

aansprakelijkheid door de Hoge Raad wordt aanvaard.

J.L. Brens
advocaat bij Holla Poelman Van Leeuwen Advocaten te 's-Hertogenbosch

43

Hoge Raad
2 februari 2007, nr. C05/302HR, LJN AZ4564
(mrs. Fleers, Van Buchem-Spapens, Kop, Van Oven, Asser)
(concl. A-G Spier)
Noot W.H. van Boom

Beroepsfout advocaat. Geïnformeerde keuze. Omkeringsregel.

[BW art. 6:162; Rv art. 150]

In deze procedure stelt de cliënt van een advocaat schade te hebben geleden als gevolg van het verzuim van de advocaat om zijn cliënt te informeren over de risico's verbonden aan het executeren van een vonnis. De advocaat verweert zich onder meer met betwisting van causaal verband, door te stellen dat de cliënt ook tot betekening van het vonnis zou hebben besloten als de advocaat zijn cliënt anders of vollediger had geïnformeerd over de risico's. Het hof oordeelt dat op de cliënt de bewijslast rust van het betwiste causaal verband en dat dit bewijs niet is geleverd.

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand. De omkeringsregel mag hier niet worden toegepast omdat niet is voldaan aan het vereiste dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. Grondslag van de vordering is immers schending van de plicht van de advocaat om door de cliënt voor te lichten omtrent de risico's die verbonden zijn aan het treffen van rechtsmaatregelen als waarvan in deze zaak sprake is, deze in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of zij al dan niet opdracht zal geven tot het treffen van die rechtsmaatregelen. Deze op de advocaat rustende informatieverplichting strekt dus niet ertoe de cliënt te beschermen tegen die risico's, maar de cliënt in staat

te stellen goed geïnformeerd te beslissen. Het tekortschieten in de nakoming van deze informatieverplichting roept het risico in het leven dat de cliënt toestemming geeft die hij niet zou hebben gegeven indien hij goed geïnformeerd was, maar niet het risico dat zich in deze zaak heeft verwezenlijkt of dreigt te verwezenlijken (vgl. HR 23 november 2001, nr. C99/259, NJ 2002, 386 en HR 23 november 2001, nr. 00/069, NJ 2002, 387).

Juresta Nederland BV te Apeldoorn, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. P.C.M. van Schijndel, tegen
1. *[verweerster 1] te [vestigingsplaats],*
2. *[verweerder 2] te [woonplaats],*
verweerders in cassatie,
advocaat: mr. D.M. de Knijff.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Spier)

1. Feiten

1.1. In deze zaak heeft de Rechtbank Zutphen in rov. 2 van haar vonnis van 21 maart 2002 een aantal feiten vastgesteld. Ook het Hof Arnhem is daarvan uitgegaan in rov. 3 van zijn tussenarrest van 24 augustus 2004. Het Hof heeft vervolgens in rov. 4.2 aangegeven waarom het in deze zaak gaat.

1.2. Juresta biedt sinds 1991 als aan derden aan om hun vorderingen te (laten) incasseren. Zij sluit daartoe met hen gestandaardiseerde incasso-overeenkomsten af.

1.3. Advex drijft sinds september 1995 een onderneming die zich eveneens bezig houdt met incassopraktijken. Ook zij sluit daartoe incasso-overeenkomsten met derden af. Tot januari 1996 gebruikte Advex daarvoor een tekst die een kopie was van de door Juresta voor die overeenkomsten gebruikte tekst. Vanaf januari 1996 heeft Advex in plaats daarvan andere teksten gebruikt.

1.4. [Verweerder 2] heeft juridische bijstand verleend aan Juresta, onder meer bij procedures van Juresta tegen Advex om het gebruik door Advex van bedoelde incasso-overeenkomsten tegen te gaan. In één van die procedures heeft de Rechtbank te Amsterdam bij vonnis van 7 januari 1998 op vordering van Juresta Advex veroordeeld om aan Juresta ter zake van schadevergoeding f 19.800,= te betalen; zij heeft Advex, op straffe van een dwangsom, ver-

boden om de incasso-overeenkomsten van Juresta (geheel of na gedeeltelijke bewerking) te verveelvoudigen of openbaar te maken.

1.5. Bij brief van 8 januari 1998 van mr. Van Kaam (de advocaat van Advex) aan [verweerder 2] heeft Advex aangekondigd hoger beroep te zullen instellen tegen het onder 1.4 genoemde vonnis. Zij heeft Juresta verzocht de executie daarvan uit te stellen. [Verweerder 2] heeft daarop bij brief van 9 januari 1998 afwijzend gereageerd; op 9 januari 1998 is het vonnis aan Advex betekend.

1.6. Bij arrest van het Hof Amsterdam van 20 mei 1999 is “dat” vonnis vernietigd, met toekenning van een schadevergoeding van f 12.500,= wegens het gebruik van de gekopieerde tekst (over de periode tot januari 1996), met afwijzing van hetgeen Juresta overigens had gevorderd. Naar het oordeel van dat Hof diende het door Juresta gevorderde verbod op het gebruik van de nieuwe versie van de incasso-overeenkomst te worden afgewezen omdat die overeenkomst en de door Juresta gebruikte overeenkomsten als geheel beschouwd te weinig overeenstemming vertonen om nog een inbreuk op het auteursrecht van Juresta aan te kunnen nemen.

1.7. Advex heeft vervolgens Juresta in rechte aangesproken tot vergoeding van de schade die zij leed als gevolg van de executie van genoemd vonnis van 7 januari 1998. Ten tijde van het wijzen van het bestreden eindarrest had deze procedure nog niet geleid tot een eindvonnis. Wel was Juresta reeds in kort geding veroordeeld tot betaling van een voorschot op de door Advex gevorderde schadevergoeding.

1.8. De Rechtbank had daarenboven nog vastgesteld:

- a. de raadsman van Advex heeft Juresta bij brief van 7 januari 1998 bedreigd Juresta aansprakelijk te stellen voor door Advex als gevolg van executie geleden schade;
- b. [verweerder 2] heeft Juresta in zijn door de Rechtbank geciteerde brief van 9 januari 1998 – kort gezegd – laten weten dat voor de “kwes- tie van aansprakelijkheid en schade, eigenlijk onvoldoende basis” bestaat.

2. Procesverloop

2.1.1. Juresta heeft op 26 november 2001 [verweerder] c.s. gedagvaard voor de Rechtbank Zutphen. Zij heeft gesteld dat [verweerder] c.s. jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld

door haar niet wijzen op het risico dat schuilt in het executeren van een niet-onherroepelijk vonnis, waarvan hoger beroep wordt ingesteld. Volgens Juresta hebben [verweerder] c.s. de kans op succes voor Advex in hoger beroep als verwaarloosbaar afgeschilderd en hebben [verweerder] c.s. aan Juresta meegedeeld dat het risico van een schadevergoedingsactie wegens executie evenzeer als verwaarloosbaar ter zijde kon worden gesteld.

