JA 2019/34, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden, 15-01-2019, ECLI:NL:GHARL:2019:291, nr. 200.222.212/01 (annotatie)

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden
Datum uitspraak: 15-01-2019
Publicatie: JA 2019/34 (Sdu Jurisprudentie Aansprakelijkheid), aflevering 3, 2019
Annotator: Delhaas, H.J.
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:291
Zaaknummer: nr. 200.222.212/01
Rechter(s): mr. Rousseau mr. Van Sandick mr. Groos
Partijen: [Appellant] te [A], appellant, in eerste aanleg: eiser, hierna: [appellant], advocaat: mr. G.J. Knotter te Utrecht, tegen [geïntimeerde] te [B], geïntimeerde, in eerste aanleg: gedaagde, hierna: [geïntimeerde], advocaat: mr. M.E. Beeker te Zwolle.
Regelgeving: BW art. 6:89 BW art. 6:162
Overige publicaties: ECLI:NL:GHARL:2019:291
Rechtsgebied: Burgerlijk procesrecht, Onrechtmatige daad en andere verbintenissen uit wet

Inhoudsindicatie

Beroepsaansprakelijkheid advocaat, Klachtplicht

Ga direct naar

Samenvatting

Uitspraak
Beslissing/besluit
Noot

Samenvatting

Geïntimeerde (de "advocaat") heeft appellant ("X") bijgestaan in een arbeidsrechtelijke kwestie waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst van X op grond van een gewichtige reden werd verzocht. Bij beschikking van 30 januari 2004 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst per 1 maart 2004 ontbonden. Bij brief van 28 september 2012 ontving X een uniform pensioenoverzicht van zijn pensioenverzekeraar. De pensioenverzekeraar heeft vervolgens in een brief van 29 oktober 2012 vragen van X over zijn pensioenopbouw beantwoord. X heeft bij brief van 17 mei 2013 de pensioenverzekeraar gevraagd zijn premievrije opbouw te verhogen, hetgeen wordt afgewezen. Bij brief van 17 februari 2016 heeft X de advocaat aansprakelijk gesteld omdat hij – kort gezegd – bij het indienen van het ontbindingsverzoek geen rekening heeft gehouden met de gevolgen voor de pensioenopbouw van X.

Het hof oordeelt dat X te laat heeft geklaagd in de zin van art. 6:89 BW en motiveert dat als volgt. Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de onderzoeks- en klachtplicht dient 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.

Voor de onderzoeksplicht is relevant in welke vorm en met welke mate van intensiteit en voortvarendheid het onderzoek moet worden uitgevoerd. De brief van 29 oktober 2012 had aanleiding voor X moeten zijn om voortvarend te werk te gaan bij verder onderzoek naar de oorzaak van de lage pensioenopbouw en de daarvoor aansprakelijke persoon. Het is het hof niet duidelijk geworden waarom X zoveel tijd liet verstrijken en geen actievere rol heeft aangenomen of eerder juridisch advies heeft ingewonnen. Door pas in 2016 de advocaat aansprakelijk te stellen is X te laat. De advocaat is in zijn belangen geschaad omdat hij niet langer de beschikking heeft over zijn dossier en aldus zijn stellingen niet kan bewijzen aan de hand van de inhoud van dat dossier.

Uitspraak

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

(...; *red.*)

2. De vaststaande feiten

2.1. De door de rechtbank onder 2 (2.1 tot en met 2.15) van het (bestreden) vonnis van 10 mei 2017 weergegeven feiten staan niet ter discussie, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan.

2.2. [appellant] was sinds 1 mei 1978 werkzaam voor de coöperatieve vereniging Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer B.A., thans geheten: Flora Holland (hierna: VBA).

2.3. Op de arbeidsovereenkomst van [appellant] was een pensioenregeling van toepassing, welke aanvankelijk was ondergebracht bij pensioenuitvoerder Centraal Beheer en vanaf 2009 bij AZL N.V. (AZL).

2.4. [appellant] heeft zich per 18 februari 1999 ziek gemeld ten gevolge van RSI klachten. Per 18 februari 2000, nadat de wachttijd van een jaar was verstreken, heeft [appellant] een uitkering ontvangen ingevolge de (toen geldende) Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), berekend op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 25 tot 35%. De WAO-uitkering van [appellant] is door VBA gedurende twee jaar aangevuld tot 70% van zijn loon.

2.5. Omstreeks september 2000 heeft [appellant] zich tot [geïntimeerde], destijds als advocaat werkzaam bij [geïntimeerde] & Sloof Advocaten te Almere, gewend om zich te laten bijstaan inzake een arbeidsgeschil tussen [appellant] en VBA. Bij brief van 2 oktober 2000 heeft [geïntimeerde] de opdracht aan [appellant] bevestigd.

2.6. Per 18 augustus 2001 is het arbeidsongeschiktheidspercentage van [appellant] in het kader van de WAO-uitkering op 35 tot 45% bepaald.

