

116

Beroepsaansprakelijkheid van advocatenkantoor en deurwaarderskantoor voor het niet tijdig instellen van hoger beroep

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
23 augustus 2022, nr. 200.278.579_01,
ECLI:NL:GHSHE:2022:2909
(mr. Delfos-Roy, mr. Verbunt, mr. Quint)
Noot mr. E.A.L. van Emden

Beroepsaansprakelijkheid. Risicoaansprakelijkheid. Exoneratie.

[BW art. 6:74, 6:76, 6:101, 6:162, 6:171]

Door een fout binnen het deurwaarderskantoor wordt een appelexploot niet tijdig uitgebracht. De cliënt spreekt zowel het advocatenkantoor als het deurwaarderskantoor aan tot schadevergoeding. Het hof oordeelt dat (niet de deurwaarder zelf maar) het deurwaarderskantoor voor deze beroepsfout aansprakelijk is. Het advocatenkantoor is op zijn beurt risicoaansprakelijk voor de fout van het deurwaarderskantoor. Het advocatenkantoor heeft echter niet zelf een zorgplicht geschonden. Het hof oordeelt dat de algemene voorwaarden van het advocatenkantoor niet van toepassing zijn. Vervolgens vindt een 'trail within a trail' plaats om de slagingskansen van het gemiste hoger beroep te beoordelen. Het beroep op eigen schuld wordt afgewezen.

1. [X] advocaten] advocaten B.V., voorheen handelende onder de naam [handelsnaam] Advocaten B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

2. [de gerechtsdeurwaarders] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellanten,

hierna gezamenlijk aan te duiden als [appellanten] en afzonderlijk als [[X] advocaten] respectievelijk [handelsnaam],

advocaat: mr. A. van Hoey Smith te Rotterdam, tegen

1. [de Holding] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

2. [geïntimeerde 2],

wonende te [woonplaats], België,

geïntimeerden,

hierna gezamenlijk aan te duiden als [geïntimeerden] en afzonderlijk als [de Holding] respectievelijk [geïntimeerde 2],

advocaat: mr. J.L.G.M. Verwiel te Breda,

op het bij exploit van dagvaarding van 5 maart 2020 ingeleide hoger beroep van de vonnissen van 12 oktober 2016, 27 september 2017, 9 mei 2018, 30 januari 2019 en 11 december 2019 door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, gewezen tussen [appellanten] als gedaagden en [geïntimeerden] als eisers.

1. *Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/02/3038892 / HA ZA 15-816) (...; red.)*

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

3. *De beoordeling*

De feiten

3.1. In rechtsoverweging 3.1 van het bestreden vonnis van 27 september 2017 heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. De door de rechtbank vastgestelde feiten, voor zover die niet zijn betwist, vormen ook in hoger beroep het uitgangspunt.

a. Bij vonnis van 22 november 2011 is [[Y]] Koeltechniek Nederland BV. (hierna: [[Y]] Koeltechniek) in staat van faillissement verklaard.

b. [de Holding] was enig aandeelhouder en bestuurder van [[Y]] Koeltechniek. [geïntimeerde 2] is enig aandeelhouder en bestuurder van [de Holding].

c. Centercon B.V. en Ingenieurs- en Handelsburo Wijbenga B.V. (hierna gezamenlijk Centercon c.s. en afzonderlijk Centercon respectievelijk Wijbenga) hebben bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant tegen [geïntimeerden] een procedure aangespannen onder zaaknummer C/02/255175/HA ZA 12-693. Door [geïntimeerden] zijn vervolgens vorderingen in reconventie ingesteld.

d. [geïntimeerden] werd in deze procedure bijgestaan door [advocaat] te Breda.

e. Bij vonnis van 25 juni 2014 zijn de vorderingen van Centercon c.s. in conventie toegewezen en is [geïntimeerden] veroordeeld, uitvoerbaar bij voorraad, tot het doen van een aantal betalingen aan respectievelijk Centercon en Wijbenga. De

rechtbank oordeelde, kort samengevat, dat [de Holding] niet voldaan had aan de volstortplicht op de aandelen in dochtervennootschap [[Y]] Koeltechniek, waardoor [de Holding] ingevolge artikel 2:180 lid 2 BW (oud) naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk is voor tijdens haar bestuur verrichte rechtshandelingen. Ingevolge artikel 2:11 BW rust deze aansprakelijkheid ook op [geïntimeerde 2] als bestuurder van [de Holding]. De vorderingen van [geïntimeerden] in conventie zijn afgewezen.

f. Na betekening aan [geïntimeerden] op 30 juni 2014 zijn Centercon c.s. overgegaan tot executie van het vonnis.

g. [geïntimeerden] heeft zich gewend tot [persoon A], destijds verbonden aan [handelsnaam] Advocaten, om hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van 25 juni 2014.

h. [persoon A] heeft een appeldagvaarding opgesteld en deze per e-mail op 19 september 2014 aan [de gerechtsdeurwaarders] verzonden met het verzoek deze uit te brengen, rekening houdende met het vonnis van 25 juni 2014. Tevens heeft hij verzocht de ontvangst van de e-mail te bevestigen.

i. Bij email van 19 september 2014 heeft [de gerechtsdeurwaarders] de ontvangst van de opdracht bevestigd en medegedeeld dat het verloop van het dossier te volgen is via een in die e-mail nader aangeduide website en dat de algemene voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders] op alle opdrachten van toepassing zijn.

j. De appeldagvaarding is niet binnen de appeltermijn uitgebracht.

k. Bij e-mail van 30 september 2014 heeft [persoon A] namens [geïntimeerden] [de gerechtsdeurwaarders] aansprakelijk gesteld voor de schade die daarvan het gevolg is.

l. Bij brief van 12 november 2014 van de zijde van [geïntimeerden] is [persoon A] aansprakelijk gesteld voor de schade.

m. Bij brief van 24 november 2014 is [[X] advocaten] eveneens aansprakelijk gesteld voor de schade.

De procedure bij de rechtbank

3.2. Na volgens de rechtbank toegestane eiswijziging vorderde [geïntimeerden] in de procedure bij de rechtbank:

1. voor recht te verklaren dat gedaagden jegens hen toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van de aan hen verstrekte opdracht door na te laten om tijdig hoger beroep in te stellen te-

gen het vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant d.d. 25 juni 2014 (bekend onder zaaknummer/rolnummer CO2/255175/HA ZA – 12-693);

2. voor recht te verklaren dat gedaagden jegens eisers aansprakelijk zijn voor schade (direct en indirect) die het gevolg is van de onder sub 1 toerekenbare tekortkoming;

3. voor recht te verklaren dat gedaagden jegens eisers onrechtmatig hebben gehandeld door na te laten tijdig hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant d.d. 25 juni 2014 (bekend onder zaaknummer/rolnummer CO2/255175/HA ZA – 12-693);

4. voor recht te verklaren dat gedaagden jegens eisers aansprakelijk zijn voor de schade (direct en indirect) die het gevolg is van de onder sub 3 gestelde onrechtmatige daad;

5. gedaagden hoofdelijk te veroordelen, zodat indien de een betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, om aan eisers te voldoen een bedrag gelijk aan de bedragen waartoe eisers hoofdelijk zijn veroordeeld bij vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, althans een bedrag als door de rechtbank in redelijk zal worden bepaald, alsmede de overige door eisers geleden schade op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

6. gedaagden te veroordelen tot het betalen van de wettelijke rente over de bedragen die in het kader van de voorliggende vorderingen worden vastgesteld met ingang van de dag der dagvaarding tot aan de dag der volledige betaling; met veroordeling van gedaagden in de kosten van de procedure.

