

reeks gevallen van ongegrond bevonden niet-ontvankelijkverklaring geen terugverwijzing aanvaard maar van een totaalverbod op terugverwijzing na ongegronde niet-ontvankelijkheid is bij de Hoge Raad geen sprake. In onze lezing van 's Raads arresten op dit punt formuleert hij het (geparafraseerd) aldus dat 'dit geval' geen gelijkshakeling met de eerder aanvaarde uitzonderingen rechtvaardigt. De Hoge Raad heeft ongegrond bevonden niet-ontvankelijkverklaring niet in zijn algemeenheid verworpen als mogelijke terugverwijzingsgrond. Verder verzet de Hoge Raad zich niet evident tegen terugverwijzing in gevallen waarin geen ongegronde niet-ontvankelijkheid is vastgesteld en waarin de rechter niettemin op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling kan zijn toegekomen (zie Hof Arnhem 28 februari 2012, «JBPr» 2012/53, m.nt. Venhuizen voor een omstandigheden-catalogus). Als sprake is van een bruikbaar criterium, dan is het dus breder inzetbaar dan alleen in gevallen van een ten onrechte uitgesproken niet-ontvankelijkheid.

25. Met het doel van de devolutieve werking in het achterhoofd kan worden getoetst of de rechter in eerste aanleg op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling is toegekomen en kan wellicht gefragmenteerde behandeling worden voorkomen. Voordat een dergelijke toets tot criterium wordt verheven, lijkt het raadzaam om in elk geval uit te maken wat onder 'inhoudelijke behandeling' en wat onder 'gefragmenteerde behandeling' wordt verstaan. Daarnaast is van belang of en in hoeverre gefragmenteerde behandeling kan worden voorkomen door toepassing van het criterium 'op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak toegekomen'.

Tot slot

26. Inzoomend op het hier besproken praktijkgeval is niet evident dat de kantonrechter 'niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen'. Het onderhavige geval demonstreert overigens dat in de toepassing van het criterium bij ongegronde niet-ontvankelijkverklaring ook nog het gevaar schuilt dat het geschil na terugverwijzing eigenlijk al bijna volledig behandeld is maar door die terugverwijzing maar blijft voortduren. De inhoudelijke behandeling was immers al (bijna) compleet en alleen vanwege de niet-ontvankelijkverklaring was nog geen inhoudelijke

beoordeling gegeven. Indien in een zodanig geval wordt overwogen dat de rechter op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling is toegekomen dan lijkt het alsof het geschil in drie feitelijke instanties aan de orde komt, zolang er na het doorlopen van een volledige eerste instantie nog geen inhoudelijke beoordeling is gegeven.

27. Aangezien nog de nodige vragen over de betekenis en reikwijdte open staan, lijkt het eventuele criterium nog niet duidelijk en evenmin eenvoudig te hanteren. Als zodanig is het vooralsnog geen aantrekkelijk uitgangspunt voor het bepalen van nadere uitzonderingen op het terugverwijzingsverbod (zie in verband met een criterium voor nadere uitzonderingen tevens Ras/Hammerstein 2017, nr. 67 en conclusie A-G Timmerman bij HR 17 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2013:992, sub 2.8).

mr. M.C. Schuijt

als docent privaatrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht

mr. M. Verhoeff

was dat eveneens tot 1 september 2019. Zij is per 1 oktober 2019 board secretary en legal counsel bij Lifetri

49

Schadestaatprocedure na beroepsfout advocaat

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
5 maart 2019, nr. 200.202.861/01,
ECLI:NL:GHARL:2019:2005
(mr. Rousseau, mr. Milar, mr. Vaessen)
Noot mr. J.B.R. Regouw

Beroepsaansprakelijkheid advocaat. Schadestaatprocedure. Kansschade.

[Rv art. 407 lid 2, 612; BW art. 6:97]

De vaststelling dat een advocaat een beroepsfout heeft gemaakt door te verzuimen een rechtsmiddel in te stellen, laat de vraag open of de gedupeerde cliënt daardoor schade heeft geleden. Toepassing van HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257.

De rechter in de schadestaatprocedure komt niet toe aan een schatting van de schade op de voet van art. 6:97 BW, ook niet in de vorm van kansschade, als de eiser zijn stelplicht verzaakt met betrekking tot de kans op succes in de misgelopen instantie.

[Appellant] te [A],
appellant in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: eiser,
hierna: [appellant],
advocaat: mr. T.F.W. Bijloo,
tegen:
[geïntimeerde] te [B],
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellant in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: [geïntimeerde],
advocaat: mr. M.G. Doornbos.

1. *Het geding in eerste aanleg*
(...; red.)

2. *Het geding in hoger beroep*
(...; red.)

3. *De vaststaande feiten*

3.1. In het bestreden vonnis is voor de achtergronden van het tussen partijen ontstane geschil verwezen naar de overwegingen 2.1 t/m 2.10 in het tussen partijen gewezen vonnis van 11 juni 2014. Deze verwijzing is in hoger beroep niet bestreden. Het betreft, aangevuld door het hof, de volgende feiten.

3.2. [appellant] is op grond van een arbeidsovereenkomst als kapitein in dienst geweest bij een rechtsvoorganger van de rechtspersoon naar Algerijns recht, “Société Nationale de Transport Maritime”. [appellant] heeft met deze werkgever een arbeidsconflict gekregen dat heeft geleid tot een ontslag op staande voet op 22 augustus 1989.

3.3. Dit ontslag en/of deze arbeidsovereenkomst en/of de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen zijn onderwerp van geschil geweest van een gerechtelijke procedure, eerst bij de kantonrechter te Haarlem en vervolgens in hoger beroep bij de toenmalige rechtbank Haarlem. Bij vonnis van 30 juli 1996 heeft de rechtbank Haarlem in dat hoger beroep de beslissing van de kantonrechter bekrachtigd.

