiënt kan die onvolledigheid benutten. In het latere Slotervaartziekenhuis-arrest zegt de Hoge Raad het zo:¹⁹

‘Toegespijst op de controle door [de gynaecoloog] op de plaatsing van de Filshieclips, heeft het hof de door het ziekenhuis verschaft gegevens in de vorm van de verklaring van [de gynaecoloog] kennelijk voldoende terzake dienend en concreet geoordeeld, omdat in die verklaring verslag werd gedaan van de wijze waarop [de gynaecoloog] de plaatsing van de clips zou hebben gecontroleerd. Het heeft in dat licht geoordeeld dat de omstandigheid dat de aantekeningen van [de gynaecoloog] in de poliklinische status van [eiseres 1] niets omtrent die controle bevatten, niet van belang was, en daarmee tot uitdrukking gebracht dat die omstandigheid, in het licht van de aanwezigheid van de verklaring van [de gynaecoloog] niet de conclusie wettigt dat het ziekenhuis (op dit punt) niet aan zijn verplichting tot het verschaffen van aanknopingspunten, als eerder bedoeld, heeft voldaan. Door aldus te oordelen (...) heeft het hof niet blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zijn oordeel is evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.’

Als er, zoals bij de arts, een wettelijke dossierplicht bestaat (art. 7:454 BW), lijkt het ook logisch dat de rechter ten minste dat dossier wil zien. Het overleggen van een geheel notarieel dos-

sier is echter niet steeds nodig, aldus opnieuw de Hoge Raad,²⁰ hetgeen ook weer voor de advocaat mag worden aangenomen. Het aanhouden van een dossier is voor een advocaat en notaris tuchtrechtelijk vereist, maar wettelijk niet, zoals voor de arts, vandaar wellicht dat de rechtspraak hier iets minder streng lijkt te zijn.

De (verzwaarde) stelplicht berust dus mede, zo blijkt, op de gedachte dat de beroepsbeoefenaar over wat er besproken is aantekeningen maakt, en geacht wordt te maken, voor zijn dossier. Daarmee rijst ook de vraag voor wiens rekening het komt als geen aantekeningen zijn gemaakt. Ten aanzien van die dossierplicht, of wellicht beter: aantekeningenplicht, is er dus rechtspraak betreffende (de verzwaarde stelplicht van) de arts, waaruit afgeleid kan worden dat een volledig en accuraat verslag of dossier geen absolute noodzaak is, omdat een verklaring door de arts zelf daarvoor in de plaats kan komen. Maar daarmee neemt de beroepsbeoefenaar natuurlijk wel een groot risico. Ik leid uit deze medische rechtspraak overigens ook af dat dit dossier vaak bepalend zal zijn als het wél compleet is, bepalend in die zin dat dan zeker aan de aanvullende stelplicht is voldaan. Voor advocaten geldt hetzelfde, zo meen ik.²¹

2.4 Sanctionering van de aanvullende stelplicht

Aldus aannemende dat deze aanvullende stelplicht ook voor de advocaat geldend recht is, waartoe leidt dat dan? Als de gedaagde aan deze aanvullende stelplicht voldoet en dus de nodige aanknopingspunten verschaft, moet de eiser nog steeds en gewoon het bewijs leveren. Slaagt de eiser niet erin om dat bewijs te leveren, dan komt dat voor diens risico. De bewijslastverdeling verandert namelijk niet door aanname van een aanvullende stelplicht.

Wanneer de gedaagde echter niet aan deze plicht voldoet, is diens betwisting onvoldoende en is er derhalve rechtens geen betwisting, zodat het betreffende feit eigenlijk als vaststaand in de zin van artikel 149 Rv beschouwd zou moeten worden. Aan andere sancties kan de rechter dan, dogmatisch gezien in elk geval, niet meer toekomen. Op basis van de wet, het genoemde artikel 149 Rv, moet de rechter immers het feit als vaststaand beschouwen als het niet of onvoldoende betwist is. Een bewijsopdracht is dan niet meer nodig, een bewijslastomkering ook niet. Het feit staat immers al vast; bewijs dienaangaande is niet meer nodig.

Belangrijk is hier echter dat de Hoge Raad deze visie niet deelt. Hij zegt in 2006 in het arrest NNE/Mourik, geparafraseerd: de sanctie op het niet voldoen aan de door de rechter verlangde gemotiveerde betwisting kan zijn om de feiten als vaststaand aan te nemen of voorshands aannemelijk te achten. Dat ligt in de regel meer voor de hand dan de bewijslast omkeren, aldus de Hoge Raad. Maar dat laatste mag ook, en het is aan de

16. Bij de vraag of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat iemand een beroep doet op verjaring, ligt de bewijslast bij degene die zich op die onaanvaardbaarheid beroept. Die moet allerlei omstandigheden stellen en bewijzen, maar te dien aanzien kan op de ander, de asbestproducent in dezen, een aanvullende stelplicht rusten (en die was fataal hier; het beroep op verjaring strandt). Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, NJ 2009/104 (Horsting/Eternit).

17. HR 10 januari 1997, NJ 1999/286 (Notaris W./W.).

18. Zie HR 7 september 2001, NJ 2001/615 (Anesthesie).

19. Zie HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1093, RvdW 2007/423 (Slotervaartziekenhuis), in r.o. 3.4.2. Vgl. ook nog HR 15 juni 2007, NJ 2007/335 (Ziekenhuis Amstelveen).

20. Zie HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR5917 (Corubouw/Notaris X.).

21. Vgl. ook J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, Informatieplichten van dienstverleners, Zwolle: Tjeenk Willink 1999, nr. 431.

rechter om het beleid dienaangaande te bepalen.²² Belangrijk is dus dat de Hoge Raad hier zonder een spoor van twijfel voorbijgaat aan de dogmatische gevolgen waartoe artikel 149 Rv hier, gegeven de wettekst, zou moeten leiden ('de feiten staan vast') en dus aan de wet voorbijgaat. Wat echter voor die uitkomst pleit, is dat daarmee in elk geval duidelijkheid is geschapen voor de (voorheen nog verdeelde) praktijk over welke sancties hier kunnen en mogen worden benut (de rechtszekerheid is daarmee gediend). Daar komt bovendien nog bij dat de Hoge Raad via deze oplossing veel vrijheid aan de feitenrechter laat bij de sanctionering, hetgeen past bij dit leerstuk, dat gekenmerkt wordt door rechterlijke vrijheid.