3.3. [geïntimeerden] heeft aan deze vordering ten grondslag gelegd, zakelijk weergegeven, dat sprake is van een tekortkoming van [persoon A] en [[X] advocaten] tegenover [geïntimeerden] Aan [persoon A], destijds verbonden aan [[X] advocaten], is opdracht verleend om hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van 25 juni 2014 in de procedure tegen Centercon c.s. De door [persoon A] als hulppersoon ingeschakelde deurwaarder [de gerechtsdeurwaarders] heeft de hoger beroep-dagvaarding echter niet tijdig uitgebracht.

Er is sprake van een beroepsfout van [persoon A], waarvoor [[X] advocaten] en [persoon A] hoofdelijk aansprakelijk zijn. [persoon A] heeft telefonisch erkend dat de tekortkoming van de deurwaarder ook een tekortkoming van hem is. [de gerechtsdeurwaarders] is tekortgeschoten in zijn wettelijke verplichting door de dagvaarding niet

binnen de hoger beroep-termijn uit te brengen. Daardoor heeft hij jegens [geïntimeerden] onrechtmatig gehandeld en is dus eveneens aansprakelijk voor de door [geïntimeerden] geleden schade. [persoon A] heeft aan [de Holding] laten weten dat [de gerechtsdeurwaarders] de beroepsfout eveneens erkend.

Als gevolg van het niet tijdig uitbrengen van de dagvaarding in hoger beroep is [geïntimeerden] niet meer in de gelegenheid het vonnis van 25 juni 2014 te laten toetsen. In hoger beroep zou een deugdelijke onderbouwing zijn gegeven dat de aandelen wel zijn volgestort. Het vonnis zou dan ook zijn vernietigd. Gedaagden zijn aansprakelijk voor de aldus door [geïntimeerden] geleden schade.

3.4. [appellanten] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen.

3.5. In het bestreden vonnis van 12 oktober 2016 heeft de rechtbank een verschijning van partijen bevolen, die op 13 januari 2017 heeft plaatsgevonden. Hoewel het door [appellanten] ingestelde hoger beroep zich volgens de hoger beroep dagvaarding en randnummer 1.1 van de memorie van grieven ook richt tegen dit vonnis zijn geen grieven tegen dit vonnis, waarin geen inhoudelijke oordelen of beslissingen zijn genomen, geformuleerd. Op grond van artikel 131 Rv staat geen hoger beroep tegen dat tussenvonnis open. [appellanten] zal in haar hoger beroep tegen dit vonnis niet ontvankelijk worden verklaard.

3.6. In het bestreden vonnis van 27 september 2017 heeft de rechtbank geoordeeld, samengevat, dat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] geen deel uitmaken van de overeenkomst tussen [[X] advocaten] en [geïntimeerden], dat daarom het beroep van [[X] advocaten] op onder meer de toepasselijkheid van de bepalingen 2 en 6 van deze algemene voorwaarden wordt gepasseerd en dat de vraag of [geïntimeerden] zich kan beroepen op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden in het midden kan blijven (rov. 3.15).

Omdat de voorwaarden van [[X] advocaten] niet van toepassing zijn op de relatie met [geïntimeerden] zijn ook de voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders] niet van toepassing (rov. 3.17).

Door de dagvaarding niet tijdig te betekenen, heeft de gerechtsdeurwaarder niet de zorgvuldigheid in acht genomen die van een redelijk be-

kwaam en redelijk handelend ambtgenoot mag worden verwacht en in zoverre is sprake van een beroepsfout (rov. 3.20).

Op grond van artikel 6:76 BW van het Burgerlijk Wetboek is [[X] advocaten] in haar verhouding tot [de Holding] aansprakelijk voor eventuele fouten van de door haar ingeschakelde deurwaarder. Een advocaat die zich jegens zijn cliënt heeft verbonden tot het instellen van hoger beroep en uit dien hoofde een deurwaarder opdracht geeft tot het uitbrengen van een daartoe strekkende dagvaarding is jegens zijn cliënt gehouden tijdig na te gaan of de deurwaarder de gegeven opdracht werkelijk op de juiste wijze en tijdig heeft uitgevoerd (rov. 3.23).

De rechtbank beslist tot aanhouding van de beoordeling van de overige geschilpunten in afwachting van de reactie van [appellanten] op de eiswijziging van [geïntimeerden], met verwijzing naar de rol voor uitlating aan de zijde van [appellanten] over de eiswijziging van [geïntimeerden], zoals geformuleerd bij akte van 13 januari 2017 (rov. 3.24 en dictum 4.1).

3.7. In het bestreden vonnis van 9 mei 2018 heeft de rechtbank [geïntimeerden] toegestaan voort te procederen op basis van de eiswijziging bij akte van 13 januari 2017 en de bezwaren van [appellanten] daartegen verworpen (rov. 2.2).

Verder overweegt de rechtbank, zakelijk weergegeven, dat [geïntimeerden] ten onrechte [persoon A] verwijt dat hij onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld, en dat dit betekent dat vorderingen voor zover gericht tegen [persoon A] moeten worden afgewezen (rov. 2.7).

Er is sprake van een fout van het deurwaarderskantoor. [[X] advocaten] en [de gerechtsdeurwaarders] zijn gehouden tot vergoeding van de schade die [geïntimeerden] lijdt als gevolg van het niet tijdig betekenen van de dagvaarding; [[X] advocaten] op grond van artikel 6:76 BW en [de gerechtsdeurwaarders] op grond van artikel 6:162 BW (rov. 2.14).

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van causaal verband tussen de gemaakte beroepsfout en de door [geïntimeerden] gestelde schade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin [geïntimeerden] feitelijk verkeert en de hypothetische situatie waarin zij zou hebben verkeerd als de fout niet zou zijn gemaakt. Daarbij moet een afweging worden gemaakt tussen de goede en kwade kansen voor [geïntimeerden] ten

aanzien van een voor haar succesvolle afloop van de procedure (rov. 2.16);

De rechtbank heeft in het vonnis van 25 juni 2014 in de procedure tussen Centercon c.s. en [geïntimeerden] geoordeeld dat [geïntimeerden] tegenover Centercon c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van het bepaalde in artikel 2:180 lid 2 BW (oud) voor tijdens hun bestuur verrichte rechtshandelingen omdat er geen rechtsgeldige volstorting heeft plaatsgevonden, aangezien de destijds op de inbrengbalans van [[Y]] Koeltechniek BV opgenomen post 'rekening courant moedermaatschappij' van fl. 5.788,- niet een bestaande vordering was. De vordering in conventie van Centercon c.s. tegen [geïntimeerden] is daarom toegewezen en de vordering in reconventie is afgewezen (rov. 2.19);

Het betoog van [appellanten] dat [geïntimeerden], gelet op de strakke termijnen die het hof hanteert voor het nemen van de memorie grieven, de stukken die nodig waren voor het instellen van hoger beroep tegen het vonnis van 25 juni 2014 in de procedure tegen Centercon c.s. niet tijdig tot haar beschikking zou hebben gehad, wordt gepasseerd (rov. 2.22).

In hoger beroep zou het hof [geïntimeerden] hebben toegelaten tot bewijslevering van haar stelling dat er op de datum van oprichting sprake was van een reële vordering van [[Y]] Koeltechniek BV i.o. op [de Holding] van fl. 5.788,-. Om vast te stellen wat het hof zou hebben beslist na bewijslevering wordt [geïntimeerden] toegelaten dat bewijs te leveren (rov. 2.27). Verder zou het hof daarin, mede gelet op wat daarover in de (samengestelde) jaarrekening van [de Holding] over 1999 op pagina 10 is vermeld, [geïntimeerden] hebben toegelaten tot bewijslevering van haar stelling dat tot de ingebrachte vervoermiddelen een Nissan 2.3D behoorde die bij aanschaf van een nieuwe bestelbus werd ingeruild. Om vast te stellen wat het hof zou hebben beslist na bewijslevering wordt [geïntimeerden] toegelaten dat bewijs te leveren (rov. 2.33).