2.1.2. De door Juresta geformuleerde vordering is in appèl gewijzigd; zij wordt onder 2.4 weergegeven.

2.2. [Verweerder] c.s. hebben de vordering bestreden; zij hebben ontkend dat [verweerder 2] niet gewezen heeft op het risico dat gelegen is in het executeren van een niet-onherroepelijk vonnis, waartegen beroep wordt ingesteld. Bij cvd onder 9 hebben zij nog het causaal verband ontkend.

2.3. In haar (eind) vonnis van 7 mei 2003 heeft de Rechtbank de vordering van Juresta afgewezen. Zij heeft daartoe onder andere overwogen dat [verweerder 2] de risico’s van executie van het vonnis met [getuige 1] “van Juresta” heeft besproken (rov. 2.6). De Rechtbank voegt hieraan toe dat Juresta had kunnen en moeten begrijpen dat de betekening van het vonnis consequenties had die verder gingen dan een enkele kennisgeving (rov. 2.8). Kortom: van een beroepsfout is geen sprake (rov. 2.9).

2.4. Juresta heeft hoger beroep ingesteld. Zij heeft haar eis gewijzigd in dier voege dat een verklaring voor recht wordt gevorderd dat [verweerder] c.s. (ernstig) toerekenbaar tekort geschoten zijn, met hun veroordeling tot de schadevergoeding die zij aan Advex/[...] moet betalen, vermeerderd met kosten zoals nader uitgewerkt.

2.5. [Verweerder] c.s. hebben het appèl bestreden. Advex was een geduchte concurrent van Juresta; Juresta wilde Advex uitschakelen en daarom was er haar alles aan gelegen het vonnis te executeren (mva onder 8). Juresta handelde in haar procedures niet voorzichtig en wenste geen lijdzame houding in te nemen (mva onder 11). Zij betwisten andermaal het causaal verband en de schade (mva onder 42).

2.6.1. In zijn tussenarrest van 24 augustus 2003 heeft het Hof overwogen dat het (in het algemeen) tot de verplichtingen van de advocaat behoort om zijn cliënt op risico’s van executie van een nog niet in kracht van gewijsde

gegaan vonnis te wijzen. [Verweerder] c.s. hebben echter bestreden dat [verweerder 2] dat niet heeft gedaan. Het Hof laat vervolgens Juresta tot de door haar op dit punt aangeboden bewijslevering toe (rov. 4.9). Het Hof tekent nog aan dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat niet ongeclausuleerd zou hebben meegedeeld dat “Advex zich niet baseerde op reële uitgangspunten waar zij meende dat het vonnis van 7 januari 1998 in beroep geen stand zou houden” (rov. 4.11).

2.6.2. Nu [verweerder] c.s. gemotiveerd betwisten dat er oorzakelijk verband bestaat tussen enige tekortkoming en de schade (Juresta had namelijk volgens [verweerder] c.s. ook tot betekening besloten indien [verweerder 2] anders of vollediger had geïnformeerd) wordt Juresta ook “op dit punt” toegelaten tot bewijslevering.

2.7. [Getuige 1], directeur van Juresta, heeft als getuige onder meer verklaard:

“[Verweerder 2] had ik gekozen als advocaat omdat hij nogal fel is. Hij doet veel incasso's en springt er bovenop. Zijn niet voorzichtige aanpak, in combinatie met zijn vakmanschap als advocaat spraken mij aan. Ik heb er nooit bij stilgestaan waarom sommige advocaten voorzigtiger in hun optreden zijn. Ik durf wel zeggen dat ik niet gauw bang ben en dat ik risico's neem, ook met Juresta. Dit alles binnen de grenzen van wat ik als ondernemer vind dat moet kunnen.”

2.8.1. In zijn arrest van 19 juli 2005 heeft het Hof het bestreden eindvonnis bekrachtigd.

2.8.2. Het Hof acht in het kader van de vraag of het bewijs van het oorzakelijk verband is geleverd van belang

“in hoeverre aannemelijk is dat de betekening van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 7 januari 1998 niet zou hebben plaatsgevonden en dat Juresta de afloop van Advex' hoger beroep tegen dat vonnis zou hebben afgewacht in het (hypothetische) geval dat [verweerder 2] jegens Juresta een (voor Juresta) minder positieve visie over de kans van slagen van dat beroep zou hebben uitgedragen en/of Juresta zou hebben gewezen op het risico van die betekening” (rov. 2.2).

2.8.3. Volgens het Hof was [getuige 1] op de hoogte van het appèl en wist hij dat vonnissen in hoger beroep vernietigd kunnen worden. Gelet op [getuige 1]'s – hiervoor geciteerde – verklaring acht het Hof

“onzeker of Juresta anders zou hebben gehandeld indien [verweerder 2] Juresta en/of [getuige 1] nadrukkelijker op de gevaren zou hebben gewezen. (...) Een voorzichtiger houding in het hier voor ogen genomen hypothetische geval is op grond van de verklaring van [getuige 1] niet aannemelijk geworden” (rov. 2.4).

2.8.4. Het Hof vervolgt dan

“(…) Geen van de andere getuigen spreekt over het handelen van Juresta in het hier aan de orde zijnde hypothetische geval. Dit betekent dat het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de gestelde fouten van [verweerder 2] en de schade naar het oordeel van het hof niet is geleverd” (rov. 2.5).

2.8.5. Bij haar vordering om voor recht te laten verklaren dat [verweerder] c.s. jegens Juresta wanprestatie hebben gepleegd, althans onrechtmatig hebben gehandeld, heeft Juresta geen belang nu niet is bewezen dat de schade daardoor is ontstaan (rov. 2.5).

2.9. Juresta heeft tijdig beroep in cassatie ingesteld tegen 's Hof's beide arresten. [Verweerder] c.s. hebben verweer gevoerd, waarna partijen hun standpunten schriftelijk hebben toegelicht. Juresta heeft nog gerepliceerd.

3. Inleiding

3.1. 's Hof's benadering geeft aanleiding tot het maken van een enkele inleidende opmerking. Vermelding verdient met name het volgende:

a. het Hof is, op zijn minst, creatief omgegaan met het verweer van [verweerder] c.s. Ik kom daarop terug bij de bespreking van het eerste middel;

b. de R-C heeft de getuige [getuige 1] uitvoerig aan de tand gevoeld. Hij heeft [verweerder 2]'s brief van 9 januari 1998 uitvoerig met [getuige 1] doorgenomen;

c. de R-C heeft de getuige [verweerder 2], te oordelen naar het p-v, slechts globaal ondervraagd. Met name is geen vraag gesteld over de discrepantie tussen [verweerder 2]'s brief van 9 januari 1998 en zijn verklaring. Heel in het bijzonder is hem niet gevraagd naar de betekenis van de onder 1.8 sub b geciteerde passage in relatie tot zijn verklaring.

