

Annotatie JA 2013/177

2013

Rechtbank Amsterdam

2 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6594

Trefwoorden: Beroepsaansprakelijkheid advocaat, Inschatting uitspraak gerechtshof

Samenvatting

Bij de aanvang van een appelprocedure, genitieerd door de bij de beoordeling in eerste aanleg grotendeels in het ongelijk gestelde partij, wordt verzuimd om het verschuldigde griffierecht tijdig te betalen. Het hof heeft daarom de appelland ontslagen van de instantie en veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep. Vanwege de beroepsfout van diens advocaat besluit de appellerende partij vervolgens de schade te verhalen op de advocaat en de maatschap waartoe deze behoort. De beroepsfout wordt weliswaar erkend, maar het causale verband tussen schade en de nalatigheid ontkend. Daarover moet de rechter gaan oordelen.

De rechtbank stelt dan vast dat er eerst aan de hand van de stellingen van partijen gepoogd zal worden vast te stellen wat er in appel zou zijn beslist als het griffiegeld wel tijdig zou zijn betaald om daarna over de vorderingen te kunnen beslissen. Uiteindelijk worden de aanspraken op terugbetaling van eerder betaalde schadevergoeding door de eisende partij in deze bodemprocedure grotendeels gehonoreerd.

Annotatie

Uitspraak

Deze uitspraak past binnen het kader van beroepsfouten van advocaten en de verdere afhandeling daarvan (zie ook HR 9 november 2012, JA 2013/1, m.nt. Delhaas). Een partij meent door een nalatigheid van diens advocaat verlies te hebben opgelopen en de opdrachtgever wil die schade via een nieuwe bodemprocedure op de falende opdrachtnemer verhalen. Dan dient te worden vastgesteld hoe er zou zijn geoordeeld wanneer het appel wl volledig zou zijn afgehandeld. Dan moet de eiser kunnen bewijzen dat hij wel succesvol zou zijn geweest, de fout van de advocaat weggedacht: zo ontstaat er eigenlijk een virtuele procedure binnen een concrete.

De kwaliteit van juridische dienstverlening schoot tekort en indachtig de discussie over het goed laten functioneren van rechtspraak – de kwestie van kwaliteitsborging – kwamen er bij mij drie elementaire vragen op:

1 Hoe vaak en waarom maken advocaten beroepsfouten?

Ruim tien jaar geleden meldde de aansprakelijkheidsverzekeraar van advocaten dat het aantal claims als gevolg van beroepsfouten en nalatigheden sinds 1990 met 60% was gestegen. Die trend lijkt zeker niet te zijn omgekeerd. Aan deze problematiek van beroepsaansprakelijkheid wordt weliswaar onder andere in het Advocatenblad aandacht besteed, maar goede en diepgravende systematische onderzoeken naar aantallen, oorzaken en het effect van preventieve maatregelen heb ik in de Nederlandse juridische literatuur (nog) niet kunnen vinden. Gaat het om sporadische gebeurtenissen of toch om een meer structurele problematiek?

Zoeken met de term 'beroepsaansprakelijkheid advocaat' levert bij *Legal Intelligence* 2019 gerechtelijke uitspraken dienaangaande op maar bij rechtspraak.nl slechts vier. Dat helpt je niet verder om een betrouwbare indruk te krijgen over de frequentie van dit type fouten. Verondersteld mag echter worden dat het hier niet om enkele incidenten gaat maar om een geregeld voorkomend probleem.

Vaak lijkt het, zoals ook bij deze casus, om 'routinefouten' te gaan. Maar dat is slechts het benoemen van de kwestie – en beslist geen excuus. De voor onze maatschappij zo belangrijke groep van juridische dienstverleners heeft er baat bij dat deze problematiek beter wordt onderzocht en actief tegemoet getreden. Dat vraagt een benadering vanuit het perspectief van kwaliteitsmanagement. Die hulpwetenschap structureert het onderzoek van de gangbare werkwijzen en omschrijft

hoe het beter kan. Maar deze systematische manier van denken heeft nog nauwelijks voet aan de grond gekregen in de juridische wereld. Dat kwaliteitsmanagement is het middel om de professionele doelstellingen te helpen realiseren. Dat impliceert weer dat juristen dergelijke doelstellingen expliciet weten te formuleren.

2 Waartoe dient een appel?

Het doel en daarmee het bestaan van een rechtsmiddel kan vanuit een fundamenteel en vanuit een functioneel perspectief worden gezien. Het is een fundamenteel recht dat een zaak door twee feitelijke instanties kan worden behandeld. Maar hoe zit het met de functionaliteit: is er een cruciaal verschil qua juridisch functioneren tussen de eerste en de tweede feitelijke instantie? Is een procedure in tweede instantie stevast zorgvuldiger en dus beter omdat bijvoorbeeld rechters meer tijd ter beschikking hebben?

De uitkomst van de appelprocedure, zo blijkt praktisch, kan afwijken van die in eerste aanleg. Als er een dergelijk verschil bestaat, is de vraag gerechtvaardigd: hoe kan het dat er door de rechters in tweede aanleg anders over hetzelfde feitencomplex wordt beslist dan door die in eerste? Deze vraag roept weer een volgende op: hoe vaak bestaat er een discrepantie tussen uitspraken en wat is de verklaring daarvoor?