De stelling van [geïntimeerden] dat voor de vraag of is voldaan aan de volstortingsplicht rekening moet worden gehouden met goodwill, wordt verworpen (rov. 2.36).

De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan (rov. 2.37).

3.8. Bij vonnis van 30 januari 2019 heeft de rechtbank beslist op de door [appellanten] ingestelde incidentele vordering ex artikel 843a Rv. Daarbij

heeft de rechtbank [geïntimeerden] veroordeeld om binnen twee dagen na de datum van het vonnis aan [appellanten] afschriften te verstrekken van:

- de jaarrekeningen 1996 en 1997 van [[H]] Koeltechnisch Groothandelsburo B.V.;
- de aangiften Venootschapsbelasting 1997 en 1998 van [[H]] Koeltechnisch Groothandelsburo B.V.;
- de aangifte vennootschapsbelasting 1999 van [de Holding] B.V.

De rechtbank heeft dat vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard en de kosten van het incident tussen partijen gecompenseerd. Het door [appellanten] ingestelde hoger beroep heeft mede betrekking op dit vonnis van 30 januari 2019. [appellanten] heeft echter geen concrete grieven geformuleerd tegen dit vonnis, zodat [appellanten] in het hoger beroep, voor zover hierop betrekking hebbend, niet ontvankelijk zal worden verklaard.

3.9. In het bestreden vonnis van 11 december 2019 herhaalt de rechtbank dat in het bestreden vonnis van 9 mei 2018 [geïntimeerden] zijn toegelaten bewijs te leveren:

- a. dat er op de datum van oprichting sprake was van een reële vordering van [[Y]] Koeltechniek BV i.o. op [de Holding] van fl. 5.788,-;
- b. dat tot de ingebrachte vervoermiddelen een Nissan 2.3D behoorde die bij aanschaf van een nieuwe bestelbus werd ingeruild.

Vervolgens oordeelt de rechtbank, zakelijk weergegeven, het volgende.

[geïntimeerden] heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de rekening-courant vordering van fl. 5.788,- aangemerkt moet worden als een reële, inbare vordering, zodat aan de volstortingsplicht ingevolge artikel 2:108 BW (oud) is voldaan (rov. 2.15).

[geïntimeerden] is tevens in haar bewijsopdracht B geslaagd. In het kader van de inbreng moet in aanmerking worden genomen dat er een boekwinst van fl. 6.233,- is gerealiseerd bij de inruil van de Nissan 2.3 D die als eerste afschrijving op de Hyundai werd genomen (rov. 2.24).

[geïntimeerden] heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de grief van [geïntimeerden] tegen het oordeel van de rechtbank dat zij aansprakelijk is wegens het niet voldoen aan de volstortingsplicht zou slagen, dat het gerechtshof het vonnis van de rechtbank van 25 juni 2014 in conventie vernietigd zou hebben en de vorderingen van Centercon

c.s. op grond van de primaire grondslag (aansprakelijkheid ingevolge artikel 2:180 lid 2 BW (oud)) zou hebben afgewezen.

In hoger beroep zou de vordering van Centercon c.s., voor zover gebaseerd op de gestelde subsidiaire grondslag, te weten dat [geïntimeerden] ingevolge artikel 2:249 BW jo artikel 2:11 BW jegens haar aansprakelijk is voor de door haar geleden schade, als onvoldoende onderbouwd zijn afgewezen (rov. 2.34-2.38).

De meer subsidiaire grondslag, te weten dat [geïntimeerden] jegens haar een schijn van kredietwaardigheid heeft gewekt die geen grond vond in de financiële toestand van [[Y]] Koeltechniek, terwijl zij vanaf 2009 al had moeten weten dat [[Y]] Koeltechniek de overeenkomsten met Centercon c.s. niet tijdig en niet volledig zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden, zou ook niet tot toewijzing van de vordering van Centercon c.s. hebben geleid (rov. 2.43-2.46). Ook het beroep op artikel 2:248 BW kan [appellanten] niet baten (rov. 2.47).

De rechtbank wijst de vorderingen tegen [persoon A] af, verklaart voor recht, kort gezegd, dat [[X] advocaten] jegens [geïntimeerden] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de aan haar verstrekte opdracht om tijdig hoger beroep in te stellen en dat [de gerechtsdeurwaarders] jegens [geïntimeerden] onrechtmatig heeft gehandeld door na te laten tijdig hoger beroep in te stellen en veroordeelt [[X] advocaten] en [de gerechtsdeurwaarders] hoofdelijk tot vergoeding van de geleden en nog te lijden schade van [geïntimeerden], nader op te maken bij staat.

Het hoger beroep

3.10. [appellanten] heeft in hoger beroep 27 grieven aangevoerd, genummerd I tot en met XXVII. [appellanten] heeft geconcludeerd tot, kort gezegd, vernietiging van de bestreden vonnissen en het alsnog niet-ontvankelijk verklaren van [geïntimeerden] in haar vordering althans tot afwijzing daarvan, met zo nodig veroordeling van [geïntimeerden] tot terugbetaling aan [appellanten], kort gezegd, van al hetgeen [appellanten] ter uitvoering van de bestreden vonnissen aan [geïntimeerden] heeft voldaan en/of zal voldoen vermeerderd met de wettelijke rente, en met veroordeling van [geïntimeerden] in de proceskosten en de nakosten, een en ander met wettelijke rente.

3.11. [geïntimeerden] heeft de grieven van [appellanten] gemotiveerd bestreden en geconcludeerd tot, kort gezegd, bevestiging van de bestreden vonnissen met veroordeling van [appellanten] in de kosten van het hoger beroep. Op wat [geïntimeerden] daartoe heeft aangevoerd wordt hierna ingegaan, voor zover dat voor de beoordeling in dit hoger beroep van belang is.

3.12. Het hof oordeelt als volgt. De gronden waarop [appellanten] hoger beroep heeft ingesteld, leiden slechts tot een gedeeltelijke vernietiging van het bestreden vonnis van 11 december 2019, namelijk uitsluitend voor wat betreft de onder 3.2. van het dictum van dat vonnis gegeven verklaring voor recht. Voor het overige zal dat vonnis, net als de bestreden vonnissen van 27 september 2017 en 9 mei 2018, in stand blijven, zij het deels met verbetering van gronden. Het hof zal hierna uiteenzetten waarom dat zo is.

De grieven I, II en III: zijn de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] van toepassing?

3.13. Met de grieven I, II en III komt [appellanten] op tegen wat de rechtbank oordeelt in de rechtsoverwegingen 3.9, 3.13, 3.14 en 3.15 (deels) van het bestreden vonnis van 27 september 2017. Samengevat houdt dat oordeel in dat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] geen onderdeel uitmaken van de overeenkomst tussen [geïntimeerden] en [[X] advocaten]. Met de grieven I, II en III en de daarop gegeven toelichting betoogt [appellanten] dat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] wel deel uitmaken van die overeenkomst en daarom van toepassing zijn.

3.14. De grieven I, II en III van [appellanten] slagen niet. De redenen daarvoor zijn de volgende.

3.15. Met grief I betoogt [appellanten], zakelijk weergegeven, dat, anders dan de rechtbank in rechtsoverweging 3.9 van het tussenvonnis van 27 september 2017 oordeelt, wel sprake is van een gerechtelijke erkenning door [geïntimeerden] dat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] van toepassing zijn. Daarom moet van de toepasselijkheid daarvan worden uitgegaan.

3.16. Artikel 154 lid 1 Rv bepaalt dat een gerechtelijke erkenning het in een aanhangig geding door een partij uitdrukkelijk erkennen van de waarheid van een of meer stellingen van de wederpartij is. Die uitdrukkelijke erkenning moet ondubbelzinnig zijn (HR 17 februari 2006, NJ 2006/156).

