

JA 2013/1 Hoge Raad 's-Gravenhage, 09-11-2012, 11/04882, LJN BX0737

Beroepsaansprakelijkheid advocaat, Verzuim bepaald verweer te voeren, Bewijsopdracht

Publicatie	JA 2013 afl. 1
Publicatiedatum	29 januari 2013
College	Hoge Raad 's-Gravenhage
Uitspraakdatum	09 november 2012
Rolnummer	11/04882 LJN BX0737
Rechter(s)	mr. Bakels mr. Van Oven mr. Heisterkamp mr. Drion mr. Polak
Partijen	[Eiser] te [woonplaats], eiser tot cassatie, advocaat: mr. J.A.M.A. Sluysmans, tegen [verweerster] te [vestigingsplaats], Verenigd Koninkrijk, verweerster in cassatie, advocaat: mr. J.W.H. van Wijk.
Noot	mr. H.J. Delhaas
Trefwoorden	Beroepsaansprakelijkheid advocaat, Verzuim bepaald verweer te voeren, Bewijsopdracht,
Regelgeving	Rv - 150

» **Samenvatting**

Eiser (hierna "Cliënt") was vennoot van een vennootschap onder firma, in welke vof een bakkersbedrijf werd uitgeoefend. De vier andere vennoten waren broers van Cliënt. Cliënt is in 1985 een verkeersongeval overkomen als gevolg waarvan hij nagenoeg volledig arbeidsongeschikt is geraakt. Een andere vennoot overlijdt in 1988, en weer een andere vennoot heeft in 1990 zijn aandeel in de vof opgezegd. In 1993 wordt Cliënt als vennoot van de vof uitgeschreven uit het Handelsregister. Na deze gebeurtenissen werd de vof (steeds) feitelijk voortgezet, zonder dat afrekening tussen de vennoten plaatsvond. Eerst in 1995 start de in 1990 uitgetreden vennoot een procedure om uitkering van de waarde van zijn aandeel af te dwingen. In het hoger beroep van die procedure, waarbij alle vennoten zijn betrokken, heeft verweerster in cassatie (hierna de "Advocaat") verzuimd alsnog het verweer te voeren dat Cliënt reeds als vennoot was uitgetreden. In onderhavige procedure staat de beroepsaansprakelijkheid van de Advocaat centraal: Cliënt houdt zijn Advocaat aansprakelijk voor het niet voeren van het hiervoor weergegeven verweer en hij vordert vergoeding van de daardoor ontstane schade. In dit arrest van de Hoge Raad gaat het alleen om de bewijslastverdeling en de formulering van de bewijsopdracht. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof dat Cliënt op grond van art. 150 Rv het causaal verband tussen de beroepsfout en daardoor geleden schade dient te bewijzen, in stand. De daaruit voortvloeiende bewijsopdracht wordt door de Hoge Raad vernietigd. De Hoge Raad draagt Cliënt op te bewijzen dat zijn verweer in de eerdere procedure zou zijn gehonoreerd. De door het hof geformuleerde bewijsopdracht was dusdanig toegespitst dat deze Cliënt in een lastiger bewijspositie bracht dan gerechtvaardigd is, nu die eraan voorbij gaat dat zijn wederpartij in de oorspronkelijke procedure zou hebben moeten bewijzen dat de Cliënt de vennootschap had voortgezet en zijn wederpartij dus op dat punt het bewijsrisico zou hebben gedragen.

» **Uitspraak**

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Spier)

1. Feiten

1.1. In cassatie [noot:1] kan worden uitgegaan van de volgende feiten. [noot:2] [eiser] heeft op 1 januari 1981 samen met zijn broers [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 4] de vennootschap onder firma “[A]” (hierna: de vof, dan wel de vennootschap) opgericht. De vof werd voor onbepaalde tijd aangegaan. In de vof werd voor gezamenlijke rekening een bakkersbedrijf uitgeoefend. De oprichting werd op 11 januari 1984 vastgelegd in een notariële akte (hierna: de akte), waarin tevens de rechten en verplichtingen van de vennoten zijn vastgelegd.

1.2. [Eiser] heeft op 2 juli 1985 een auto-ongeluk gehad, waardoor hij volledig arbeidsongeschikt is geraakt. Sindsdien ontvangt hij een arbeidsongeschiktheidsuitkering op basis van 80-100%. [Eiser] noch zijn mede vennoten hebben op basis hiervan de vof “formeel” opgezegd of ontbonden overeenkomstig de bepalingen van akte, waaruit het Hof in rov. 4.1.1 uitvoerig citeert.

1.3. Op 10 november 1988 is broer (en vennoot) [betrokkene 4] overleden. De vof werd daarna feitelijk voortgezet zonder dat daarbij de toepasselijke “formele bepalingen” van de akte in acht zijn genomen.

1.4. Op 14 juni 1990 heeft [betrokkene 1] de vof (conform de akte) opgezegd tegen 31 december 1990, met inachtneming van de daaraan verbonden formaliteiten. De vof is daarna feitelijk voortgezet zonder [betrokkene 1]. Een afrekening heeft niet plaatsgevonden.

1.5. Per 1 januari 1993 is [eiser] als vennoot uitgeschreven uit het Handelsregister.

1.6. Op 8 september 1995 heeft [betrokkene 1] de vof als mede [eiser], [betrokkene 2] en [betrokkene 3] in rechte betrokken en gevorderd, kort gezegd, dat aan hem de waarde van zijn aandeel in de vof per 31 december 1990 in geld zal worden uitgekeerd. [Eiser], [betrokkene 2] en [betrokkene 3] zijn in deze procedure (hierna ook: de “eerste procedure”) verschenen. In het namens hen gevoerde verweer werd in belangrijke mate gerefereerd aan het oordeel van de Rechtbank. Toen is niet het verweer gevoerd dat [eiser] vanaf enig moment geen vennoot meer was.

1.7. De Rechtbank heeft in haar eindvonnis van 7 mei 2003 de gedaagden, waaronder [eiser], veroordeeld tot betaling in hoofdsom van € 87.721,84 c.a.

1.8. De vof, [eiser], [betrokkene 2] en [betrokkene 3] hebben, met “bijstand van [verweerster]”, hoger beroep ingesteld tegen de vonnissen (van 22 september 2000 en 7 mei 2003). Op 22 augustus 2003 heeft [betrokkene 5], destijds advocaat bij [verweerster], in een brief aan de vof ter attentie van [betrokkene 2] geschreven:

“Naar aanleiding van ons telefonisch onderhoud d.d. 19 augustus 2003, bericht ik u als volgt. Op 18 augustus 2003 heeft uw wederpartij executoriaal beslag gelegd op onroerend goed (...) in eigendom toebehorende aan [eiser] (de eiser in de onderhavige cassatieprocedure, A-G) (...) U deelde mij in voornoemd telefonisch onderhoud mede dat [eiser] sinds 1986 geen vennoot meer is. Indien mr. Van de Laar reeds bij conclusie van antwoord zulks zou hebben aangevoerd, zou de rechter de wederpartij niet ontvankelijk in zijn vordering jegens [eiser] hebben verklaard. Thans blijkt dat uw voormalige raadsman heeft nagelaten dit verweer te voeren. Het gevolg hiervan is dat [eiser] in de procedure is betrokken en dat hij het vonnis d.d. 7 mei j.l. tegen zich moet laten gelden. Er bestaat op dit moment geen enkele mogelijkheid deze fout van mr. Van de Laar te herstellen. Pas bij het hoger beroep kan het verweer worden gevoerd, dat de wederpartij inzake zijn vordering jegens [eiser] niet ontvankelijk moet worden verklaard.”

1.9. Bij brief van 30 januari 2004 aan de vof, ter attentie van [betrokkene 2], heeft [betrokkene 5] de concept memorie van grieven toegestuurd. In deze brief staat voorts:

“Helaas is het vanwege technisch juridische omstandigheden niet mogelijk een niet-ontvankelijkheidsverweer te voeren inzake de in 1986 uitgetreden vennoot, [eiser]. Uw raadsman had in eerste aanleg reeds een niet-ontvankelijkheidsverweer moeten voeren, hetgeen hij heeft nagelaten. Uiteraard heb ik wel melding gemaakt van deze omstandigheid, maar helaas kan deze fout van de raadsman in eerste aanleg niet worden hersteld.”

1.10. Door [betrokkene 5] is op 3 februari 2004 namens de vof, [eiser], [betrokkene 2] en [betrokkene 3] de memorie van grieven ingediend. Daarin wordt, voorafgaande aan de grieven, opgemerkt:

“De raadsman die appellanten in eerste aanleg heeft bijgestaan heeft (...) nagelaten een niet-ontvankelijkheidsverweer te voeren inzake de vordering van geïntimeerde op één van de vennoten [eiser]. Door de nalatigheid van de raadsman is voornoemde ondanks het feit dat hij sinds 1986 geen deel meer uitmaakt van de vennootschap, toch in de procedure betrokken en veroordeeld tot betaling en is er inmiddels executoriaal beslag op zijn woonhuis gelegd.”

In de grieven wordt niet meer teruggekomen op de positie van [eiser].