2.7. Bij brief van 9 december 2002 heeft [appellant] aan [geïntimeerde] onder meer geschreven:

"(...) De insteek die nu verwoordt in uw brief van vijf december 2002, waarin u het o.a. heeft over de nieuwe wet Poortwachter en een baan beter is dan een lumpsum bedrag, begrijp ik dan ook niet! Dat is nooit onze insteek geweest en zal het ook niet zijn. (...)"

2.8. Per 17 juli 2003 heeft het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) een (nieuwe) ziekmelding van [appellant] geregistreerd. Omdat VBA reeds aan de loondoorbetalingsverplichting had voldaan, kreeg [appellant] vanaf dat moment een uitkering op basis van de Ziektewet (ZW) in aanvulling op de eerder toegekende gedeeltelijke WAO-uitkering.

2.9. Bij verzoekschrift van 5 september 2003 heeft [geïntimeerde] namens [appellant] de kantonrechter te Amsterdam verzocht om de arbeidsovereenkomst op grond van een gewichtige reden te ontbinden onder toekenning van een factor C=2. Bij beschikking van 30 januari 2004 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen [appellant] VBA met ingang van 1 maart 2004 ontbonden, onder toekenning van een vergoeding van € 35.350,= bruto (C=0,5) aan [appellant]. [appellant] heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het ontbindingsverzoek binnen veertien dagen na de beschikking in te trekken en derhalve is de arbeidsovereenkomst tussen [appellant] en VBA met ingang van 1 maart 2004 geëindigd.

2.10. AZL heeft de premievrije pensioenopbouw van [appellant] bevroren op het percentage arbeidsongeschiktheid per 1 maart 2004.

2.11. Op 27 april 2004 heeft de arbeidsdeskundige van het UWV aan [appellant] onder meer het volgende geschreven:

"(...) De uitkeringsafdeling zal daarom geadviseerd worden u per nieuwe einde wachttijd in aanmerking te laten komen voor een uitkering behorende bij een arbeidsongeschiktheidsklasse van 80-100% in de zin van de WAO.

(...)"

2.12. Per 15 juni 2004 is het arbeidsongeschiktheidspercentage van [appellant] in het kader van de WAO-uitkering op 80 tot 100% bepaald.

2.13. In de brief van 28 september 2012 schrijft AZL aan [appellant] onder meer het volgende:

"(...) Wij bieden onze excuses aan dat wij tot nu toe niet in staat zijn geweest om u een Uniform pensioen Overzicht (UPO) te sturen. (...) Vanaf nu krijgt u jaarlijks een UPO. Hierin staat hoeveel pensioen er is bij de FloraHolland Pensioenverzekering voor u en uw eventuele nabestaanden.

(...)

Bijlage: Uniform Pensioenoverzicht"

2.14. Bij brief van 29 oktober 2012 reageert AZL op een brief van [appellant] met vragen over de opbouw van zijn pensioen als volgt:

"(...) In de door UWV Gegevensservices aangeleverde informatie staat vermeld dat per 15 juli 2004 uw mate van arbeidsongeschiktheid is gewijzigd van 35 tot 45% naar 80 tot 100% en dus niet per 17 juli 2003. Aangezien deze wijziging heeft plaatsgevonden ná beëindiging van uw dienstverband met FloraHolland (VBA) wordt de voortgezette pensioenopbouw van de pensioenaanspraken niet verhoogd.

(...)

Sterker nog, van FloraHolland hebben wij vernomen dat er al vanaf 2001 geen salarisbetalingen meer hebben plaatsgevonden. Dit impliceert dat het parttimepercentage sinds 2001 gelijk is aan 0%, met andere woorden dat u sinds 2001 niet meer werkzaam bent geweest bij FloraHolland. Dit houdt in, dat zelfs wanneer het arbeidsongeschiktheidspercentage is gewijzigd per 17 juli 2003, de verhoging zou moeten worden gebaseerd op een dienstverband van 0% en dat deze verhoging dus nihil zal zijn."

2.15. [appellant] reageert op deze brief bij brief van 17 mei 2013 en handhaaft zijn verzoek om de premievrije opbouw van zijn pensioenaanspraken te verhogen naar de mate van arbeidsongeschiktheid van 80 tot 100%.

2.16. Bij brief van 7 mei 2014 wijst AZL dit af.

2.17. In de e-mail van 18 november 2016 schrijft AZL aan (de advocaat van) [appellant] onder meer het volgende:

"(...) De bepalingen inzake arbeidsongeschiktheid in het Pensioenreglement B 2002 geven slechts beperkte informatie over de premievrije opbouw van het pensioen bij arbeidsongeschiktheid. In het Pensioenreglement B 2006 is de feitelijke werkwijze concreet omschreven.

(...)

Per brief van 29 oktober 2012 hebben wij de heer [appellant] reeds geïnformeerd waarom hij geen recht heeft op de verhoging van de premievrije opbouw. (...)"

2.18. Bij brief van 17 februari 2016 heeft (de advocaat van) [appellant] [geïntimeerde] aansprakelijk gesteld voor pensioenschade.