3.17. [appellanten] baseert haar stelling dat [geïntimeerden] de toepasselijkheid van de algemene

voorwaarden van [[X] advocaten] gerechtelijk zou hebben erkend op een passage uit randnummer 16 van de dagvaarding die de procedure bij de rechtbank inleidde:

‘Medio 2014 heeft [geïntimeerden] aan mr. [persoon A] de opdracht verstrekt om over te gaan tot het instellen van hoger beroep tegen het vonnis. [persoon A] heeft deze opdracht aanvaard. Deze opdracht is op grond van het feit dat [persoon A] deel uitmaakt van [handelsnaam] en voor zover relevant onder verwijzing naar de algemene voorwaarden van [handelsnaam], mede verstrekt aan [handelsnaam] en wordt geacht ook mede te zijn aanvaard door [handelsnaam]. (...)’

Uit deze passage blijkt niet van een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige erkenning dat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] van toepassing zijn, in de zin van artikel 154 lid 1 Rv. Het centrale punt dat in deze passage namens [geïntimeerden] wordt gemaakt, is dat door [geïntimeerden] aan zowel advocaat [persoon A] als het kantoor waaraan [persoon A] verbonden is, [handelsnaam], opdracht is gegeven om hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van de rechtbank Breda van 25 juni 2014 in de procedure tussen [geïntimeerden] en Centercon c.s. De passage bevat naar het oordeel van het hof niet meer of anders dan een weergave van de feitelijke gang van zaken bij de opdrachtverlening en de betekenis daarvan, namelijk dat de opdracht niet alleen aan [persoon A] is verstrekt, maar ook aan [handelsnaam]. De algemene voorwaarden van [[X] advocaten] worden daarbij slechts zijdelings en op beschrijvende wijze genoemd, zonder dat daarbij bewoordingen worden gebruikt die er ondubbelzinnig op duiden dat [geïntimeerden] de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] erkent.

3.18. De conclusie is dat geen sprake is van een gerechtelijke erkenning in de zin van artikel 154 lid 1 Rv. Grief I slaagt niet.

3.19. Met grief II betoogt [appellanten], samengevat, dat tussen [[X] advocaten] enerzijds en [de Holding] en [geïntimeerde 2] anderzijds sprake was van een bestendige relatie waarin [[X] advocaten] erop heeft mogen vertrouwen dat haar algemene voorwaarden stilzwijgend waren aanvaard.

Zakelijk weergegeven, voert [appellanten] ter onderbouwing van deze grief aan, onder verwijzing naar een e-mail van [geïntimeerde 2] van 25 juni 2014 (productie 6 bij de conclusie van antwoord)

en naar diverse verklaringen van [persoon A] (producties 43, 56 en 57 van [[X] advocaten]), dat [geïntimeerden] tussen 2004 en 2014 met zeer grote regelmaat juridische werkzaamheden heeft laten verrichten door [[X] advocaten]. In die periode heeft [geïntimeerden] veelvuldig en in diverse kwesties (fax-)brieven van [[X] advocaten] ontvangen met daarop een verwijzing naar de door [[X] advocaten] gehanteerde algemene voorwaarden die in heldere bewoordingen op de achterzijde van het briefpapier waren afgedrukt. Daarnaast heeft [geïntimeerden] van [[X] advocaten] veelvuldig facturen ontvangen, met daarop ook een verwijzing naar haar algemene voorwaarden. Die facturen zijn door [geïntimeerde 2] (mede namens [de Holding]) geaccordeerd en betaald.

Er is door [geïntimeerden] nooit een voorbehoud gemaakt ten aanzien van of geprotesteerd tegen de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden.

De algemene voorwaarden van [[X] advocaten] staan vermeld op de achterzijde van de aan [geïntimeerden] gezonden (fax-)brieven. Deze zijn daarmee ook aan [geïntimeerden] ter hand gesteld.

[geïntimeerde 2] is een ervaren ondernemer van wie verwacht mag worden dat hij bekend is met het gebruik van algemene voorwaarden in het algemeen, en door zakelijke dienstverleners als advocaten (en deurwaarders) in het bijzonder. De door [[X] advocaten] gehanteerde algemene voorwaarden, waaronder de daarin opgenomen aansprakelijkheidsbeperkingen, zijn gebruikelijk in de branche, aldus nog steeds [appellanten].

3.20. Bij de beantwoording van de vraag of de algemene voorwaarden van [appellanten] van toepassing zijn, dienen de maatstaven te worden aangelegd die in het algemeen gelden bij de totstandkoming van overeenkomsten. De toepasselijkheid van algemene voorwaarden kan dus worden aangenomen indien zij door de gebruiker is voorgesteld en door de wederpartij is aanvaard, waaronder begrepen het geval dat de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt met de toepasselijkheid in te stemmen. Deze aanvaarding kan ook uit een stilzwijgen van de wederpartij worden afgeleid. Hierbij is het niet noodzakelijk dat de wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden kent. Voldoende is dat voor of bij het sluiten van de overeenkomst naar de algemene voorwaarden wordt verwezen.

3.21. Naar het oordeel van het hof zijn de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] niet van toepassing. Het hof baseert dat oordeel op het volgende.

3.22. Het hof stelt ten eerste vast dat niet in geschil is dat [[X] advocaten] op of omstreeks 5 september 2014 van [geïntimeerden] de opdracht kreeg om hoger beroep in te stellen tegen het voor [geïntimeerden] ongunstige vonnis van 25 juni 2014 in de procedure tussen [geïntimeerden] en Centercon c.s. Ook is niet in geschil dat [[X] advocaten] toen niet uitdrukkelijk heeft gewezen op haar algemene voorwaarden en dat [geïntimeerden] de toepasselijkheid ervan toen niet uitdrukkelijk heeft aanvaard, zodat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] niet op die grond van toepassing zijn op de hiervoor bedoelde opdracht.

3.23. Verder zijn naar het oordeel van het hof geen feiten en omstandigheden komen vast te staan die meebrengen dat [[X] advocaten] gerechtvaardigd erop heeft mogen vertrouwen dat haar algemene voorwaarden op de opdracht van toepassing zijn. Tussen [[X] advocaten] en [geïntimeerden] bestond in zoverre een bestendige relatie dat uit het door haar als onderdeel van productie 56 bij de memorie van grieven overgelegde overzicht volgt dat [[X] advocaten] tussen 2004 en 2010 diverse zaken heeft behandeld voor [[Y]] Koeltechniek, zijnde de vennootschap waarvan [de Holding] enig aandeelhouder en bestuurder is en [geïntimeerde 2] indirect bestuurder, zodat aannemelijk is dat uit dien hoofde contacten zullen hebben plaatsgevonden tussen [[X] advocaten] en ([de Holding] in de persoon van) [geïntimeerde 2]. Maar die enkele omstandigheid brengt nog niet mee dat [[X] advocaten] erop mocht vertrouwen dat [geïntimeerden] ermee bekend was dat zij bij haar dienstverlening algemene voorwaarden hanteerde en deze daarom stilzwijgend door [geïntimeerden] waren aanvaard. Daarvoor is nodig dat vast komt te staan dat op de eerder namens [[Y]] Koeltechniek aan [[X] advocaten] verstrekte opdrachten de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] van toepassing waren doordat zij door [[X] advocaten] op ten minste enkele opdrachten van toepassing zijn verklaard en de toepasselijkheid daarvan namens [[Y]] Koeltechniek daarbij, al dan niet stilzwijgend, is aanvaard, en dat [geïntimeerde 2] daarmee bekend was; zou dat vast komen te staan, dan moet ook [de Holding] geacht worden daarmee bekend te zijn wegens toerekening van de kennis van [geïntimeerde 2] als

haar (indirect) bestuurder. Die kennis zou dan ook aan [geïntimeerde 2] in privé mogen worden toegerekend. Dit alles is echter niet vast komen te staan. Het hof wijst op het volgende.