1.11. In de memorie van antwoord heeft [betrokkene 1] hierop als volgt gereageerd:

“Geïntimeerde betwist overigens nadrukkelijk en acht onbegrijpelijk de bemerking van appellanten (...) dat appellant [eiser] eigenlijk geen procespartij zou moeten zijn omdat hij al sinds 1986 geen deel meer zou uitmaken van de vennootschap. Nog daargelaten dat appellanten aan deze bemerking geen enkele grief en/of rechtsgevolg hebben verbonden, is feitelijk en juridisch onjuist dat [eiser] de vennootschap al in 1986 zou hebben verlaten. Ten tijde van het uittreden van geïntimeerde was [eiser] nog steeds vennoot en als vennoot ingeschreven in het handelsregister, hetgeen eenvoudigweg bij de kamer van koophandel geverifieerd kan worden.”

1.12. Het Hof heeft in zijn eindarrest in de eerste procedure de vonnissen van de Rechtbank bekrachtigd.

2. Procesverloop

2.1. [Eiser] heeft het onderhavige geding aanhangig gemaakt door [verweerster] op 2 november 2007 te dagvaarden voor de Rechtbank 's-Hertogenbosch. [Eiser] verwijt [verweerster] een beroepsfout te hebben gemaakt door in de door [betrokkene 1] geïntimeerde procedure (de eerste procedure) in hoger beroep niet het verweer te hebben gevoerd dat [eiser] al in 1986, dan wel in ieder geval vóór 31 december 1990, als vennoot was uitgetreden (hierna: het verweer). [noot:3] [Eiser] stelt dientengevolge schade te hebben geleden ten belope van € 146.826,=. Dit bedrag omvat onder meer € 130.000,= “inzake de met de advocaat van broer [betrokkene 1] bereikte schikking” (zie rov. 4.2.1 van het arrest a quo).

2.2. [Verweerster] heeft onder meer betwist dat sprake is van een beroepsfout. Voor het geval aangenomen mocht worden dat sprake is geweest van een beroepsfout, stelt [verweerster] dat het causaal verband tussen de vermeende beroepsfout en de gestelde schade ontbreekt (zie rov. 4.2.2 van 's Hofs arrest).

2.3.1. De Rechtbank heeft in haar vonnis van 24 maart 2010 geoordeeld, kort samengevat, dat in hoger beroep (in de eerste procedure) alleszins het verweer kon worden gevoerd dat [eiser] geen vennoot meer was en dat het nalaten dit verweer te voeren als een beroepsfout moet worden aangemerkt. Volgens de Rechtbank betekent dit dat voor de beantwoording van de vraag of, en zo ja in welke mate, [eiser] door deze beroepsfout schade heeft geleden, in beginsel moet worden beoordeeld hoe op dit verweer in hoger beroep had behoren te worden beslist. In het kader van die beoordeling oordeelt de Rechtbank dat uit de aangevoerde feiten en omstandigheden blijkt: (a) enerzijds dat [eiser] vanaf 1986 geen winstdeel meer genoot en allengs geen werkzaamheden meer verrichtte en (b) anderzijds dat niet is afgerekend, een rekening-courantverhouding is blijven bestaan en ook geen uitschrijving uit het handelsregister heeft plaatsgevonden. De eerste feiten (a) acht de Rechtbank onvoldoende omreeds op voorhand aan te nemen dat [eiser] vanaf

1986 geen vennoot meer was. De laatste feiten (b) acht zij wel een begin van bewijs van voortzetting, doch onvoldoende om te kunnen concluderen dat [eiser] de vennootschap na het overlijden van [betrokkene 4] en de opzegging door [betrokkene 1] telkens heeft voortgezet. Nu [verweester] uitdrukkelijk bewijs heeft aangeboden, draagt de Rechtbank [verweester] bewijs op van de gestelde voortzetting van de vof door [eiser] (rov. 4.2.3).

2.3.2. In haar tussenvonnis van 24 maart 2010 overweegt de Rechtbank dat zij causaal verband aanwezig acht tussen de beroepsfout en de beweerd schade. Zij verwerpt – in 's Hofs weergave – spoedshalve het door [verweester] gevoerde eigen schuld-verweer alsook het merendeel van de door [verweester] tegen de schadeposten opgeworpen verweren (rov. 4.2.3 van het bestreden arrest). [noot:4]

2.3.3. De Rechtbank heeft op verzoek van [verweester] bepaald dat tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld tegen haar tussenvonnis van 24 maart 2010.

2.4.1. [Verweester] heeft in hoger beroep onder meer aangevoerd dat het niet mogelijk was om in de appelprocedure tegen [betrokkene 1] namens [eiser] het verweer te voeren dat [eiser] geen vennoot meer was. Volgens [verweester] was namelijk sprake van een gedekt verweer, dan wel van rechtsverwerking of strijd met de goede procesorde (zie rov. 4.5). Het Hof heeft dit betoog verworpen op gronden die thans niet van belang zijn. Het Hof concludeert dat de Rechtbank terecht geoordeeld heeft dat het verweer in hoger beroep gevoerd kon worden en dat het nalaten om dat verweer te voeren als een beroepsfout van [verweester] moet worden aangemerkt (zie rov. 4.7).

2.4.2. [Verweester] heeft in hoger beroep voorts betoogd dat de Rechtbank haar ten onrechte heeft belast met het bewijs dat [eiser] zowel na het overlijden van [betrokkene 4] als na opzegging door [betrokkene 1], de vof heeft voortgezet (grief VII) (zie rov. 4.8.6). Deze grief is naar 's Hofs oordeel gegrond. Het Hof acht aannemelijk dat indien in de eerste procedure in hoger beroep het "ontvankelijkheidsverweer" gevoerd zou zijn, het Hof in die procedure aan [betrokkene 1] zou hebben opgedragen te bewijzen dat [eiser] de vof had voortgezet. Dat in de eerste procedure aan [betrokkene 1] het bewijs van die stelling zou zijn opgedragen, heeft echter niet tot gevolg dat [verweester] – die de betreffende stelling van [betrokkene 1] heeft "overgenomen" – die stelling in de onderhavige aansprakelijkheidsprocedure dient te bewijzen. In de onderhavige procedure ligt immers niet de toewijzing van de vordering van [betrokkene 1] (de vordering uit de eerste procedure) ter beoordeling voor, maar gaat het erom of [verweester] jegens [eiser] aansprakelijk is wegens de door [verweester] gemaakte beroepsfout. Aangezien [verweester] gemotiveerd heeft betwist dat sprake is van causaal verband tussen de beroepsfout en de gestelde schade, rust op grond van art. 150 Rv op [eiser] de bewijslast van diens stelling dat het verweer in de eerste procedure gehonoreerd zou zijn. Het Hof komt tot de slotsom dat de Rechtbank aan [eiser] had moeten opdragen te bewijzen dat hij na het overlijden van zijn broer [betrokkene 4], dan wel na de opzegging door [betrokkene 1], de vennootschap niet heeft voortgezet (rov. 4.8.4 t/m 4.8.6).

2.4.3. Het Hof heeft het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, [eiser] opgedragen te bewijzen "dat hij op enig moment na 1986 doch in ieder geval voor 31 december 1990 reeds uit de vennootschap was getreden dan wel dat hij niet tot de voortzettend vennoten behoorde". De zaak is terugverwezen naar de Rechtbank ter fine van verdere behandeling met in achtneming van het arrest van het Hof.

2.5. Het Hof heeft in zijn arrest van 11 oktober 2011 bepaald dat tussentijds cassatieberoep kan worden ingesteld tegen "het tussenarrest" van 19 juli 2011. Het wijst er in dat verband op dat [eiser]'s advocaat heeft gesteld dat niet [eiser] de bewijslast zou moeten krijgen "zoals het hof in het tussenarrest heeft beslist", maar [verweester] (rov. 8).

2.6. [Eiser] heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. [Verweester] heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna [eiser] nog heeft gerepliceerd.

3. De ontvankelijkheid van het beroep

3.1. Het middel richt zich tegen het oordeel van het Hof omtrent het door [eiser] te leveren

bewijs. Het richt zich uitdrukkelijk niet tegen het oordeel (in rov. 4.8.6) dat op grond van art. 150 Rv op [eiser] de bewijslast rust van zijn stelling dat het verweer in de eerste procedure gehonoreerd zou zijn. [noot:5] Het middel richt zich kennelijk uitsluitend tegen de overweging dat de genoemde bewijslastverdeling “er op neerkomt” “dat de rechtbank [eiser] had moeten opdragen te bewijzen dat hij na het overlijden van zijn broer [betrokkene 4] dan wel na de opzegging door [betrokkene 1] de vennootschap niet heeft voortgezet” (zie rov. 4.8.6) en tegen de opdracht van het Hof aan [eiser] te bewijzen “dat hij op enig moment na 1986 doch in ieder geval voor 31 december 1990 reeds uit de vennootschap was getreden dan wel dat hij niet tot de voortzettend vennoten behoorde”.