Terzijde merk ik op dat het mijns inziens niet juist is wat de Hoge Raad aldus beslist heeft. Dogmatisch past dit niet bij artikel 149 Rv, zoals al besproken. Wat wellicht nog voor de oplossing uit dit arrest zou kunnen pleiten, is dat de sanctie van de bewijslastomkering milder is dan het als vaststaand aannemen van een feit; bij toepassing van artikel 149 Rv staat het feit vast en is er dus geen bewijs meer nodig en mogelijk, terwijl bij een omkering het bewijs nog geleverd kan worden. Die sanctie is dus milder. Maar daar zit dan ook meteen de pijn, want werkt een milde sanctie wel als er niet voldaan is aan de aanvullende stelplicht? Om de feiten vroeg boven tafel te krijgen zou er nu juist géén milde sanctie moeten bestaan, maar veeleer een stevige. Nu immers kan een procespartij ervoor kiezen om eerst te zwijgen en dan later alsnog met nader bewijs te komen. Dat is geen goede prikkel.

Wat hiervan verder zij, de Hoge Raad lijkt inmiddels de lijn qua sanctionering iets verder bijgeschaafd te hebben in de zaak Reaal/Deventer.²³ Uit r.o. 3.6.2 en 3.6.3 uit dat arrest volgt dat de Hoge Raad hier uitgaat van een aanvullende stelplicht aan de kant van het gedaagde overheidsorgaan, als het gaat om aansprakelijkheid van de wegbeheerder, voor zover het gaat om de financiële middelen van de gemeente en dus de mogelijkheid om (voorzorgs)maatregelen te nemen. Dat komt omdat de gemeente als enige die gegevens heeft (conform de 'domeingedachte'). De Hoge Raad geeft daarbij vervolgens aan dat de sanctie op het niet voldoen aan deze extra zware stelplicht gelegen is in de gedachte dat (de eiser dan in elk geval wel aan diens stelplicht heeft voldaan en dat) dan het gestelde feit voorshands als vaststaand kan worden aangenomen óf op dat punt de bewijslast kan worden omgekeerd.

Deze overweging is in die zin opmerkelijk, en lijkt van het tot dan toe geldende recht af te wijken, omdat in het arrest NNE/Mourik door de Hoge Raad nog drie in plaats van deze twee mogelijke sancties werden besproken (daar ging het om: vaststaand aannemen, voorshands aannemelijk achten en bewijslast omkeren). Hier zijn de eerste twee samengevoegd tot één enkele sanctie, zo lijkt het, en daarmee is onduidelijk geworden wat precies bedoeld is. Want wat is 'voorshands vaststaan'

eigenlijk? Staat het feit dan vast (in de zin van art. 149 Rv)? Of is het dan juist voorshands gegeven, zodat de mogelijkheid van tegenbewijs openstaat?²⁴ Dat laatste ligt waarschijnlijk meer voor de hand, maar zeker weten kunnen we dit niet, en dus is de situatie qua sancties nu weer deels onzeker.

2.5 *Belang van de aanvullende stelplicht*

Het belang van deze aanvullende stelplicht is intussen groot, want de rechtspraak gebruikt het instrument om het evenwicht tussen partijen te herstellen, om een bewijsachterstand op te heffen. Voor de advocaat is het dus van belang te beoordelen of er voldoende gesteld is, en om te bepalen of de wederpartij soms een extra motivering zou moeten verstrekken, en zo ja, om de rechter daarop attent te maken. Waar immers de rechter de bevoegdheid heeft om zo'n plicht te verankeren, kan de advocaat hem ertoe brengen die bevoegdheid ook te gebruiken. Dat is des te belangrijker waar de rechter de uitkomst van een zaak sterk kan beïnvloeden door meer of minder van een partij te verlangen, zoals hier. En dat geldt nog sterker nu de vraag of aan de aanvullende stelplicht voldaan is, en dus of er voldoende gemotiveerd betwist is, een feitelijke vraag is die in cassatie moeilijk te bestrijden is.²⁵ Doet de advocaat dit alles niet in een procedure tegen een beroepsbeoefenaar, dan kan dat zomaar betekenen dat vervolgens diens eigen aansprakelijkheid ingeroepen wordt, waarbij vervolgens de tegenstrever, de voormalige cliënt, dan wel (alsnog) een beroep doet op de aanvullende stelplicht van de advocaat...

Om het belang van de aanvullende stelplicht nogmaals te onderstrepen, is het goed erop te wijzen dat deze constructie recent weer is toegepast in een geval van een mogelijk wanpresterende notaris. De notaris schond, mogelijk, zijn informatieplicht waar het gaat om de mogelijkheid om een niet-opeisbaarheidclausule op te nemen in een testament (art. 4:82 BW), maar duidelijk was dit allerminst. Was er over die optie gesproken? Dat werd dus al snel een bewijsvraag. De Hoge Raad stelt in r.o. 3.4.3:

'Op degene die stelt dat de notaris (...) is tekortgeschoten, rust de stelplicht en bewijslast van feiten en omstandigheden die dit oordeel kunnen dragen. Van de notaris kan evenwel worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de desbetreffende stellingen, teneinde degene die hem aanspreekt aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen (HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2244, NJ 1999/286). Voor zover de notaris geen

22. Zie HR 15 december 2006, NJ 2007/203 (NNE/Mourik).

23. HR 4 april 2014, NJ 2014/368 m.nt. T. Hartlief (Reaal/Deventer), waarover ook Pajjmans 2016.

24. Bovendien werd de sanctie van de bewijslastomkering in dat eerdere arrest nog als minder voor de hand liggend gepresenteerd, terwijl die terughoudendheid hier weer weg lijkt te zijn (al zijn de bewoordingen van de Hoge Raad hier niet heel duidelijk).