3.2. Als ik het goed zie, is het Hof van oordeel dat in een geval als het onderhavige het causaal verband vast moet staan. Het wijst een proportionele benadering blijkbaar van de hand. Het middel behelst op dat punt geen klacht zodat

deze kwestie blijft rusten.¹

3.3. Het is aan twijfel onderhevig of de bewijslast van de stelling dat Juresta, bij behoorlijke voorlichting door [verweerder 2], toch tot betekening van vaker genoemd vonnis zou zijn overgegaan op haar rust.² Nu het middel op dat punt geen klacht behelst, kan ook deze kwestie verder blijven rusten.

4. Bespreking van de cassatiemiddelen

4.1. Het eerste middel richt zich tegen rov. 4.12 van het tussenarrest en rov. 2.2 van het eindarrest. Deze overwegingen luiden als volgt:

“4.12. [Verweerder] c.s. betwisten echter gemotiveerd dat er oorzakelijk verband bestaat tussen enige tekortkoming van hun zijde en de schade, welke Juresta aan Advex dient te vergoeden. Juresta had namelijk volgens [verweerder] c.s. ook tot betekening besloten indien [verweerder 2] haar anders of vollediger had geïnformeerd over de daaraan verbonden risico's. Juresta wordt daarom ook op dit punt toegelaten tot bewijslevering.”

“2.2. In verband met de vraag naar het bewezen zijn van het gestelde oorzakelijk verband is van belang in hoeverre aannemelijk is dat betekening van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 7 januari 1998 niet zou hebben plaatsgevonden en dat Juresta de afloop van Advex' hoger beroep tegen dat vonnis zou hebben afgewacht in het (hypothetische) geval dat [verweerder 2] jegens Juresta een (voor Juresta) minder positieve visie over de kans van slagen van dat hoger beroep zou hebben uitgedragen en/of Juresta zou hebben gewezen op het risico van die betekening.”

4.2. Onder erkenning dat [verweerder] c.s. het causaal verband hebben betwist, voert middel 1 aan dat [verweerder] c.s. niet hebben gesteld dat Juresta ook tot betekening zou hebben besloten indien [verweerder 2] haar anders of vollediger had geïnformeerd. Het Hof is dan ook, zo vat ik de klacht samen, buiten de rechtsstrijd getreden.

1. Vgl. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 PAS rov. 5.2. Opmerking verdient dat het onzekere in casu niet is gelegen in de uitkomst van het appèl maar in de vraag wat Juresta bij behoorlijke voorlichting door [verweerder 2] zou hebben gedaan.
2. Vgl. HR 20 februari 2004, NJ 2004, 254 en W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling 2004 nr 23 e.v.

4.3.1. Bij de beoordeling van dit middel moet voorop worden gesteld dat [verweerder] c.s. ten verweere hebben aangevoerd het “niet erg waarschijnlijk [te achten] dat het vonnis zou worden vernietigd” (cva onder 2).

4.3.2. In [verweerder 2]'s brief aan Juresta staat het nog wat pregnanter, zoals blijkt uit het onder 1.8 sub b weergegeven citaat.

4.4. Het verweer van [verweerder] c.s. zal mede tegen deze achtergrond moeten worden begrepen.

4.5.1. In het arrest [...] / [...] ³ heeft Uw Raad geoordeeld:

“Het staat de rechter niet vrij zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die eventueel zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten of omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer zijn ten grondslag gelegd. Daardoor wordt de wederpartij immers tekort gedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen” (rov. 4.5).

4.5.2. In het arrest Univé/Axa⁴ wordt overwogen:

“Univé heeft aan haar verweer in de feitelijke instantie niet ten grondslag gelegd dat de vordering van [A] vóór de cessie door vermenging was tenietgegaan, zodat het debat van partijen daarop niet was betrokken. Indien het hof ambtshalve aan de door het onderdeel genoemde feiten en omstandigheden dat rechtsgevolg zou hebben verbonden, zou het dan ook in strijd met art. 24 Rv de zaak hebben onderzocht op een grondslag die Univé niet ten verweere heeft aangevoerd en zou het de wederpartij hebben tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verweren” (rov. 3.3).

4.6. Een stelling als door het Hof in de gewraakte rechtsoverwegingen vermeld, hebben [verweerder] c.s. in feitelijke aanleg zeker niet als verweer betrokken. Laat staan dat zij haar in enigszins relevante – en niet op voorhand onaannemelijke – wijze hebben uitgewerkt.

4.7. De vraag rijst dan of het Hof, zonder schending van de onder 4.5 genoemde rechtspraak, deze stelling heeft mogen afleiden uit wél gevoerde verweren.

3. HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46.

4. HR 10 februari 2006, NJ 2006, 154.

4.8. [Verweerder] c.s. zoeken hun heil bij de volgende uiteenzettingen (s.t. mr De Knijff onder 12 e.v.):

a. de cvd onder 10 waarin wordt aangegeven wat Juresta niet heeft aangevoerd;

b. de mva onder 8 waarin wordt aangegeven dat Juresta er belang bij had een geduchte concurrent uit te schakelen. Deze uiteenzetting mondt uit in de volgende stelling:

“Van eventueel nadelige gevolgen van de betekening was [getuige 1] wel degelijk op de hoogte, doch hij heeft die gevolgen geaccepteerd”;

c. de mva blz. 6 sub ad 9. Dat betoog reageert op een stelling van Juresta. [Verweerder] c.s. betwisten dat Juresta 's Hofs oordeel zou hebben afgewacht indien [verweerder 2] zich minder positief over de slagingskans van het appèl zou hebben uitgelaten. Dit betoog is ingebed in een uiteenzetting over de vraag of [verweerder 2] – kort gezegd – een beroepsfout heeft gemaakt.

4.9. De onder 4.8 sub a bedoelde stelling doet m.i. in dit verband niet ter zake. Uit die genoemd onder b kan evenmin het verweer dat het Hof in de stellingen van [verweerder] c.s. heeft afgeleid worden gelezen.

4.10. [Verweerder] c.s. kan worden toegegeven dat bedoelde stelling wél tot uitdrukking wordt gebracht in het onder 4.8 sub c genoemde relaas. Hoewel het aan de feitenrechter is om uitleg te geven aan te berde gebrachte stellingen, is die vrijheid niet onbegrensd. De onder 4.5 geciteerde rechtspraak laat daarover geen misverstand bestaan.

4.11.1. M.i. kan, al met al, het hier bedoelde relaas niet gelden als een verweer dat het Hof in de gewraakte passages meent te hebben ontwaard. Immers het:

a. is ingebed in een geheel ander kader;

b. is geen verweer, maar een reactie op een stelling van de wederpartij;

c. is te lapidair en bovendien te onaannemelijk. Losse stellingen kunnen veelal niet gelden als een toereikend verweer. Zij moeten naar omstandigheden voldoende worden aangekleed. De vraag wat Juresta al dan niet zou hebben gedaan bij behoorlijke voorlichting, zal allicht mede worden bepaald door i) de kans dat schade zal ontstaan en ii) de grootte daarvan.⁵ Daarover evenwel in het “verweer” geen

woord. De algemene en niet nader uitgewerkte stelling dat Juresta hoe dan ook tot executie zou zijn overgegaan, is daarmee volstrekt ontoereikend om te kunnen gelden als een serieus te nemen verweer.⁶ In dit verband zij nogmaals gememoreerd dat, volgens [verweerder 2] 's brief aan Juresta, voor de “kwestie van aansprakelijkheid en schade, eigenlijk onvoldoende basis” bestaat; zie 1.8 sub b.