3.2. De laatstgenoemde overweging en de daarop voortbouwende bewijsopdracht lenen zich evenwel niet voor toetsing in cassatie. Een bewijsopdracht als zodanig is immers geen eindbeslissing, zoals Uw Raad nog recentelijk heeft overwogen: [noot:6]

“3.3.1. Vooropgesteld kan worden dat een bewijsopdracht als zodanig geen eindbeslissing is, ook niet omtrent de verdeling van de bewijslast. De rechter kan daar dus steeds van terugkomen, eventueel ook naar aanleiding van hetgeen bij de bewijslevering of het nader partijdebat naar voren komt. Indien de rechter echter bij de opdracht uitdrukkelijk en zonder voorbehoud overweegt hoe over de zaak beslist zal worden ingeval het opgedragen bewijs wel respectievelijk niet geleverd wordt, is sprake van een eindbeslissing, waaraan hij gebonden is, behoudens ingeval hem bij latere uitspraak blijkt dat die beslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag.

3.3.2. Of en in hoeverre een oordeel uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is gegeven, is een vraag van uitleg, die als zodanig van feitelijke aard is. [...]”

3.3. Een bewijsopdracht als zodanig heeft derhalve een voorlopig karakter. Dat betekent dat deze niet vatbaar is voor toetsing in cassatie (art. 399 Rv). Dat wordt niet anders als de bewijsopdracht is vervat in een tussenaarrest [noot:7] waartegen tussentijds cassatieberoep openstaat. [noot:8]

3.4. Het Hof heeft (in rov. 4.8 t/m 4.8.6) geoordeeld dat [eiser] de bewijslast draagt van zijn stelling dat het verweer in de eerste procedure gehonoreerd zou zijn en dat de grief van [verweerster] tegen de door de Rechtbank aan haar gegeven bewijsopdracht derhalve slaagt. Het Hof heeft daarbij, allicht op de voet van art. 356 Rv, een nieuwe bewijsopdracht gegeven (en wel aan [eiser], in plaats van aan [verweerster]), waarna het Hof de zaak voor verdere behandeling heeft terugverwezen naar de Rechtbank (zie rov. 4.8.6 en het dictum). Het Hof heeft in de bestreden overweging echter (wijselijk) niet, laat staan uitdrukkelijk en zonder voorbehoud, een beslissing gegeven over de vraag hoe de zaak beslist dient te worden ingeval het aan [eiser] opgedragen bewijs “wel respectievelijk niet geleverd wordt”. Van een eindbeslissing is hier derhalve geen sprake.

3.5. Nu het cassatieberoep zich, zoals hierna verder wordt uitgewerkt, uitsluitend richt tegen een voorlopig oordeel van het Hof, kan [eiser] in zijn beroep mijns inziens niet worden ontvangen.

4. Bespreking van het middel ten gronde (voor zover nodig)

4.1. De in cassatie bestreden rechtsoverwegingen luiden:

“4.8.4. Het hof is gelet op de hiervoor weergegeven standpunten mede in het licht van de daarbij overgelegde stukken – het hof verwijst voor de beoordeling daarvan naar r.o. 2.26.1 t/m 2.26.3 van het bestreden vonnis en neemt deze over – van oordeel dat het het meest aannemelijk is dat het hof [betrokkene 1] zou hebben opgedragen te bewijzen dat [eiser] de vennootschap had voortgezet.

4.8.5. Dit betekent dat in de onderhavige aansprakelijkheidsprocedure voor de vaststelling van het causaal verband dient te worden onderzocht of het hof op grond van het door [betrokkene 1] in die procedure bijgebrachte bewijs en het door [eiser] geleverde tegenbewijs het bewijs geleverd zou hebben geacht. De vraag of het verweer van [eiser] zou zijn gehonoreerd en zo ja, in welke mate, laat zich beantwoorden door in de onderhavige procedure (alsnog) tot die bewijslevering over te gaan.

4.8.6. Grief VII klaagt erover dat de rechtbank [verweerster] heeft belast met het bewijs dat [eiser] zowel na het overlijden van broer [betrokkene 4] en na opzegging door broer [betrokkene 1] de vennootschap heeft voortgezet. Deze grief is terecht voorgedragen. Dat in de door [betrokkene 1] aanhangig gemaakte procedure [betrokkene 1] zou zijn opgedragen tot bewijs van zijn stelling heeft immers niet tot gevolg dat [verweerster] in de onderhavige aansprakelijkheidsprocedure die stellingen, die zij weliswaar in deze procedure heeft overgenomen, dient te bewijzen. In de onderhavige procedure ligt immers niet de toewijzing van de vordering van [betrokkene 1] ter beoordeling voor, maar gaat het er om of [verweerster] jegens [eiser] voor de door haar gemaakte beroepsfout aansprakelijk is. Gelet op de gemotiveerde betwisting van [verweerster] dat sprake is van causaal verband tussen de beroepsfout en de schade rust op grond van artikel 150 Rv op [eiser] de bewijslast van zijn stelling dat zijn verweer zou zijn gehonoreerd. Dit komt erop neer dat de rechtbank [eiser] had moeten opdragen te bewijzen dat hij na het overlijden van zijn broer [betrokkene 4] dan wel na de opzegging door [betrokkene 1] de vennootschap niet heeft voortgezet. Dit betekent dat het vonnis op dit punt dient te worden vernietigd.”

4.2. De klacht(en) van onderdeel A zijn (mij) niet helemaal duidelijk. Ik begrijp de kernklacht aldus dat het Hof [eiser] te bewijzen had moeten opdragen dat zijn verweer in de eerste procedure zou zijn gehonoreerd. Ik leid dat met name af uit de eerste alinea op p. 6 van de cassatiedagvaarding waar wordt betoogd dat [eiser] niet

“moet bewijzen de stelling dat hij vanaf een bepaald moment de vennootschap niet heeft voortgezet [’s Hofs probandum, A-G], doch (wel) de stelling dat zijn verweer (inhoudende dat hij op het rechtens relevante moment geen vennoot meer was) in de oude procedure zou zijn gehonoreerd. Het is immers de beoordeling van laatstgenoemde stelling, die bepalend is voor de vraag of er sprake is van een causaal verband tussen beroepsfout en schade.”

4.3. Inhoudelijk valt voor de onder 4.2 geciteerde stelling zeker wat te zeggen. De stelling (en daarmee de klacht) leent zich evenwel niet voor inhoudelijke beoordeling om de onder 3 genoemde reden.

4.4. In de zojuist besproken lezing van de klacht ontstaat kortsluiting met het vervolg van het onderdeel. Het eerste gedeelte van het onderdeel klaagt (in feite) immers slechts over de bewijsopdracht en niet over de door het Hof gehanteerde bewijsregel. Het vervolg van het onderdeel is gebaseerd op de gedachte dat het Hof de hoofdregel van art. 150 Rv. niet heeft miskend. Welnu, die vraag was voordien niet aan de orde. Daarmee hangt dit deel van de klacht in lucht. Ten overvloede ga ik hierna ten gronde in op hetgeen [eiser] te berde heeft gebracht.

4.5. Onderdeel B is in essentie een herhaling van de onder 4.2 en 4.3 besproken klacht. Hoewel ik erken dat ’s Hofs arrest op het in het onderdeel genoemde punt niet geheel consistent lijkt, kan daarover niet met vrucht worden geklaagd vermits het gaat om een bewijsopdracht die geen eindbeslissing behelst.

4.6. In de m.i. meest pausibele lezing zijn de klachten derhalve gedoemd een snelle dood te sterven. Een andere lezing is evenwel mogelijk en sluit eveneens aan bij een aantal passages van het middel. In de hiervoor besproken lezing heb ik namelijk een deel van de klacht weggepoetst. Niet omdat ik daarvan geen kennis heb genomen (uit hetgeen volgt moge blijken dat ik dat vanzelfsprekend wel heb gedaan) maar omdat de klacht in haar geheel niet goed te doorgronden valt.

4.7.1. De hiervoor weggelaten passages schamieren om beschouwingen over de “trial within a trial”. Het Hof zou hebben miskend dat [eiser] in de onderhavige procedure tegen [verweerster] op grond van art. 150 Rv dient te bewijzen dat zijn verweer in de eerste procedure gehonoreerd zou zijn. Betoogd wordt dat volgens de rechtspraak van Uw Raad voor de vaststelling van het probandum, de eerste procedure zoveel mogelijk in de huidige procedure moet worden overgedaan (een “trial within a trial”). [noot:9] In de onderhavige procedure zou derhalve alsnog moet worden overgegaan tot de bewijslevering zoals die, indien het verweer in de eerste procedure gevoerd zou zijn, in de eerste procedure zou hebben plaatsgevonden. Aangezien [betrokkene 1] in de eerste procedure zou hebben moeten bewijzen dat [eiser] de vof heeft voortgezet, dient in de onderhavige procedure

[verweerster] – nu zij immers deze stelling van [betrokkene 1] heeft “overgenomen” – die stelling (in het kader van de “trial within a trial”) te bewijzen. Volgens [eiser] zou hij het bewijsrisico dragen van de stelling dat zijn verweer zou zijn gehonoreerd, terwijl [verweerster] het bewijsrisico zou dragen van de destijds door [betrokkene 1] betrokken stelling dat [eiser] de vof heeft voortgezet.