25. Helemaal buitenspel staat de Hoge Raad echter niet, want in HR 12 september 2003, NJ 2003/604 (Roodzant/Matthews) werd de feitenrechter wel teruggefloten, omdat onbegrijpelijk was hoe de rechter kon menen dat er, gezien de omstandigheden (zelfstandige positie van werknemer, geen overleg over vakantie), niet aan die aanvullende stelplicht voldaan was door de werkgever.

aantekeningen bijhoudt en bewaart van hetgeen hij in het kader van zijn voorlichtingsplicht met de betrokkene heeft besproken, kan dat ertoe leiden dat hij niet aan de zojuist genoemde motiveringsplicht kan voldoen, hetgeen dan voor zijn risico komt.⁷

Ook hier geldt dus: een dossier met aantekeningen is geen noodzaak, maar het ontbreken ervan leidt wel tot grote (aansprakelijkheids)risico's.²⁶ Iets verderop, in r.o. 3.5.4, zegt de Hoge Raad het nog scherper, zo lijkt het:

'Daarbij is van belang dat het ontbreken van schriftelijke vastlegging van hetgeen met erflater is besproken – waaronder ook valt de onvolledigheid van vastlegging – voor risico van de notaris dient te blijven (zie hiervoor in 3.4.3).'

Echter, de verwijzing op deze plaats naar r.o. 3.4.3 daarvoor maakt duidelijk dat de woorden aldaar leidend zijn.

Een vraag die in dit verband tot slot nog rijst, is of een beroepsbeoefenaar nog kan 'compenseren' dat er geen of te weinig aantekeningen zijn gemaakt, bijvoorbeeld door het inbrengen van een verklaring over hoe hij standaard in zaken te werk gaat. Het antwoord daarop is deels al gegeven: de eigen verklaring van de dienstverlener kan een verslag op zichzelf vervangen.²⁷ Maar pas op: de stelling dat een bepaalde wijze van handelen gevolgd is in de betreffende casus omdat dat nu eenmaal altijd zo gaat, zal niet snel gevolgd worden, zo blijkt uit het arrest Schepers/De Bruijn: het feit dat een arts altijd een bepaalde mededeling doet, en dus in het betreffende geval dat ook wel gedaan zal hebben, overtuigt niet, zeker niet als dat niet ook in het dossier staat.²⁸ Daarmee helpt de dienstverlener zichzelf dus niet verder.

En zo wordt de benadeelde partij dus tot op zekere hoogte tegemoetgekomen, ten laste van de beroepsbeoefenaar. Ter relativering daarvan wijs ik er nog wel op dat zelfs als de cliënt slaagt in het bewijs van de zorgplichtschending, deze zeker nog geen gewonnen koers rijdt. De volgende formidabele horde voor een benadeelde is dan immers nog de hierna – kort – te benoemen causaliteitsvraag.

3. Overgang: causaliteit bij informatieplichten en het bewijs daarvan

Het causaliteitsvereiste (in de zin van *condicio sine qua non*-verband), en zeker ook het bewijs daarvan, blijft een machtig interessant en lastig thema. Maar omdat ik hier niet al te zeer eerder eigen werk wil herhalen,²⁹ volgt hier enkel kort het navolgende daarover, en alleen nog maar omdat deze kennis handig is bij de overgang naar mijn volgende volwaardige thema, de eigenschuldvraag, die immers pas aan de orde is als de aansprakelijkheid, en dus ook de causaliteit als stevige hobbels,³⁰ genomen is. Kort daarover dus het volgende, als noodzakelijke relativering bij voorbaat van het resterende belang van het vervolg (de eigenschuldvraag).

De bewijslast ten aanzien van de causaliteit ligt gewoon weer bij de eisende partij, die daarmee de facto haar zaak verloren ziet gaan, scherp gesteld. Immers, hoe bewijst iemand achteraf wat hij gedaan zou hebben als hij een bepaalde waarschuwing of bepaalde informatie ten tijde van het besluit zou hebben gehad? Dat is niet te doen. Die uitkomst wordt echter niet steeds als terecht en niet steeds als wenselijk ervaren, en dus zijn er in de loop der tijd enkele bewijsrechtelijke tegemoetkomingen ontwikkeld,³¹ die vervolgens al dan niet, en in meer of mindere mate, geaccepteerd zijn. Ik noem de feitelijke vermoedens (die mogen op zich altijd en overal), al dan niet in de vorm van de 'omkeringsregel' (maar die geldt dan weer niet bij geschonden informatieplichten van advocaten³²) of in de vorm van de variant van het 'tot uitgangspunt mogen nemen' van het causale verband (die vooral in de financiële-dienstverleningssector furore maakt, maar wellicht ook wel te transponeren is naar de meer klassieke dienstverleners?) of proportionele aansprakelijkheid (waarschijnlijk hier niet te benutten, aldus het arrest Fortis/Bourgonje,³³ omdat dit leerstuk blij-

26. Zie HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288, RvdW 2016/306 (S./Notaris E.).

27. Zie HR 7 september 2001, NJ 2001/615 (Anesthesie).

28. Zie reeds het arrest HR 17 februari 1994, NJ 1994/368 (Schepers/De Bruijn). Zie ook, genuanceerd, Barendrecht & Van den Akker 1999, nr. 428-429, die aangeven dat dit voor dossierplichtigen zo geldt. Als er echter een standaardprocedure is met waarborgen, dan kan daaraan het vertrouwen worden ontleend dat de informatie verstrekt is, aldus deze auteurs. Ze noemen de overhandiging van een informatiepakket door een administratief medewerker. Maar ja, zo werp ik dan tegen, die medewerkers kunnen ook fouten maken, dingen vergeten. Ik voeg daaraan toe dat het feit dat iemand iets altijd op manier x of y doet, op zichzelf geen afdoende verklaring is. De kernvraag is namelijk of het in dit specifieke geval mis is gegaan, en daartoe biedt de stelling dat het altijd op wijze x of y gaat, geen enkele opheldering. Zo ook Jansen 2012, p. 559-560.

29. Zie voor het navolgende I. Giesen & K.L. Maes, *Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten*, NTBR 2014/27, p. 219 e.v.

30. Zo bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/209.

31. Denk hierbij ook nog aan het leerstuk van integriteitsschade, waarover o.a. (en met verdere verwijzingen): I. Giesen, *Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'integriteitsschade'*, in: E.C. Huijsmans & M. van der Weij (red.), *Schade en herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 43-68 en 115-122; A.M. Franse, *Vergoeding van integriteitsschade*, TvGR 2015, p. 12 e.v.; A.M. Overheul, *Vergoeding van integriteitsschade mede bezien vanuit een mensenrechtelijk perspectief*, TVP 2016, p. 1 e.v. Over het navolgende voor notarissen ook D. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 212 e.v.