2.19. De verzekeraar van [geïntimeerde] heeft bij e-mail van 3 mei 2016 de aansprakelijkheid van [geïntimeerde] van de hand gewezen.

3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1. [appellant] heeft in eerste aanleg – samengevat – gevorderd een verklaring voor recht dat [geïntimeerde] aansprakelijk is voor de pensioenschade van [appellant] met veroordeling van [geïntimeerde] zo mogelijk bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, tot vergoeding van de door [appellant] geleden en nog te lijden pensioenschade, met inbegrip van kosten en rente, zulks ter bepaling van de rechtbank met inachtneming van een daartoe op te maken actuariële berekening door een actuarieel (reken)deskundige te benoemen door de rechtbank op kosten van [geïntimeerde], tevens met veroordeling van [geïntimeerde] tot vergoeding van de buitengerechtelijke kosten van € 1.359,56, alsmede in de kosten van de procedure, te vermeerderen met de nakosten en de wettelijke rente na twee weken na dat vonnis.

3.2. [appellant] legt het volgende aan zijn vordering ten grondslag. [geïntimeerde] heeft een beroepsfout gemaakt. [geïntimeerde] heeft het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend, zonder rekening te houden met de gevolgen voor de pensioenopbouw van [appellant]. [geïntimeerde] heeft nagelaten [appellant] te informeren over de mogelijke gevolgen voor zijn recht op (premievrijgestelde) pensioenopbouw indien zijn mate van arbeidsongeschiktheid zou toenemen na het einde van het dienstverband, terwijl hij wist dat een nieuwe WAO-beoordeling zou plaatsvinden vanwege toegenomen klachten. [appellant] stelt ten gevolge van deze beroepsfout (pensioen)schade te hebben geleden en te zullen lijden. De omvang van deze schade is het verschil tussen de aan [appellant] toegekende premievrijgestelde pensioenopbouw op basis van 25% arbeidsongeschiktheid en, in de fictieve situatie, de volledig premievrijgestelde pensioenopbouw bij een mate van 80-100% arbeidsongeschiktheid, waarbij de schade moet worden berekend over de periode van 15 juli 2004 tot 1 juli 2019. [appellant] geeft verder aan dat zijn schade het gevolg is van de beroepsfout van [geïntimeerde], aangezien [appellant] – indien hij volledig zou zijn geïnformeerd – zou hebben gewacht met het indienen van het ontbindingsverzoek tot na 15 juli 2004 (de datum van de hernieuwde WAO-beoordeling).

3.3. [geïntimeerde] betwist de vordering van [appellant]. [geïntimeerde] voert daartoe het volgende aan. De vordering van [appellant] tot schadevergoeding is op grond van artikel 3:310 BW verjaard, althans [appellant] heeft te laat geklaagd, zodat [appellant] niet aan zijn verplichtingen uit artikel 6:89 BW heeft voldaan. Daarnaast betwist

[geïntimeerde] dat hij een beroepsfout heeft gemaakt en dat [appellant] schade heeft geleden, althans dat er geen causaal verband bestaat tussen de beroepsfout en de schade.

3.4. De rechtbank heeft – voor zover in hoger beroep van belang – bij vonnis van 10 mei 2017 de vorderingen van [appellant] afgewezen. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat het beroep van [geïntimeerde] op de klachtplicht uit art. 6:89 BW slaagt nu er een tijdsverloop van meer dan drie jaar is tussen het moment waarop [appellant] het gebrek in de prestatie redelijkerwijs had moeten ontdekken (29 oktober 2012) en het moment waarop [appellant] heeft geprotesteerd (17 februari 2016) en [geïntimeerde] door het tijdsverloop in zijn verdedigingsbelangen is geschaad. De rechtbank heeft ten overvloede overwogen dat [geïntimeerde] geen beroepsfout heeft gemaakt (zie 4.12 van het bestreden vonnis).

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1. [appellant] heeft tegen het vonnis van de rechtbank twee grieven aangevoerd. Grief 1 klaagt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het beroep van [geïntimeerde] op de klachtplicht (art. 6:89 BW) slaagt. Grief 2 is gericht tegen de overweging ten overvloede en betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat [geïntimeerde] geen beroepsfout heeft gemaakt.

Klachtplicht

4.2. [appellant] heeft geen grief gericht tegen de overweging van de rechtbank dat voor toewijzing van de vordering moet zijn voldaan aan de eisen van art. 6:89 BW. Voorts staat vast dat [geïntimeerde] voor het eerst bij brief van 17 februari 2016 aansprakelijk is gesteld in verband met de gestelde beroepsfout.

Artikel 6:89 BW bepaalt dat een schuldenaar op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. De ratio van dit voorschrift is dat de schuldenaar wordt beschermd doordat hij erop mag rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar meedeelt (Parl. Gesch. Boek 6, p. 316-317).