4.7.2. Hoe dit exposé zich verhoudt tot en verdraagt met hetgeen onder 4.2 werd geciteerd, is mij niet geheel duidelijk. Daarom zal men m.i. hoe dan ook passages moeten wegdenken om goede zin te geven aan de klachten.

4.8. Voor het geval Uw Raad de klachten leest zoals weergegeven onder 4.7.1 (en er daarmee aan voorbijgaat dat deze niet goed sporen met hetgeen [eiser] overigens te berde brengt) én meent dat het Hof een oordeel heeft geveld dat zich thans leent voor beoordeling, ga ik in op de thema’s die de klachten aankaarten. Het gaat dan vooral om de trial within a trial-gedachte zoals vermeld onder 4.7.1. Een benadering die, volgens de geëerde steller van het middel, “praktisch” wordt uitgewerkt in de tweede alinea van p. 6 van de cassatiedagvaarding.

4.9. Het door [eiser] bepleite stelsel komt op het volgende neer. Onderscheid moet worden gemaakt tussen a) de bewijslastverdeling in de onderhavige aansprakelijkheidsprocedure en b) de bewijslastverdeling in de “trial within a trial”. In de aansprakelijkheidsprocedure draagt [eiser] het bewijsrisico dat zijn verweer in de eerste procedure gehonoreerd zou zijn. In de “trial within a trial” draagt [verweerster] echter het bewijsrisico van de stelling dat [eiser] de vof heeft voortgezet. In deze benadering zou het bewijsrisico met betrekking tot de stelling dat het verweer van [eiser] gehonoreerd zou zijn niet verspringen. De door het middel voorgestane wijze van bewijslastverdeling brengt met zich dat [verweerster] moet bewijzen dat [eiser] de vof heeft voortgezet. Dat betekent volgens [eiser] echter niet dat [verweerster] ook het bewijsrisico draagt van de stelling dat het verweer van [eiser] gehonoreerd zou zijn. Immers: “wanneer nadat de bewijsoverlevering in het kader van de ‘trial within a trial’ heeft plaatsgevonden, moet worden geconcludeerd dat de stelling dat het verweer van [eiser] zou zijn gehonoreerd niet is komen vast te staan, is [eiser] degene – en derhalve niet [verweerster] – die door de rechter in het ongelijk zal worden gesteld.”

4.10. Onderdeel A behelst voorts nog een hierbij aansluitende klacht. Deze strekt ten betoge dat als het Hof de hoofdregel van art. 150 Rv niet heeft miskend, in het onderhavige geval aanleiding bestaat om een nuancering op die hoofdregel te aanvaarden. Deze nuancering zou inhouden dat in een geval van beroepsaansprakelijkheid van een advocaat, in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure de bewijspositie van de voormalige cliënt ten opzichte van de advocaat in de “trial within a trial” gelijk behoort te zijn aan de bewijspositie van de voormalige cliënt ten opzichte van de voormalige wederpartij, in die zin dat de advocaat de positie inneemt van de voormalige wederpartij. Een andere benadering zou tot een onaanvaardbaar resultaat leiden, zoals ook zou blijken uit het bestreden arrest. Dat resultaat is immers dat de betrekkelijk eenvoudige bewijspositie van [eiser] ten opzichte van [betrokkene 1] in de eerste procedure wordt omgezet in een situatie waarin [eiser] ten opzichte van zijn voormalige advocaat – die een fout heeft gemaakt waardoor nu juist de aanvankelijke bewijspositie niet is benut – een minder eenvoudige en zelfs een bijzonder lastige bewijspositie inneemt. [Eiser] dient dan immers een “negatief feit” te bewijzen. Indien het Hof de hoofdregel van art. 150 Rv niet heeft miskend, zou het in elk geval deze bijzondere regel van bewijslastverdeling hebben miskend.

4.11. In zekere zin is het onderdeel een breinbreker wat op zich al een aanzienlijke verdienste is. Nochtans kan het m.i. niet slagen. Reeds omdat de gepropageerde werkwijze van bewijslastverdeling praktisch (bijkans) onhanteerbaar is.

4.12.1. Volgens het onderdeel zou [verweerster] in het kader van de “trial within a trial” de bewijslast dragen ten aanzien van de stelling dat [eiser] de vennootschap had voortgezet (in elk geval tot en met 31 december 1990). Dat wil zeggen het bewijs dat broer [betrokkene 1] in de eerste procedure had dienen te leveren indien [eiser] in die procedure het “ontvankelijkheidsverweer” had gevoerd. De facto betekent dit dat [verweerster] (in het kader van de “trial within a trial”) de bewijslast zou dragen van de stelling dat het verweer in de eerste procedure niet gehonoreerd zou zijn. Dat is evenwel niet te verzoenen met de

eveneens (en terecht) door [eiser] uitgedragen opvatting dat hij de bewijslast heeft van de stelling dat het verweer in de eerste procedure wél gehonoreerd zou zijn (zie de eerste alinea van p. 6 van de cassatiedagvaarding, hiervoor onder 4.2 geciteerd).

4.12.2. De door [eiser] verdedigde opvatting komt er, ontgaan van de weinige franje waarmee zij is aangekleed, dan ook (in feite) op neer dat hij de bewijslast zou dragen van de juistheid van een bepaalde stelling (namelijk dat het verweer in de eerste procedure gehonoreerd zou zijn), terwijl [verweerder] de bewijslast zou dragen van de onjuistheid van diezelfde stelling. Ik zie niet goed hoe de rechter deze knoop zou kunnen ontwarren en hoe hij zou moeten beoordelen welke partij in de bewijsoverlevering is geslaagd. [Eiser] en [verweerder] kunnen immers niet in één en dezelfde procedure – waarvan, niettegenstaande het gebruik van de uitdrukking “trial within a trial”, sprake is – beide de bewijslast dragen ten aanzien van een en dezelfde stelling. Ook mr. Van Wijk heeft op het onhanteerbare karakter van de door [eiser] bepleite benadering gewezen; s.t. onder 6.9.

4.13. Zelfs als inhoudelijk iets voor de opvatting van [eiser] zou zijn te zeggen, mislukt de klacht omdat het onderdeel, zoals uiteengezet onder 4.12.1, op twee gedachten hinkt en daarom onbegrijpelijk is.

4.14.1. De eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad biedt, anders de s.t. van [eiser] onder 20 aanvoert, evenmin een basis voor de door hem gepropageerde bewijslastverdeling. Het betoog leunt hoofdzakelijk op het arrest Baijings/H, [noot:10] waarin werd overwogen:

“5.2. [...] Het gaat in een geding als het onderhavige om de vraag of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij die cliënt in het ongelijk was gesteld. Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellante in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad.

Teneinde de rechter in het geding waarin de aansprakelijkheid van de advocaat voor diens verzuim aan de orde is, in staat te stellen zo nauwkeurig als in het betrokken geval mogelijk is, tot zodanig oordeel, c.q. schatting te geraken, is het wenselijk dat partijen in dat geding – de cliënt en diens voormalige advocaat – aan de rechter alle gegevens verschaffen die, indien hoger beroep ware ingesteld, in de appelprocedure aan de orde zouden zijn gekomen.

Voor wat de cliënt betreft, betekent dit dat hij in het geding tegen zijn voormalige advocaat de mogelijkheid dient te hebben zich zoveel mogelijk op te stellen op de wijze als hij in het achterwege gebleven hoger beroep zou hebben verkozen. Voor de advocaat betekent het dat hij in het door zijn voormalige cliënt tegen hem aangespannen geding de vrijheid moet hebben zich zoveel mogelijk aan te sluiten bij de positie die, zo hoger beroep ware ingesteld, door de in eerste aanleg in het gelijk gestelde partij zou zijn ingenomen. [...]”

4.14.2. Ik vermag niet in te zien waarom het zojuist geciteerde oordeel koren op [eiser]’s molen zou zijn. In het arrest wordt geoordeeld dat partijen, teneinde de rechter in staat te stellen om zo nauwkeurig mogelijk te beoordelen wat de uitkomst van de eerdere procedure geweest zou zijn indien de beroepsfout niet gemaakt was, de rechter de gegevens “moeten” [noot:11] verschaffen die in het eerdere geding aan de orde zouden zijn gekomen. In dat kader hebben partijen de vrijheid om feiten en omstandigheden aan te voeren die naar hun opvatting in de eerdere procedure door de cliënt c.q. diens wederpartij aangevoerd zouden zijn indien van een beroepsfout geen sprake zou zijn geweest (en om in zoverre derhalve “de positie in te nemen” van de betreffende procespartij uit de eerdere procedure). [noot:12] Van het overnemen van de “bewijspositie” van partijen uit de eerdere procedure is in het Baijings-arrest evenwel geen sprake. Ook uit andere arresten van Uw Raad kan m.i. niet worden afgeleid dat partijen in een beroepsaansprakelijkheidsprocedure tussen cliënt en advocaat, de bewijspositie zouden innemen van partijen in de eerdere procedure. [noot:13]

4.15. Anders dan onderdeel A betoogt, leidt ’s Hofs toepassing van de hoofdregel van art. 150 Rv evenmin tot onaanvaardbare of onwenselijke resultaten. Veeleer het tegendeel is

het geval. Het strookt niet alleen met de hoofdregel van art. 150 Rv, maar het is allerminst zonder meer onbillijk dat in gevallen waarin een cliënt zijn voormalig advocaat aanspreekt vanwege een beroepsfout, het uitgangspunt is dat de cliënt de bewijslast draagt van het causaal (condicio sine qua non-)verband tussen de beroepsfout en de gestelde schade.