3.24. De door [appellanten] overgelegde verklaringen van [persoon A] van respectievelijk 11 januari 2017 (productie 43 bij akte overleggen producties ten behoeve van de comparitie d.d. 13 januari 2017), 21 april 2020 (onderdeel van productie 56 bij memorie van grieven) en 1 mei 2020 (onderdeel van productie 57 bij memorie van grieven) zijn niet voldoende. Goed beschouwd, stelt [persoon A] in zijn verklaring van 11 januari 2017 niet meer of anders dan dat in de eerder genoemde periode nagenoeg alle correspondentie aan [[Y]] Koeltechniek per post en per fax werd gezonden, en dat het briefpapier sinds jaar en dag een verwijzing naar de algemene voorwaarden bevat. Daarbij zijn echter geen afschriften van in die periode aan [[Y]] Koeltechniek gezonden brieven gevoegd die het relaas van [persoon A] schragen. Dergelijke afschriften zijn ook niet gevoegd bij de verklaring van [persoon A] van 21 april 2020. Ook de stukken die door [[X] advocaten] zijn overgelegd bij de verklaring van [persoon A] van 1 mei 2020 tonen niet aan dat tussen 2004 en 2010, in het kader van de behandeling van zaken voor [[Y]] Koeltechniek, door [[X] advocaten] brieven zijn verzonden met daarop een verwijzing naar haar algemene voorwaarden.

3.25. Als onderdeel van productie 57 is verder nog een van [[X] advocaten] afkomstige e-mail van 18 maart 2013 aan de echtgenote van [geïntimeerde 2] gevoegd, met als bijlage een brief aan een derde in een zaak die toen kennelijk voor een andere vennootschap uit de [de Holding] groep werd behandeld. Een en ander kan [appellanten] niet baten. De betreffende e-mail was niet (mede) aan [de Holding] en [geïntimeerde 2] gericht; niet vaststaat dat zij kennis hebben gekregen van die e-mail. Verder bevat de e-mail zelf geen verwijzing naar door [[X] advocaten] gehanteerde algemene voorwaarden. Dat de in kopie aangehechte brief aan de derde wel zo'n verwijzing bevat, legt daarbij geen gewicht in de schaal. Die brief was immers bestemd voor de derde, zodat daarmee niet zonder meer is gezegd dat [[X] advocaten] haar algemene voorwaarden ook van toepassing acht op de betreffende opdracht, laat staan op de onderhavige. Ook de verder door [[X] advocaten] als onderdeel van productie 57 overgelegde stukken kunnen [[X] advocaten] niet baten. Uit die

stukken blijkt niet dat ze zijn gezonden aan of betrekking hadden op [geïntimeerden] of een tot de [de Holding] groep behorende vennootschap.

3.26. Het voorgaande betekent dat niet is komen vast te staan dat door [[X] advocaten] bij het verlenen van diensten aan andere vennootschappen van de [de Holding] groep in de periode die voortafging aan de opdracht van [geïntimeerden] op of omstreeks 5 september 2014 om hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van 25 juni 2014, ten minste enkele malen uitdrukkelijk is gewezen op de toepasselijkheid van haar algemene voorwaarden en dat die toepasselijkheid door de betreffende vennootschappen toen, al dan niet stilzwijgend, is aanvaard. Daaraan kan naar het oordeel van het hof niet afdoen dat [[X] advocaten], zoals [persoon A] in zijn verklaringen van 21 april 2020 en 1 mei 2020 opwerpt, als gevolg van het lange tijdsverloop niet in staat is nog afschriften van brieven uit de eerder voor vennootschappen uit de [de Holding] groep behandelde dossiers over te leggen waarin naar haar algemene voorwaarden wordt verwezen. Dat bewijsprobleem behoort naar het oordeel van het hof voor risico van [[X] advocaten] te blijven. [[X] advocaten] had dat probleem immers kunnen vermijden door bij het aanvaarden van de in deze zaak aan de orde zijnde opdracht van [geïntimeerden] naar haar algemene voorwaarden te verwijzen, bijvoorbeeld in de van [persoon A] afkomstige en aan [geïntimeerde 2] gezonden e-mail van 14 augustus 2014. Daarbij acht het hof ook van belang dat, zoals [geïntimeerden] bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep onweersproken heeft aangevoerd, een advocaat op grond van de binnen de advocatuur geldende beroepsregels ter voorkoming van misverstanden gehouden is om iedere opdracht en de in verband daarmee gemaakte afspraken, waaronder de eventuele toepasselijkheid van algemene voorwaarden, tegenover de cliënt schriftelijk vast te leggen.

3.27. Het voorgaande betekent dat de door [[X] advocaten] gestelde bestendige relatie niet meebrengt dat [[X] advocaten] erop mocht vertrouwen dat [geïntimeerden] haar algemene voorwaarden stilzwijgend heeft aanvaard. Door [appellanten] is in hoger beroep niet nader concreet bewijs aangeboden van verdere feiten en omstandigheden waaruit kan volgen dat [[X] advocaten] erop mocht vertrouwen dat [geïntimeerden] de toepasselijkheid van haar algemene voor-

waarden stilzwijgend had aanvaard, zodat dit in hoger beroep niet meer kan komen vast te staan.

3.28. Met grief III betoogt [appellanten] dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] geen onderdeel uitmaken van de overeenkomst tussen [geïntimeerden] en [[X] advocaten]. In de op deze grief gegeven toelichting verwijst [appellanten] naar wat zij ter toelichting op de grieven I en II heeft aangevoerd. Het is daarmee niet een zelfstandige grief en zij dient het lot te delen van de grieven I en II. Nu deze niet slagen, slaagt ook grief III niet.

3.29. De conclusie op basis van wat hiervoor naar aanleiding van de grieven I, II en III is overwogen, is dat zij niet slagen en de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] niet van toepassing zijn op de door [geïntimeerden] aan [[X] advocaten] gegeven opdracht.

De grieven IV en V: gelden artikel 2 en artikel 6 van de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] en kan het beroep van [geïntimeerden] op vernietigbaarheid in het midden blijven?

3.30. Met grief IV komt [appellanten] op tegen rechtsoverweging 3.15 van het bestreden vonnis van 27 september 2017. Daarin passeert de rechtbank het beroep van [appellanten] op de artikelen 2 en 6 van haar algemene voorwaarden. Nu in het voorgaande naar aanleiding van de grieven I tot en met III is geoordeeld dat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] niet van toepassing zijn op de door [geïntimeerden] aan [[X] advocaten] gegeven opdracht, betekent dat ook dat de daarin opgenomen artikelen 2 en 6 niet van toepassing zijn. Om die reden slaagt grief IV niet.

3.31. Ook grief V, gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 3.15 van het vonnis van 27 september 2017 dat het beroep van [geïntimeerden] op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] in het midden kan blijven, slaagt niet. Nu hiervoor is geoordeeld dat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] niet van toepassing zijn, wordt aan het beroep van [geïntimeerden] op de vernietigbaarheid daarvan niet toegekomen.

Grief VI: zijn de algemene voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders] van toepassing?

3.32. Met grief VI komt [appellanten] op tegen rechtsoverweging 3.17 van het bestreden vonnis van 27 september 2017. Daarin oordeelde de

rechtbank dat, nu de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] niet van toepassing zijn, ook de algemene voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders] niet van toepassing zijn.