4.3. [geïntimeerde] heeft zich op het standpunt gesteld dat [appellant] uit de reactie van AZL bij brief van 29 oktober 2012 de gevolgtrekking had moeten maken dat [geïntimeerde] mogelijk een beroepsfout heeft gemaakt bij de beëindiging van het dienstverband van [appellant]. In elk geval had deze brief volgens [geïntimeerde] aanleiding moeten zijn om juridische hulp in te schakelen. [appellant] heeft hiertegen aangevoerd dat hij een leek is en zich niet heeft gerealiseerd dat zijn schade wel eens veroorzaakt kon zijn door het handelen/een beroepsfout van [geïntimeerde]. [appellant] was naar eigen zeggen toen nog in de veronderstelling dat AZL van een verkeerd uitgangspunt is uitgegaan. [appellant] verwijst daarvoor naar de correspondentie van 17 mei 2013, 7 mei 2014 en 16 oktober 2014. [appellant] stelt dat hij pas wist dat hij van een onjuist uitgangspunt is uitgegaan nadat hij daarover werd geïnformeerd door zijn huidige advocaat.

4.4. Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de onderzoeks- en klachtplicht, dient 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.

4.5. Voor de onderhavige zaak is verder van belang dat de gehoudenheid om de ontvangen prestatie op deugdelijkheid te onderzoeken niet alleen ziet op de vraag of een dergelijk onderzoek dient plaats te vinden maar ook op de vraag in welke vorm en met welke mate van intensiteit en voortvarendheid het onderzoek moet worden uitgevoerd. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de vereiste mate van voortvarendheid wat betreft de onderzoeksplicht zal afhangen van de mate waarin de schuldeiser op de juistheid van de prestatie mag vertrouwen, de mate van deskundigheid van schuldenaar en schuldeiser en de ingewikkeldheid van het onderzoek. Bij de bepaling of een klacht over een gebrek als te laat ingediend dient te worden beschouwd, is ten slotte mede in aanmerking te nemen of dan wel in welke mate de belangen van de schuldenaar zijn geschaad door het tijdstip waarop de klacht is ingediend.

4.6. In de onderhavige zaak neemt het hof het volgende in aanmerking. Op 28 september 2012 ontving [appellant] van AZL een Uniform Pensioenoverzicht. De rechtbank heeft onder 4.4 van het bestreden vonnis vastgesteld dat [appellant] op dat moment feitelijke bekendheid heeft kunnen krijgen van zijn pensioenschade. Tegen dit oordeel zijn geen grieven gericht zodat ook het hof dit als uitgangspunt zal nemen. Vervolgens heeft [appellant] met zijn brief van 15 oktober 2012 aan AZL gemotiveerd bezwaar gemaakt tegen de door AZL berekende lage pensioenopbouw. [appellant] stelt onder meer dat zijn arbeidsongeschiktheidspercentage reeds was verhoogd tot 80-100% voorafgaand aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. AZL reageert daarop per brief van 29 oktober 2012 en laat [appellant] weten dat de wijziging van zijn arbeidsongeschiktheid heeft plaatsgevonden na beëindiging van zijn dienstverband met zijn voormalige werkgever, zodat de "voortgezette pensioenopbouw van de pensioenaanspraken niet wordt verhoogd".

4.7. Het hof stelt vast dat in de brief van 29 oktober 2012 met zoveel woorden te lezen is dat het moment waarop het dienstverband met VBA is beëindigd de reden is waardoor de voortgezette pensioenopbouw van de pensioenaanspraken niet verhoogd wordt. Of [appellant] zich op dat moment al had moeten realiseren dat mogelijk [geïntimeerde] een fout heeft gemaakt in zijn advisering bij de beëindiging van het dienstverband, laat het hof in het midden. Op grond van die duidelijke mededeling had echter van [appellant] mogen worden verwacht dat hij voortvarend te werk zou gaan bij het verdere onderzoek naar de oorzaak van de lage pensioenopbouw en de aansprakelijke persoon. Daarvan is niet gebleken. Het hof overweegt daartoe het volgende.

4.8. [appellant] heeft nadat hij het pensioenoverzicht had ontvangen zeven maanden gewacht voordat hij AZL op 17 mei 2013 aanschrijft met het verzoek zijn pensioenaanspraken aan te passen en hij heeft vervolgens een jaar gewacht op een antwoord van AZL. Uit de stukken blijkt niet dat [appellant] AZL in de tussentijd nog heeft benaderd. Na het antwoord van AZL op 7 mei 2014 heeft [appellant] wederom vijf maanden gewacht alvorens AZL nogmaals te laten weten het niet eens te zijn met het standpunt van AZL over de gehanteerde percentages. Blijkens de klachtbrief van 7 juli 2015 van [appellant] heeft AZL daarop niet gereageerd (zie productie 4 bij dagvaarding in eerste aanleg). [appellant] is dan bijna drie jaar verder terwijl hij zelf ter zitting heeft verklaard dat de lage pensioenopbouw altijd door zijn hoofd heeft gespeeld. Het is het hof niet duidelijk geworden waarom [appellant] zoveel tijd liet verstrijken en geen actievere rol heeft aangenomen of eerder juridisch advies heeft ingewonnen. Pas begin 2016 besluit [appellant] een advocaat te benaderen.

