

An aerial photograph of Rotterdam, Netherlands, showing a dense urban landscape with a prominent modern building featuring a textured facade. The city is situated along a waterfront, with a river or canal visible in the foreground. The image is partially obscured by a large orange triangle on the left side.

Kwartaalupdate

Beroepsaansprakelijkheid

Q1 2019

Introductie

In het eerste kwartaal van 2019 zijn er op www.rechtspraak.nl 15 uitspraken gepubliceerd waarin een (civiele) vordering tegen een beroepsbeoefenaar werd ingesteld. Het merendeel betrof uitspraken met betrekking tot een advocaat, 1 uitspraak was gericht tegen een notaris en 1 uitspraak had betrekking op een assurantietussenpersoon.

De Hoge Raad wees daarnaast op 22 februari 2019 een arrest waarin de vraag centraal stond hoe de schade dient te worden begroot wanneer een NVM-makelaar de NVM-meetinstructie niet in acht neemt en een foutief (te hoog) aantal vierkante meters van een woning in diens verkoopinformatie presenteert. Op 13 juli 2018 oordeelde de Hoge Raad al dat het meten in strijd met de NVM-meet-instructie (NEN 2580) in beginsel leidt tot onrechtmatig handelen (artikel 6:162 BW).

In deze Kwartaalupdate Beroepsaansprakelijkheid voor Q1 2019 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 01.** Schending belehrungspflicht notaris - geen beroep op Novitaris-arrest
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2019) _____ 2
- 02.** Aansprakelijkheid assurantietussenpersoon – geen schending zorgplicht
in precontractuele fase (Gerechtshof Amsterdam 15 januari 2019) _____ 6
- 03.** Beroepsaansprakelijkheid advocaat / Beroepsfout op beroepsfout (?)
(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2019) _____ 8
- 04.** Aansprakelijkheid NVM-makelaar na handelen in strijd met
NVM-meetinstructie – wijze van schadebegroting (Hoge Raad 22 februari 2019) _____ 12
- 05.** Zorgplicht fiscaal adviseur – spontane adviesplicht (Hoge Raad 22 maart 2019) _____ 17

01

Schending 'belehrungspflicht' notaris - geen beroep op Novitaris-arrest

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2019)

In een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 januari 2019 zien we een notaris die naar het oordeel van het Hof onvoldoende heeft gewaakt voor de belangen van zijn cliënt.

In 2006 heeft vader (op dat moment 87 jaar en dementerend) een bedrag van ca. EUR 400.00,- aan zijn zoon uitgeleend. De notaris in kwestie stelde hiervoor een concept leningsakte op waarin ten behoeve van vader hypotheekrechten op het kantoorpand én de woning van diens zoon waren opgenomen. Uiteindelijk heeft de notaris een leningsakte gepasseerd waarin de geldlening was opgenomen en waarvan EUR 111.000,- direct door vader werd kwijtgescholden. In deze akte werd eveneens een positieve/negatieve hypotheekverklaring opgenomen ten behoeve van vader. De positieve/negatieve hypotheekverklaring had alleen betrekking op het kantoorpand van de zoon. De woning van de zoon was niet in deze verklaring opgenomen. De kwijtschelding was eveneens niet in de eerdere conceptakte opgenomen. Op de door vader verstrekte lening is niet door de zoon terugbetaald en op enig moment wordt de zoon failliet verklaard. In 2010 overlijdt vader en de executeur van de nalatenschap van vader vordert van de notaris de terugbetaling van het openstaande leningsbedrag wegens schending van diens zorgplicht jegens vader.

De rechtbank wijst de vordering toe tot een bedrag van ca. EUR 43.000,- en veroordeelt de notaris tot vergoeding van de (overige) schade die nader moet worden opgemaakt in een schadestaatprocedure. De notaris stelt hiertegen hoger beroep in.