4.11.2. Hier komt nog bij dat de onderhavige stelling voor het eerst in de mva is betrokken hetgeen een ordelijk debat daarover in de weg stond.

4.11.3. Bij pleidooi in appèl hebben [verweerder] c.s. nog gemeend te moeten uitdragen dat [verweerder 2] met Juresta “uitgebreid de vooren nadelen van het al dan niet betekenen van het vonnis [heeft] besproken” (pleitnota mr Weering onder 16). Tegen de achtergrond van [verweerder 2]’s onder 1.8 sub b geciteerde schrijfsel is deze bewering, waarop de s.t. van mr De Knijff begrijpelijkerwijs geen beroep doet, niet bijster geloofwaardig. Ook zij kan 's Hofs oordeel daarom niet (mede) dragen.

4.12. Kort en goed: de klacht slaagt.

4.13. Het tweede middel richt zich tegen de in het tussenarrest aan Juresta verstrekte bewijsopdracht ten aanzien van de aanwezigheid van het causale verband. Volgens het middel had het Hof in casu de zogenaamde omkeringsregel moeten toepassen.

4.14. Aan de door het Hof gegeven, hier bestreden, bewijsopdracht liggen de volgende rechtsoverwegingen ten grondslag:

“4.7. Mede met een beroep op de brief van 9 januari 1998 aan Juresta hebben [verweerder] c.s. zowel de aan de gestelde fout(-en) ten grondslag gelegde feiten als het gestelde causaal verband gemotiveerd betwist. Naar het oordeel van het hof rust de bewijslast van een en ander op Juresta.”

“4.12. [Verweerder] c.s. betwisten echter gemotiveerd dat er oorzakelijk verband bestaat tussen enige tekortkoming van hun zijde en de schade, welke Juresta aan Advex dient te vergoeden. Juresta had namelijk volgens [verweerder] c.s. ook tot betekening besloten indien [verweerder 2] haar anders of vollediger had

5. Vgl. HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 rov. 3.5.6.

6. Vgl. Snijders/Ynzonides/Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht (2002) blz. 140 en HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 rov. 3.5.6.

geïnformeerd over de daaraan verbonden risico's. Juresta wordt daarom ook op dit punt toegelaten tot bewijslevering.”

4.15. De omkeringsregel is laatstelijk principiële vorm gegeven in de arresten van 29 november 2004. In de bewoordingen van het arrest TFS/NS c.s.⁷ is voor toepassing van de daarvoor nader uitgewerkte regel vereist

“dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting daarvan aanmerkelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt” (rov. 3.5.3).

4.16. Hoewel het middel het zo-even geciteerde arrest aanhaalt, is de klacht niet gesteld in de sleutel van een specifieke normschending.⁸ Strikt genomen loopt het reeds daarop stuk.

4.17. Bij welwillender lezing is het middel m.i. geen beter lot beschoren, hoewel toepassing van de omkeringsregel in het onderhavige geval wellicht tot een niet onbevredigend resultaat zou leiden. Doch datzelfde resultaat kan worden bereikt met toepassing van art. 150 Rv. Dat biedt immers de mogelijkheid om de bewijslast te verdelen op een van de hoofdregel afwijkende wijze voor zover de redelijkheid en billijkheid daartoe nopen. Ik lees in het middel evenwel geen hierop toegesneden klacht, daar gelaten of zo'n klacht kans van slagen zou hebben gehad wegens de grote vrijheid die de feitenrechter hier heeft.

4.18. Waartoe strekt de norm dat een advocaat zijn cliënt behoort te informeren over het al dan niet betekenen van een toewijzend vonnis? Ter voorkoming van schade als gevolg van een – naar later blijkt – premature executie of ter voorkoming van de kwade kans dat de cliënt niet in staat is goed geïnformeerd te beslissen of hij het vonnis al dan niet zal laten betekenen?

4.19. Het komt mij voor dat beide rationes

enigszins in elkaar overlopen.⁹ Maar daarmee is de vraag nog allerminst beantwoord.

4.20. De parallel dringt zich op met de informed consent-arresten.¹⁰ In deze arresten werd een patiënt onvoldoende geïnformeerd over een medische ingreep. Uw Raad oordeelde dat de omkeringsregel niet van toepassing was bij het vaststellen van het *condicio sine qua non*-verband tussen de schade na de behandeling en de schending van de informatieplicht van de arts. De informatieplicht van de arts strekte ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de behandeling zal geven. Haar strekking is niet te beschermen tegen risico's van de behandeling, aldus Uw Raad.¹¹

4.21. Met Vranken zou ik menen dat weinig voor de hand ligt toepassing van de omkeringsregel af te wijzen in informed consent-gevallen, waarin het immers vrijwel steeds zal gaan om lichamelijk of geestelijk letsel en hem te omarmen in gevallen als de onderhavige.¹² Als tussen beide situaties onderscheid zou moeten worden gemaakt, dan zou dat veeleer in tegen-gestelde zin moeten gebeuren.

4.22. Hier komt nog bij dat de omkeringsregel, praktisch gesproken, op zijn retour lijkt.¹³ De vraag kan bovendien worden gesteld – en wordt ook gesteld – of de samenleving in haar geheel¹⁴ ervan zou moeten wakker liggen wanneer openlijk afscheid zou worden genomen

7. HR 29 november 2002, NJ 2004, 304.

8. Bij schending van een algemene norm – het ligt voor de hand – kan de regel niet van stal worden gehaald: HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 DA.

9. In vergelijkbare zin Vranken onder HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 onder 4 e.v.

10. Vgl. HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 JBMV en daarover – onder het zuinige hoofdje: “een belangrijke stap in de goede richting” – uitvoerig A.J. Akkermans, De “omkeringsregel” bij bewijs van causaal verband blz. 93 e.v.

11. Het arrest heeft gemengde reacties opgeroepen; kritisch bijv. Vranken in zijn noot onder de arresten, al erkent hij dat toepassing van de omkeringsregel tot minder wenselijke uitkomsten zou hebben geleid (onder 11); positief is A.J. Akkermans in: Causaliteit, LSA Bundel 2003, blz. 16 en a.w. blz. 105 e.v. In zijn noot onder HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 wijst het huidige lid van Uw Raad Asser er op dat de omkeringsregel in zaken van medische aansprakelijkheid niet licht soelaas biedt.