3.4. [appellant] heeft tegen het vonnis cassatieberoep willen instellen bij de Hoge Raad der Nederlanden. Op 14 oktober 1996 heeft een daartoe benaderde cassatieadvocaat, mr. E. van Staden ten Brink, aan [appellant] een negatief cassatieadvies gegeven, in dit advies staat onder andere:

“(…) De conclusie moet echter zijn, dat het voor Uw cliënt vrijwel zinloos is om in cassatie te komen, omdat een dergelijk cassatieberoep (in mijn ogen:) nagenoeg zeker zal worden verworpen. Allen voor wat betreft de renteberekeningen aarzel ik enigszins. Maar m.i. zijn de kansen en de kosten ook wat dit betreft niet met elkaar in evenwicht. (...)”

3.5. [appellant] heeft zich daarbij niet neergelegd. Zijn advocaat in de feitelijke instanties, mr. E.A.J. Verschuur, heeft op instigatie van mr. Van Staden ten Brink vervolgens contact gelegd met [geïntimeerde]. [geïntimeerde] stond destijds als advocaat ingeschreven bij de Hoge Raad.

3.6. Op 21 oktober 1996 is het dossier van [appellant] en het negatieve cassatieadvies van mr. Van Staden ten Brink aan [geïntimeerde] ter beschikking gesteld.

3.7. Op 22 oktober 1996 heeft mr. Verschuur aan [geïntimeerde] een brief verzonden, die door [geïntimeerde] is ontvangen. Op 29 oktober 1996 heeft [geïntimeerde] een negatief cassatieadvies gegeven, terwijl hij op die dag, voorafgaand aan dit schriftelijke advies, [appellant] over dit negatieve cassatieadvies mondeling heeft ingelicht. Op 30 oktober 1996 is de termijn waarbinnen cassatieberoep had kunnen worden ingesteld, onbenut verstreken.

3.8. Vervolgens is [appellant] een procedure gestart jegens [geïntimeerde]. Volgens [appellant] heeft [geïntimeerde] een beroepsfout gemaakt en is hij toerekenbaar tekort geschoten door op de laatste dag van de cassatietermijn aan [appellant] te laten weten niet in cassatie te gaan waardoor hij [appellant] de kans heeft ontnomen op een zeker succes in cassatie.

3.9. De rechtbank Noord-Nederland heeft bij vonnis van 11 juni 2014 geoordeeld dat [geïntimeerde] een beroepsfout heeft gemaakt door namens [appellant] geen cassatieberoep in te stellen tegen het in een zaak tussen [appellant] en zijn voormalig werkgever gewezen vonnis van de rechtbank Haarlem van 30 juli 1996. De rechtbank heeft [geïntimeerde] veroordeeld tot betaling aan [appellant] van een nader bij staat op te maken schadevergoeding, vermeerderd met rente en kosten. Het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie

Leeuwarden heeft dit vonnis bij arrest van 1 maart 2016 bekrachtigd (ECLI:NL:GHARL:2016:1548). Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep is door de Hoge Raad bij arrest van 15 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2387) onder verwijzing naar artikel 81 lid 1 RO verworpen.

4. *Het geschil en de beslissing in eerste aanleg*

4.1. [appellant] heeft in eerste aanleg – samengevat – gevorderd de veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling van de door hem geleden schade van € 3.960.021,00 te vermeerderen met de wettelijke rente en met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten.

4.2. De rechtbank heeft bij vonnis van 6 juli 2016 – samengevat – als volgt beslist. Voor het antwoord op de vraag of, en zo ja, in welke mate [appellant] als gevolg van de beroepsfout van [geïntimeerde] schade heeft geleden, moet in beginsel worden beoordeeld hoe de Hoge Raad had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die [appellant] in cassatie, zo die ware ingesteld, zou hebben gehad. Voor deze beoordeling dient de rechtbank te beschikken over alle relevante informatie, waaronder in elk geval het volledige procesdossier in de procedure die heeft geleid tot het vonnis van de rechtbank Haarlem van 30 juli 1996. Naar het oordeel van de rechtbank heeft [appellant] in dit verband onvoldoende gesteld en onvoldoende gegevens aangedragen, zodat de rechtbank niet in staat is om te beoordelen of een cassatieberoep kans van slagen had gehad. De rechtbank heeft de vorderingen van [appellant] afgewezen en hem veroordeeld in de proceskosten.

5. *De motivering van de beslissing in hoger beroep*

5.1. Het eerste punt dat in hoger beroep voorligt is de akte die door [appellant] op de rol van 6 februari 2018 is ingediend. [geïntimeerde] betoogt dat deze akte buiten beschouwing moet worden gelaten omdat deze niet is ondertekend door een advocaat, maar door [appellant] zelf.

5.2. Het hof oordeelt als volgt. Artikel 83 Rv, tweede lid, dat door de schakelbepaling van artikel 353 Rv mede in hoger beroep van toepassing is, bepaalt dat processtukken door de advocaat worden ondertekend voor zover het gaat om zaken waarin partijen niet in persoon kunnen procederen. Dit is een uitvloeisel van het vereiste dat partijen zich in rechte verplicht moeten laten vertegenwoordi-

gen door een advocaat. De ratio daarvan is ervoor zorg te dragen dat de belangen van partijen nauwgezet worden bewaakt door een advocaat.

De akte van 6 februari 2018 is ingediend door middel van een H12-formulier: “Inzending nieuwe stukken tbv zitting”. Op dit formulier staat vermeld dat de bijlage is ingediend door mr. I.I. Feenstra, advocaat en kantoorgenoot van mr. Bijloo.