Het Hof oordeelt dat de notaris zich er niet van heeft vergewist of zijn cliënt op de hoogte was van de door zijn zoon gewijzigde leningsconstructie en dat hij de gevolgen daarvan begreep. Volgens het Hof blijkt nergens uit dat vader zelf heeft afgezien van de vestiging van hypotheekrechten. Het Hof vindt het eveneens van belang dat de notaris in 2004 een brief had ontvangen van één van de dochters van vader waarin

waarin werd vermeld dat bij haar vader cognitieve stoornissen en een beginnend dementiesyndroom waren geconstateerd. Zijn geestelijke situatie was behoorlijk verslechterd en hij vertoonde onvoorspelbaar en onredelijk gedrag. Ook deelde de dochter aan de notaris mee dat de zoon vermoedelijk 'ongeoorloofde druk' op zijn vader uitoefende. De notaris had hier uitdrukkelijk rekening mee moeten houden. Het Hof rekent het de notaris ook zwaar aan dat hij vader niet schriftelijk en uitdrukkelijk heeft voorgelicht over de gevolgen van de door de zoon voorgestelde (nieuwe) constructie voor de zekerheid voor de terugbetaling van de lening. Het Hof oordeelt dat de notaris dat als onderdeel van zijn beehrungspflicht wel had moeten doen. Immers, een notaris dient er voor te zorgen dat partijen bij een notariële akte de daarin neergelegde verplichtingen weloverwogen aangaan. Tot slot wordt de notaris aangerekend dat hij er bij de zoon van zijn cliënt niet op heeft aangedrongen dat hij zijn verplichtingen (die bij de notaris bekend waren) jegens zijn vader diende na te komen. Daarvoor had de notaris wel zijn (uiterste) best moeten doen. Aan de notaris komt ook geen geslaagd beroep op het Novitaris-arrest¹ toe.

De notaris dient de schade – de gehele openstaande leningsverplichting – te vergoeden.

¹ HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831.

02

Aansprakelijkheid assurantië tussenpersoon – geen schending zorgplicht in precontractuele fase

(Gerechtshof Amsterdam 15 januari 2019)

In een arrest van het Hof Amsterdam van 15 januari 2019 staat de vraag centraal of een tussenpersoon zijn zorgplicht heeft geschonden in een situatie waarin nog geen opdrachtrelatie tot stand is gekomen. Het Hof stelt vast dat van een schending van de zorgplicht of onrechtmatig handelen geen sprake is.

In casu betreft het een eenmanszaak die de verzekeringsportefeuille al vijftien jaar via tussenpersoon Y had lopen. In april 2013 wordt een accountmanager van de tussenpersoon in kwestie procedure benaderd door de eenmanszaak. In het gespreksverslag van de bespreking die volgt is onder meer opgenomen dat geconstateerd is dat de eenmanszaak onderverzekerd was ten aanzien van de opstal/inventaris en dat een offerte op verschillende verzekeringsonderdelen zal worden uitgewerkt. Ook wordt geadviseerd om de opstal en de inventaris te laten taxeren. Nadat de eenmanszaak een taxatie had laten uitvoeren en de tussenpersoon een offerte aan de eenmanszaak had toegezonden, stelt A op 20 september 2013 namens de eenmanszaak per e-mail verschillende vragen over de uitgebrachte offerte. Daarop heeft de tussenpersoon per e-mail van 25 september 2013 gereageerd met het voorstel om het één en ander tijdens een vervolgfafspraak nog eens toe te lichten. Daarop is echter niet gereageerd. Een vervolgfafspraak is niet gemaakt en op 9 december 2013 ontstaat er brand in het bedrijfspand van de eenmanszaak. De schade wordt getaxeerd op EUR 98.268,-. Onder de inventaris- en goederenverzekering die de eenmanszaak via de tussenpersoon Y had gesloten, is een bedrag van EUR 27.227,- uitgekeerd.

De eenmanszaak stelt zich op het standpunt dat er op 3 juli 2013 mondelinge opdracht is verstrekt om de inventaris- en goederenverzekering over te sluiten. Het Hof (evenals de Rechtbank) volgen deze stelling echter niet, daar deze stelling feitelijk niet kan worden onderbouwd. De gespreksverslagen spreken deze stelling ook tegen.