3.33. Uit de door [appellanten] op grief VI gegeven toelichting volgt dat [appellanten] de gestelde toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders] uitsluitend baseert op de aangevoerde toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van [[X] advocaten], en in het bijzonder artikel 6 daarvan. [appellanten] stelt dat [geïntimeerden] op basis daarvan [[X] advocaten] gemachtigd heeft de algemene voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders] namens [geïntimeerden] te aanvaarden, en dat van zodanige aanvaarding ook sprake is. Daartoe beroept [appellanten] zich erop dat zij met [de gerechtsdeurwaarders] een bestendige relatie heeft en dat zij namens [geïntimeerden] de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders] heeft aanvaard. Dat laatste volgt volgens [appellanten] uit de e-mailwisseling op 19 september 2014 tussen haar en [de gerechtsdeurwaarders] in verband met de opdracht tot het uitbrengen van de dagvaarding tegen Centercon c.s. (producties 11 en 12 bij conclusie van antwoord).

3.34. In het midden kan blijven of artikel 6 van de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] in verbintenisrechtelijke zin grond biedt voor de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders] tegenover [geïntimeerden] en of sprake is van aanvaarding ervan door [[X] advocaten] namens [geïntimeerden] (de bewoordingen waarin de hiervoor bedoelde e-mails zijn gesteld duiden naar het oordeel van het hof in ieder geval niet zonder meer op zodanige aanvaarding door [[X] advocaten] namens [geïntimeerden]). Nu in het voorgaande is geoordeeld dat de algemene voorwaarden van [[X] advocaten] niet van toepassing zijn, biedt het daarin opgenomen artikel 6 geen basis voor de door [appellanten] gestelde toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders].

3.35. Het voorgaande voert tot de conclusie dat de algemene voorwaarden van [de gerechtsdeurwaarders] niet van toepassing zijn. Grief VI slaagt niet.

De grieven VII tot en met XII: zijn [[X] advocaten] en [de gerechtsdeurwaarders] tegenover [geïntimeerden] aansprakelijk voor het niet tijdig ingesteld zijn van hoger beroep?

Inleiding

3.36. Met de grieven VII tot en met XII en de daarop gegeven toelichting bestrijdt [appellanten] de oordelen van de rechtbank in de rechtsoverwegingen 3.20 en 3.23 van het bestreden vonnis van 27 september 2017 en de rechtsoverwegingen 2.11, 2.12, 2.13 en 2.14 van het bestreden vonnis van 9 mei 2018. Die overwegingen voeren de rechtbank tot de conclusie dat [appellanten] tegenover [geïntimeerden] aansprakelijk is voor het niet tijdig ingesteld zijn van hoger beroep tegen het vonnis van 25 juni 2014 in het geding tussen [geïntimeerden] en Centercon c.s.

Ter toelichting betoogt [appellanten], zakelijk weergegeven, dat slechts de gerechtsdeurwaarder (exclusief) aansprakelijk is voor ambtshandelingen en alle werkzaamheden die daarmee samenhangen, zoals die van de werknemer van [de gerechtsdeurwaarders]. De handelingen van de medewerker van [de gerechtsdeurwaarders] die ertoe hebben geleid dat de appeldagvaarding niet tijdig werd betekend, te weten dat zij door de betreffende medewerker als een gewone dagvaarding is aangemerkt in plaats van als een appeldagvaarding, kwalificeren als ambtshandelingen. Zij hangen immers rechtstreeks samen met de door de deurwaarder verrichte ambtshandeling, te weten het uitbrengen van de appeldagvaarding. De omissie van de medewerker van [de gerechtsdeurwaarders] is niet een 'essentiële' fout. De 'essentiële' fout is gelegen in het niet op tijd betekenen van de appeldagvaarding door de deurwaarder. Zij kan alleen aan de deurwaarder worden toegerekend. Van een onrechtmatige daad van [appellanten] tegenover [geïntimeerden] is daarom geen sprake. Volgens [appellanten] is in dit verband de uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 november 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:4587) relevant.

[de gerechtsdeurwaarders] kan en mag niet vereenzelvigd worden met de (beroepsfout van de) gerechtsdeurwaarder, zo vervolgt [appellanten] haar betoog. [de gerechtsdeurwaarders] is daarom niet aansprakelijk voor het niet tijdig ingesteld zijn van hoger beroep doordat de appeldagvaarding niet binnen de toepasselijke termijn is uitgebracht.

[[X] advocaten] is niet aansprakelijk op grond van artikel 6:76 BW voor handelingen van de door haar ingeschakelde deurwaarder. [persoon A] heeft de appeldagvaarding tijdig aan de deurwaarder toegezonden en daarbij gevraagd rekening te houden met de datum waarop het vonnis waartegen hoger beroep moest worden ingesteld, was gewezen en de ontvangst te bevestigen. Die ontvangstbevestiging heeft [persoon A] op dezelfde dag ontvangen. [persoon A] was daarom niet gehouden om (verder) na te gaan of de opdracht aan de deurwaarder tijdig was uitgevoerd. Dat geldt daarmee ook voor [[X] advocaten].

Tussen het bestreden vonnis van 27 september 2017 en dat van 9 mei 2018 bestaan wezenlijke verschillen. De rechtbank had volgens [appellanten] moeten verduidelijken dat de rechtsoverwegingen 3.20 en 3.23 van het bestreden vonnis van 27 september 2017 met rechtsoverwegingen 2.6, 2.7 en 2.9 van het vonnis van 9 mei 2018 als gecorrigeerd moesten worden beschouwd.

3.37. De grieven VII tot en met XII lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Behalve grief VIII in een verderop nader toe te lichten beperkte mate (en voor zover zij moet worden begrepen als mede bestrijdend dat [appellanten] voor een eigen tekortkoming aansprakelijk is), slagen zij niet. [[X] advocaten] en [de gerechtsdeurwaarders] zijn tegenover [geïntimeerden] in beginsel aansprakelijk wegens het niet tijdig ingesteld zijn van het hoger beroep. Het hof baseert dat oordeel op het volgende, waarbij het hof eerst zal uiteenzetten dat en waarom [de gerechtsdeurwaarders] tegenover [geïntimeerden] aansprakelijk is. Vervolgens zal het hof uiteenzetten dat en waarom [[X] advocaten] tegenover [geïntimeerden] aansprakelijk is.

De aansprakelijkheid van [de gerechtsdeurwaarders]

3.38. De taken en bevoegdheden van gerechtsdeurwaarders zijn beschreven in de Gerechtsdeurwaarderswet. Deze regelt het ambt van de gerechtsdeurwaarder. De gerechtsdeurwaarder is als natuurlijk persoon een door [persoon B] benoemde functionaris met een onafhankelijke positie. De belangrijkste van de verschillende ambtsverplichtingen van de deurwaarder is de ministerieplicht, dat wil zeggen de plicht van de gerechtsdeurwaarder om, indien daarom wordt verzocht, zijn ambtelijke diensten te verlenen, zoals het uitbrengen van een dagvaarding. Het

uitbrengen van een dagvaarding is dus een ambtelijke werkzaamheid van de gerechtsdeurwaarder. Dat geldt ook bij een appeldagvaarding. Het uitbrengen van een dagvaarding kan in het wettelijk stelsel alleen worden gedaan door een deurwaarder, die dat doet in zijn hoedanigheid van openbaar ambtenaar. Dit brengt mee dat de deurwaarder als onafhankelijke functionaris de enige is die verantwoordelijk is voor zijn handelen bij het uitbrengen van de dagvaarding. Dat betekent ook dat hij in beginsel de enige is die behoort te worden aangesproken op een onjuiste taakvervulling en (beweerdelijk) onrechtmatig handelen. Mede om die reden dienen deurwaardersexploten, zoals een dagvaarding, duidelijk te vermelden welke deurwaarder de dagvaarding heeft uitgebracht. Dat deurwaarders zich organiseren in samenwerkingsverbanden zoals [de gerechtsdeurwaarders] maakt in beginsel niet dat zo'n samenwerkingsverband, niet zijnde de deurwaarder in persoon, uit onrechtmatige daad kan worden aangesproken door degene namens wie ontijdig een (appel)dagvaarding is uitgebracht. Daarvoor is het uitbrengen van de dagvaarding te zeer verbonden aan de persoon van de deurwaarder in zijn hoedanigheid van openbaar ambtenaar. Bezien in het licht van de wettelijke taak van de deurwaarder en zijn hoedanigheid van door [persoon B] benoemde natuurlijk persoon met een onafhankelijke positie die een dagvaarding uitbrengt in zijn hoedanigheid van openbaar ambtenaar, heeft het uitbrengen van een dagvaarding in beginsel ook niet in het maatschappelijk verkeer te gelden als een gedraging van het deurwaarderskantoor waaraan de betreffende deurwaarder verbonden is waarvoor dat gerechtsdeurwaarderskantoor dan uit onrechtmatige daad kan worden aangesproken (vergelijk Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4587).