Het hof heeft op grond van het ingediende H12-formulier geen reden eraan te twijfelen dat de akte door of namens mr. Bijloo bij het hof is ingediend. De akte is ook geaccepteerd door de rolraadsheer van het hof. Daarmee heeft [appellant] zich in rechte door een advocaat laten vertegenwoordigen en is gehandeld in overeenstemming met artikel 82 lid 3 Rv en de hiervoor genoemde ratio van artikel 83 lid 2 Rv. Hetgeen [geïntimeerde] over het ontbreken van de handtekening onder de akte heeft aangevoerd acht het hof onvoldoende om de akte buiten beschouwing te laten.

Bij het voorgaande merkt het hof op dat [geïntimeerde] in de gelegenheid is geweest te reageren op de akte en dit ook, zij het subsidiair, heeft gedaan. Aldus is geen sprake van schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

In het principaal hoger beroep

5.3. In het principaal hoger beroep komt [appellant] kort gezegd op tegen de afwijzing van de door hem gevorderde schade. De aangevoerde vijf grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.4. Deze zaak betreft een schadestaatprocedure nadat in een andere procedure is geoordeeld dat [geïntimeerde] een beroepsfout heeft gemaakt door namens [appellant] geen cassatieberoep in te stellen tegen het in een zaak tussen [appellant] en zijn voormalig werkgever gewezen vonnis van de rechtbank Haarlem van 30 juli 1996 (hierna: de beroepsfout). Dit oordeel heeft inmiddels – nadat de Hoge Raad het daartegen ingestelde cassatieberoep bij arrest van 15 september 2017 heeft verworpen – gezag van gewijsde als bedoeld in artikel 236 Rv.

Het gaat in dit geding erom of, en zo ja in welke mate, [appellant] schade heeft geleden als gevolg van de beroepsfout. Voor het antwoord op deze vraag moet een inschatting worden gemaakt van het verloop van de procedure bij de Hoge Raad aan de hand van de goede en kwade kansen die

[appellant] zou hebben gehad indien het cassatieberoep tijdig zou zijn ingesteld. Daarbij gaat het erom of het beroep tot een vernietiging zou hebben geleid en zo ja, hoe na de verwijzing over de zaak zou zijn geoordeeld. Alleen dan immers zou [appellant] aanspraak hebben kunnen maken op schadevergoeding jegens zijn voormalig werkgever en zou hij dus een vordering op [geïntimeerde] kunnen hebben (vgl. HR 23 februari 2001, ECLI::NL:HR:2001:AB0199, NJ 2001/431).

5.5. Bij de beoordeling van de door [appellant] gestelde geleden schade stelt hof voorop dat [appellant] ter onderbouwing daarvan niet enkel kan volstaan met verwijzing naar een reeks producties, nu van [geïntimeerde] en het hof niet verwacht mag worden dat zij de inhoud van een productie zelfstandig duiden. [appellant] dient in het lichaam van de memorie van grieven en akte voldoende concreet te stellen wat zijn schade is en hoe die is opgebouwd. Voor zover [appellant] dit niet heeft gedaan, zullen de producties buiten beschouwing worden gelaten. Bij de beoordeling zal het hof betrekken op welke wijze [geïntimeerde] de (toelichting op de) producties heeft begrepen.

5.6. Voor de beoordeling hoe de Hoge Raad zou hebben beslist, althans de beoordeling van de goede en kwade kansen die [appellant] in cassatie, zo ware die ingesteld, zou hebben gehad, dient het hof te beschikken over alle relevante informatie waaronder in elk geval stukken uit de procedure die zou hebben geleid tot het instellen van cassatieberoep. Ook in hoger beroep zijn deze stukken niet volledig in het geding gebracht. Weliswaar heeft [appellant] bij de laatste akte een aantal processtukken in het geding gebracht, maar dat procesdossier is nog altijd niet volledig. In productie 7a bij akte van [appellant] staat op pagina 4 en 5 een opsomming van de stukken die bij de kantonrechter in het geding zijn gebracht, maar deze stukken ontbreken grotendeels in de onderhavige procedure. Met het ontbreken van deze overige stukken is (ook) het hof niet in staat om te beoordelen of een cassatieberoep kans van slagen had gehad. Bovendien ontbreekt in de laatste akte een deugdelijke toelichting op de processtukken die als producties in het geding zijn gebracht.

5.7. Daar komt bij dat door [appellant] niet is concreetiseerd hoe hij met succes in cassatie tegen het rechtbankvonnis had kunnen opkomen. Door [appellant] is het cassatieadvies van mr. Van Staden ten Brink in het geding gebracht, welk cassatieadvies naar het hof begrijpt door [geïnti-

meerde] is onderschreven. Zoals mr. Van Staden ten Brink in het advies op pagina 2 onder 3.1 schrijft oordeelt de Hoge Raad over schending van het recht, met uitzondering van het recht van vreemde staten, artikel 99 lid 1 sub 2 RO. Daarop loopt een groot deel van de eventuele cassatieklachten tegen het vonnis van de rechtbank stuk. Op de arbeidsovereenkomst tussen [appellant] en zijn voormalig werkgever is immers Algerijns recht van toepassing. Mr. Van Staden ten Brink concludeert dan ook dat 'de geringe kansen op slechts enkel, ondergeschikte, punten (hooguit v.w.b. de rente) en de hoge kosten van een cassatieprocedure afwegend, zit een zinnige cassatieprocedure er volgens mij helaas niet in'. Voor zover [appellant] betoogt dat het cassatieadvies van mr. Van Staden ten Brink onjuist is omdat hij het tweede IJI/Zwitsers rapport over het hoofd heeft gezien, verwerpt het hof dit betoog. Uit 1.2, 2e alinea van het cassatieadvies volgt dat mr. Staden ten Brink de beschikking had over dit stuk en uit 4.5 van het cassatieadvies volgt ook dat het rapport bij de beoordeling is betrokken.