Of het onderzoek van [appellant] binnen bekwame tijd heeft plaatsgevonden, hangt mede af van de vraag of [geïntimeerde] door dit tijdsverloop in zijn belangen is geschaad. In de uitspraak van 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, heeft de Hoge Raad immers duidelijk gemaakt dat bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de klachtplicht mede van belang is de mate waarin de debiteur door het tijdsverloop is benadeeld. Het hof verwerpt dan ook de stelling van [appellant], voor zover hij beoogt te stellen dat eventueel opgekomen bewijsnood door tijdsverloop geen relevant gezichtspunt is.

[geïntimeerde] heeft onbetwist gesteld dat in de tussentijd het inmiddels oude dossier van [appellant] vernietigd is. Het hof merkt daarbij op dat [geïntimeerde] het dossier met de ontbindingsbeschikking van 30 januari 2004 mocht sluiten en dat ook de termijn van de bewaarplicht van het dossier inmiddels ruimschoots is verstreken. [geïntimeerde] heeft verder nog gesteld dat hij daardoor zijn aantekeningen in het dossier niet meer kan presenteren en enkel kan aangeven dat hij in iedere ontbindingszaak ook de consequenties voor het pensioen met een cliënt bespreekt wanneer de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Hij stelt dit niet meer te kunnen bewijzen aan de hand van zijn dossier. Hij stelt hierdoor in zijn belangen te zijn geschaad. De stelling van [appellant] dat hij geen andere gespreksaantekeningen heeft ontvangen dan door [appellant] in de procedure ingebracht, wil niet zeggen dat [geïntimeerde] in het dossier geen andere aantekeningen had en/of [appellant] niet heeft geadviseerd/geïnformeerd over zijn pensioenaanspraken. Alle omstandigheden in aanmerking genomen, ook de omstandigheid dat [appellant] niet deskundig was en [geïntimeerde] wel, leiden naar het oordeel van het hof tot de conclusie dat [appellant] niet tijdig heeft geklaagd en tot honorering van het beroep van [geïntimeerde] op art. 6:89 BW. Dat de vordering van [appellant] nog niet is verjaard wil – anders dan [appellant] dus lijkt te stellen – niet zeggen dat [appellant] dus ook tijdig heeft geklaagd. De grief faalt dan ook.

4.9. Het bovenstaande leidt tot het oordeel dat de vorderingen van [appellant] dienen te worden afgewezen. Ook als wordt aangenomen dat [appellant] tijdig heeft geklaagd, leidt dit niet tot een andere beslissing. Het hof overweegt daartoe ten aanzien van de beroepsfout het volgende.

Beroepsfout

4.10. Geen grieven zijn gericht tegen de vaststelling door de rechtbank dat [geïntimeerde] zich op basis van een overeenkomst van opdracht heeft verbonden op te treden als de advocaat van [appellant] in het geschil tussen [appellant] en Flora Holland, zodat dit ook in hoger beroep als uitgangspunt heeft te gelden. Op grond van artikel 7:401 BW dient een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. De Hoge Raad heeft in het arrest van 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406 overwogen dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Wanneer een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, brengt deze zorgvuldigheidsplicht mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen. Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.

4.11. In de onderhavige zaak twisten partijen over de vraag of en zo ja, in hoeverre [geïntimeerde] bij zijn advies aan [appellant] ten aanzien van de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst rekening had moeten houden met het feit dat [appellant] na verloop van één jaar ziekte, ontstaan tijdens het dienstverband, volledig arbeidsongeschikt zou worden verklaard en dit invloed zou hebben op zijn pensioenaanspraken en dat hij [appellant] daarover had moeten informeren. [appellant] heeft zich op het standpunt gesteld dat hoewel ten tijde van indiening van het ontbindingsverzoek nog niet duidelijk was dat hij na verloop van één jaar ziekte, ontstaan tijdens het dienstverband, volledig arbeidsongeschikt zou worden verklaard, dit [geïntimeerde] als deskundige advocaat niet van zijn verplichting ontheft om zijn cliënt te wijzen op mogelijke, in de (nabije) toekomst zich voordoende gebeurtenissen, indien dat op een ontslag/ontbinding van de arbeidsovereenkomst van invloed kan zijn. [geïntimeerde] was volgens [appellant] immers wél op de hoogte van de nieuwe ziekmelding vanwege andere oorzaken/klachten. Bij brief van 4 november 2003 heeft [appellant] [geïntimeerde] het volgende geschreven over de bevindingen van de controlearts van het GAK:

"Op dinsdag 9 september 2003 j.l. ben ik verschenen op het spreekuur van Mv dr. Eken, waarin zij klip en klaar zei dat ik meer arbeidsongeschikt ben dan nu mijn huidige percentage, te weten 35%-45% aangeeft."