Het Hof oordeelt dat in deze kwestie geen overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen en de tussenpersoon dus ook niet tekort geschoten is in de nakoming van deze overeenkomst. Het in acht nemen van de zorgplicht door een assurantietussenpersoon bestaat blijkens de jurisprudentie (alleen) binnen de opdrachtrelatie en van een schending is hier dus geen sprake.

De vordering wordt afgewezen en het vonnis wordt bekrachtigd.

03

Beroepsaansprakelijkheid advocaat / Beroepsfout op beroepsfout (?)

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2019)

In deze kwestie vorderde een claimant – een voormalig kapitein van een schip – schadevergoeding van een cassatieadvocaat als gevolg het niet (tijdig) instellen van cassatie. De claimant voerde vanaf 1989 een procedure tegen zijn voormalig werkgever nadat hij op staande voet was ontslagen. In eerste aanleg en nadien in hoger beroep is de vordering afgewezen. Claimant heeft zich daar niet bij neergelegd en heeft cassatieadvies ingewonnen. Van een cassatieadvocaat ontving claimant een negatief cassatieadvies. Dit advies is doorgestuurd naar de cassatieadvocaat in onderhavige kwestie. Deze cassatieadvocaat stuurde vervolgens één dag voordat cassatie uiterlijk diende te worden ingesteld, een negatief cassatieadvies aan claimant. De cassatietermijn is vervolgens onbenut verstreken. Claimant heeft vervolgens de cassatieadvocaat aansprakelijk gesteld en is een procedure gestart. In eerste aanleg, bij het Hof en bij de Hoge Raad wordt claimant in het gelijk gesteld en daarmee staat vast dat de advocaat een beroepsfout heeft gemaakt door geen cassatieberoep in te stellen. Voor de vraag naar de mogelijke schade en de omvang daarvan is de zaak verwezen naar de schadestaatprocedure.

In dat stadium blijkt echter dat claimant zich door een advocaat laat bijstaan die steken laat vallen. In de onderhavige schadestaatprocedure oordeelt de Rechtbank namelijk dat zij om te kunnen beoordelen of, en zo ja in welke omvang claimant schade heeft geleden als gevolg van de beroepsfout, dient 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 in de zaak waarin de vordering van claimant tegen zijn voormalig werkgever is afgewezen. Naar het oordeel van de Rechtbank heeft claimant 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 claimant vervolgens om die reden afgewezen. In het onderhavige arrest komt claimant op tegen het vonnis van de Rechtbank. In dit hoger beroep blijkt echter dat

de advocaat van claimant (in deze procedure) weliswaar met een een akte nadere stukken in het geding heeft gebracht, maar dat hij opnieuw niet alle stukken heeft ingediend. Het Hof oordeelt hierover:

“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. [...] 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.”

Onder meer op grond van dit punt faalt dit hoger beroep en bekrachtigt het Hof het vonnis van de Rechtbank. In deze kwestie stond de aansprakelijkheid van de advocaat dus al vast, maar strandt de zaak uiteindelijk in de schadestaatprocedure omdat er tot twee keer toe geen volledig procesdossier wordt overgelegd.

04

Aansprakelijkheid NVM-makelaar na handelen in strijd met NVM-meetinstructie – wijze van schadebegroting

[\(Hoge Raad 22 februari 2019\)](#)

Op 22 februari jl. heeft de Hoge Raad zich in een zogenaamde 'vierkante-meter zaak' gebogen over de vraag hoe de schade dient te worden begroot wanneer is gebleken dat een NVM-makelaar in strijd met de voor hem geldende NVM-meetinstructie heeft gehandeld en een foutief (te hoog) aantal vierkante meters in de verkoopinformatie heeft gepresenteerd.