5.8. In de memorie van grieven onder 14 betoogt [appellant] dat de rechtbank Haarlem die het vonnis van 30 juli 1996 heeft gewezen, ten onrechte de Associatie-Overeenkomst EEG-Algerije heeft miskend. Had zij dit wel gedaan, dan had hij een vergoeding ontvangen, aldus [appellant]. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, kan deze stelling niet tot de conclusie leiden dat het cassatieberoep had kunnen slagen.

5.9. In zijn laatste akte betoogt [appellant] dat nu het proces in Nederland is gevoerd, dit wordt beheerst door het Nederlands 'commune internationaal procesrecht'. Dit is geschonden en ook zou sprake zijn van vormfouten en motiveringsklachten, aldus [appellant]. Deze stellingen worden daarna door [appellant] nader uitgewerkt. Nog daargelaten of de nadere stellingen van [appellant] in die akte, als zijnde in strijd met de twee-conclusieregel, buiten beschouwing moeten worden gelaten, valt de juistheid van deze stellingen van [appellant] zonder de stukken die in de betreffende procedure zijn ingediend en die hebben geleid tot het vonnis van de rechtbank Haarlem van 30 juni 1996 niet vast te stellen.

Voor zover [appellant] zich beroept op het rapport van de Belgische professor Beke, passeert het hof dit omdat dit rapport niet in het geding is gebracht. De slotsom is dan ook dat uit de stellingen van [appellant] onvoldoende volgt dat hij met

succes in cassatie het vonnis van de rechtbank Haarlem had kunnen aanvechten.

5.10. Wat betreft de door [appellant] gestelde schade, heeft bovendien het volgende te gelden. De schade bestaat (naar het hof begrijpt) volgens [appellant] uit het verschil tussen de toegekende ontslagvergoeding en de 'juiste' ontslagvergoeding bij een juiste toepassing van de wet. Uit het vonnis van de rechtbank Haarlem van 30 juli 1996 (productie 4 bij memorie van grieven) kan het hof niet de volledige door [appellant] ingestelde vordering afleiden. Uit overweging 3.1 in dit vonnis is enkel het volgende af te leiden:

“Bij verzoekschrift in eerste aanleg heeft [appellant] van SNTM achterstallig salaris, wachtgeld, anciënniteitstoelagen, rente en andere emolumenten gevorderd, te vermeerderen met wachtgeld vanaf 30 juni 1989 tot en met de dag van rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsovereenkomst en wettelijke rente vanaf 16 juli 1989 tot aan de dag der voldoening.

Bij repliek en bij conclusie na comparitie in conventie en reconventie heeft [appellant] de vordering vermeerderd en verminderd, en – onder meer ontbondenverklaring van de arbeidsovereenkomst en schadevergoeding gevorderd wegens wanprestatie van SNMT.”

Hiermee is de vordering die in feitelijke instanties heeft geleid tot het vonnis van 30 juli 1996 niet duidelijk. Hoewel duidelijk is welke posten [appellant] in het verzoekschrift heeft gevorderd, is de hoogte hiervan niet duidelijk geworden. Tevens heeft [appellant] nadien zijn vordering vermeerderd en verminderd. Niet duidelijk is geworden hoe de vordering nadien luidde. Door de rechtbank is USD 97.035,83, althans de Nederlandse 'courant' daarvan toegewezen. Omdat de hoogte van de vordering niet duidelijk is geworden, is daarmee voor het hof thans ook niet duidelijk geworden welk deel van de vordering van [appellant] door de rechtbank is toegewezen en welk deel is afgewezen. Ook uit de overgelegde schadestaat (productie 9 bij memorie van grieven) valt niet af te leiden welke vorderingen in de bodemprocedure zijn toe- en/of afgewezen. Hetzelfde heeft te gelden voor de schadeopstelling op de laatste pagina van de laatste akte van [appellant]. Het is het hof onvoldoende duidelijk geworden of de daarin opgenomen bedragen ook daadwerkelijk zijn gevorderd in de procedure die heeft geleid tot het vonnis van 30 juli 1996. Bij het voorgaande heeft te gelden dat bij alle schadeop-

stellingen elke cijfermatige onderbouwing van die posten, alsmede een toelichting op deze onderbouwing, ontbreekt.

5.11. Uit het voorgaande, zeker in onderlinge samenhang bezien, volgt dat niet is komen vast te staan dat [appellant] schade heeft geleden als gevolg van het niet instellen van cassatieberoep door [geïntimeerde].

5.12. Gelet op het voorgaande behoeven de overige stellingen van [appellant] geen verdere bespreking, omdat zij niet tot toewijzing van zijn vordering kunnen leiden.

In het incidenteel hoger beroep

5.13. Met de grief in het incidenteel hoger beroep komt [geïntimeerde] op tegen het door de rechtbank toegepaste tarief van € 450,00 bij de proceskostenveroordeling. De door [appellant] ingestelde vordering bedraagt € 3.960.021,00, dit bedrag moet bepalend zijn voor de hoogte van het te hanteren tarief, aldus [geïntimeerde].

5.14. Bij de beoordeling stelt het hof voorop dat de rechter niet verplicht is om het liquidatietarief te volgen: het liquidatietarief is een de rechter niet bindende richtlijn (vgl. Hoge Raad 3 april 1998, NJ 1998/571 en Hoge Raad 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7995, NJ 2009/234).

Gelet op de vrijheid die de rechter heeft met betrekking tot het vaststellen van de hoogte van de proceskosten en de motivering die in eerste aanleg is gegeven voor toepassing van het gehanteerde tarief, waarin het hof zich kan vinden, ziet het hof geen aanleiding om de beslissing met betrekking tot de proceskosten in eerste aanleg te vernietigen. Tegen het aantal door de rechtbank toegekende punten (2) heeft [geïntimeerde] inhoudelijk geen bezwaren aangevoerd.