[appellant] voert verder aan dat het op de weg van een advocaat ligt om in ontslagkwesties na te gaan waaruit de arbeidsvoorwaarden bestaan, uit hoofde van de individuele arbeidsovereenkomst dan wel cao en ook hoe het zit met de pensioenrechten. Het had op de weg van [geïntimeerde] gelegen om alle informatie te verwerven omtrent de premievrijgestelde pensioenopbouw van een (gedeeltelijke) arbeidsongeschikte werknemer, nog daargelaten dat het in pensioenrechtelijke aangelegenheden algemeen bekend was, dan wel behoorde te zijn, dat verhoging van de mate van arbeidsongeschiktheid na einde dienstverband, niet leidt tot (gelijke) verhoging van de premievrije opbouw, aldus [appellant].

[geïntimeerde] heeft betwist dat er een zekere mate van waarschijnlijkheid was dat [appellant] volledig arbeidsongeschikt zou worden verklaard aangezien het arbeidsongeschiktheidspercentage al drie jaar stabiel was. Bovendien heeft hij aangevoerd dat hij geen medisch deskundige is. Met het risico van volledige arbeidsongeschiktheid hoefde [geïntimeerde] dan ook geen rekening te houden bij zijn advies aan [appellant].

4.12. Het hof overweegt als volgt. Het verwijt komt erop neer dat [geïntimeerde] [appellant] had moeten informeren over het feit dat de verhoging van het arbeidsgeschiktheidspercentage voorafgaand aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wél tot een hogere premievrije pensioenopbouw zou leiden en verhoging van dat percentage ná de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet tot een hogere premievrije pensioenopbouw zou leiden.

4.13. Bij de beoordeling dient de onder 4.10 weergegeven beoordelingsmaatstaf tot uitgangspunt.

4.14. In deze zaak acht het hof de volgende omstandigheden doorslaggevend. [geïntimeerde] is door [appellant] ingeschakeld in verband met een conflict tussen [appellant] en zijn werkgever, met uiteindelijk het verzoek van

[appellant] om over te gaan tot een ontbindingsprocedure. Ten tijde van de indiening van het ontbindingsverzoek op 5 september 2003 was [appellant] reeds arbeidsongeschikt. [appellant] is op 18 februari 1999 ziekgemeld ten gevolge van rsi-klachten. Per 18 februari 2000, nadat de wachttijd van een jaar was verstreken, heeft [appellant] een WAO-uitkering ontvangen op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 25-35%. Per 18 augustus 2001 (ruim 2 jaar voor indiening van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst) is het arbeidsongeschiktheidspercentage van [appellant] in het kader van de WAO-uitkering op 35-45% bepaald. Gelet op deze omstandigheden acht het hof de mate van waarschijnlijkheid dat op (korte) termijn sprake zou zijn van een substantieel en blijvend hoger arbeidsgeschiktheidspercentage niet dermate hoog dat van [geïntimeerde] mocht worden gevergd dat hij als gevolg daarvan nader onderzoek of navraag zou doen naar de gevolgen daarvan voor de pensioenopbouw van [appellant] en [appellant] daarover had moeten informeren. De inhoud van de hiervoor onder 4.11 geciteerde passage maakt dit niet anders. Daaruit blijkt – zeker in het licht van de eerdere WAO-beslissingen en het ontbreken van een nadere informatie van [appellant] aan [geïntimeerde] over de geconstateerde klachten – onvoldoende dat sprake was van een zodanig te verwachten substantieel en blijvend hoger arbeidsongeschiktheidspercentage dat [geïntimeerde] [appellant] had moeten wijzen op de gevolgen voor de premievrije pensioenopbouw bij wijziging van het arbeidsongeschiktheidspercentage na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Uit het voorgaande vloeit dan ook voort dat de ernst en omvang van het desbetreffende risico ten tijde van de ontbindingsprocedure niet zodanig kenbaar waren dat [geïntimeerde] [appellant] daarover had moeten informeren.

De grief faalt.

5. De slotsom

5.1. De grieven falen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

5.2. Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof [appellant] in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van [geïntimeerde] zullen worden vastgesteld op:

– griffierecht € 318,=

– salaris advocaat € 1.074,= (1 punt x tarief € 1.074,=)

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

– bekrachtigt het vonnis van de rechtbank te Midden-Nederland van 10 mei 2017 waarvan beroep;

– veroordeelt [appellant] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geïntimeerde] vastgesteld op € 318,= aan griffierecht en op € 1.074,= voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

– wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

Over de klachtplicht wordt met enige regelmaat geschreven. In deze noot zal ik mij beperken tot een beroep op art. 6:89 BW in beroepsaansprakelijkheidszaken, en in het bijzonder de onderzoeksplicht van de (voormalig) cliënt en hoe die onderzoeksplicht zich verhoudt tot de deskundigheid van de beroepsbeoefenaar. Ook zal ik stilstaan bij de invulling van de vereiste benadeling van de schuldenaar door het (te) late klagen.

In art. 6:89 BW is bepaald dat een 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 redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Door het gebruik van het woord redelijkerwijze is een zekere

objectivering bedoeld (zie ook Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:416). Het gaat er dus niet alleen om dat de tekortkoming daadwerkelijk is ontdekt, maar ook wanneer deze ontdekt had kunnen worden. In art. 6:89 BW is immers sprake van een klacht- en onderzoeksplicht.

