

# DE ADVOCAAT EN DE KLACHTPLICHT

Ook advocaten kunnen zich onder bepaalde voorwaarden met succes verweren tegen klachten die (te) laat zijn ingediend. Dan moeten ze wel kunnen aantonen dat ze schade lijden door de late klacht.

DOOR / ALDERT VAN DER BENT

**D**e praktische relevantie van de klachtplicht van de cliënt leek lange tijd beperkt. De laatste jaren is echter een aantal zaken gepubliceerd waarin advocaten een geslaagd beroep op schending van de klachtplicht deden. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de stand van zaken in de jurisprudentie.

## KLACHTPLICHT ALGEMEEN

Het nieuw BW kent in artikel 6:89 een algemene klachtplicht.<sup>1</sup> De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer 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. Deze verplichting beoogt de schuldenaar die een prestatie heeft verricht te beschermen tegen late en dus moeilijk te betwisten klachten. Na een aanvankelijk sluimerend bestaan kwam de klachtplicht aan het begin van deze eeuw in de belangstelling te staan als wapen in de strijd tegen klachten en aansprakelijkstellingen. Een voorlopig hoogtepunt was het arrest-Ploum/Smeets,

waarin de Hoge Raad oordeelde dat de klachtplicht niet kan worden ontweken door de vordering op onrechtmatige daad te baseren in plaats van op een tekortkoming.<sup>2</sup>

Na kritiek op de draconische gevolgen van een geslaagd beroep op de klachtplicht ontwikkelde de Hoge Raad een genuanceerd beoordelingskader. Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende 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. Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van artikel 6:89 BW is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd.<sup>3</sup>

## FALEND BEROEP OP DE KLACHTPLICHT

Advocaten slagen er niet vaak in aan te tonen dat zij nadeel lijden door de late klacht. Op advocaten rust im-

mers de verplichting een deugdelijk dossier bij te houden van de zaken die zij behandelen.

Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak die leidde tot een arrest van het gerechtshof Den Haag van 21 juli 2020.<sup>4</sup> De klacht betrof een honorariumovereenkomst van november 2013, waarover eerst in 2018 een dagvaarding werd uitgebracht. Het hof achtte van belang dat de advocaat al in maart 2015 wist dat de cliënt klachten had over de financiële afwikkeling.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ging in een andere zaak nog een stapje verder door te overwegen dat voor zover de advocaat in zijn belangen was geschaad dat voor zijn rekening moest blijven. Herstel van de gebrekkige prestatie was door de vertrouwensbreuk in november 2007 niet meer aan de orde. Dat de herinneringen van de advocaat aan het veelal mondelinge overleg met de cliënt waren vervaagd en hij het dossier gedeeltelijk had vernietigd of was kwijtgeraakt in 2013, moest voor zijn rekening blijven, omdat hij al in 2008 wist dat deze cliënt ontevreden was en daarom alert moest zijn op ►

mogelijke klachten. Het had dan op zijn weg gelegen – voor zover hij zijn adviezen al niet schriftelijk had moeten bevestigen – zijn herinneringen op papier te zetten en zijn dossier zorgvuldig te bewaren, aldus het hof.<sup>5</sup>

Het gerechtshof Den Haag liet ook de ernst van de beroepsfout meewegen in zijn oordeel dat het beroep van twee advocaten op de klachtplicht niet kon slagen.<sup>6</sup> De advocaten hadden een commanditaire vennootschap geadviseerd, maar zich ten onrechte gericht op de behartiging van de belangen van de beherend vennoot en niet de belangen van de cv, met inbegrip van de commanditaire vennoten. Het kantoor had mede met het oog op het behalen van eigen financieel voordeel eraan meegewerkt dat de commanditaire vennoten onkundig werden gehouden van het feit dat het prospectus voor de cv onjuist was.

De klachtplicht is niet van toepassing op de situatie waarin de schuldenaar (de advocaat) heeft nagelaten om een overeengekomen prestatie te verrichten en dus in het geheel geen prestatie heeft verricht, zo heeft de Hoge Raad onlangs duidelijk gemaakt.<sup>7</sup> Artikel 6:89 BW strekt immers (slechts) ertoe de schuldenaar die een prestatie heeft verricht te beschermen.