De grief in het incidenteel hoger beroep faalt aldus.

6. De slotsom

6.1. De grieven in het principaal hoger beroep falen, ook de grief in het incidenteel hoger beroep faalt. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

6.2. Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof [appellant] in de kosten van het principaal hoger beroep veroordelen.

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

– griffierecht € 1.631,00

– salaris advocaat € 8.251,50 (1½ punten x tarief VIII)

6.3. Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof [geïntimeerde] in de kosten van het incidenteel hoger beroep veroordelen. De kosten voor de procedure in het incidenteel hoger beroep aan de zijde van [appellant] zullen worden vastgesteld op € 537,00 (½ punt x tarief II) voor salaris advocaat.

7. De beslissing

Het hof, recht doende in principaal en incidenteel hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen van 6 juli 2016; veroordeelt [appellant] in de kosten van het principaal hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geïntimeerde] vastgesteld op € 1.631,00 voor verschotten en op € 8.251,50 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het incidenteel hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [appellant] vastgesteld op € 537,00 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Inleiding

In dit hof-arrest in een schadestaatprocedure komen drie leerstukken samen die voor de procespraktijk relevant zijn. Ik bespreek ze in deze volgorde:

- de rol van de cassatieadvocaat als poortwachter;
- schadebegroting bij een advocatuurlijke beroepsfout, bestaande in het laakbaar nalaten een rechtsmiddel in te stellen; en
- het splitsen van de procedure in een hoofdzaak en een schadestaat.

Feiten en procesverloop

Een advocaat, laat ons hem mr. X noemen, weigert voor zijn cliënt beroep in cassatie in te stellen in een arbeidsgeschil. Na kennisname van het dossier ziet mr. X geen reële kans op succes; mede gezien de kosten acht hij een cassatieprocedure zinvol noch verantwoord. Een andere ter zake kundige advocaat was al eerder tot dezelfde

conclusie gekomen. Mr. X. informeert zijn cliënt enkele dagen voor het verstrijken van de cassatietermijn. De cliënt slaagt er niet in tijdig een opvolgende advocaat te vinden die wél bereid is voor hem cassatieberoep in te stellen. De beslissing waartegen de cliënt had willen opkomen, verkrijgt aldus kracht van gewijsde.

De cliënt meent 1. dat mr. X zonder voorbehoud had toegezegd beroep in cassatie in te stellen en 2. dat hij gegarandeerd zou hebben gewonnen bij de Hoge Raad. Volgt een vordering tegen mr. X tot vergoeding van schade, op te maken bij staat. Rechtbank en Hof (Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1548), dit laatste met goedvinden van de Hoge Raad (15 september 2018, ECLI:NL:HR:2017:2387, art. 81 RO), oordelen in de hoofdzaak dat mr. X inderdaad is tekortgeschoten in de uitvoering van zijn opdracht. De cliënt mocht er op vertrouwen dat mr. X daadwerkelijk beroep in cassatie zou instellen. Als mr. X de keuze 'wel of geen cassatieberoep instellen' aan zichzelf wilde houden, dan had hij daar tijdig duidelijkheid over moeten bieden. Geoordeeld wordt dat de mogelijkheid van enige schade zijdens de cliënt aanmerkelijk is.

In de schadestaatprocedure vordert de cliënt betaling van € 4 miljoen plus wettelijke rente. Deze vordering wordt door rechtbank en Hof afgewezen. Blijkens het hier besproken arrest kan uit de stellingen van de cliënt niet worden afgeleid wat de kans op succes in cassatie zou zijn geweest (r.o. 5.7, 5.8, 5.9). Hij heeft bijvoorbeeld nagelaten het volledige procesdossier in het arbeidsgeschil over te leggen (r.o. 5.6). Onduidelijk is wat de cliënt nu eigenlijk vorderde van zijn werkgever, laat staan hoe dit zich verhoudt tot de gestelde schade die hij voor rekening van mr. X wil brengen (r.o. 5.10). Het Hof gaat voorbij aan producties van de cliënt die hij zonder toelichting heeft overgelegd (r.o. 5.5). Kortom, niet is komen vast te staan dat de cliënt schade heeft geleden als gevolg van het niet instellen van cassatieberoep door mr. X (r.o. 5.11). Daarmee valt het doek voor de vermeende miljoenenclaim van de cliënt. De opeenvolgende beslissingen in deze zaak roepen de vraag op hoe zinvol deze schadestaatprocedure was. Daarnaast is discutabel of mr. X's handelwijze daadwerkelijk een beroepsfout oplevert; ik zal hier om te beginnen kort iets over opmerken. Bovendien komt het mij voor dat de rechter in de hoofdzaak al had moeten

onderzoeken of de aan mr. X verweten fout enige schade kan hebben veroorzaakt, zoals art. 612 Rv voorschrijft. Omwille van de relevantie voor de praktijk bespreek ik dit arrest alsof hierop actueel geldend recht van toepassing is, hoewel het gaat om een voorval in het jaar 1996.

Niet tijdig waarschuwen dat kansloze zaken worden geweigerd, een beroepsfout?

De cassatieadvocaat heeft geen onvoorwaardelijke ministerieplicht. Integendeel: hij moet alle zaken die aan hem worden voorgelegd zelfstandig beoordelen op hun haalbaarheid (art. 7.6 Verordening op de Advocatuur). Hij onderzoekt of de betreffende beslissing tot cassatie kan leiden en kan nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling (HvD 25 mei 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:100). Hij mag slechts cassatieberoep instellen als hij meent dat dit enige kans van slagen heeft (vgl. RvD Den Haag 23 oktober 2017, ECLI:NL:TADRSGR:2017:202 – vier weken schorsing wegens het stelselmatig instellen van kansloze cassatieberoepen).