Zeker in beroepsaansprakelijkheidszaken wordt door de eisende partij met enige regelmaat gesteld dat hij een leek is en dat hij er op vertrouwde dat het allemaal wel goed was, althans dat er geen aanleiding was om enig onderzoek te doen. Tussen beroepsbeoefenaar en cliënt bestaat vanzelfsprekend een verschil in kennisniveau, de cliënt schakelt de beroepsbeoefenaar niet voor niets in, maar de cliënt kan zich, zoals in dit arrest blijkt, niet volledig verschuilen achter zijn onwetendheid. In deze zaak wordt dat helder gemotiveerd door het hof. In de brief die de voormalig cliënt van de pensioenverzekeraar kreeg, werd een link gelegd tussen het ontslag en de veranderde pensioenopbouw. Het hof overweegt dat die brief wellicht niet meteen duidelijk maakte dat mogelijk een beroepsfout is gemaakt, maar het had voor de voormalig cliënt wel aanleiding moeten zijn voor nader onderzoek.

De vraag komt op hoe dit oordeel zich verhoudt tot het oordeel van de Hoge Raad dat de cliënt niet zonder meer op de hoogte behoeft te zijn van het bestaan van een bepaalde zorgplicht van de professionele dienstverlener, terwijl de cliënt – als hij wel op de hoogte is van die zorgplicht – ervan uit mag gaan dat die zorgplicht is nageleefd (HR 8 februari 2013, «JA» 2013/117). De verwijzing naar de deskundigheid van de beroepsbeoefenaar leidt dan ook – in lijn met het hiervoor genoemde standaardarrest van de Hoge Raad – met enige regelmaat tot afwijzing van een beroep op de klachtplicht. Indien een notaris tekort schiet in de notariële zorgplicht wordt niet verwacht dat de cliënt dat ontdekt (Rb. Midden-Nederland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5321). Een cliënt van een fiscaal adviseur behoeft geen nader onderzoek te doen, aangezien zij deze adviseur heeft ingeschakeld op een gebied waar zij zelf geen kennis bezit en de adviseur bij uitstek deskundig is (Rb. Oost-Brabant 5 juli 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:3565).

In dit arrest komt de zorgplicht die op de advocaat rustte en dat de cliënt van die zorgplicht niet op de hoogte behoefde te zijn, niet aan de orde. De verklaring hiervoor zou kunnen zijn gelegen in het feit dat de voormalig cliënt aanwijzingen voor een beroepsfout had gekregen van een derde (te weten: de pensioenverzekeraar). De voormalig cliënt krijgt immers wetenschap van een financieel nadeel terwijl uit de toelichting daarop kan worden afgeleid dat een link bestaat met de werkzaamheden die de advocaat heeft verricht. Dan is er kennelijk onvoldoende aanleiding te blijven vertrouwen dat de zorgplicht is nageleefd.

Soms is onzorgvuldig handelen eenvoudig waarneembaar voor de cliënt, zo blijkt uit het volgende voorbeeld. Een verzekerde die het nieuwe polisblad, nadat hij wijzigingen had doorgegeven, niet (goed) had gelezen, kon dit niet aan zijn assurantietussenpersoon tegenwerpen. Van hem mocht, binnen enkele weken na ontvangst van het nieuwe polisblad, redelijkerwijze worden verwacht dat hij zou ontdekken dat de prestatie gebrekkig was uitgevoerd. Nu dat is uitgebleven kan de assurantietussenpersoon met succes een beroep op de klachtplicht doen (Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2017, «JA» 2018/40). Overigens gaat het in de gevallen waarin wordt geoordeeld dat sprake was van eenvoudig waarneembare gebreken en dat de (voormalig) cliënt die eerder had moeten ontdekken, in de regel om een professionele cliënt.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat van belang is of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. De Hoge Raad noemde als voorbeelden benadeling in de bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken (HR 8 februari 2013, «JA» 2013/117).

In de lagere rechtspraak komt de benadeling van de bewijspositie regelmatig voorbij. Ook in onderhavig arrest was dat door de advocaat gesteld. Kort en goed komt het er op neer dat de advocaat niet meer de beschikking had over zijn dossiers en dat hij zijn verweer niet nader kon invullen dan met algemene stellingen, zoals dat hij in dit soort gevallen altijd aandacht besteedt aan het pensioen; onderbouwen dat dat in dit concrete geval ook was gebeurd met bijv. telefoonnotities, was niet mogelijk. Het hof heeft geoordeeld dat de wettelijke bewaartermijn van dossiers was verstreken, zodat het de advocaat niet wordt aangerekend dat hij niet langer de beschikking heeft over het dossier van de ontbindingsprocedure van X. Op een advocaat rust ingevolge het bepaalde in art. 7:412 BW de plicht zijn dossier gedurende vijf jaar na sluiting daarvan te bewaren. In het model kantoorhandboek van de Orde van Advocaten wordt er op gewezen dat – gelet op de aansprakelijkheidstermijn van twintig jaar van art.