12. Onder HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 sub 6.

13. Vgl. Asser-Hartkamp I (2004) nr 436c.

14. Dat ligt mogelijk anders voor een enkele geleerde en sommige beroepsлитiganten.

van de omkeringsregel.¹⁵ Met name ook omdat – zoals Uw Raad zelf en terecht heeft beklemd – ons recht voldoende andere mogelijkheden biedt om in voorkomende gevallen tot een wenselijk resultaat te komen, in welk verband met name valt te denken aan het voorlopig oordeel dat, behoudens tegenbewijs, het condicio sine qua non-bewijs is geleverd.¹⁶ Ook daarom ligt een uitbreiding naar gevallen als de litigieuze niet aanstonds voor de hand. Het dient ook geen redelijk doel.

4.23. In dit een ander loopt het middel vast.

4.24. Volgens het derde middel is 's Hof's oordeel dat het causale verband niet bewezen is onvoldoende onderbouwd. Het richt zich tegen de rov. 2.3-2.5 van het eindarrest. Daarin heeft het Hof overwogen:

“2.3. Uit de verklaring van de (partij-)getuige [getuige 1], directeur van Juresta en – mede gelet op hetgeen de getuige [getuige 2] daarover heeft verklaard – de persoon bij Juresta die de zaak tegen Advex behandelde, blijkt dat [getuige 1] op de hoogte was van de aankondiging van het appèl van Advex. Tevens wist hij dat vonnissen in hoger beroep vernietigd kunnen worden en dat de afloop van een zaak in hoger beroep altijd onzeker is. Voorts heeft deze getuige verklaard dat de procedure tegen Advex destijds heftig speelde bij Juresta, dat hij [verweerder 2] had gekozen omdat [verweerder 2] nogal fel is en er bovenop springt, dat deze voortvarende aanpak en [verweerder 2]'s vakmanschap hem ([getuige 1]) aanspraken, dat [getuige 1] zichzelf niet gauw bang vindt en dat hij ook met Juresta risico's neemt, zij het binnen de grenzen van wat hij als ondernemer vindt dat moet kunnen.

2.4. Deze verklaring maakt het naar het oordeel van het hof onzeker of Juresta anders zou hebben gehandeld indien [verweerder 2] Juresta en/of [getuige 1] nadrukkelijker op gevaren zou hebben gewezen: Juresta en/of [getuige 1] ontweken risico's gewoonlijk niet en wilden in de aanpak van de zaak tegen Advex blijkbaar een harde lijn volgen. Er is ook geen sprake van dat [getuige 1] heeft overwogen om jegens Ad-

vex inschikkelijker te worden nadat hij het vonnis onder ogen had gekregen of – nog later – nadat Advex een voorstel had gedaan met betrekking tot de tekst van Advex' overeenkomsten. Een voorzichtiger houding in het hier voor ogen genomen hypothetische geval is op grond van de verklaring van [getuige 1] niet aannemelijk geworden.

2.5. [Getuige 1] heeft evenals [verweerder 2] als getuige verklaard dat Advex een klein bedrijf was en dat het Juresta er niet om ging om Advex kapot te maken. Dat neemt niet weg dat Juresta er op gebeten was om de procedure tegen Advex op een harde manier te voeren. Geen van de andere getuigen spreekt over het handelen van Juresta in het hier aan de orde zijnde hypothetische geval. Dit betekent dat het bewijs van het oorzakelijk verband tussen de gestelde fouten van [verweerder 2] en de schade naar het oordeel van het hof niet is geleverd. Hierop stuiten de vorderingen van Juresta tot schadevergoeding af. Bij de vordering onder 1 die ertoe strekt om voor recht te laten verklaren dat [verweerder] c.s. jegens haar wanprestatie hebben gepleegd, althans onrechtmatig hebben gehandeld, heeft Juresta, nu niet is bewezen dat de schade daardoor is ontstaan, geen belang.”

4.25. Volgens het middel kan de argumentatie 's Hof's conclusie dat causaal verband niet bewezen is bezwaarlijk dragen. De verklaring van [getuige 1] dat hij “ook met Juresta risico's neemt, zij het binnen de grenzen van wat hij als ondernemer vindt dat moet kunnen” wijst eerder in de richting dat Juresta volledig omtrent de risico's geïnformeerd diende te worden. Daaruit volgt “niet specifiek dat Juresta ook in het onderhavige geval zou hebben gehandeld ongeacht de omvang van het risico.”

4.26. M.i. behoeft deze klacht niet te worden besproken. Als het eerste middel slaagt – zoals m.i. het geval is – doet het onderhavige probandum niet meer ter zake en is 's Hof's bewijswaardering zonder belang.

4.27. Zou Uw Raad menen dat inhoudelijke beoordeling wél aan de orde komt, dan mist Juresta m.i. belang bij haar – zoals hierna zal blijken op zich gegronde – klacht.

4.28. Naar 's Hof's niet bestreden oordeel rust de bewijslast van het causaal verband op Juresta. [Getuige 1] is directeur van Juresta en als zodanig partijgetuige (rov. 2.3). Gelet op art. 164 lid 2 Rv. kan [getuige 1]'s verklaring om-

15. In die zin bijv. P-G Hartkamp voor HR 18 april 2003, NJ 2004, 306 sub 14; voorzichtig instemmend de annotator Asser onder 5; beiden onder verwijzing naar HR 30 oktober 1953, NJ 1954, 261 J.D.

16. HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 DA rov. 3.3.

trent door Juresta te bewijzen feiten geen bewijs in haar voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. Onbestreden heeft het Hof geoordeeld dat geen van de andere getuigen spreekt over het handelen van Juresta in het hier aan de orde zijnde hypothetische geval (rov. 2.5). Daarmee viel – als het eerste middel zou falen – het doel voor Juresta, ongeacht hoe het Hof de verklaring van [getuige 1] had “moeten” uitleggen.

4.29. Volledigheidshalve stip ik nog aan dat 's Hof's oordeel m.i. inderdaad onbegrijpelijk is. Het ligt voor de hand – en de getuige [getuige 1] heeft dat bovendien – zakelijk samengevat – verklaard – dat een weldenkend ondernemer geen onverantwoorde risico's neemt. De vraag of een risico onverantwoord is, valt of staat met een beoordeling van de omvang daarvan. Die beoordeling kon Juresta evenwel niet (gefundeerd) maken omdat [verweerder 2] haar de daarvoor vereiste informatie niet heeft verstrekt.

4.30. [Verweerder 2] heeft Juresta, integendeel, op het verkeerde been gezet met zijn onder 1.8 sub b geciteerde uitlating dat voor de “kwestie van aansprakelijkheid en schade, eigenlijk onvoldoende basis” bestaat.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot vernietiging van de arresten van het Hof Arnhem van 24 augustus 2004 en 19 juli 2005 met verwijzing naar een ander Hof.

Hoge Raad

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Eiseres tot cassatie – verder te noemen: Juresta – heeft bij exploit van 26 november 2001 verweerders in cassatie – verder te noemen: [verweerder] c.s. en verweerder sub 2 afzonderlijk [verweerder 2] – gedagvaard voor de rechtbank te Zutphen en onder meer schadevergoeding gevorderd.