3.39. Onder omstandigheden kan het voorgaande echter anders zijn, zoals in het geval dat het niet (tijdig) betekenen van de (appel)dagvaarding zijn oorzaak vindt in een administratieve fout van een medewerker van het deurwaarderskantoor, niet zijnde de deurwaarder in persoon, zonder dat deze daarbij ook zelf een fout heeft gemaakt, en de fout van de medewerker van het deurwaarderskantoor een zelfstandige onrechtmatige daad oplevert tegenover degene voor wie de (appel)dagvaarding moest worden uitgebracht. Dan kan plaats zijn voor aansprakelijkheid van het deurwaarderskantoor op grond van toerekening van

de fout aan het deurwaarderskantoor doordat zij in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als gedraging van het deurwaarderskantoor (vgl. HR 6 april 1979, NJ 1980/34) of op grond van het bepaalde in artikel 6:170 lid 1 BW.

3.40. Tussen partijen is niet in geschil dat met betrekking tot de uit te brengen appeldagvaarding een fout is gemaakt waardoor deze niet tijdig, binnen de lopende appeltermijn, is betekend en het recht voor [geïntimeerden] om op te komen tegen het vonnis van 25 juni 2014 in de procedure tussen [geïntimeerden] en Centercon c.s., is komen te vervallen. Ook is niet in geschil dat de fout is gelegen in het door een medewerker van [de gerechtsdeurwaarders] abusievelijk behandeld zijn van de appeldagvaarding als een gewone dagvaarding, waardoor de appeldagvaarding intern bij [de gerechtsdeurwaarders] op een andere wijze is behandeld en verwerkt dan normaal gesproken het geval is bij appeldagvaardingen.

3.41. Het hof volgt [appellanten] niet in het betoog dat de gemaakte fout moet worden beschouwd als een ambtshandeling en daarmee als een fout van de deurwaarder die daarvoor (exclusief) aansprakelijk is. Dat standpunt vindt namelijk geen steun in de omstandigheden die in deze zaak aan de orde zijn, zoals deze blijken uit door [appellanten] zelf in het geding gebrachte stukken.

3.42. Daartoe wijst het hof ten eerste op de door [appellanten] in het geding gebrachte e-mail van [persoon A] van 19 september 2014 waarmee deze opdracht gaf om de appeldagvaarding uit te brengen (productie 11 bij conclusie van antwoord). Die e-mail is niet gericht aan een deurwaarder, en daarmee dus ook niet aan de deurwaarders die uiteindelijk de twee exemplaren van de appeldagvaarding hebben uitgebracht. De betreffende e-mail is heel algemeen gericht aan 'Ambtelijk | [de gerechtsdeurwaarders] Incasso & Gerechtsdeurwaarders'. Ook de aanhef van de e-mail is algemeen en niet gericht tot een specifieke deurwaarder.

3.43. Ten tweede wijst het hof op de e-mail namens [de gerechtsdeurwaarders] van eveneens 19 september 2014 waarmee de ontvangst van de appeldagvaarding aan [persoon A] wordt bevestigd (productie 12 bij conclusie van antwoord). Die e-mail is niet verzonden door een aan [de gerechtsdeurwaarders] verbonden deurwaarder, maar door [persoon C], medewerkster Ambtelijk bij [de gerechtsdeurwaarders].

3.44. Ten derde wijst het hof op de verklaringen van [persoon D] (hierna: [persoon D]), sinds 2014 werkzaam bij [de gerechtsdeurwaarders], en [persoon E] (producties 32 en 33 bij conclusie van antwoord), de deurwaarder die binnen het samenwerkingsverband van [de gerechtsdeurwaarders] was verzocht om tegen één van de twee in hoger beroep te betrekken partijen de appeldagvaarding uit te brengen. In onderlinge samenhang gelezen blijkt daaruit naar het oordeel van het hof dat de appeldagvaarding met het oog op haar betekening eerst is behandeld en verwerkt door [persoon D] en pas nadat op 25 juni 2014 de appeltermijn was verstreken aan de deurwaarders, waaronder [persoon E], is verzonden om te worden betekend, te weten op zaterdag 27 september 2014. [persoon D] verklaart immers in haar verklaring van 23 maart 2015, voor zover hier relevant:

'Op 19 september 2014 heb ik per e-mail het verzoek gekregen om een appeldagvaarding uit te laten brengen. Ik was mij bewust van het feit dat het ging om een appeldagvaarding. Ik heb de mail in behandeling genomen (...). Terwijl ik met het dossier bezig was, zijn er twee collega's op mij afgestapt met een vraag (...). Toen ik mijn eigen dossier weer oppakte, is mij ontschoten dat het ging om een appeldagvaarding, en heb ik het dossier behandeld als een normale dagvaarding (...). Ik heb vervolgens een sticker op de dagvaarding geplakt en een normale zittingsdatum ingevuld. De dagvaarding diende gelet daarop acht dagen van tevoren te worden betekend. Daarna heb ik de dagvaarding in de explotenkast van de deurwaarders gelegd. Daarmee was voor mij het dossier afgehandeld.'

3.45. In haar uiteenzetting over de gang van zaken met betrekking tot de appeldagvaarding in een interne e-mail van 2 oktober 2014 (eveneens onderdeel van productie 32 bij conclusie van antwoord) verklaart [persoon D] nog, voor zover relevant:

'De opdracht is hier per mail ontvangen en ik heb deze geprint en ingevoerd.

Na het invoeren heb ik de aantekening in alt+a gemaakt. Toen ik bezig was met de stukken stonden [naam 1] en [naam 2] aan mijn bureau voor een politiebepslag. Ik heb hen dit uitgelegd, waarna ik weer verder ben gegaan met deze "dagvaarding".

Ik ben bang dat ik toen niet meer heb gezien dat het een appel-dagvaarding betrof waardoor ik de

stukken zo in de route heb gelegd met laatste datum 29-9. Ik heb tenminste inmiddels begrepen dat er een briefje op zat met L.D. 29-9. (...).

Daarna ben ik afgelopen maandag door [naam 3] gebeld dat hij zojuist de appel-dagvaarding had betekend, maar hij zag dat de termijn inmiddels was verstreken. Hierdoor heb ik contact opgenomen met [naam 4] met het verzoek of [naam 5] hem wel betekend had. [naam 5] bleek de dagvaarding ook voor de maandag in zijn route te hebben liggen. In overleg met PQ heb ik verzocht deze dagvaarding niet meer uit te brengen aangezien de termijn toch was verstreken.'