Gekoppeld aan deze opmerkingen over het fundamentele en functionele perspectief dient zich vervolgens de kwestie aan met welk motief – of motieven – een procespartij in hoger beroep gaat. Is de appellante het niet eens met de juridische argumentatie leidend tot de rechterlijke beslissing? Of is een van de partijen zich bewust geworden dat met een herkansing en het aandragen van aanvullend feitenonderzoek of een extra deskundigenrapportage alsmede een andere of betere presentatie daarvan de appelrechter tot een hopelijk gunstiger oordeel kan worden bewogen? Of wordt er zo druk op de ketel gehouden als motivatie om alsnog tot een minnelijke schikking te komen? Ten slotte nog de mogelijkheid: wordt rechtspraak misschien eerder als een rad van fortuin gezien, waarbij de appellante ditmaal op een gunstiger lot hoopt? Niet geschoten is altijd mis.

De motivatie van de eiser voor het voeren van onderhavige procedure is dat deze veronderstelde dat hij in appel, in tegenstelling tot de eerste uitspraak, een meer kansrijk verweer had kunnen voeren en dan niet tot de schadevergoeding zou zijn veroordeeld. Maar beslissend is dan te weten hoe bij dat appel zou zijn geoordeeld. Dat vergt, zoals eerder gesteld, een bijzondere aanpak.

3 Een procedure binnen een procedure: mag een rechtbank spelen voor gerechtshof?

Zoals in de inleiding al gesteld, noodzaakt de vordering dat er een uitspraak dient te worden gedaan over hoe dat appel zou zijn verlopen en zo ontstaat er een virtuele procedure binnen een concrete. De rechtbank moet dus het oordeel van het hof juist zien in te schatten maar is dat zowel procesrechtelijk geoorloofd als feitelijk realistisch? Ons hoogste rechtscollege heeft die eerste vraag uit praktische motieven bevestigend beantwoord (zie HR 1997, NJ 1998, 257, m.nt. Stein en recent HR 2012, NJ 2013, 237, m.nt. Lindenbergh) en de door de Hoge Raad geformuleerde regel wordt in r.o. 4.2. overgenomen: voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de *appelrechter* had behoren (curs. RG) te beslissen. Maar is dat niet gemakkelijker gezegd dan gedaan? Deze problematiek van 'a trial within a trial' is zeker niet nieuw en bovendien internationaal. De Amerikaanse jurist Koffler heeft aan deze materie in 1989 een uitvoerige beschouwing gewijd en stelt met name: 'In a legal malpractice action, is the appropriate question how the underlying action "should have been" decided, or how it "would have been" decided? May the results differ, depending upon which concept is used, and are they both manageable concepts?' (Marquette Law Review 1989; 73:40-75).

Is er dan met voldoende zekerheid vast te stellen hoe de appelrechter had behoren ('should have been') te oordelen? Maar daaraan ligt de vraag ten grondslag hoe zeker de afloop van een procedure is te voorspellen. Als, zoals hierboven gesteld, de oordelen van de eerste en de tweede feitelijke instantie over eenzelfde kwestie sterk kunnen verschillen, is die voorspelbaarheid dus allerminst zeker. Annotator Stein stelt in 1998 dan ook: 'Hoe dikwijls gebeurt het niet dat kansloze procedures worden gewonnen en kansrijke rechtsvorderingen worden afgewezen bijv. als gevolg van ontwikkelingen waar men tevoren geen zicht op heeft, zoals een nieuw verweer, de indiening van nieuwe wetgeving of ontwikkelingen in de binnen- of buitenlandse jurisprudentie. Het is onbegonnen werk om een voorspelling te doen over de afloop van een procedure.' Stuiten we hier misschien op de epistemologische Achilleshiel van rechtspraak? Aan iedere beslissing ligt de veronderstelling van juridische rationaliteit ten grondslag. Of schuilt er toch (enige) waarheid dat het vonnis bepaald wordt door 'what the judge had for breakfast'? Vrouwe Fortuna is beslist niet de grote afwezige in het recht.

Al met al maakt dit vonnis duidelijk dat de kwaliteit van de advocatuur maar ook de kwaliteit van rechtspraak aandacht behoeven. Er is empirisch onderzoek nodig om de gesignaleerde problematiek beter in kaart te brengen en naar oplossingen te helpen zoeken (zie voor een dergelijke benadering het recent verschenen *Handboek empirie en privaatrecht*, BJU 2013). Kwaliteitsborging vraagt uitdrukkelijk om meer dan alleen goed je best doen: er is een gestructureerd kwaliteitsmanage-

ment nodig. De voorspelbaarheid van rechtspraak is een afgeleide van de mate waarin procesmatige en inhoudelijke standaardisatie van een procedure kan worden gerealiseerd (zie bijvoorbeeld *Quality Management Principles* – te vinden op www.iso.org). Misschien blijkt er dan toch meer aandacht voor het ontbijt van de rechter nodig!

prof. dr. R.W.M. Giard, hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, EUR Rotterdam