4.16.1. Bij het hanteren van de hoofdregel van art. 150 Rv kan zich – zoals het middel terecht signaleert – de situatie voordoen dat de cliënt in de aansprakelijkheidsprocedure tegen de advocaat, (de facto) de bewijslast van bepaalde feiten draagt, terwijl die bewijslast als er geen beroepsfout zou zijn geweest, in de eerdere procedure niet op de cliënt maar op zijn wederpartij had gerust. In de doctrine wordt wel betoogd dat een dergelijke benadeling in de bewijspositie van de cliënt voorkomen dient te worden door de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen de beroepsfout en de schade niet bij de cliënt maar bij de aangesproken advocaat te leggen. [noot:14]

4.16.2. Voor een dergelijke bijzondere regel van bewijslastverdeling bestaat mijns inziens echter onvoldoende grond. [noot:15] Tegenover het belang van de cliënt om vergoeding te krijgen van de als gevolg van de beroepsfout geleden schade, staat namelijk het belang van de aangesproken advocaat om niet veroordeeld te worden tot vergoeding van “schade” die niet het gevolg is van de door hem gemaakte beroepsfout.

4.17. Hierbij komt dat er in het wettelijk stelsel voldoende ruimte bestaat om ook in gevallen waarin onverkorte toepassing van de hoofdregel van art. 150 Rv tot een onredelijk resultaat zou leiden, tot een bevredigende uitkomst te komen. [noot:16] Te denken valt voorts aan de eisen die gesteld kunnen worden in het kader van de stelplicht. [noot:17] In voorkomende gevallen kan ook het leerstuk “verlies van een kans” goede diensten bewijzen. [noot:18] De hier genoemde mogelijkheden maken maatoplossingen mogelijk indien de wenselijkheid daarvan zich in een concreet geval opdringt.

4.18. Het middel behelst, blijkens de s.t. onder 27 welbewust, [noot:19] niet de klacht dat de regel dat de gewezen cliënt (steeds) – kort gezegd – de helpende hand moet worden toegestoken op het stuk van zijn bewijslast van het causaal verband. Ik behoef daarop dan ook niet in te gaan en kan volstaan met een verwijzing naar het voorafgaande en voorts naar de s.t. van mrs. Sluysmans en de Graaff onder 26 e.v. en van mr. Van Wijk onder 4.19 e.v. zomede 6.14 en 6.15.

4.19. Onderdeel B klaagt dat het oordeel van het Hof in rov. 4.8.5 en 4.8.6 tegenstrijdig is. Volgens het onderdeel komt het Hof in rov. 4.8.4 en 4.8.5 tot het oordeel dat de bewijsvoering uit de eerste procedure zoveel mogelijk moet worden overgedaan. In de eerste procedure zou [betrokkene 1] te bewijzen zijn opgedragen dat [eiser] de vennootschap had voortgezet. In de onderhavige procedure heeft [verweerster] deze stelling van [betrokkene 1] overgenomen. Volgens het onderdeel betekent dit dat [verweerster] in de onderhavige procedure moet bewijzen dat [eiser] de vennootschap had voortgezet. Het Hof komt in rov. 4.8.6 echter tot de conclusie dat [eiser] moet bewijzen dat hij de vennootschap niet heeft voortgezet. 's Hofs oordeel wordt in zoverre als innerlijk tegenstrijdig en daarom onbegrijpelijk gelaakt.

4.20. Deze klacht is gebaseerd op de veronderstelling dat indien [verweerster] een stelling van [betrokkene 1] uit de eerste procedure “overneemt”, [verweerster] ten aanzien van die stelling dezelfde bewijspositie krijgt als [betrokkene 1] in de eerste procedure zou hebben gehad. Deze veronderstelling is op de hiervoor genoemde gronden m.i. onjuist. Het Hof heeft de genoemde rechtsopvatting ook niet aan zijn oordeel ten grondslag gelegd. Het Hof heeft die opvatting in rov. 4.8.6 juist uitdrukkelijk verworpen. Hierop loopt het onderdeel stuk.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van [eiser].

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

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

navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 167155/HA ZA 07-2226 van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 12 maart 2008, 24 maart 2010 en 12 mei 2010;

b. de arresten in de zaak HD 200.068.255 van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 19 juli 2011 en 11 oktober 2011.

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. [Eiser] heeft op 1 januari 1981 samen met zijn broers [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 4] de vennootschap onder firma "[A]" (hierna: de vof of de vennootschap) opgericht. De vof werd voor onbepaalde tijd aangegaan.

In de vof werd voor gezamenlijke rekening een bakkersbedrijf uitgeoefend. De oprichting werd op 11 januari 1984 vastgelegd in een notariële akte (hierna: de akte), waarin tevens de rechten en verplichtingen van de vennoten zijn vastgelegd.

ii. [Eiser] heeft op 2 juli 1985 een auto-ongeluk gehad, waardoor hij volledig arbeidsongeschikt is geraakt. Sindsdien ontvangt hij een arbeidsongeschiktheidsuitkering op basis van 80-100%. [Eiser] noch zijn medevennoten hebben nadien de vof formeel opgezegd of ontbonden overeenkomstig de bepalingen van de akte.

iii. [Betrokkene 4] is op 10 november 1988 overleden. De vof werd daarna feitelijk voortgezet zonder dat daarbij de toepasselijke bepalingen van de akte in acht zijn genomen.

iv. Op 14 juni 1990 heeft [betrokkene 1] de vof opgezegd tegen 31 december 1990, met inachtneming van de daaraan verbonden in de akte omschreven formaliteiten. De vof is daarna feitelijk voortgezet zonder [betrokkene 1]. Een afrekening heeft niet plaatsgevonden.

v. Per 1 januari 1993 is [eiser] als vennoot uitgeschreven uit het Handelsregister.

vi. Op 8 september 1995 heeft [betrokkene 1] de vof alsmede [eiser], [betrokkene 2] en [betrokkene 3] in rechte betrokken en gevorderd, kort gezegd, dat aan hem de waarde van zijn aandeel in de vof per 31 december 1990 in geld zal worden uitgekeerd. [Eiser], [betrokkene 2] en [betrokkene 3] zijn in deze procedure (hierna ook: de eerste procedure) verschenen. In het namens hen gevoerde verweer werd in belangrijke mate gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank. [Eiser] heeft toen niet het verweer gevoerd dat hij vanaf enig moment geen vennoot meer was.

vii. Nadat de rechtbank een deskundige had benoemd ter bepaling van de waarde van de vof per 31 december 1990 bij verkoop als going concern, heeft zij bij tussenvonnis van 22 september 2000 afgezien van het deskundigenbericht omdat de gedaagde partijen het voorschot voor de deskundigen niet hadden betaald. In haar eindvonnis van 7 mei 2003 heeft de rechtbank de gedaagden, waaronder [eiser], veroordeeld tot betaling van € 87.721,84, te vermeerderen met rente.

viii. De vof, [eiser], [betrokkene 2] en [betrokkene 3] hebben hoger beroep ingesteld tegen de vonnissen van 22 september 2000 en 7 mei 2003. In de procedure in hoger beroep zijn zij tot 7 mei 2004 bijgestaan door advocaten van [verweerster].

ix. Op 22 augustus 2003 heeft [betrokkene 5], destijds advocaat bij [verweerster], in een brief aan de vof, ter attentie van [betrokkene 2], geschreven dat de voormalige raadsman van de vof heeft nagelaten het verweer te voeren dat [eiser] sinds 1986 geen vennoot meer

is, dat het gevolg daarvan is dat [eiser] het vonnis van 7 mei 2003 tegen zich moet laten gelden en dat pas in het hoger beroep het verweer kan worden gevoerd dat [betrokkene 1] inzake zijn vordering tegen [eiser] niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

x. Bij brief van 30 januari 2004 aan de vof, ter attentie van [betrokkene 2], heeft [betrokkene 5] een concept voor de memorie van grieven toegestuurd. In de brief deelde [betrokkene 5] mee dat het niet mogelijk was om in hoger beroep de fout van de raadsman in eerste aanleg te herstellen door alsnog een niet-ontvankelijkheidsverweer te voeren inzake de in 1986 uitgetreden vennoot [eiser].

xi. In de op 3 februari 2004 door [betrokkene 5] namens de vof, [eiser], [betrokkene 2] en [betrokkene 3] ingediende memorie van grieven werd, voorafgaande aan de grieven, opgemerkt:

“De raadsman die appellanten in eerste aanleg heeft bijgestaan heeft (...) nagelaten een niet-ontvankelijkheidsverweer te voeren inzake de vordering van geïntimeerde op één van de vennoten [eiser]. Door de nalatigheid van de raadsman is voornoemde ondanks het feit dat hij sinds 1986 geen deel meer uitmaakt van de vennootschap, toch in de procedure betrokken en veroordeeld tot betaling en is er inmiddels executoriaal beslag op zijn woonhuis gelegd.”