### GESLAAGD BEROEP OP DE KLACHTPLICHT

In de zaak die leidde tot een arrest van 12 februari 2019 slaagde het beroep op de klachtplicht wel. De advocaat in die zaak werd gevraagd twee franchisenemers bij te staan toen hun franchise- en huurovereenkomst

werd opgezegd door Bart's Retail B.V. Nadat de advocaat een schadevergoeding had uitonderhandeld, stelden de cliënten dat sprake was van een beroepsfout, omdat de opdracht primair zou zijn geweest te bereiken dat de franchiserelatie en de exploitatie van de winkel zouden worden voortgezet. De advocaat stelde dat de franchisenemers niet hadden voldaan aan hun klachtplicht, omdat zij niet tijdig hadden aangegeven dat zij niet primair een hogere afkoop-som wilden, maar continuering van hun overeenkomsten, als gevolg waarvan de advocaat niet had kunnen bijsturen. Het gerechtshof Den Haag<sup>8</sup> volgt dat verweer en oordeelt dat de cliënten in de loop van de onderhandelingen hadden moeten bemerken dat de acties van de advocaat uitsluitend gericht waren op het verkrijgen van een zo hoog mogelijke vergoeding. Daarom valt niet te begrijpen dat de franchisenemers niet op enig moment hebben aangedrongen op het bespreken van de optie van voortzetting van de huur- en franchiserelatie en ook niet dat zij instemden met een brief waarin de advocaat schreef dat zij 'niet onwillend tegenover medewerking aan een overname' stonden.

De rechtbank Oost-Brabant oordeelde over een zaak waarin een advocatenkantoor een vermogensbeheerder had bijgestaan.<sup>9</sup> Deze had aandelen in een vennootschap verkocht. Het kantoor stond de vermogensbeheerder van 2008 tot en met 2014 bij in procedures van de koper tegen de vermogensbeheerder. Medio 2015 veroordeelde de rechtbank Amsterdam de vermogensbeheerder tot betaling, waarna deze hoger beroep instelde.

Kort daarvoor was de advocaat van de vermogensbeheerder naar een nieuw kantoor overgestapt.

De vermogensbeheerder stelde het oude kantoor aansprakelijk wegens schending van de zorgplicht ten opzichte van de cliënt. De vermogensbeheerder stelde de zaak bij juist en tijdig advies te hebben geschikt voor een veel lager bedrag. De rechtbank oordeelde evenwel dat de cliënt kort na het vonnis uit 2015 de vermeende gebreken had moeten ontdekken, temeer nu deze op dat moment door een ander, professioneel en deskundig kantoor werd bijgestaan dat op de hoogte zou moeten zijn van de zorgplicht van het oude kantoor. Van de cliënt kon worden verwacht het onderzoek naar de naleving van de zorgplicht binnen drie maanden te hebben voltooid, aldus de rechtbank, terwijl het oude kantoor pas in 2018 te horen kreeg dat de vermogensbeheerder onderzoek deed naar de wijze waarop het kantoor de cliënt had bijgestaan. Een belangrijke reden om het beroep op de klachtplicht gegrond te achten, was dat het kantoor onbetwist had aangegeven dat de e-mailserver uit de betreffende periode niet meer integraal raadpleegbaar was en dat de behandelend advocaat in 2014 met het dossier van kantoor was gewisseld.

Een derde geslaagd beroep op schending van de klachtplicht werd gedaan door een advocaten- en notarissenkantoor dat voor Norma een bv had opgericht en een aandeelhoudersovereenkomst alsmede een huurovereenkomst tussen diverse onderdelen van Norma had opgesteld. Later klaagt Norma in het bijzonder erover dat een te hoge huurprijs zou zijn