Op 13 juli 2018 heeft de Hoge Raad¹ reeds geoordeeld dat het in strijd handelen met de NVM-meetinstructie in beginsel leidt tot onrechtmatig handelen (artikel 6:162 BW) van de makelaar. De vraag welke (mogelijke) schade daar vervolgens uit voortvloeit kwam echter niet aan de orde. Daar heeft de Hoge Raad op 22 februari jl. over geoordeeld. Of hiermee nu duidelijk is hoe de schade in deze zaken nu precies moet worden berekend, blijft echter de vraag.

In de onderhavige kwestie speelt (verkort weergegeven) het volgende. Een aspirant-koper bezichtigt in augustus 2014 een tweetal woningen in Apeldoorn. Deze woningen werden via de verkoopmakelaar in kwestie aangeboden en op Funda werd aan de woningen een woonoppervlakte van 150 m² toegekend. Één van deze woningen is nogmaals bezichtigd en niet lang daarna is een koopovereenkomst met betrekking tot deze woning getekend. In de verkoopbrochure van de onderhavige woning werd eveneens een woonoppervlakte van 150 m² weergegeven. Na aankoop van de woning heeft de koper zijn woning laten inmeten en blijkt dat de woning een woonoppervlak van 124 m² heeft. Reden voor de koper om de makelaar aansprakelijk te stellen.

¹ ECLI:NL:HR:2018:1176.

In het hiernavolgende zal worden ingegaan op de vraag hoe de verschillende instanties achtereenvolgens oordelen over de 'schadevraag'. De vraag of de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld komt eveneens in deze uitspraken aan bod, maar deze vraag zal hier achterwege blijven omdat daar reeds op 13 juli 2018 duidelijkheid over is verstrekt door de Hoge Raad en de uitspraken van de Rechtbank en het Hof op dat punt dus zijn ingehaald.

In eerste aanleg gaat de Rechtbank uit van een schatting van de geleden schade. De woning was aangekocht voor EUR 189.500,-. Koper stelt zich op het standpunt dat zijn schade bestaat uit het 'gemiste' aantal vierkante meters en begroot zijn schade – aan de hand van de gemiddelde vierkante meterprijs - op $(EUR 189.500,00 / 150) \times 26 = EUR 32.846,67$. De Rechtbank gaat daar niet in mee en schat de schade op EUR 20.000,-.

De makelaar gaat in beroep en het Hof hanteert een heel andere benadering voor de begroting van de schade. Het Hof stelt allereerst (terecht) vast dat er voor de bepaling van de omvang van de schade een vergelijking moet worden gemaakt tussen de situatie waarin koper zou hebben verkeerd wanneer hij juist zou zijn voorgelicht door de makelaar en de situatie waarin koper momenteel verkeert. Het zogenaamde *conditio-sine-qua-non* verband. Vervolgens stelt het Hof dat de schade dient te worden bepaald door het waardeverminderende aspect, beoordeeld naar het moment van de aankoop van de woning. Het Hof verwijst daarbij naar een arrest uit 2005 (Burger/Brouwer)¹ en oordeelt dat het waardeverminderende aspect op eenzelfde wijze (als in dat arrest werd bepaald) kan worden begroot en kan worden omschreven als het deel van de koopsom van de woning dat zijn doel, te weten verkrijging van het redelijkerwijs te verwachten woongenot, heeft gemist. Het Hof stelt vervolgens voor om dit waardeverminderende aspect door een deskundige te laten bepalen.

De makelaar stelt cassatie in tegen dit tussenarrest en klaagt in cassatie dat het Hof een onjuiste rechtsopvatting over de wijze van schadebegroting hanteert. Immers, in de opvatting van het Hof ligt besloten dat het onrechtmatig handelen van de makelaar (het niet in acht nemen van de NVM-meetinstructie) 'waardevermindering' van de woning tot gevolg zou hebben gehad. Daarvan kan volgens de makelaar geen

¹ HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (Burger/Brouwer).

sprake zijn. Wanneer er namelijk niet onrechtmatig zou zijn gehandeld dan zou de woning nog steeds 124 m² zijn (en niet 150 m²) en zou de waarde van de woning ook niet ander zijn, aldus de makelaar. Volgens de makelaar correspondeert deze opvatting van het Hof niet met de wijze waarop de schade dient te worden bepaald. Daarvoor moet immers een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin koper in werkelijkheid verkeert en de hypothetische situatie waarin deze zou hebben verkeerd wanneer het onrechtmatig handelen wordt weggedacht.