Het probleem in deze zaak was echter niet zozeer dat mr. X na bestudering van het dossier weigerde cassatie in te stellen, maar dat mr. X dit voorbehoud niet tijdig kenbaar had gemaakt aan zijn cliënt. Volgens rechtbank en Hof in de hoofdzaak is dit een beroepsfout, terwijl zij de mogelijkheid van daaruit voortvloeiende schade aannemelijk achten. De schade van de cliënt zou dan bestaan in een gemiste kans op winst in cassatie. Want *als* mr. X tijdig had gezegd, ik stel alleen cassatieberoep in als ik er heil in zie, *dan* had de cliënt een andere advocaat kunnen zoeken die nog net op tijd een pro-forma cassatiedagvaarding had kunnen uitbrengen. Rechtbank en Hof in de hoofdzaak realiseerden zich klaarblijkelijk niet dat beroep op nader aan te vullen gronden ontoelaatbaar is in civiele cassatie (art. 407 lid 2 Rv). Desondanks laat de Hoge Raad dit oordeel in stand, waarbij de A-G Van Peurseem aantekent dat de beroepsfout van mr. X 'hem dan hooguit zit in het niet meteen een kennelijk misverstand uit de wereld helpen' (ECLI:NL:PHR:2017:513, nr. 2.25). Wat hier van zij, in de schadestaatprocedure is de aansprakelijkheid van de advocaat een onaan- tastbaar gegeven.

Schadebegroting bij nagelaten rechtsmiddelen

In de schadestaatprocedure gaat het om de vraag of en zo ja in welke omvang de cliënt vergoedbare schade lijdt doordat mr. X voor hem geen cassatieberoep heeft ingesteld. Bij de schadebegroting moet een vergelijking worden gemaakt tussen 1) de feitelijke situatie van de cliënt als benadeelde partij en 2) de hypothetische situatie waarin deze zou hebben verkeerd als de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Immers, de schadevergoeding dient ertoe de benadeelde economisch gezien zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij had verkeerd als de fout achterwege was gebleven (HR 11 januari 2013,

ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48).

De stelplicht en bewijslast ten aanzien van de schade rusten in beginsel op de eiser tot schadevergoeding (HR 20 september 1996, NJ 1996/747; HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, r.o. 4.11.3 (*World Online*); HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. Lindenbergh, (*Tennet c.s./ABB c.s.*)). Aan deze stelplicht en bewijslast mogen evenwel geen hoge eisen worden gesteld; het gaat erom dat feiten worden gesteld en vastgesteld waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid (HR 28 juni 1991, NJ 1991/746). Zo nodig begroot de rechter ingevolge art. 6:97 BW de schade *schattenderwijs*, indien hij tot de conclusie komt dat de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (zie Klaassen, *Schadevergoeding algemeen 2* (Mon. BW nr. B35) 2017/6)).

De fout bestaat in dit geval in het onbenut laten van een beschikbaar rechtsmiddel. De omvang van de schade is dan met name afhankelijk van de vraag hoe de rechter in de misgelopen instantie had behoren te beslissen op de betreffende vordering. De rechter die de schade begroot, geeft daartoe als loco-rechter het oordeel dat zijn ambtsgeenoot naar verwachting zou hebben gegeven als destijds wél beroep zou zijn ingesteld. Denkbaar is dat de loco-rechter oordeelt dat de onderliggende vordering in de misgelopen rechtsgang zou zijn afgewezen; dan lijdt de cliënt dus geen schade. De loco-rechter kan echter ook tot de conclusie komen dat de vordering (deels) zou zijn toegewezen; in dat geval moet de advocaat het daarmee gemoeide bedrag vergoeden aan de cliënt. Daarbij moet, naar ik meen, ook rekening worden gehouden met de vraag of de

oorspronkelijke schuldenaar verhaal zou hebben geboden. Hetzelfde geldt voor de niet-vergoedbare juridische kosten die de cliënt zou hebben gemaakt in het hypothetische scenario.

Blijkt een nauwkeurige reconstructie van het hypothetische scenario onmogelijk, bijvoorbeeld wegens onduidelijkheid over de feiten, dan wordt de vermogensschade *geschat* aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt zou hebben gehad in de misgelopen instantie. Deze zogenaemde *trial within a trial* methode volgt uit HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257, m.nt. Stein. Dezelfde maatstaf geldt bij een te laat ingesteld cassatieberoep. Onderzocht moet worden of het niet-ingestelde beroep tot vernietiging zou hebben geleid en, zo ja, hoe na verwijzing over de zaak zou zijn geoordeeld (o.a. HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981, r.o. 4.2.2.). De rechter past hier het leerstuk van de kansschade toe. De omvang van de schade is in beginsel gelijk aan de beoogde uitkomst in de oorspronkelijke procedure, vermenigvuldigd met de kans, uitgedrukt in een percentage, dat de beoogde uitkomst zou zijn bereikt. Deze methode sluit aan bij de regel van art. 6:97 BW. De rechter begroot de schade zo nauwkeurig als mogelijk is; in geval van onzekerheid wordt de schade geschat.