32. Zie HR 2 februari 2007, NJ 2007/92 (Juresta) en daarover ook I. Giesen, *De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'*, in: T. Hartlief & S.D. Lindenberg (red.), *Tien pennestreken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 69-86. T.a.v. notarissen geldt die omkeringsregel op zich nog wél (HR 26 januari 1996, NJ 1996/607 m.nt. W.M. Kleijn (Dicky Trading II)), want de Hoge Raad kwam er nooit expliciet op terug, maar volgens sommige auteurs is deze regel inmiddels ook op dat terrein niet meer geldend, zie, met verwijzingen, A.J. Akkermans & Chr.H. van Dijk, *Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijsverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken*, AV&S 2012/17, p. 167.

33. Zie HR 24 december 2010, NJ 2011/251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje), waarin de Hoge Raad maant tot terughoudendheid en proportionele aansprakelijkheid niet benut bij een geval van zuivere vermogensschade en een geschonden (reguliere) zorgplicht.

baar enkel terughoudend mag worden benut) dan wel de leer van het verlies van een kans.³⁴

Het gebruik van die leer van het verlies van een kans is, als daarop enigszins wordt ingezoomd, op zich mogelijk als het om de aansprakelijkheid van de advocaat gaat: het arrest Baijings/H. is immers nog steeds en onbetwist vaste rechtspraak. Maar die zaak ging niet over een geschonden informatieplicht. Dat is in zoverre relevant omdat er kan worden betwijfeld of het 'verlies van een kans'-leerstuk ook bij informatieplichten toepasbaar is. Het antwoord is: ja.³⁵ Dat gebeurt in Frankrijk, de bakermat van het leerstuk, en België ook zonder problemen. En in het arrest Deloitte/H&H Beheer werd de 'verlies van een kans'-leer benut toen het om een geschonden fiscale adviesplicht ging. Die kanstheorie is dan wel, volgens de Hoge Raad in het Baijings-arrest, optie nummer twee. De standaardoptie is dat via een 'trial within a trial'-methode wordt vastgesteld wat in de oorspronkelijke zaak de uitkomst zou zijn geweest zonder beroepsfout.³⁶ Bij een geschonden informatieplicht door een advocaat is dat echter een veel minder begaanbaar en voor de hand liggend pad dan bij bijvoorbeeld een ten onrechte niet ingesteld rechtsmiddel of een vergeten (beroeps)termijn,³⁷ want er is in dat eerste geval dan vaak nog geen procedure, zodat de leer van het verlies van een kans zich hier juist als eerste optie aandient.

4. Eigen schuld van de cliënt

4.1 Introductie

Is zodoende, wellicht, een vorm van causaliteit vastgesteld, en is daarmee de aansprakelijkheid van bijvoorbeeld de letselschadeadvocaat gegeven, dan komen mogelijk nog enkele verweermiddelen aan bod, waaronder de vraag of er soms sprake is geweest van eigen schuld³⁸ van de cliënt. Deze paragraaf gaat daarover en valt in tweeën uiteen. Ik bespreek eerst in algemene zin de notie van eigen schuld als het om informatieverzuimen gaat, en daarna ga ik nog nader in op de bewijsvraag te dien aanzien. Daar schuilt namelijk soms een feitelijke adder onder het gras, die als juridische denkoefening geweldig mooi is, maar die het geheel voor procespartijen knap ingewikkeld kan maken.

34. Zie HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (Deloitte/H&H Beheer) en HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257 (Baijings/H.).
 35. Boks 2002, p. 229, ziet er geen heil in, maar dat komt omdat voor Boks hier al een bewijslastomkering geldt, vgl. ook p. 230-233.
 36. Dat maakt een en ander soms knap lastig, vgl. HR 9 november 2012, NJ 2014/480 m.nt. W.D.H. Asser (B./X.).
 37. Dit volgt ook uit HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (Deloitte/H&H Beheer), waarin de 'trial within a trial'-methodiek niet aan de orde was. Advies- en informatieplichten voorafgaand aan procedures of t.a.v. andere advocatuurlijke activiteiten passen gewoon niet in het stramien van een procedure binnen een procedure.
 38. Zie voor een historisch-rechtsvergelijkende beschouwing over dat leerstuk E.G.D. van Dongen, *Contributory negligence. A historical and comparative study* (diss. Maastricht), Leiden: Brill Nijhoff 2014 en A.L.M. Keirse, *Schadebeperingplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

4.2 Eigen schuld bij een informatieverzuim door beroepsbeoefenaren

In het resterende deel van deze bijdrage ga ik in op het eigen-schuldverweer van beroepsbeoefenaren die een zorgplicht in de vorm van een informatie- of waarschuwingplicht hebben geschonden. Dit zal in de praktijk geregeld een rol kunnen spelen.³⁹ Dat ligt – theoretisch gezien – hieraan dat de advocaat of notaris uiteindelijk niet degene is die besluit hoe te handelen of wat te doen, gegeven de adviezen en inlichtingen zoals die verstrekt zijn. De cliënt maakt immers zelf zijn eigen afweging, deze neemt zelf het uiteindelijke besluit dat schadelijke gevolgen had, en dus heeft die cliënt misschien ook zelf wel een bijdrage geleverd aan het ontstaan van de schade, althans dat zou betoogd kunnen worden.⁴⁰ Er is dus misschien wel sprake van eigen schuld van die cliënt. En naar geldend recht staat dan ook vast dat het verweer van eigen schuld van de cliënt inroepbaar is door de aangesproken beroepsbeoefenaar.⁴¹

Ter zake van die eigenschuldregeling, neergelegd in artikel 6:101 BW, is het kader algemeen genoegzaam bekend. Te kort gezegd, in de schematische vorm zoals bepleit door Keirse: je vraagt je af (stap 1) of de schade mede een gevolg is van omstandigheden aan de zijde van de benadeelde, waarbij tevens geldt (stap 2) dat deze omstandigheden aan de benadeelde zelf zijn toe te rekenen, en als dat zo is, dan verminder je (stap 3) de vergoedingsplicht in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade (causaliteitsafweging), tenzij (stap 4) de billijkheid wegens de uiteenlopende ernst van de feiten of andere omstandigheden een andere verdeling vergt (billijkheidscorrectie).⁴²