3:310 BW – een advocaat er verstandig aan doet om zijn dossiers gedurende een termijn van twintig jaar te bewaren. Van een advocaat kan niet worden verwacht dat hij zijn dossiers langer dan twintig jaar bewaart, wordt daar aan toegevoegd. Desalniettemin wordt in de rechtspraak aangesloten bij de bepaling uit art. 7:412 BW en niet op de aanwijzingen van de Orde van Advocaten.

Als een gearchiveerd dossier niet volledig is, terwijl de termijn van art. 7:412 BW nog niet is verstreken, dan dient dat voor rekening van de advocaat te komen (zie Rb. Rotterdam 8 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9163). Uit deze uitspraak volgt ook dat – als de aangesproken beroepsbeoefenaar een beroep doet op het verlies van bepaalde documenten – hij/zij duidelijk dient te maken waarom het verlies van juist die documenten een nadelige invloed zou hebben op de bewijspositie.

Verder blijkt uit de rechtspraak dat de belangenschending duidelijk en concreet dient te worden toegelicht. De advocaat die stelde dat "hij niet kon worden gehouden tot het nog onder zich houden van de dossierstukken" was onvoldoende concreet, want hij had niet aangevoerd "ook daadwerkelijk niet meer over een voldoende compleet dossier zou beschikken" (Rb. Midden-Nederland 8 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5275). In een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch was de schending van de belangen gedetailleerd beschreven; door verwijzingen in overgelegde correspondentie naar andere correspondentie die niet was overgelegd, werd bijvoorbeeld duidelijk dat niet alles meer voorhanden was en het zeer aannemelijk was dat de advocaat nadeel ondervond door het late klagen (Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:416). In een andere procedure oordeelde het hof dat de notaris de benadeling van de bewijspositie te algemeen had toegelicht. Deze notaris had namelijk gesteld dat hij niet meer de beschikking had over alle e-mails en aantekeningen van een bepaalde transactie. Het hof meende dat de notaris dit onvoldoende concreet had gemaakt (welke e-mails ontbraken nog naast de reeds overgelegde berichten? en van welke gesprekken waren de aantekeningen niet meer voorhanden?), zodat een beroep op de klachtplicht niet werd gehonoreerd (Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3720).

De aangesproken beroepsbeoefenaar dient de benadeling van zijn/haar bewijspositie zo gedetailleerd mogelijk te onderbouwen, wil het kans van slagen hebben; de jurisprudentie laat zien dat het op dit punt alle kanten op kan.

De Hoge Raad noemde als voorbeeld van de belangenschending ook de aantasting van de mogelijkheden om de gevolgen van de tekortkoming te beperken; dit komt minder vaak aan de orde in de jurisprudentie. Een bijzonder voorbeeld kan worden gevonden in een arrest over de beroepsaansprakelijkheid van een notaris. De cliënt had al in de concept-akte kunnen (en moeten) ontdekken dat de notaris ten onrechte niet voor een met btw-belaste levering had zorggedragen. Daarover is toen niet geklaagd, en toen er wel werd geklaagd, kon de notaris niet meer zorgdragen voor een btw-belaste levering. Daarmee is – aldus het hof – gegeven dat de notaris nadeel heeft ondervonden door het late klagen (Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5668).

De advocaat die stelde dat hij door het late klagen niet meer kon zorgen voor ongedaanmaking van de intrekking van de beroepsprocedure, heeft volgens de rechtbank niet gesteld dat hij dat ook daadwerkelijk zou hebben gedaan. Daar komt bij dat een dergelijke ongedaanmaking zelden kans van slagen heeft, zodat geen sprake is van het ontnemen van de mogelijkheid de nadelige gevolgen ongedaan te maken (Rb. Rotterdam 8 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9163). Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat de aangesproken beroepsbeoefenaar een reële kans op succes had moeten hebben in de poging de nadelige gevolgen ongedaan te maken als de benadeelde wel tijdig geklaagd had. In een zaak waarin een advocaat had geadviseerd over een eigendomsvoorbehoud, lijkt bij de kans op succes van mogelijke maatregelen niet stil te zijn gestaan. Pas na een verloren kort geding en verstrijken van de termijn van hoger beroep werd bij de advocaat geklaagd. Het hof oordeelde dat dat te laat was (Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6377).

Een succesvol beroep op de klachtplicht heeft verstrekkende gevolgen, te weten verval van recht. Rechters lijken dan ook terughoudend om te gaan met toepassing van deze bepaling. Met enige regelmaat – ook in dit arrest – wordt de vordering afgewezen wegens schending van de klachttermijn, maar wordt in overwegingen ten overvloede gemotiveerd dat geen sprake is van zorgplichtschending. Wellicht wordt dat gedaan om te voorkomen dat de rechtzoekende met een al te groot gevoel van ontevredenheid achterblijft. In andere gevallen parkeert de rechtbank het – mogelijk terechte – beroep op de klachtplicht, omdat de zorgplicht niet is geschonden (een voorbeeld, zie: Hof Amsterdam 27 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4325).

mr. H.J. Delhaas, WIJ advocaten