Deze klacht slaagt. De Hoge Raad volgt de makelaar in zijn klacht en oordeelt dat het Hof inderdaad is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Van een schadebegroting aan de hand van een waardeverminderend aspect kan geen sprake zijn. Hoe moet het volgens de Hoge Raad dan wel?

De Hoge Raad stelt voorop dat het Hof als vaststaand feit heeft aangenomen dat koper de woning niet zou hebben gekocht als hem voorafgaand aan de koop van de woning de juiste woonoppervlakte zou zijn meegedeeld. Nu deze vaststelling in cassatie niet door de makelaar is bestreden zal het opvolgende Hof (na verwijzing) de omvang van de schade dus moeten bepalen op basis van de hypothetische situatie dat koper de woning niet had gekocht bij vermelding van het juiste aantal vierkante meters, gemeten op basis van de NVM-meetinstructie. De Hoge Raad geeft daarbij aan dat het van belang is dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en dat de omvang van de schade wordt geschat als die omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (artikel 6:97 BW). Volgens de Hoge Raad heeft de rechter daarbij een grote mate van vrijheid. De Hoge Raad verwijst de zaak vervolgens naar het Hof Den Bosch voor verdere behandeling en beslissing.

De vraag rijst of de Hoge Raad nu duidelijkheid heeft verstrekt over de wijze van schadebegroting in zogenaamde 'vierkante meter zaken'. Deze zaken houdt de rechtspraak al geruime tijd bezig en het zou prettig zijn geweest als de Hoge Raad meer richting had gegeven. In tegenstelling tot de Hoge Raad geeft de Advocaat-Generaal deze richting wel, maar wel vanuit een kritische houding richting foutief metende makelaars. De Advocaat-Generaal komt met een twaalf stappen route waarmee in zijn optiek de (eventueel) geleden schade kan worden vastgesteld.

Daarbij mogen er volgens de Advocaat-Generaal lage eisen worden gesteld aan de stellingen van de koper omtrent het causaal verband en de hoogte van de geleden schade terwijl er op die punten juist hoge eisen moeten worden gesteld aan de stellingen van de makelaar. Volgens de Advocaat-Generaal mag een koper volstaan met het aannemelijk maken dat – als hij op de hoogte was geweest van het juiste aantal vierkante meters - hij de overeenkomst niet zou hebben gesloten, dan wel een lagere prijs zou hebben geboden en de verkoper met die lagere prijs zou hebben ingestemd. Komt de rechter tot de conclusie dat de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, dan mag de rechter de vordering volgens de Advocaat-Generaal niet afwijzen, maar moet hij overgaan tot een schatting van de schade.¹

De Advocaat-Generaal stelt dat hij niet wil bewerkstelligen dat aan kopers (die ontdekken dat de meetinstructie niet in acht is genomen) grote bedragen moeten toekomen, maar wel dat de aansprakelijkheid van de makelaar niet onder invloed van bewijsperikelen praktisch tandoos mag blijven. Wij zijn benieuwd in hoeverre het Hof Den Bosch de suggesties van de Advocaat-Generaal zal volgen.

¹ Zie voor de conclusie van de Advocaat-Generaal: ECLI:NL:PHR:2018:1459.

05

Zorgplicht fiscaal adviseur – spontane adviesplicht

[\(Hoge Raad 22 maart 2019\)](#)

In deze kwartaalupdate wordt tot slot melding gemaakt van een arrest, gewezen door de Hoge Raad op 22 maart 2019, waarin de Hoge Raad oordeelde over de spontane adviesplicht van een fiscaal adviseur. Hoewel het hier een fiscaal adviseur betreft is deze uitspraak is ook relevant voor opdrachtnemers (art. 7:400 & 7:401 BW) in bredere zin zoals advocaten, accountants en notarissen.