Dit algemene kader krijgt blijkens de literatuur en jurisprudentie enige nadere toespitsing als het om beroepsbeoefenaren gaat. Op een notaris rust bijvoorbeeld een zware zorgplicht om te doen wat nodig is om de beoogde rechtsgevolgen te doen intreden.⁴³ Slaagt dat niet, dan ligt een schadevergoedings-

39. Zo bijv. in HR 18 september 2015, NJ 2016/66 m.nt. Van Schilfgaarde (Breeuw/Wijnkamp), zie m.n. de hofuitspraak in die zaak: Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2987. Zie ook Rb. Den Haag 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12620, waarin het beroep op eigen schuld van de cliënt afgewezen wordt omdat deze geen fout gemaakt heeft. Zo ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/210.
 40. Vgl. de conclusie (sub nr. 10) van De Vries Lentsch-Kostense (ECLI:NL:PHR:2013:BY782) voor HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7829, RvdW 2013/484 (een art. 81 Wet RO-zaak); Akkermans & Van Dijk 2012, p. 174-175. Daarmee bedoel ik niet te zeggen dat elk besluit van de cliënt aan deze als eigen schuld is toe te rekenen, zoals uit het vervolg ook zal blijken.
 41. Dat wordt buiten twijfel gesteld in HR 13 januari 2006, NJ 2006/59 (Beroepsfout notaris), r.o. 5.1.2.
 42. Zie Keirse 2003, p. 83-86; A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid*, Deventer; Kluwer 2013, nrs. 21-23; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/114. Vooral de laatste twee genoemde stappen moeten uitdrukkelijk worden gezet. Om tot een billijkheidscorrectie te kunnen komen, moet eerst gegeven zijn waartoe de causale afweging leidt, zie HR 13 januari 2006, NJ 2006/59 (Beroepsfout notaris), r.o. 5.2.4; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/124.
 43. Zie bijv. Boks 2002, p. 1 en 35-36.

plicht in de rede.⁴⁴ Die plicht kan dan qua omvang worden verminderd via een eigenschuldverweer, maar veel ruimte daarvoor is er niet.⁴⁵ Toerekening van schade aan de cliënt is wel mogelijk als die eigen kennis of deskundigheid heeft, of heeft ingehuurd, op het terrein waarop ook de fout is gemaakt.⁴⁶ Een dergelijke deskundigheid wordt echter niet snel aangenomen door de Hoge Raad.⁴⁷ Wat mij betreft geldt hetzelfde voor de (letselschade)advocaat. Ook de advocaat speelt immers een belangrijke rechtsstatelijke rol in het rechtsverkeer en wordt als deskundige ingeschakeld, omdat de cliënt die specifieke (juridische) deskundigheid zelf mist, en dus rust op die advocaat ook een zwaarwegende of bijzondere zorgplicht ten opzichte van de (belangen van de) cliënt, met als gevolg dat – ook hier – het eigenschuldverweer niet eenvoudig zal kunnen slagen. Men ziet dat overigens ook terug in recente rechtspraak.

Ik wijs daarbij, toegepast op beroepsbeoefenaren, op een recent geval van notariële aansprakelijkheid dat speelde in een arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2016.⁴⁸ Daarin – ik paraphraseer de Hoge Raad – is gebleken dat een notarisklerk heeft verzuimd de eisers in cassatie voor het sluiten van een koopovereenkomst (het ging om een appartementsrecht) op de noodzaak van de aanpassing van de splitsingsakte te wijzen. Zou dat wel zijn gebeurd, dan zouden de eisers onder andere geen boete hebben verbeurd. Het beroep op eigen schuld dat de notaris heeft gedaan, slaagt echter, aldus het hof. Met betrekking tot de verbeurde boete oordeelt het hof dat een verdeling van 50%-50% van de schade op haar plaats is, nu gelijk gewicht toekomt aan de schending van de informatieplicht door de notarisklerk en de complicaties en vertraging door de onderliggende problematiek, die voor risico en rekening komen van de eisers. De Hoge Raad stelt:

‘3.4.2 (...) Waar de informatie- en adviesplicht van de klerk (naar het hof terecht heeft geoordeeld) aldus ertoe strekte de eisers te behoeden voor het risico van een vertraging door een dergelijke eventualiteit, valt niet in te zien waarom de verwezenlijking van dat risico – in dit geval: de complicaties en vertraging door de parkeerproblematiek – voor eigen rekening van de eisers zou komen en aldus op de voet van art. 6:101 BW in mindering zou strekken op de vergoedingsplicht die in verband met het tekortschieten in die informatie- en adviesplicht bestaat. De klacht is dus gegrond.’

44. Over de grondslagen daarvoor: Boks 2002, p. 5 e.v.

45. Zie nader Boks 2002, p. 233 e.v.; Spier & Bolt 1996, p. 150.

46. Boks 2002, p. 235. Deskundigheid van een cliënt kan een beroep op eigen schuld kansrijker maken, vgl. HR 18 september 1998, *NJ* 1998/818 (KPI/Leba). Vgl. ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/210; Spier & Bolt 1996, p. 151. Zie ook S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 416.

47. Zie HR 11 juli 2003, *NJ* 2005/103 (Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek) en (kritisch daarover) Van Baalen 2006, p. 428 e.v.

48. HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:270, RvdW 2016/311 (Splitsingsakte).

Iets algemener gesteld luidt hier de norm: een gebrek aan eigen inzicht en het nalaten te handelen daarnaar teneinde bepaalde risico's tegen te gaan kunnen de (niet-deskundige) cliënt niet als eigen schuld worden aangerekend, als de gevolgen van dat gebrekkige inzicht juist tegengegaan hadden moeten worden door de deskundige beroepsbeoefenaar, en de door deze geschonden zorgplicht juist daarop zag.