Aan de begroting van de schade, al dan niet schattenderwijs, gaat echter steeds de vraag vooraf of de eiser voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij schade heeft geleden. Dit aannemelijkheidsvereiste geldt evenzeer als sprake is van gesteld verlies van een kans (vgl. conclusie A-G voor HR 19 april 2019, ECLI:NL:PHR:2018:1517, nr. 3.15). De ondergrens voor toepassing van het leerstuk van de kansschade is dat het moet gaan om een reële, dat wil zeggen niet zeer kleine, kans op succes (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.8). Met andere woorden, de loco-rechter kan geen veroordeling tot vergoeding van (kans-)schade uitspreken als de oorspronkelijke vordering waarschijnlijk zou zijn afgewezen of als het oorspronkelijke verweer zou hebben gefaald. Wat nu als de eiser nadrukkelijk het *gehele* onderliggende zaaksbelang als schade presenteert, stellende dat zijn oorspronkelijke vordering gegarandeerd en integraal zou zijn toegewezen in de misgelopen instantie? Mag de rechter een percentage van de gevorderde geldsom toewijzen als 'kansschade', hoewel de eiser een binair

alles-of-niets betoog voert? Ik heb hier geen sluitend antwoord op. Enerzijds moet de rechter, indien een gevorderde geldsom niet volledig kan worden toegewezen, ambtshalve bezien of een geringer bedrag wel kan worden toegewezen (HR 29 oktober 1993, NJ 1994/107; HR 5 januari 1996, NJ 1996/449, r.o. 3.5; HR 30 oktober 1998, NJ 1999/305, r.o. 5.2). Anderzijds volgt uit art. 24 Rv dat de rechter gebonden is aan de door partijen aangevoerde grondslag van hun vordering respectievelijk verweer. In hoger beroep is er voorts de twee-conclusie-regel van art. 347 lid 1 Rv.

Duidelijk is in ieder geval dat de tekortgedane cliënt die van zijn advocaat schadevergoeding vordert, de loco-rechter moet voorzien van alle nodige gegevens om de misgelopen rechtsgang na te bootsen. Dit is een uitvloeisel van de op de eiser tot schadevergoeding rustende stelplicht. Hij moet stellen en aannemelijk maken dat het misgelopen cassatieberoep alsnog zou hebben geleid tot toewijzing van de oorspronkelijke vordering (vgl. HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0737). Anders gezegd: waar het bestaan van (kans-)schade in zijn geheel niet aannemelijk is gemaakt, daar kan een rechterlijke schatting slechts op nihil uitkomen (vgl. HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2521, bekrachtigend Hof Amsterdam 3 mei 2016, nr. 200.156.239/01).

In de hier besproken beslissing komt het Hof niet toe aan het inschatten van goede en kwade kansen in de misgelopen cassatieprocedure. Het hof kan die afweging niet maken, omdat de cliënt daarvoor geen aanknopingspunten aanreikt; de *trial within a trial* methode kan daardoor niet worden toegepast. De cliënt stelt niet concreet wat zijn schade is en hoe deze is opgebouwd (r.o. 5.5). De cliënt heeft niet het volledige procesdossier in de oorspronkelijke procedure overgelegd, wat wel van hem verwacht mocht worden. Onduidelijk is welk deel van de oorspronkelijke vordering van de cliënt in het arbeidsgeschil destijds is toegewezen en welk deel is afgewezen (r.o. 5.10). Het onderliggende arbeidsgeschil werd beheerst door Algerijns recht, en in cassatie kan niet worden geklaagd over onjuiste toepassing van vreemd recht (art. 79 lid 1 sub b RO). Het Hof wijst de vordering daarom integraal af. In deze uitkomst kan ik mij geheel vinden. De eiser die nalaat zijn vordering met relevante feiten te schragen, verdient geen coulan-

ce. Wel rijst de vraag, kon deze conclusie niet eerder worden getrokken, namelijk in de hoofdzaak in plaats van de schadestaatprocedure?

Hoofdzaak en schadestaatprocedure

Het Hof in de hoofdzaak doet geen onderzoek naar het bestaan en omvang van vergoedbare schade. De mogelijkheid van enige schade wordt aannemelijk geacht; in de stellingen van de cliënt ligt besloten dat hij meent schade te hebben geleden; aan de maatstaf voor verwijzing naar de schadestaat is derhalve voldaan (dit laatste is op zich juist – HR 25 maart 1983, *NJ* 1984/629, m.nt. Brunner, (*steengassteller*)). Hoe het precies zit met de schade, moet maar in de schadestaatprocedure worden uitgezocht (arrest 1 maart 2016, r.o. 5.5). Ik ben niet zo gelukkig met deze aanpak van het Hof.

Art. 612 Rv luidt:

‘De rechter die een veroordeling tot schadevergoeding uitspreekt, begroot, voor zover hem dit mogelijk is, de schade in het vonnis. Indien begroting in het vonnis hem niet mogelijk is, spreekt hij een veroordeling uit tot schadevergoeding op te maken bij staat’.

De rechter kan hiermee veel kanten op. Met toepassing van deze bepaling mag de rechter een aansprakelijkheidsverklaring plus verwijzing naar de schadestaat uitspreken, ook al was een concreet bedrag gevorderd (HR 13 juni 1980, *NJ* 1981/185). Omgekeerd mag hij direct een concreet bedrag als schadevergoeding toewijzen hoewel de vordering enkel strekte tot verwijzing naar de schadestaatprocedure (HR 16 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2229). Daarnaast kan de rechter al in de hoofdzaak beslissen over schadegereleerde vragen zoals causaal verband en eigen schuld, vooruitlopend op de schadestaatprocedure (wederom HR 16 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2229).