vastgesteld. In 2016 stelt de cliënt het kantoor aansprakelijk. Het kantoor beroept zich op de klachtplicht, erop wijzende dat de overeenkomsten in 2011 waren ondertekend, dat de huur in 2012 was ingegaan en dat het in 2014 Norma schriftelijk had bevestigd dat zonder instemming van (een van) de minderheidsaandeelhouders geen huurverlaging mogelijk was. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat van Norma voortvloeiend aan de ondertekening onderzoek naar de juistheid van de huurovereenkomst verwacht mocht worden.<sup>10</sup> Het hof acht de waarneembaarheid van de klachten (bedoeld zal zijn: de vermeende gebreken) voor de CEO als ondertekenaar van belang. Ook is het kantoor naar het oordeel van het hof als gevolg van het late klagen door Norma in zijn belangen geschaad. Het kantoor had aangevoerd dat *in het algemeen* de herinnering aan de inhoud van bepaalde afspraken en besprekingen door het verstrijken van jaren kan vervagen, dat de bij een dossier betrokken personen door het verstrijken van tijd moeilijker benaderd kunnen worden (omdat deze bijvoorbeeld, zoals een van de behandelend advocaten, niet langer in dienst zijn), en dat bewijsstukken in de loop der jaren verloren kunnen gaan of moeilijker traceerbaar kunnen worden.

## KLACHTTERMIJN

Steeds vaker nemen advocatenkantoren in hun voorwaarden een termijn op waarbinnen moet worden geklaagd, op straffe van verval van rechten. Over de houdbaarheid van zo'n bepaling zijn inmiddels enkele uitspraken gepubliceerd.

De rechtbank Limburg honoreerde het beroep van een advocaat op de door hem gehanteerde vervaltermijn van twaalf maanden na het tijdstip waarop het ontstaan van de aansprakelijkheid redelijkerwijs bekend had moeten zijn of (zo dat niet kan worden vastgesteld) twee jaar na de datum van de laatste factuur.<sup>11</sup> De rechtbank overweegt daarbij dat de cliënt, een stichting die als bestuurder van elf basisscholen fungeerde en dus een professionele partij, op 11 december 2018 wist dat een artikel in de door de advocaat opgestelde vaststellingsovereenkomst fout was en hanteert daarom die datum als aanvang van de, volgens de rechtbank helder en duidelijk verwoorde, vervaltermijn.

Daarentegen achtte de rechtbank Zeeland-West-Brabant het beroep van een advocaat op een vervaltermijn van één jaar na het moment waarop de opdrachtgever bekend werd of redelijkerwijs bekend kon zijn met het bestaan van vorderingsrechten, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.<sup>12</sup> Daarbij overweegt de rechtbank dat de cliënt,

een ondernemer, erop mocht vertrouwen dat de advocaat een rechtsgeldige cessie had bewerkstelligd, bij gebreke van mededelingen van de advocaat van het tegendeel. Hetzelfde lot trof het beroep van de advocaten van de hiervoor genoemde cv op een verjaringstermijn van één jaar, gelet op de aard en de ernst van de aan de advocaten verweten gedragingen.

## CONCLUSIES

Een beroep op de klachtplicht ter afwering van beroepsaansprakelijkheid is zinvol, indien concrete omstandigheden kunnen worden aangewezen waardoor de advocaat is benadeeld door het late klagen. Een vervaltermijn in de algemene voorwaarden zal helder en duidelijk moeten worden geformuleerd. Een beroep daarop zal echter zeker niet in alle gevallen slagen. ■

**Aldert van der Bent** is advocaat bij Wybenga advocaten in Rotterdam, gespecialiseerd in aansprakelijkheidsrecht en redacteur van dit blad.

## NOTEN

- 1 Daarnaast kent het BW in artikel 7:23 een specifieke klachtplicht voor de koopovereenkomst.
- 2 HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733 (Ploum/Smeets).
- 3 Vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (Van de Steeg/Rabobank).
- 4 Gerechtshof Den Haag 21 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1301.
- 5 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:6667.
- 6 Gerechtshof Den Haag 6 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1385.
- 7 HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536.
- 8 Gerechtshof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:157.
- 9 Rb. Oost-Brabant 12 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:741.
- 10 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5251.
- 11 Rb. Limburg 4 augustus 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:6332.
- 12 Rb. Zeeland-West-Brabant 23 september 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4293.