Uiteraard weet ik dat de Hoge Raad het niet zo scherp stelt, althans nog niet, maar ik poneer het bewust wel zo sterk. Ik zou hier namelijk willen betogen dat ten aanzien van een beroepsbeoefenaar die een waarschuwings- of informatieplicht geschonden heeft, een beroep op eigen schuld in beginsel kansloos is, althans zou moeten zijn, omdat diens cliënt of patiënt niet kan en mag worden aangerekend dat deze niet gehandeld heeft zoals hij hoorde te doen als hij wel ingelicht zou zijn geweest; aan fouten die een gevolg zijn van diens gebrek aan inzicht mag geen gewicht worden toegekend. We kunnen en mogen immers niet verlangen dat iemand zijn eigen gebrek aan inzicht alsnog zelf ‘repareert’ of ‘aanvult’ als dat ten onrechte niet al gebeurd is door de ingeschakelde deskundige dienstverlener.⁴⁹ Men kan en mag van de cliënt niet verlangen dat deze alsnog zelf tot bepaalde inzichten komt, dingen ontdekt, en die dan opvolgt; daarvoor werd nu juist de deskundige ingeschakeld. Men mag, kortom, niet verlangen dat de leek het beter weet dan de deskundige.⁵⁰ De beroepsbeoefenaar die daar anders over denkt, neemt mijns inziens zijn eigen vak, en de specialistische kennis die daarvoor nodig is, te weinig serieus; die ontkent immers dat hij als deskundige toegevoegde waarde heeft. Echter, met die waarde komt ook verantwoordelijkheid, en die verantwoordelijk valt dan niet alsnog door te schuiven naar de cliënt.

4.3 Nadere onderbouwing en afbakening

Dit is een regel die potentieel verstrekkend is, en het is dan ook de vraag of wij dit moeten willen, maar ik kom daartoe niet lichtvaardig, zoals hiervoor al bleek. Ik voeg aan die argumentatie nog het volgende toe. Het gaat hier om een vuistre-

49. Dit sluit aan bij wat ik eerder verdedigde over eigen schuld bij aansprakelijkheid van toezichthouders, namelijk dat dit eigenschuldverweer geen levensvatbare route zou moeten zijn voor de toezichthouder, zie I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 176-180. De relevantie daarvan voor nu is dat de scheidslijn tussen beroepsbeoefenaar en toezichthouder vaak ‘dun’ is (de notaris en accountant functioneren soms ook als een soort toezichthouder). Het sluit ook zeer nauw aan bij hetgeen Jansen 2012, m.n. op p. 184-187 en 427-429, betoogt als het om informatieplichten (bij dwaling en onrechtmatige daad) en eigen schuld gaat, te kort gezegd, dat er dan geen plaats zou moeten zijn voor een beroep op eigen schuld wegens schending van een onderzoeksplicht door de benadeelde (die had mogen vertrouwen op een adequate informatieverstrekking). Zie in dit verband ook nog de voorzichtige omgang met ‘eigen schuld’ door A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997/594 (Van Stiphout/S.), alsmede de volgende noot.

50. Zie de vorige noot en vgl. Barendrecht & Van den Akker 1999, nr. 459. Deze auteurs stellen dat de plicht is om de ander te behoeden voor de gevolgen van diens fouten, en dat het dan ‘ongrijmd’ is om zo’n fout zwaar aan die ander aan te rekenen, waarna zij concluderen dat ‘weinig betekenis’ moet worden toegekend aan de fout van de cliënt.

gel,⁵¹ die in wezen al zeer nauw aansluit bij – echter net iets voorbijgaat aan – wat wij al langer weten, namelijk dat eigen fouten van benadeelden die voortkomen uit lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht waartegen een geschonden veiligheidsnorm diende te beschermen, ‘minder zwaar’ wegen dan fouten aan de zijde van de gedaagde, hier: de beroepsbeoefenaar.⁵² Vervang in het voorgaande het woord ‘veiligheidsnorm’ door ‘(zwaarwegende) zorgplicht’ en de (schijnbaar) verstrekkende regel die ik poneerde, is in feite al geldend recht.

Het is ook zeker geen ongerijmde gedachte, want ook voor effectenlease-instellingen – en breder: financiële dienstverleners – geldt deze regel al. Dit werd immers aangenomen in de Effectenlease-zaken uit 2009. Ik citeer:

‘De door het hof aangenomen zorgplicht heeft naar zijn aard tot strekking [De T.] te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Het hof heeft vastgesteld dat dit gevaar zich heeft verwezenlijkt en dat Dexia deze zorgplicht heeft geschonden (...). Daarom dienen bij de toepassing van de maatstaf van art. 6:101 BW fouten van [De T.] die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar te wegen dan fouten aan de zijde van Dexia (...).’⁵³

Voor banken die beleggers bijstaan, geldt dezelfde regel (dat wil zeggen dat bij schending van een zorgplicht die tegen gebrek aan inzicht beoogt te beschermen, die schending zwaarder weegt dan de eigen fout van de benadeelde, zodat minstens 50% van de schade voor rekening van de bank blijft) bovendien ook al.⁵⁴

Bij het voorgaande komt dan nog dat het denken in termen van ‘veiligheidsnormen’, als het om beroepsbeoefenaren gaat, helemaal niet zo vreemd is.⁵⁵ De zorgplicht van de advocaat strekt namelijk tot bescherming van de cliënt, dat is dus een ‘beschermingsnorm’, net zozeer als een veiligheidsnorm iemands fysieke veiligheid beschermen wil. Daar komt dan

nog bij dat niet alleen het ‘minder zwaar’ wegen, maar zelfs het volledige uitsluiten van eigen schuld van de cliënt niet nieuw is: dat gebeurt incidenteel, gegeven de omstandigheden van het geval, toch al, bijvoorbeeld in de Dicky Trading-zaak, waarin de ‘omkeringsregel’ gearachtureerd werd ten opzichte van notaris H.⁵⁶ Boks concludeert dan ook terecht: ‘Voor vermindering van de vergoedingsplicht is dan geen ruimte.’⁵⁷ Maar ik geef grif toe dat niet iedereen die conclusie deelt. Zo bestrijdt Keirse in haar proefschrift een vroeg pleidooi van Bloembergen om het beroep op eigen schuld in geval van letselschade af te schaffen, en daarbij bestrijdt zij en passant ook de opvatting van Boks, waarbij ik mij hier juist aansluit.⁵⁸

Het is overigens een logische vraag, die vraag of deze ‘nieuwe’ regel niet te ver gaat. Maar ik meen wel te mogen pareren dat, gegeven de moeite die het kost om tot aansprakelijkheid van een beroepsbeoefenaar te komen – buiten de evidente gevallen van gemiste termijnen waarin eigen schuld in ieder geval niet speelt – wij er vrij zeker van uit kunnen gaan dat als de ecartering van eigen schuld bij informatieverzuimen van beroepsbeoefenaren al een ‘probleem’ zou zijn, dit een probleem is dat zich niet heel geregeld kan voordoen. De eigenschuldvraag komt simpelweg te weinig aan bod. De sluisen van aansprakelijkheid zullen hiermee dus niet worden opengezet.⁵⁹