In opdracht van appellanten heeft de fiscaal adviseur in kwestie geadviseerd over de wijze waarop appellanten hun belang in een onderneming aan hun kinderen konden schenken, waarbij successierechten zoveel mogelijk konden worden vermeden. De door de fiscaal adviseur voorgedragen en daarop door appellanten gekozen optie heeft tot gevolg dat appellanten (nog steeds) geacht worden een aanmerkelijk belang in de onderneming te hebben en dat heeft weer (ongunstige) gevolgen voor de belastbaarheid in het kader van de inkomstenbelasting van door hen aan de onderneming ter beschikking gestelde panden. Appellanten verwijten de fiscaal adviseur dat hij hierover niet (juist) heeft geadviseerd en vorderen in deze procedure, kort gezegd, vergoeding van de door hen geleden schade. Nadat de Rechtbank de vorderingen van appellanten heeft afgewezen, heeft ook het Hof geoordeeld dat de fiscaal adviseur niet is tekortgeschoten in de nakoming van de adviesopdracht en ook niet gehouden was spontaan te adviseren over de gevolgen van de gekozen optie voor de belastbaarheid in het kader van de inkomstenbelasting van de ter beschikking gestelde panden.

Op grond van vaste jurisprudentie geldt dat een adviseur onder omstandigheden ook zonder concrete opdracht zijn cliënt dient te adviseren of waarschuwen. In dit geval had het Hof geoordeeld dat de fiscale adviseur deze spontane adviesplicht niet had omdat appellanten hun positie ten opzichte van het bedrijfsvermogen zoveel mogelijk ongewijzigd wilden laten en, bij het uitvoeren van het advies, ontstond er

geen verandering in hun (fiscale) positie in relatie tot het ter beschikking gestelde bedrijfspand. Voor de fiscaal adviseur bestond er dan ook geen aanleiding om appellanten 'spontaan' te adviseren over, dan wel te waarschuwen voor, de fiscale consequenties van schenking onder voorbehoud van recht van vruchtgebruik.

Evenmin bestond er voor de fiscaal adviseur aanleiding om appellanten te adviseren om afstand te doen van het recht van vruchtgebruik, omdat dit appellanten geen fiscaal voordeel zou opleveren.

De Hoge Raad laat dit oordeel in stand en stelt dat het Hof niet uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Wel oordeelt de Hoge Raad dat het Hof de stelling van appellanten dat het bij de aankoop van het bedrijfspand al de bedoeling was om het als beleggingspand in box 3 onder te brengen, als niet dan wel onvoldoende onderbouwd heeft verworpen. Volgens de Hoge Raad had het Hof de stellingen van appellanten en het door appellanten gedane bewijsaanbod niet mogen passeren. Het verwijzende Hof zal deze stelling dus nader moeten onderzoeken.

De Hoge Raad voegt aan het voorgaande toe dat indien de juistheid van deze stelling van appellanten vast komt te staan, dit mogelijk een ander licht kan werpen op de verplichting van de fiscaal adviseur tot advisering in verband met de schenking. Of de fiscaal adviseur in die advisering mede de gevolgen van de schenking voor de fiscale positie van het bedrijfspand had moeten betrekken, wordt immers mede bepaald door de voor de fiscaal adviseur kenbare verwachtingen die appellanten over die fiscale positie hadden. In dat geval kan er dus mogelijk wel sprake zijn van een 'spontane' adviesplicht.

Een vraag over beroepsaansprakelijkheid?

Neem contact op met een van onze specialisten



Maurice Verhoeven
Partner / Advocaat

 +31 6 2036 4060

 m.verhoeven@ploum.nl



Lennard van den Berg
Advocaat

 +31 6 8396 7265

 l.vandenberg@ploum.nl



Thomas Munnik
Advocaat

 +31 6 2248 1755

 t.munnik@ploum.nl