De rechterlijke vrijheid bij toepassing van art. 612 Rv is niet onbegrensd. Uit de bewoordingen van deze bepaling volgt dat de rechter in de hoofdzaak steeds moet onderzoeken of hij de schade aanstonds kan begroten; alleen bij gebleken onmogelijkheid verwijst hij partijen naar de schadestaatprocedure (vgl. HR 16 april 2010, *NJ* 2010/229). Er zijn niet veel scenario's te bedenken waarin schadebegroting in de hoofdzaak *onmogelijk* moet worden geacht. Als de rechter relevante informatie mist, kan hij in elke stand van de procedure aan partijen opheldering en/of on-

derbouwing vragen over hun betoog (art. 22 Rv). Zie ook HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5211: gegeven een aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis en gestelde feiten waaruit kan worden afgeleid dat de benadeelde partij schade lijdt, moet de rechter, als hij meer informatie nodig heeft om de schade te kunnen begroten, a. partijen vragen hoe het zit met die schade, of b. partijen naar de schadestaat verwijzen, of c. de schade schattenderwijs begroten.

De schadestaatprocedure biedt geen meerwaarde als er onduidelijkheid is over de toekomstige nadelige gevolgen van een aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis. Voor deze situatie is art. 6:105 lid 1 BW geschreven. De rechter kan de schadebegroting zo nodig uitstellen en in de tussentijd zekerheidstelling bevelen (terwijl dit laatste weer niet mogelijk is in de schadestaatprocedure, want de rechter kan geen zekerheidstelling bevelen zonder specifieke wettelijke of contractuele grondslag – HR 25 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7350).

Integrale afdoening in de hoofdzaak verdient ook de voorkeur op grond van de algemene beginselen van goede procesorde, met name het beginsel dat voortvarend behoort te worden geprocedeerd. Dit volgt bijvoorbeeld uit art. 19 lid 2, 20 lid 1 en lid 2 Rv.

De schadestaatprocedure heeft vooral bestaansrecht in gevallen waar deze uiteindelijk niet wordt doorgezet. Ik doel daarmee op de situatie dat de verwachting gerechtvaardigd is dat een schikking buiten rechte kan worden bereikt zodra de aansprakelijkheid eenmaal is vastgesteld (vergelijk Tjong Tjin Tai, De schadestaatprocedure (BPP nr. 14) 2012/3.3). Door de aansprakelijkheidsvraag los te koppelen van de schadevraag kan het debat over schade, causaliteit, toerekenbaarheid, eigen schuld, voordeelstoerekening, hoofdelijkheid enzovoorts worden uitgesteld of zelfs helemaal worden voorkomen. Partijen en de rechter kunnen zichzelf aldus veel werk besparen. Dit argument overtuigt echter alleen als deze aanpak door *beide* partijen wordt ondersteund. Ik acht het daarentegen onwenselijk dat de rechter in de hoofdzaak de schadevraag onbeantwoord laat, enkel omdat de eisende partij slechts een verklaring voor recht plus verwijzing naar de schadestaat vordert, zoals in de praktijk vaak gebeurt. De verweerder heeft een legitiem belang dat de tegen hem ingestelde vordering voortva-

rend en alomvattend wordt behandeld; de eiser behoort hierin geen doorslaggevende stem te hebben.

Overigens is het een misverstand om te denken dat zodra verwijzing naar de schadestaatprocedure is uitgesproken, vaststaat dat er enige schade is die zal moeten worden vergoed. De maatstaf is immers dat de rechter in de hoofdzaak de *mogelijkheid* van enige schade *aannemelijk* acht. Deze aanname wordt pas op juistheid getoetst in de schadestaatprocedure. Hierin ligt de mogelijkheid besloten dat de vergoedbare schade wordt vastgesteld op nul euro. Voor twee recente voorbeelden naast het hier besproken arrest, zie HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:669 en HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:642, beide met toepassing van art. 81 RO.

Ook voor de aangesproken advocaat liep deze zaak uiteindelijk met een sisser af: hij maakte wel een fout, maar veroorzaakte geen schade. Inhoudelijk valt er niets aan te merken op de beslissing van het Hof in de schadestaatprocedure. Maar het blijft wrang dat er in totaal vijf rechterlijke instanties voor nodig waren om vast te stellen dat de cliënt een kansloze zaak had, zowel tegen zijn voormalige werkgever als tegen zijn voormalige advocaat. Dat had beslist efficiënter gekund, namelijk door de aansprakelijkheids- en de schadevraag tegelijkertijd te beoordelen.

mr. J.B.R. Regouw
advocaat bij Clifford Chance

50

Komt aan in eerste aanleg gevoegde partij het recht toe zelfstandig een rechtsmiddel tegen de uitspraak aan te wenden?

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
21 mei 2019, nr. 200.248.790,
ECLI:NL:GHARL:2019:4436
(mr. Dozy, mr. Lock, mr. Boorsma)
Noot mr. dr. T. van Malssen

Voegingsincident ex 217 Rv. In eerste aanleg reeds voeging toegestaan. Ontvankelijkheid in appel.

[Rv art. 217, 353]

Vooropgesteld dat zij daarbij een belang heeft, komt aan een in eerste aanleg gevoegde partij het recht toe om in de hoedanigheid van procespartij zelfstandig en op zelfstandig aangevoerde gronden een rechtsmiddel tegen de uitspraak aan te wenden. Indien een dergelijk rechtsmiddel niet (tijdig) wordt ingesteld, kan voeging niet worden gebruikt om dat verzuim te herstellen. Het voorgaande kan echter anders zijn als de wederpartij van de partij aan wier zijde in eerste aanleg is gevoegd zelf (incidenteel) hoger beroep instelt.

[Appellant] te [woonplaats],
eiser in het incident,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: [appellant],
advocaat: mr. P.L.O. van de Waarsenburg,
in de zaak van
[geïntimeerde] te [woonplaats],
appellante, verweerster in het incident,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: [geïntimeerde],
advocaat: mr. E. Baldan,
tegen
de naamloze vennootschap,
Altera Vastgoed N.V. te Amstelveen,
geïntimeerde, verweerster in het incident,
in eerste aanleg: eiseres,
hierna: Altera,
advocaat: mr. E.A.J.M. van de Wijngaard.