Daar komt bovendien nog bij dat deze nieuwe regel wat mij betreft – ik sluit daarbij graag aan bij de opvatting van Jansen – slechts geclausuleerd zal kunnen gelden: de eigenschuldsluiting geldt voor eigen schuld in de zin van ‘foutief gedrag van de benadeelde, gedrag dat van dien aard is dat dit op zichzelf (zonder de werking van de nieuwe regel) eigen schuld zou kunnen opleveren. Denk aan een gebrek aan eigen onderzoek door de benadeelde (‘Moet ik wellicht een valhelm dragen?’), waar dergelijk onderzoek op zich mogelijk was geweest, ongeacht het informatieverzuim (bijvoorbeeld: de nagelaten waarschuwing om een helm te dragen). De uitsluiting geldt dus niet voor andere, niet aan het informatieverzuim gerelateerde (omgevings)factoren die voor risico van de benadeelde komen, niet op grond van diens gedrag, maar op grond van een risicotoedeling (denk aan de risicotoedeling als het gaat om gedrag van een door de benadeelde ingeschakelde

51. Ik zie dit dus – om alvast enige nuance aan te brengen – als een vuistregel, een principe waarvan onder omstandigheden afgeweken kan worden. Ik doe dat in aansluiting op hetgeen J.M. Barendrecht, *Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven*, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen ‘alles’ en ‘niets’*, Zwolle: Tjeenk Willink 1997, p. 174 e.v., betoogde over vuistregels en eigenschuldverdelingen.

52. Giesen 1999, p. 88 en 133 (met verdere verwijzingen); Boks 2002, p. 233.

53. Zie HR 5 juni 2009, NJ 2012/182-184 m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2012/184 (Effectenlease). Ik citeerde r.o. 4.16.2 (uit NJ 2012/182). Dit oordeel leidde uiteindelijk tot 40% eigen schuld. Zie ook de conclusie (sub nr. 8, sprekend over financiële dienstverleners) van De Vries Lentsch-Kostense (ECLI:NL:PHR:2013:BY782) voor HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7829, RvdW 2013/484 (een art. 81 Wet RO-zaak); Van Baalen 2006, p. 417 e.v. (die kritisch is ten opzichte van lage percentages eigen schuld) en p. 436; Jansen 2012, p. 513 en Keirse & Jongeneel 2013, nr. 125.

54. Zie HR 23 mei 1997, NJ 1998/192 (Rabobank/Everaars). Hof Amsterdam 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY4991, is echter strenger voor de cliënt van een assurantietussenpersoon. Zo ook Hof Arnhem 3 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ6180.

55. Zie eerder Giesen 1999, p. 69, met nadere onderbouwing, alsmede Boks 2002, p. 219-220 en 234.

56. Zie HR 26 januari 1996, NJ 1996/607 m.nt. W.M. Kleijn (Dicky Trading II); Boks 2002, p. 234.

57. Boks 2002, p. 235 (voor de zekerheid: Boks spreekt over geschonden waarschuwingplichten). Ook hier trek ik de lijn van notaris door naar advocaat. Hun wat mij betreft parallelle taak en rol in het maatschappelijke verkeer en het rechtsverkeer staat dat m.i. toe. Deze uitsluiting van eigen schuld kent een pendant in art. 7:658 lid 2 BW inzake de werkgeversaansprakelijkheid waarbij het eigenschuldverweer sterk is teruggedrongen. Hetzelfde geldt uiteraard bij art. 185 WVV 1994.

58. Zo Keirse 2003, p. 34-37, en m.n. noot 115 op p. 35.

59. Dit betekent ook dat ik hier een oplossing biedt voor een probleem dat niet geregeld zal spelen, daarvan ben ik mij bewust.

hulppersoon, of om omgevingsrisico's).⁶⁰ In sport- en spelsituaties geldt, zo betoogde recent nog Paijmans, een vergelijkbare regel: een eigenschuldverweer enkel en alleen in verband met de vrijwillige keuze van de benadeelde om aan een sport of spel deel te nemen, is niet aan de orde; die eigen keuze is al 'verwerkt' in de aldaar geldende verhoogde drempel voor aansprakelijkheid van de laedens.⁶¹

4.4 *Bewijs van eigen schuld*

Het voorgaande zal niet per morgen geldend recht zijn en dus zal ook in de (nabije) toekomst de eigenschuldregeling nog in te roepen zijn door aansprakelijk gestelde (letselschade)advocaten. Wat dan te doen als het om de feitelijke onderbouwing daarvan gaat? Want dan zal dat verweer wel moeten worden vastgesteld. Welnu, dat de bewijslast ten aanzien van de eigen schuld op de gedaagde, de aangesproken advocaat rust, is glashelder. Ook dat volgt uit de hoofdregel van bewijslastverdeling; een (deels) bevrijdend verweer dient te worden bewezen door de gedaagde.⁶² Die vraag naar de bewijslastverdeling kan echter tot dusdanig fraaie juridische verwickelingen leiden – omdat bij informatieplichten (maar ook daarbuiten, zoals in letselschadezaken) de feiten nogal eens 'dubbelop', twee kanten op, een rol kunnen spelen, zowel aan de zijde van de cliënt als aan die van de dienstverlener – dat enige aandacht hiervoor tot slot gerechtvaardigd lijkt te zijn.

Ik licht dit hier nader toe aan de hand van de zaak Fortes/Van der Bie uit 2010,⁶³ waarin de bewijslast ten aanzien van één en hetzelfde feit gaandeweg de procedure verplaatste van eiser naar gedaagde. Het ging hier om Fortes, die een aanbouw bij zijn woning wil; daartoe is een damwand nodig, want de woning grenst aan water. Van der Bie is de aannemer, die ook de constructieberekening maakt. Achteraf blijkt de damwand niet goed verankerd aan het huis en niet geschikt om te worden belast met de aanbouw. Fortes stelt de aannemer aansprakelijk. De rechtbank heeft de vordering toegewezen, maar ook het beroep op eigen schuld aan de zijde van Fortes gehonoreerd. Het hof constateert dat Van der Bie is tekortgeschoten. In dat oordeel is ten aanzien van de zorgplichtschending onder andere overwogen dat in geschil is of er wel of niet verteld is door Fortes aan Van der Bie dat nog geen chemische ankers waren aangebracht tussen de damwand en het huis, en omdat

Fortes (als eiser) niet aannemelijk heeft gemaakt dat dit gezegd is, gaat het hof ervan uit dat dit niet is verteld. Niettemin wordt geconstateerd, als gezegd, dat Van der Bie tekortgeschoten is.