[Verweerder] c.s. hebben de vordering bestreden.

Na twee tussenvonnissen heeft de rechtbank bij eindvonnis van 7 mei 2003 de vordering afgewezen.

Tegen onder meer dit eindvonnis heeft Juresta hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem. Bij conclusie van eis in hoger beroep heeft Juresta haar eis gewijzigd.

Bij tussenarrest van 24 augustus 2004 heeft het hof Juresta toegelaten tot bewijslevering en bij eindarrest van 19 juli 2005 heeft het hof het eindvonnis van de rechtbank van 7 mei 2003 bekrachtigd en de gewijzigde eis afgewezen.

(...; red.)

2. *Het geding in cassatie*

(...; red.)

3. *Beoordeling van de middelen*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Juresta verricht sinds 1991 voor derden incassowerkzaamheden volgens met hen gesloten gestandaardiseerde incasso-overeenkomsten. Advex doet sinds 1995 hetzelfde. Aanvankelijk gebruikte Advex voor het sluiten van incasso-overeenkomsten een tekst die een kopie was van de door Juresta voor die overeenkomsten gebruikte tekst. Vanaf januari 1996 heeft Advex in plaats daarvan andere teksten gebruikt.

ii. Juresta heeft, teneinde het gebruik door Advex van de tekst van de incasso-overeenkomsten van Juresta tegen te gaan, tegen Advex procedures gevoerd. Daarin heeft [verweerder 2] juridische bijstand verleend aan Juresta.

iii. In één van die procedures heeft de rechtbank te Amsterdam bij vonnis van 7 januari 1998 Advex veroordeeld om aan Juresta ter zake van schadevergoeding f 19.800,= te betalen en daarnaast Advex, op straffe van een dwangsom, verboden om de incasso-overeenkomsten van Juresta (geheel of na gedeeltelijke bewerking) te verveelvoudigen of openbaar te maken.

iv. De advocaat van Advex heeft bij brief van 8 januari 1998 aan [verweerder 2] aangekondigd dat Advex hoger beroep zou instellen tegen dit vonnis en daarbij Juresta verzocht de executie daarvan uit te stellen. [Verweerder 2] heeft daarop bij brief van 9 januari 1998 afwijzend gereageerd en op dezelfde dag het vonnis aan Advex laten betekenen.

v. Het hiervoor genoemde vonnis is bij arrest van het hof te Amsterdam van 20 mei 1999 vernietigd, met toekenning aan Juresta van een schadevergoeding van f 12.500,= wegens het gebruik van de gekopieerde tekst.

Het hof wees het door Juresta gevorderde verbod op het gebruik van de nieuwe versie van de incasso-overeenkomst van Advex af, omdat die

versie en de door Juresta gebruikte overeenkomsten als geheel beschouwd te weinig overeenstemming vertoonden om nog een inbreuk op het auteursrecht van Juresta aan te kunnen nemen.

vi. Advex heeft vervolgens Juresta in rechte aangesproken tot vergoeding van de schade die zij leed als gevolg van de executie van het genoemde vonnis van de rechtbank te Amsterdam van 7 januari 1998. Ten tijde van het wijzen van het in dit cassatieberoep bestreden eindarrest had deze procedure nog niet geleid tot een eindvonnis. Wel was Juresta reeds in kort geding veroordeeld tot betaling van een voorschot op de door Advex gevorderde schadevergoeding.

3.2.1. Kort samengevat vordert Juresta in het onderhavige geding van [verweerder] c.s. vergoeding van schade die zij lijdt doordat zij op haar beurt veroordeeld wordt tot vergoeding van de schade die Advex lijdt ten gevolge van de executie van het hiervoor genoemde vonnis van de rechtbank te Amsterdam. Juresta stelt daartoe, kort gezegd en voorzover in cassatie van belang, primair dat [verweerder] c.s. toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van hun verplichtingen jegens Juresta, subsidiair onrechtmatig hebben gehandeld doordat [verweerder 2] een beroepsfout heeft gemaakt door te verzuimen om, alvorens zijn brief van 9 januari 1998 aan Advex te schrijven en het genoemde vonnis van de rechtbank te Amsterdam op die dag te laten betekenen, Juresta te informeren over de risico's die waren verbonden aan die executie.

3.2.2. Het hof heeft bij het bestreden tussenarrest overwogen dat [verweerder] c.s. zowel de aan de gestelde beroepsfout(en) ten grondslag gelegde feiten als het gestelde causaal verband gemotiveerd betwisten (rov. 4.7). Met betrekking tot de betwisting van het causaal verband heeft het hof in dat arrest in rov. 4.12 nader overwogen dat Juresta volgens [verweerder] c.s. ook tot betekening zou hebben besloten indien [verweerder 2] haar anders of vollediger had geïnformeerd over de daaraan verbonden risico's. Omdat het hof oordeelde (rov. 4.7 en 4.12) dat op Juresta de bewijslast rust ten aanzien van de door haar gestelde beroepsfout en van het door [verweerder] c.s. betwiste causaal verband, heeft het Juresta toegelaten tot het leveren van bewijs van een en ander.

Bij het eindarrest heeft het hof in rov. 2.2 overwogen:

“In verband met de vraag naar het bewezen zijn van het gestelde oorzakelijk verband is van belang in hoeverre aannemelijk is dat betekening van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 7 januari 1998 niet zou hebben plaatsgevonden en dat Juresta de afloop van Advex' hoger beroep tegen dat vonnis zou hebben afgewacht in het (hypothetische) geval dat [verweerder 2] jegens Juresta een (voor Juresta) minder positieve visie over de kans van slagen van dat hoger beroep zou hebben uitgedragen en/of Juresta zou hebben gewezen op het risico van die betekening”.

Vervolgens heeft het hof geoordeeld, kort samengevat en voorzover in cassatie van belang, dat het bewijs van het causaal verband tussen de gestelde fout(en) van [verweerder 2] en de schade niet is geleverd, waartoe het hof zich met name baseerde op hetgeen naar voren was gekomen uit de verklaring die de directeur van Juresta, [getuige 1], als getuige had afgelegd. Daarop stuitte de vordering van Juresta tot schadevergoeding af. (rov. 2.3-2.5) Het hof heeft daarom het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd.

3.3.1. Tegen het tussenarrest en het eindarrest komt Juresta met drie middelen op.

Middel I strekt in de kern ten betoge dat onjuist en onbegrijpelijk is dat, zoals het hof heeft aangenomen, [verweerder] c.s. op enig moment ter onderbouwing van hun betwisting van het causaal verband hebben gesteld dat Juresta ook tot betekening zou hebben besloten indien [verweerder 2] haar anders of vollediger had geïnformeerd over de daaraan verbonden risico's. Een dergelijke expliciete stelling is, aldus het middel, niet in de stellingen van [verweerder] c.s. te vinden. Door deze stelling niettemin aan zijn beslissingen ten grondslag te leggen heeft het hof art. 149 Rv. geschonden en een onbegrijpelijke uitleg aan de stellingen van [verweerder] c.s. gegeven.