In de grieven werd niet meer teruggekomen op de positie van [eiser].

xii. In de memorie van antwoord heeft [betrokkene 1] hierop als volgt gereageerd:

“Geïntimeerde betwist overigens nadrukkelijk en acht onbegrijpelijk de bemerking van appellanten (...) dat appellant [eiser] eigenlijk geen procespartij zou moeten zijn omdat hij al sinds 1986 geen deel meer zou uitmaken van de vennootschap. Nog daargelaten dat appellanten aan deze bemerking geen enkele grief en/of rechtsgevolg hebben verbonden, is feitelijk en juridisch onjuist dat [eiser] de vennootschap al in 1986 zou hebben verlaten. Ten tijde van het uittreden van geïntimeerde was [eiser] nog steeds vennoot en als vennoot ingeschreven in het handelsregister, hetgeen eenvoudigweg bij de kamer van koophandel geverifieerd kan worden.”

xiii. Het hof heeft in de eerste procedure in zijn eindarrest van 27 september 2005 de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd.

3.2. In de onderhavige procedure vordert [eiser] veroordeling van [verweerster] tot vergoeding van de schade die hij geleden heeft door de beroepsfout van [verweerster] daaruit bestaande dat in de eerste procedure in hoger beroep niet het verweer is gevoerd dat [eiser] al in 1986 dan wel in ieder geval voor 31 december 1990 als vennoot van de vof was uitgetreden. De rechtbank oordeelde dat in hoger beroep het verweer dat [eiser] geen vennoot meer was wel degelijk nog had kunnen worden gevoerd en dat het nalaten daarvan als een beroepsfout moet worden aangemerkt.

Zij droeg bij tussenvonnis van 24 maart 2010 [verweerster] bewijs op van de gestelde voortzetting van de vennootschap door [eiser]. [Verweerster] heeft, na daarvoor toestemming van de rechtbank te hebben gekregen, hoger beroep tegen dit tussenvonnis ingesteld. In het bestreden arrest heeft het hof het tussenvonnis van de rechtbank vernietigd en [eiser] opgedragen te bewijzen dat hij op enig moment na 1986 doch in ieder geval voor 31 december 1990 reeds uit de vennootschap was getreden dan wel dat hij niet tot de voortzettende vennoten behoorde en verwees de zaak ter verdere behandeling terug naar de rechtbank. Op verzoek van [eiser] heeft het hof vervolgens bij arrest van 11 oktober 2011 bepaald dat van het hiervoor bedoelde arrest, dat als een tussenarrest moet worden aangemerkt, onmiddellijk cassatieberoep kan worden ingesteld; dit moet aldus worden opgevat dat het tussenarrest mede de uitdrukkelijke en zonder voorbehoud gegeven beslissing bevat dat, indien [eiser] niet in deze bewijsoverleging slaagt, zijn vordering moet worden afgewezen.

3.3. Het hof heeft, evenals de rechtbank, geoordeeld dat het een beroepsfout is dat in hoger beroep is nagelaten alsnog het verweer te voeren dat [eiser] geen vennoot meer was, en dat moet worden onderzocht hoe de appelrechter in de eerste procedure op het

verweer van [eiser] zou hebben beslist (rov. 4.8). Dienaangaande oordeelde het hof dat het, gelet op de standpunten van partijen en mede in het licht van de overgelegde stukken, het meest aannemelijk is dat [betrokkene 1] zou zijn opgedragen te bewijzen dat [eiser] de vennootschap had voortgezet (rov. 4.8.1-4.8.4).

Dit betekent naar het oordeel van het hof dat voor de vaststelling van het causaal verband dient te worden onderzocht of het hof in de eerste procedure op grond van het door [betrokkene 1] bijgebrachte bewijs en het door [eiser] geleverde tegenbewijs het bewijs geleverd zou hebben geacht. De vraag of het verweer van [eiser] zou zijn gehonoreerd en zo ja, in welke mate, laat zich beantwoorden door in de onderhavige procedure (alsnog) tot die bewijsoverlevering over te gaan (rov. 4.8.5).

Het middel komt niet op tegen hetgeen het hof in de rov. 4.8-4.8.5 heeft geoordeeld. Van die oordelen gaat de Hoge Raad in het hierna volgende dan ook uit.

3.4. In rov. 4.8.6 vervolgde het hof:

“Grief VII klaagt erover dat de rechtbank [verweerster] heeft belast met het bewijs dat [eiser] zowel na het overlijden van broer [betrokkene 4] en na opzegging door broer [betrokkene 1] de vennootschap heeft voortgezet. Deze grief is terecht voorgedragen. Dat in de door [betrokkene 1] aanhangig gemaakte procedure [betrokkene 1] zou zijn opgedragen tot bewijs van zijn stelling heeft immers niet tot gevolg dat [verweerster] in de onderhavige aansprakelijkheidsprocedure die stellingen, die zij weliswaar in deze procedure heeft overgenomen, dient te bewijzen. In de onderhavige procedure ligt immers niet de toewijzing van de vordering van [betrokkene 1] ter beoordeling voor, maar gaat het er om of [verweerster] jegens [eiser] voor de door haar gemaakte beroepsfout aansprakelijk is. Gelet op de gemotiveerde betwisting van [verweerster] dat sprake is van causaal verband tussen de beroepsfout en de schade rust op grond van artikel 150 Rv op [eiser] de bewijslast van zijn stelling dat zijn verweer zou zijn gehonoreerd. Dit komt erop neer dat de rechtbank [eiser] had moeten opdragen te bewijzen dat hij na het overlijden van zijn broer [betrokkene 4] dan wel na de opzegging door [betrokkene 1] de vennootschap niet heeft voortgezet. Dit betekent dat het vonnis op dit punt dient te worden vernietigd.”

3.5. Onderdeel A is gericht tegen rov. 4.8.6 en de door het hof aan [eiser] gegeven bewijsopdracht. Het onderdeel klaagt niet over het in rov. 4.8.6 neergelegde oordeel dat [eiser] in de onderhavige procedure op grond van art. 150 Rv. behoort te bewijzen dat zijn verweer in de eerste procedure zou zijn gehonoreerd, maar bestrijdt, en terecht, de gevolgtrekking van het hof aan het slot van rov. 4.8.6 dat “dit” erop neerkomt dat de rechtbank [eiser] had moeten opdragen te bewijzen dat hij na het overlijden van zijn broer [betrokkene 4] dan wel na de opzegging door [betrokkene 1] de vennootschap niet heeft voortgezet alsmede de door het hof aan hem gegeven dienovereenkomstige bewijsopdracht. Terecht betoogt het onderdeel, naar de kern genomen, dat het hof hiermee blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Een zodanig toegespitste bewijsopdracht met het daaraan verbonden bewijsrisico brengt [eiser] in een lastiger bewijspositie dan gerechtvaardigd is, nu die eraan voorbijgaat dat [betrokkene 1], als de beroepsfout niet was gemaakt, in de eerste procedure zou hebben moeten bewijzen dat [eiser] de vennootschap had voortgezet en dus op dat punt het bewijsrisico zou hebben gedragen.

3.6. Opmerking verdient nog dat aan de bewijsoverlevering in de onderhavige procedure eveneens andere eisen dienen te worden gesteld dan de eisen die daarvoor zouden hebben gegolden in de eerste procedure tussen (onder meer) [eiser] en [betrokkene 1]. Bij de waardering van het bewijs zal immers ook rekening moeten worden gehouden met de verschillen tussen beide procedures, waaronder het verschil in bewijsrisico en eventuele verschillen in bewijsmogelijkheden.

3.7. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling. De Hoge Raad zal de zaak in zoverre afdoen dat hij dadelijk een passende bewijsopdracht aan [eiser] zal geven.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 19 juli 2011, doch alleen voor wat betreft de daarin aan [eiser] gegeven bewijsopdracht en de daarvoor gegeven redengeving;

draagt [eiser] op aannemelijk te maken dat zijn verweer in de eerdere procedure zou zijn gehonoreerd;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar de rechtbank 's-Hertogenbosch;

veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 462,49 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris.

» Noot

Dit arrest van de Hoge Raad gaat over de bewijslastverdeling (en de formulering van de bewijsopdracht) in een beroepsaansprakelijkheidsprocedure van een advocaat. De voormalig cliënt heeft zijn advocaat aangesproken omdat de advocaat heeft nagelaten een (kansrijk) verweer te voeren. De vraag of de advocaat een beroepsfout heeft gemaakt door dit verweer niet te voeren, staat niet ter discussie in deze cassatieprocedure. In deze annotatie zal ik hieraan dan ook geen aandacht besteden. Wel wijs ik op een vonnis van de Rechtbank Rotterdam waarin het niet voeren van een bepaald verweer niet tot aansprakelijkheid leidde. De rechtbank oordeelde dat een advocaat de vrijheid had een bepaald door hem niet juist geacht verweer te voeren (Rb. Rotterdam 31 maart 2010, LJN BM2163).