In het kader van de mogelijke eigen schuld, geopperd door Van der Bie als gedaagde, aan de zijde van Fortes gaat het hof er vervolgens nogmaals van uit dat er over die chemische ankers niets is meegedeeld. Daarover klaagt Fortes in cassatie met de stelling: dat hoefde ik niet te bewijzen. Het onderdeel slaagt:

'Het hof heeft zijn oordeel omtrent de aannemelijkheid van de feiten waarop het beroep van Van der Bie op eigen schuld aan de zijde van Fortes c.s. is gestoeld, klaarblijkelijk gegrond op hetgeen het in r.ov. 7 in het verband van zijn beoordeling van de aansprakelijkheid had vastgesteld, te weten dat bij gebreke van bewijs en van een bewijsaanbod terzake uitgangspunt moet zijn dat Fortes c.s. hebben nagelaten Van der Bie mee te delen dat nog geen chemische verankering was aangebracht. Aldus heeft het hof evenwel miskend dat de bewijslast van eigen schuld van de tot schadevergoeding gerechtigde in beginsel rust op de partij die zich op eigen schuld van zijn wederpartij beroept, zodat Van der Bie in beginsel de bewijslast draagt van hetgeen hij ter onderbouwing van zijn beroep op eigen schuld van Fortes c.s. heeft aangevoerd. *De omstandigheid dat in het verband van de beoordeling van het door Fortes c.s. gestelde tekortschieten van Van der Bie de bedoelde feiten, waarvan de bewijslast op Fortes c.s. rustte, niet zijn komen vast te staan, kan niet meebrengen dat deze feiten ook als niet-vaststaand hebben te gelden in het verband van de beoordeling van het verweer van Van der Bie – ten aanzien waarvan de bewijslast in beginsel op hem rust – dat aan Fortes c.s. eigen schuld kan worden verweten.*' (curs. IG)

Dat is een mond vol, maar kort gezegd gaat het hierom: eenzelfde feit kan in één en dezelfde procedure zowel vóór als tégen iemand werken. De kerngedachte daarbij is dat het niet slagen in het bewijs door de met het bewijs belaste partij niet wil zeggen dat het feit niet bestaat; het is alleen niet bewezen. Als de wederpartij in een ander verband zich ook op datzelfde feit beroept, moet die wederpartij alsnog aantonen dat het feit bestaat. De bewijslast bepaalt immers alleen wie verliest als een feit niet komt vast te staan, meer niet. Als de andere partij datzelfde feit nodig heeft voor een andere stelling in dezelfde procedure, begint het spel gewoon weer van voren af aan.

Het grote belang van dit 'spel' blijkt vervolgens als wij bedenken dat hetzelfde probleem, zoals dat in de casus van Fortes/Van der Bie speelde, zich ook al heeft voorgedaan in een tweetal verkeersaansprakelijkheidszaken die de Hoge Raad hebben gehaald.⁶⁴ In die zaken stond vast dat een van de twee op elkaar gebotste automobilisten een rood stoplicht moet heb-

60. Zie Jansen 2012, m.n. p. 187 en 427, die deze opvatting mede baseerde op het daarvoor (p. 423-427) uitvoerig door hem besproken Skeeler-arrest, zie HR 25 november 2005, NJ 2007/141 m.nt. C.J.H. Brunner (Skeeler). Na een geschonden waarschuwingsplicht t.a.v. het dragen van een valhelm gaat het niet aan dat onder de noemer eigen schuld wordt gesteld dat het slachtoffer zelf maar een helm had moeten opzetten. Dogmatisch is dit geclausuleerde systeem wat mij betreft te realiseren door dit idee te verdisconteren in stap 2 uit het model van Keirse 2003 (zoals besproken in par. 4.2 hiervoor).

61. Zie B.M. Paijmans, Sport en spel. In de verlenging?, L&S 2015/368, p. 5-27, m.n. op p. 12-13. Zij sluit zodoende aan bij een eerder betoog van Hartlief.

62. Vgl. HR 17 november 2006, RvdW 2006/1076 (Huijbers/NBM) en HR 8 juli 2011, NJ 2011/307 (Zürich/Van Gemert). Zie ook Keirse & Jongeneel 2013, nr. 63; Keirse 2003, p. 112.

63. Zie HR 11 juni 2010, NJ 2010/333 (Fortes/Van der Bie). Het citaat hierna komt uit r.o. 3.2.2 van dit arrest.

64. Zie HR 17 november 2006, RvdW 2006/1076 (Huijbers/NBM) en HR 8 juli 2011, NJ 2011/307 (Zürich/Van Gemert).

ben genegeerd. Inzet van de (bewijsvraag in de) procedure is echter welke van de twee automobilisten dat dan is geweest, want betrokkenen claimen allebei door groen gereden te zijn. Die bewijsvraag komt vervolgens tweemaal aan bod. Eerst bij de vraag naar de aansprakelijkheid van de gedaagde, en vervolgens, nadat diens aansprakelijkheid op andere gronden is vastgesteld, nogmaals bij de vraag naar de mogelijke eigen schuld van de benadeelde. Daarmee is deze lastige bewijspuzzel dus evenzeer relevant voor de letselschadepraktijk.

5. Afsluiting

Welke algemene lessen zijn er uit dit alles te trekken? De beroepsbeoefenaar – en dus ook de letselschadeadvocaat – zal enigszins op zijn tellen moeten passen als het om het bewijs van de zorgplichtschending en het (bewijs van het) causaal verband gaat. Maar daar is die advocaat nog redelijk ‘beschermd’. Geraakt een cliënt voorbij die hindernissen, dan is het echter ook snel afgelopen: eigen schuld als verweer zal wat mij betreft niet meer in beeld komen, althans slechts een marginale rol kunnen spelen. Dat dit zo loopt, heeft te maken met de deskundigheid en de bijzondere maatschappelijke positie die hoort bij het zijn, het mogen zijn, van (letselschade)advocaat.