3.3.2. Het middel faalt. Uitgangspunt is dat [verweerder] c.s. het causaal verband hebben bestreden. Voorts wordt in cassatie, zoals hierna bij de behandeling van middel II zal blijken, tevergeefs bestreden het oordeel van het hof dat ter zake van het causaal verband de bewijslast op Juresta rustte. In de hiervoor (3.2.2) geciteerde rov. 2.2 van het eindarrest heeft het hof nader aangegeven op welk punt de bewijs-

levering door Juresta van belang was en daarbij het probandum verder afgebakend: Juresta diende, zo moet de passage worden begrepen, aannemelijk te maken dat betekening van het vonnis van de rechtbank te Amsterdam van 7 januari 1998 niet zou hebben plaatsgevonden en dat Juresta de afloop van Advex' hoger beroep tegen dat vonnis zou hebben afgewacht in het (hypothetische) geval dat [verweerder 2] jegens Juresta een (voor Juresta) minder positieve visie over de kans van slagen van dat hoger beroep zou hebben uitgedragen en/of Juresta zou hebben gewezen op het risico van die betekening.

Het middel stelt in wezen de vraag aan de orde of het verweer van [verweerder] c.s. voldoende aanknopingspunten bood voor deze nadere afbakening.

In het kader van hun betwisting hebben [verweerder] c.s. bij conclusie van dupliek in eerste aanleg gesteld, gelijk de rechtbank in rov. 4.2 van haar tussenvonnis heeft vastgesteld, dat Juresta niet heeft aangevoerd dat zij het oordeel van het hof zou hebben afgewacht, indien [verweerder 2] een minder positieve visie over de kans van slagen in het hoger beroep tegen het vonnis van 7 januari 1998 zou hebben uitgedragen. Bovendien hebben [verweerder] c.s. in hoger beroep in de door het middel zelf genoemde punten 8 en 19 van de memorie van antwoord gesteld:

8. "Juresta had groot commercieel belang bij de uitspraak van de Rechtbank d.d. 7 januari 1998 in de zaak tegen Advex. Advex was potentieel een geduchte concurrent en [getuige 1] zag in het vonnis de mogelijkheid om een concurrent van die omvang uit te schakelen. In dat kader was hem er alles aan gelegen het vonnis van de Rechtbank te executeren. Van de eventuele nadelige gevolgen van de betekening was [getuige 1] wel degelijk op de hoogte doch hij heeft die gevolgen geaccepteerd".

19. "Terzijde zij nogmaals opgemerkt dat met Juresta wel degelijk is gesproken over de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie van Advex jegens Juresta. Dit is ook schriftelijk te weten in [de] brief van Mr Van Kaam d.d. 8 januari en de brief van [verweerder 2] d.d. 9 januari 1998 vastgelegd. Juresta wenste – mede gezien de commerciële belangen die zij daarbij had – echter tot betekening en executie van het vonnis over te gaan. (...)"

Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof in

deze stellingen van [verweerder] c.s. een zodanig voldoende betwisting gelezen van het causaal verband met betrekking tot het punt waarop het nader afgebakende probandum betrekking heeft, dat er aanleiding was de bewijslast in de zin van het bewijsrisico van Juresta daarop toe te spitsen. Dat is geenszins onbegrijpelijk. Er is dus evenmin sprake van een door art. 149 Rv verboden aanvulling door het hof van de feitelijke gronden van het verweer van [verweerder] c.s.

3.4.1. Middel II bestrijdt als onjuist het oordeel van het hof in het tussenarrest dat de bewijslast ter zake van het causaal verband op Juresta rust. Op grond van de toepasselijkheid van de omkeringsregel had het hof het causaal verband als gegeven dienen te beschouwen en [verweerder] c.s. met het tegenbewijs dienen te belasten.

3.4.2. Het middel faalt. Voor toepassing van de omkeringsregel is in een zaak als deze geen plaats omdat niet is voldaan aan het vereiste dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. Juresta baseert de aansprakelijkheid van [verweerder] c.s. op schending van de verplichting van [verweerder 2] als advocaat om haar als opdrachtgeefster door voldoende voorlichting omtrent de risico's die verbonden zijn aan het treffen van rechtsmaatregelen als waarvan in deze zaak sprake is, in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of zij al dan niet opdracht zal geven tot het treffen van die rechtsmaatregelen. Deze op de advocaat rustende informatieverplichting strekt dus niet ertoe de cliënt te beschermen tegen die risico's, maar de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen. Het tekortschieten in de nakoming van deze informatieverplichting roept het risico in het leven dat de cliënt toestemming geeft die hij niet zou hebben gegeven indien hij goed geïnformeerd was, maar niet het risico dat zich in deze zaak heeft verwezenlijkt of dreigt te verwezenlijken (vgl. HR 23 november 2001, nr. C99/259, NJ 2002, 386 en HR 23 november 2001, nr 00/069, NJ 2002, 387).

3.5. Middel III bestrijdt het bewijsoordeel in het eindarrest. Het faalt want het bestreden oordeel is aan het hof als feitenrechter voorbehouden, niet onbegrijpelijk en alleszins voldoende gemotiveerd.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad: verwerpt het beroep; veroordeelt Juresta in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] c.s. begroot op € 362,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

NOOT

De geest is weer in de fles, zo lijkt het. De omkeringsregel is niet van toepassing bij "informatiefouten", dat wil zeggen bij het schenden van een plicht tot het verschaffen van informatie die de ander in staat had moeten stellen om goed geïnformeerd te beslissen. Het hier besproken arrest sluit dus naadloos aan op HR 23 november 2001, NJ 2002, 386. Die zaak betrof een gebrek aan *informed consent*. Het ging om het verwijt van een patiënte dat zij voor een medische ingreep niet was geïnformeerd over de risico's verbonden aan de ingreep. Nu dit risico zich had verwezenlijkt, deed zij een beroep op de omkeringsregel: behoudens tegenbewijs van de arts zou moeten worden aangenomen dat zij de operatie niet ondergaan zou zijn als zij wél goed zou zijn geïnformeerd. Gelijklopend was HR 23 november 2001, nr. 00/069, NJ 2002, 387, waar het een *informed consent* gebrek betrof dat beweerdelijk tot dwarslaesie had geleid. Ook daar was het de niet-geïnformeerde patiënt die op grond van de hoofdregel van (nu) art. 150 Rv moest stellen en bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het risico verbonden aan de voorgestelde behandeling, als redelijk handelende patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling.