Het niet voeren van een bepaald verweer past (min of meer) in het rijtje van andere, klassieke, beroepsfouten van advocaten, zoals het niet (tijdig) instellen van appel of het niet stuiten van de verjaring. In al deze gevallen dient te worden beoordeeld wat zou zijn gebeurd als het appel wel was ingesteld of de verjaring wel was gestuit. Dit leidt tot een *trial within a trial*. Het feitencomplex in de oorspronkelijke procedure speelt een prominente rol. Dit arrest gaat over de vraag op wie de bewijslast rust en welke bewijsopdracht daar bij hoort; rechtbank, hof en Hoge Raad hebben hieraan ieder een andere invulling gegeven. Om een en ander minder abstract te maken, zal ik eerst schetsen welke feiten zijn gesteld (voor zover kenbaar uit de conclusie van de A-G) in deze procedure tussen de advocaat en zijn voormalig cliënt.

De voormalig cliënt heeft met vier broers een bakkersbedrijf uitgeoefend in een vennootschap onder firma. De voormalig cliënt is in 1985 arbeidsongeschikt geraakt, een andere broer is een aantal jaren later overleden en weer een andere broer is in 1990 uitgetreden. De voormalig cliënt heeft zich pas in 1993 als vennoot uitgeschreven uit het Handelsregister. De vennootschap onder firma is na de hiervoor genoemde verschillende gebeurtenissen steeds feitelijk voortgezet zonder dat afrekening heeft plaatsgevonden. De in 1990 uitgetreden broer is in 1995 een procedure begonnen tegen zijn broers/vennoten om uitkering van de waarde van zijn aandeel af te dwingen. Deze procedure is voor de voormalig cliënt ongunstig verlopen. De nu aangesproken advocaat heeft in die procedure niet het verweer gevoerd dat zijn voormalig cliënt geen vennoot meer was van de vennootschap onder firma, hetgeen hem in onderhavige procedure als beroepsfout wordt aangerekend.

De vraag staat vervolgens centraal wat zou zijn gebeurd als de advocaat het verweer wel zou hebben gevoerd. De voormalig cliënt stelt zich op het standpunt dat dit tot afwijzing van de vordering zou hebben geleid, de advocaat stelt het tegenovergestelde. Uit de conclusie van de A-G wordt duidelijk dat voor beide standpunten ondersteunende feiten zijn gesteld. De cliënt heeft aangevoerd dat hij sinds 1986 geen winstdeel meer genoot en dat hij geen werkzaamheden meer verrichtte. Voor het standpunt van de advocaat kan steun worden gevonden in de stellingen dat niet is afgerekend tussen de vennoten, dat een rekening-courantverhouding is blijven bestaan en dat geen uitschrijving uit het Handelsregister heeft plaatsgevonden.

Op basis van deze stellingen heeft de rechtbank geoordeeld dat het begin van bewijs van voortzetting is geleverd, maar dat het onvoldoende is om te oordelen dat de cliënt na alle

hiervoor genoemde gebeurtenissen telkens de vennootschap onder firma heeft voortgezet. De rechtbank draagt de advocaat bewijs op van de gestelde voortzetting van de vennootschap onder firma door cliënt. Tegen dit oordeel wordt met succes tussentijds appel ingesteld.

Het hof oordeelde namelijk anders: "Gelet op de gemotiveerde betwisting van [de advocaat] dat sprake is van causaal verband tussen de beroepsfout en de schade rust op grond van art. 150 Rv op [de cliënt] de bewijslast van zijn stelling dat zijn verweer zou zijn gehonoreerd. Dit komt erop neer dat de rechtbank [de cliënt] had moeten opdragen te bewijzen dat hij na het overlijden van [zijn broer] dan wel na de opzegging door [één van de andere broers] de vennootschap niet heeft voortgezet."

Het oordeel van het hof dat de cliënt op grond van art. 150 Rv de bewijslast heeft, wordt door de Hoge Raad in stand gelaten. De door het hof geformuleerde bewijsopdracht vindt echter geen genade in de ogen van de Hoge Raad: "een zodanig toegespitste bewijsopdracht met het daaraan verbonden bewijsrisico brengt [de cliënt] in een lastiger bewijspositie dan gerechtvaardigd is, nu die eraan voorbijgaat dat [de uitgetreden broer], als de beroepsfout niet was gemaakt, in de eerste procedure zou hebben moeten bewijzen dat [de cliënt] de vennootschap had voortgezet en dus op dat punt het bewijsrisico zou hebben gedragen." De bewijsopdracht wordt door de Hoge Raad als volgt geherformuleerd: "draagt [cliënt] op aannemelijk te maken dat zijn verweer in de eerdere procedure zou zijn geslaagd."

In elke instantie een ander oordeel over de bewijsvragen. Is de uitkomst in cassatie verrassend te noemen? Ik denk het niet, aangezien de Hoge Raad één en ander (impliciet) aan de hand van de basisbewijsregels uitwerkt: stellen, gemotiveerd betwisten en bewijzen. De voormalig cliënt stelt dat hij als gevolg van een beroepsfout schade heeft geleden. De advocaat dient dit voldoende gemotiveerd te betwisten, zodat vervolgens op grond van art. 150 Rv de bewijslast van het causaal verband in beginsel op de voormalig cliënt rust. Voor wat betreft de bewijslastverdeling ging het bij de rechtbank verkeerd, aangezien deze niet volgens het hiervoor genoemde schema had geredeneerd maar de bewijslast bij de advocaat had gelegd. In deze zaak is echter geen ruimte voor de "omkeringsregel", aangezien hier geen sprake is van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade (zie bijv. Hoge Raad 2 februari 2007, «JA» 2007/43).

Het hof heeft de bewijslastverdeling glad gestreken, maar de door het hof geformuleerde bewijsopdracht wordt in cassatie vernietigd omdat het hof daarin nu juist weer is doorgeschoten. In deze beroepsaansprakelijkheidsprocedure heeft de cliënt weliswaar de stelplicht en bewijslast dat zijn verweer zou zijn geslaagd, maar dat betekent niet dat hij in deze procedure moet bewijzen dat hij de vof niet heeft voortgezet. In de hypothetische procedure had hij dat immers niet hoeven doen: de uitgetreden broer zou daar de bewijslast (en zo benadrukt de Hoge Raad: het bewijsrisico) dragen van dat de voormalig cliënt nog wel vennoot was, dus de vennootschap onder firma had voortgezet.

Hoe pakt een dergelijke bewijsopdracht vervolgens uit: waartegen moet cliënt verweer voeren? Wat had dat verweer ingehouden? En wat was de kans van slagen van het verweer geweest? De stellingen van de uitgetreden broer zijn immers niet bekend. De advocaat zal zich in zijn gemotiveerde betwisting van het causaal verband hebben gericht op de (mogelijke) stellingen van de uitgetreden broer. Ik ga ervan uit dat de cliënt vervolgens dient te bewijzen dat zijn verweer tegen die stellingen zou zijn gehonoreerd.

De ietwat gekunstelde situatie doet zich in dit soort procedures voor dat de advocaat de stellingen van de wederpartij van zijn voormalig cliënt tot de zijne maakt. De Hoge Raad heeft in het Baijings-arrest echter al geoordeeld dat dit niet tot problemen leidt: de advocaat moet de vrijheid hebben zich zoveel mogelijk aan te sluiten bij de positie die de wederpartij in de oorspronkelijke procedure had. Het hof heeft hierover het volgende geoordeeld: "Dat in de door de [uitgetreden broer] aanhangig gemaakte procedure [de uitgetreden broer] zou zijn opgedragen tot bewijs van zijn stelling heeft immers niet tot gevolg dat [de advocaat] in de onderhavige aansprakelijkheidsprocedure die stellingen, die zij weliswaar in deze procedure heeft overgenomen, dient te bewijzen."

De vraag dringt zich op hoe dit arrest zich verhoudt tot de leer van de kansschade, zoals uitgewerkt in het Baijings-arrest (HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257, m.nt. PAS) en welke leer de Hoge Raad zeer recent nader heeft toegelicht (HR 21 december 2012, LJV BX7491). Uit het Baijings-arrest volgt dat uitgangspunt is proberen te achterhalen wat er zonder fout zou zijn gebeurd (*trial within a trial*) maar als dat niet kan of niet met voldoende zekerheid kan worden gezegd wat dat zou zijn, een verlies van een kans-benadering aan de orde kan zijn. De Hoge Raad heeft in het arrest van 21 december 2012 overwogen dat voordat die leer kan worden toegepast, eerst beoordeeld moet worden of *condicio-sine-qua-non*-verband aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis en het verlies van de kans op succes.

In onderhavig geval is nog niet duidelijk of de leer van verlies van een kans dient te worden toegepast. Immers, dit is pas aan de orde als niet of niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld wat de uitkomst van de *trial within the trial* zou zijn geweest; dit zal pas na uitvoering van de bewijsopdracht duidelijk zijn.