Deze rechtspraak laat mij achter met vragen. Allereerst de verhouding tot *Dicky Trading* (HR 18 december 1992, NJ 1994, 91), het arrest dat het begin van opkomst en ondergang van de omkeringsregel inluidde. In *Dicky Trading* werd de notaris verweten dat hij had nagelaten te informeren bij comparant Franken naar het prijsverschil tussen de twee transacties en had nagelaten te wijzen op het risico verbonden aan vordering op *Dicky Trading*. De vraag die in het licht van de *informed consent*-zaken gesteld moet worden is waartoe deze op de notaris rustende onderzoeks- en informatie-

plicht strekten. Is dat niet evenzeer het voorlichten omtrent de risico's die verbonden zijn aan een bepaalde handelswijze van cliënt opdat deze in staat is om goed geïnformeerd te beslissen of zij al dan niet handelt? Als het antwoord bevestigend is, moeten we concluderen dat *Dicky Trading* vandaag de dag anders beslist moet worden.

Dan de vraag of de omkeringsregel nog wel geldt bij waarschuwings- en adviseringsplichten. De grens tussen informeren, adviseren en waarschuwen is niet altijd even helder. Zij hebben gemeen dat het altijd de autonome beslissing is van de geïnformeerde, geadviseerde en gewaarschuwde om iets of niets te doen met de informatie, het advies en de waarschuwing. Dat doet dus de vraag rijzen waar de adviserings- en waarschuwingsplicht toe strekken. Als dat is het in staat stellen van de gewaarschuwde om goed geïnformeerd een beslissing te nemen, dan zie ik geen logische grond om daar wél de omkeringsregel toe te passen. Toch gebeurt dat wel, getuige bijvoorbeeld het Skeeler-arrest (HR 25 november 2005, nr. C04/216HR, «JA» 2006/1, nr. 1). In die zaak moest de Hoge Raad oordelen over het achterwege blijven van een dringend advies van sportschool Eurosportief aan een beginnende cursiste skeelers om een valhelm te dragen. De sportschool probeert te betogen dat niet vaststaat dat als dat dringende advies was gegeven om de helm te dragen, de cursiste dit advies ook daadwerkelijk zou hebben opgevolgd. De Hoge Raad veegt in r.o. 3.4.5 dit betoog van tafel:

"3.4.5. Onderdeel I.2.5 klaagt tevergeefs dat het hof in rov. 4.10 het verbod op aanvulling van feiten heeft geschonden, omdat – aldus het onderdeel – gesteld noch gebleken is dat X, indien uitdrukkelijk op het risico van hoofdletsel was gewezen en dringend was geadviseerd een valhelm te dragen, dit advies zou hebben opgevolgd. Het onderdeel faalt omdat het eraan voorbijziet dat hier sprake is van een geval waarin de zogeheten omkeringsregel van toepassing is. Dit bracht mee dat het hof het *condicio sine qua non*-verband tussen het niet geven van genoemd advies en het door X opgelopen letsel als vaststaand moest aannemen tenzij Eurosportief gesteld en (zododig) bewezen zou hebben dat X in weerwil van dit advies geen valhelm zou hebben opgezet. Aan die stelplicht heeft

Eurosportief echter niet voldaan.”

Moeten wij hier uit afleiden dat adviseren tot een ander doel strekt dan informeren? Waarschijnlijk lijkt mij dat we moeten concluderen dat de plicht tot “dringend adviseren” in het Skeeler-arrest eigenlijk een waarschuwingsplicht betrof. Voor de waarschuwing kan ik mij voorstellen dat men oordeelt dat deze niet alleen strekt tot het geven van informatie over risico’s zodat de gewaarschuwde in vrijheid de beslissing kan nemen, maar dat deze ook strekt tot het afwenden van het risico. Waarschuwen is dan niet zo neutraal als het geven van informatie, maar strekt alsdan tot beïnvloeding van de beslissing. Voor die gevallen geldt inderdaad niet noodzakelijkerwijze de redenering die de Hoge Raad in de *informed consent*-zaken hanteert. Maar een eenvoudig onderscheid tussen de verschillende categorieën zal niet altijd eenvoudig te maken zijn. Informeren en adviseren liggen nogal eens in elkaars verlengde. De arts moet *informed consent* immers ook verkrijgen in het kader van een door hem zelf *geadviseerde* behandeling.

W.H. van Boom
hoogleraar Privaatrecht Erasmus Universiteit
Rotterdam, tevens redacteur van dit tijdschrift

44

Gerechtshof Amsterdam
19 oktober 2006, nr. 1661/04, LJN AZ6078
(mrs. Heuveling van Beek, Cortenraad, Tillema)

Aansprakelijkheid bank. Algemene voorwaarden.

[BW art. 6:74, 6:234]

X heeft op 1 december 1996 zowel per brief als per fax aan de Postbank opdracht gegeven om voor 1 januari 1997 het bedrag ad f 16.812,- aan premie voor een lijfrentepolis over te boeken op een opgegeven gironummer. De Postbank heeft deze opdracht niet uitgevoerd. Dit had zodanige – fiscale – gevolgen voor X dat hij de Postbank voor de schade aansprakelijk heeft gesteld. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof wijst de

vordering echter toe. Allereerst neemt het hof als vaststaand aan dat de Postbank destijds aansprakelijkheid heeft erkend voor het niet uitvoeren van de opdracht. De Postbank had deze aansprakelijkheidserkenning later weer ingetrokken omdat de Postbank vond dat zij slechts een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis op zich had genomen tot overboeking. Het hof oordeelt echter dat op grond van de houding en gedragingen van de Postbank X erop had mogen vertrouwen dat de Postbank aansprakelijkheid erkende en X er niet op behoefde te rekenen dat deze aansprakelijkheid later alsnog zou worden ontkend. Bovendien berokkendende deze houding en gedragingen van de Postbank aan X processueel nadeel omdat X door tijdsverloop tussen de aansprakelijkheids-erkenning en de latere aansprakelijkheidsontkenning in een slechtere bewijspositie is komen te verkeren. Het hof houdt de Postbank aansprakelijk voor de schade van X ten gevolge van het niet op tijd overboeken van het bedrag. Voorts verwerpt het hof het beroep van de Postbank op haar algemene voorwaarden. Deze voorwaarden zijn niet ter hand gesteld aan X, terwijl niet is gebleken dat dit redelijkerwijs niet mogelijk was voor de Postbank. Het hof verwerpt het verweer van de Postbank dat bij het aangaan van iedere relatie elke cliënt zich akkoord moet verklaren met de voorwaarden en elke cliënt in de gelegenheid wordt gesteld van de voorwaarden kennis te nemen. Het hof acht deze stelling onvoldoende aangezien de Postbank niet heeft gesteld dat deze voorwaarden ook specifiek aan X ter hand zijn gesteld bij het aangaan van de relatie. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en verklaart voor recht dat de Postbank aansprakelijk is voor de schade van X.

X,
appellant in principaal beroep,
verweerder in voorwaardelijk incidenteel beroep,
procureur: mr. G.W. Kernkamp,
tegen
de naamloze vennootschap *Postbank NV* te Amsterdam,
geïntimeerde in principaal beroep,
appellant in voorwaardelijk incidenteel beroep,
procureur: mr. P. Smits.

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