Tenslotte aandacht voor de overweging ten overvloede van de Hoge Raad in r.o. 3.6.: "Opmerking verdient nog dat aan de bewijslevering in de onderhavige procedure eveneens andere eisen dienen te worden gesteld dan de eisen die daarvoor zouden hebben gegolden in de eerste procedure tussen (onder meer) [cliënt] en [de uitgetreden broer]. Bij de waardering van het bewijs zal immers ook rekening moeten worden gehouden met de verschillen tussen beide procedures, waaronder het verschil in bewijsrisico en eventuele verschillen in bewijsmogelijkheden." Hoe deze overweging te duiden? Hierin wordt in ieder geval tot uitdrukking gebracht dat rekening dient te worden gehouden met het feit dat de cliënt en de advocaat (mogelijk) niet over al het bewijsmateriaal beschikken dat in de oorspronkelijke procedure tegen de uitgetreden broer wel voorhanden was geweest. Op welke wijze een rechter daar rekening mee dient te houden, maakt de Hoge Raad niet duidelijk. Wellicht via de leer van verlies van een kans.

mr. H.J. Delhaas, advocaat bij WIJ advocaten te Amsterdam

» Voetnoten

[1]

De cassatiedagvaarding vermeldt (op p. 1) dat de rechtspersoon naar Engels recht [verweerster] rechtsopvolger onder algemene titel is van de in eerdere instanties als procespartij opgetreden maatschap [B].

[2]

Ontleend aan rov. 4.1.1 t/m 4.1.12 van het bestreden arrest.

[3]

Kortheidshalve zal ik, in navolging van het Hof, niet telkens onderscheid maken tussen [verweerster] en de (destijds) bij [verweerster] werkzame advocaten.

[4]

Deze weergave doet vermoeden dat de rechtbank deze verweren zonder motivering heeft afgewimpeld. Dat is evenwel niet het geval; zie rov. 2.27 en 2.28 van haar vonnis van 24 maart 2010.

[5]

Zie cassatiedagvaarding, p. 5, laatste alinea.

[6]

HR 30 maart 2012, LJV BU3160, *RvdW* 2012/494 rov. 3.3.1, 3.3.2.

[7]

Het bestreden arrest is in zekere zin geen tussenarrest. Het is het enige arrest dat door het

Hof is gewezen in dit stadium van het geschil, te weten na een tussentijds beroep tegen een tussenvonnis in prima. Het Hof heeft de zaak niet zelf afgehandeld, maar het geding terugverwezen naar de rechtbank.

[8]

Zie Winters 2012, (*T&C Rv*), art. 399 Rv, aant. 1c. Zie over art. 399 Rv ook H.J. Sniijders in zijn noot (onder 4(m)) onder HR 25 april 2008, LJV BC2800, *NJ* 2008/553. Volgens Sniijders zou men art. 399 Rv zo langzamerhand wel kunnen afschaffen, aangezien art. 401a Rv sinds 1 januari 2002 al een voldoende dam opwerpt tegen ongewenste cassatieberoepen van tussenuitspraken.

[9]

In dit verband wordt verwezen naar HR 11 december 2009, LJV BK0859, *NJ* 2010/3 en in het bijzonder naar de conclusie van A-G Langemeijer voor dat arrest.

[10]

HR 24 oktober 1997, LJV AM1905, *NJ* 1998/257 PAS.

[11]

Zelf zou ik denken dat het inderdaad moeten is, maar mijn interpretatie van art. 21 Rv is strikter dan de meer gangbare. Art. 21 ziet evenwel niet op het in geding brengen van stukken wat door (o.m.) art. 22 Rv nog eens wordt onderstreept.

[12]

Zie in dit verband ook rov. 5.2 van HR 24 oktober 1997, LJV AM1905, *NJ* 1998/257 (mnt. Baijings/H.) en de verwijzing aldaar naar het in rov. 4.3 van dat arrest genoemde oordeel van het Hof.

[13]

Zie HR 11 december 2009, LJV BK0859, *NJ* 2010/3, rov. 3.4; HR 23 februari 2001, LJV AB0199, *NJ* 2001/431 JBMV en ThMdB, rov. 3.5; HR 19 januari 2007, LJV AZ6541, *NJ* 2007/63, rov. 3.4.3; HR 16 februari 2007, LJV AZ0419, *NJ* 2007/256 J.M. Maeijer, rov. 3.3 en HR 18 april 2008, LJV BC7407, *NJ* 2008/245, rov. 3.3.1. Vgl. ook HR 2 februari 2007, LJV AZ4564, *NJ* 2007/92, rov. 3.3.2 t/m 3.4.2 (bewijslast van causaal verband na schade door nemen executiemaatregelen).

[14]

Zie voor het Nederlandse recht met name I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid* (1999) p. 124-128; het betoog is genuanceerd; de op p. 128 getrokken conclusie (of misschien beter: de bepleite oplossing) dringt zich na lezing van de daaraan voorafgaande beschouwingen m.i. niet op. Zie uitvoeriger (in het kader van enkele rechtsstelsels van de Verenigde Staten) onder meer Joseph H. Koffler, *Legal Malpractice Damages in a Trial within a Trial – a Critical Analysis of Unique Concepts: Areas of Unconscionability*, *Marquette Law Review* 1989, vol. 73, p. 40-75 en Jeffie D. Boysen, *Shifting the Burden of Proof on Causation in Legal Malpractice Actions*, *St. Mary's Journal on Legal Malpractice & Ethics* 2011, p. 308 e.v. Voor zover de s.t. van [eiser] sub 25 en 26 ertoe bedoelt te strekken dat mijn toenmalige ambtgenoot Bakels in zijn conclusie (onder 3.22) voor HR 24 oktober 1997, LJV AM1905, *NJ* 1998/257 PAS (mnt. Baijings) er eveneens voor heeft gepleit om de bewijslast in dergelijke gevallen te verschuiven naar de advocaat, berust die stelling m.i. op een misverstand. Het betoog van A-G Bakels wijst welbeschouwd juist in de tegengestelde richting. Uit de verwijzing van A-G Bakels naar HR 20 november 1987, LJV AD0058, *NJ* 1988/500 WLH en HR 18 februari 1994, LJV ZC1269, *NJ* 1994/368 kan immers worden afgeleid dat in de genoemde conclusie niet gepleit wordt voor een verschuiving voor de bewijslast, maar voor het aannemen van een verzwaarde stelplicht van de aangesproken advocaat (waarbij derhalve wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat de bewijslast conform de hoofdregel van art. 150

Rv op de cliënt rust). A-G Bakels wil immers niet tornen aan de eerder aanvaarde hoofdregel (waarbij de bewijslast van het *condicio sine qua non*-verband wordt gelegd op de (gewezen) cliënt). Hij bepleit een verfijning (en geen afschaffing) van deze regel, in welk verband beroep wordt gedaan op de zojuist genoemde arresten van 1987 (over medische aansprakelijkheid) en 1994 (eveneens medische aansprakelijkheid). In beide arresten is het uitgangspunt dat het *condicio sine qua non*-verband door de benadeelde moet worden bewezen, maar worden (strengere) eisen gesteld aan de stelplicht van de aangesprokene. Het ligt weinig voor de hand om in zaken over de beroepsaansprakelijkheid van een advocaat benadeelden verdergaand te hulp te schieten dan slachtoffers van pretense medische fouten.

[15]

Vgl. HR 20 september 1996, LJN AD2611, *NJ* 1996/747, rov. 3.5 (bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid notaris).

[16]

Zie kennelijk in overeenkomstige zin onder meer F.J. Haak, Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan, *AA* 1998, p. 138 e.v., met name p. 142 en 146-147. Zie over bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid van advocaten voorts onder meer de bijdragen in de bundel *Proportionele aansprakelijkheid*, Akkermans, Faure & Hartlief (red.), (2000), op p. 38-41 (Chris van Dijk, Nederlands recht) p. 106-109 (Arno Akkermans, Nederlands recht), p. 173-175 (Michael Faure, Belgisch recht) en p. 205-206 (Horton Rogers, Engels recht) zomede en A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Preadvies NJV 1996-I*, p. 142-144. Zie over de wijze waarop in andere Europese landen wordt omgegaan met bewijslastverdeling in het kader van beroepsaansprakelijkheid van advocaten bijvoorbeeld Thomas Kadner Graziano, Loss of a Chance in European Private Law, *ERPL* 2008, p. 1009 e.v. Vgl. verder onder meer C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 2 (Mon. BW B35), 2007, par. 16, 56 en 57; I. Giesen, in: *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 2008), par. 4.7.5.

[17]

Zie daarover nader voetnoot 14.

[18]

Zie HR 24 oktober 1997, LJN AM1905, *NJ* 1998/257 (Baijings/H.), rov. 5.2.

[19]

Dat dit een bewuste keuze is, ligt trouwens voor de hand. Waar ik in dit verband spreek van de s.t., doel ik met name op de onder 26 geciteerde opvatting van A-G Bakels, die de de stellers van de s.t. klaarblijkelijk onderschrijven, zij het dan ook dat zij deze mogelijk niet helemaal juist hebben verstaan; zie nader hierboven voetnoot 14. Par. 27 van de s.t. bouwt immers op dit citaat voort, zoals de eerste twee woordjes duidelijk doen uitkomen.