3.46. In zijn verklaring van 24 maart 2015 zet [persoon E] het volgende uiteen, voor zover hier van belang:

'Op zaterdag 27 september 2014 heb ik een appèldagvaarding toegestuurd gekregen. Het betrof een appèldagvaarding van [de Holding] B.V. en [geïntimeerde 2] tegen Centercon B.V. en Ingenieurs- en Handelsburo Wijbenga B.V. Normaliter als een te betekenen appèldagvaarding spoed heeft, dan zit er een sticker op het te betekenen stuk en word ik gebeld om zeker te stellen dat het stuk zo spoedig als mogelijk betekend wordt. Op het door mij op zaterdag 27 september 2014 ontvangen document was geen sticker geplakt, noch heb ik in de dagen ervoor of op de dag zelf een telefoontje gekregen dat de appèldagvaarding die dag betekend moest worden. Ik heb het te betekenen stuk derhalve diezelfde dag niet nader bestudeerd.

De nadere bestudering heb ik wel gedaan op maandag 29 september 2014. Bij de betekening van een appèldagvaarding kijk ik automatisch naar de datum van het vonnis. Dat heb ik ook gedaan bij de appèldagvaarding van [de Holding] B.V. Ik zag direct dat het vonnis dateerde van 25 juni 2014. Ik schrok. Desondanks heb ik de appèldagvaarding wel betekend. (...). Daarna is het dossier verder behandeld door kantoor [plaats] en ben ik verder niet betrokken geweest. Ook bij de betekening van de appèldagvaarding aan de andere in de appèldagvaarding genoemde partij ben ik niet betrokken geweest. Die zou ook niet door mij betekend moeten worden. (...).'

3.47. Naar het oordeel van het hof blijkt uit het voorgaande dat de deurwaarders die in dit geval belast waren met het uitbrengen namens [geïntimeerden] van de appeldagvaarding tegen Centecon c.s., daarbij pas betrokken raakten nadat de appeltermijn was verstreken, nu zij deze pas daarna ter betekening ontvingen. Het ontijdige uit-

brengen van de appeldagvaarding is zodoende niet gelegen in een fout van de betrokken deurwaarders, maar is het gevolg van een fout in de administratieve behandeling en verwerking ervan door een medewerker van [de gerechtsdeurwaarders]. Die fout moet worden toegerekend aan [de gerechtsdeurwaarders]. Zij heeft in het maatschappelijk verkeer immers te gelden als een gedraging van [de gerechtsdeurwaarders]. De fout is tegenover [geïntimeerden], bij gebreke van een contractuele relatie tussen [geïntimeerden] en [de gerechtsdeurwaarders], een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW. Zij moet immers worden beschouwd als een gedraging die in strijd is met de zorgvuldigheid die bij het behandelen en verwerken van de appeldagvaarding betaamt tegenover [geïntimeerden] als de partijen namens wie de appeldagvaarding diende te worden uitgebracht.

De aansprakelijkheid van [[X] advocaten]

3.48. Voor wat betreft de aansprakelijkheid van [[X] advocaten] tegenover [geïntimeerden] overweegt het hof het volgende.

3.49. De rechtbank overwoog in rechtsoverweging 3.23 van het bestreden vonnis van 27 september 2017 dat ingevolge artikel 6:76 BW [[X] advocaten] in haar verhouding tot [de Holding] aansprakelijk is voor eventuele fouten van de door haar ingeschakelde deurwaarder. De rechtbank oordeelde dat een advocaat die zich jegens zijn cliënt heeft verbonden tot het instellen van hoger beroep en uit dien hoofde een deurwaarder opdracht geeft tot het uitbrengen van een daartoe strekkende dagvaarding jegens zijn cliënt gehouden is tijdig na te gaan of de deurwaarder de gegeven opdracht werkelijk op de juiste wijze en tijdig heeft uitgevoerd. Dit oordeel bracht de rechtbank ertoe om onder 3.2. van het dictum van het bestreden vonnis van 11 december 2019 voor recht te verklaren, zakelijk weergegeven, dat [[X] advocaten] jegens [geïntimeerden] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de aan haar verstrekte opdracht om tijdig hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van 25 juni 2014 in de procedure tussen Centercon c.s. en [geïntimeerden] en uit dien hoofde aansprakelijk is voor de schade die [geïntimeerden] als gevolg daarvan heeft geleden. Vervolgens veroordeelt de rechtbank [[X] advocaten] onder 3.4. van het dictum hoofdelijk (naast [de gerechtsdeurwaarders]) tot, samengevat, vergoeding van de geleden en nog te

lijden schade van [geïntimeerden], nader op te maken bij staat.

3.50. Met grief VIII bestrijdt [appellanten] de zojuist weergegeven, op artikel 6:76 BW gebaseerde overwegingen van de rechtbank in rechtsoverweging 3.23 van het bestreden vonnis van 27 september 2017. Zij brengt daartegen in, verkort weergegeven, dat (i) [[X] advocaten] geen beroepsfout aangerekend kan worden, (ii) de eventuele tekortkoming van [de gerechtsdeurwaarders] niet aan [[X] advocaten] toerekenbaar is althans contractueel uitgesloten is, en (iii) toepassing van artikel 6:76 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.51. Bij de beoordeling van wat [appellanten] in dit verband naar voren heeft gebracht stelt het hof voorop dat artikel 6:76 BW aansprakelijkheid vestigt op degene die zich bij de uitvoering van wat hij met zijn wederpartij is overeengekomen, direct of indirect bedient van een hulppersoon; de schuldenaar is voor de gedragingen van zijn hulppersonen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk. Die aansprakelijkheid bestaat voor fouten die zo'n hulppersoon maakt bij die uitvoering. Er vindt dan toerekening plaats krachtens de wet als bedoeld in artikel 6:75 BW. Om die reden is een eigen fout van degene die zich bedient van een hulppersoon geen voorwaarde voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:76 BW.

3.52. Het voorgaande betekent voor deze zaak concreet dat om tot aansprakelijkheid van [[X] advocaten] op de voet van artikel 6:76 BW te kunnen komen, volstaat dat [de gerechtsdeurwaarders] is te beschouwen als een hulppersoon van [[X] advocaten] en dat door (een medewerker van) [de gerechtsdeurwaarders] een fout is gemaakt. Beide is het geval. Uit wat hiervoor is overwogen volgt immers dat [[X] advocaten] (in de persoon van [persoon A]) opdracht heeft gegeven aan [de gerechtsdeurwaarders] voor het tijdig uitbrengen van de appeldagvaarding. [de gerechtsdeurwaarders] moet daarom worden beschouwd als de hulppersoon van [[X] advocaten], zodat [[X] advocaten] op die grond aansprakelijk is voor de door (een medewerker van) [de gerechtsdeurwaarders] gemaakte fout. Een oordeel over wat een advocaat zelf al dan niet behoort te doen wanneer deze zich tegenover zijn cliënt heeft verbonden om hoger beroep in te stellen, is daarvoor bij toepassing van artikel 6:76 BW niet nodig. Waarom de eventuele tekortkoming (fout) van [de gerechtsdeurwaarders] desondanks toch

niet toerekenbaar is aan [[X] advocaten], zoals [appellanten] stelt, is in de memorie van grieven niet nader toegelicht, zodat het hof aan die stellingname als onvoldoende geconcretiseerd voorbij gaat. Voor zover [appellanten] met haar stelling dat de eventuele tekortkoming (fout) van [de gerechtsdeurwaarders] niet toerekenbaar is aan [[X] advocaten] het oog heeft op de door haar gestelde uitsluiting van aansprakelijkheid in artikel 6 van haar algemene voorwaarden, gaat deze niet op omdat haar algemene voorwaarden niet van toepassing zijn, zoals hiervoor in rechtsoverweging 3.29 al is geconcludeerd. Het beroep van [appellanten] op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid gaat evenmin op. Dat beroep verlangt immers dat [appellanten] nader onderbouwt, aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, dat en waarom een dergelijk beroep gerechtvaardigd is. Zo'n nadere onderbouwing heeft [appellanten] niet gegeven. Het hof gaat daarom voorbij aan het door [appellanten] gedane beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De conclusie is daarom dat [[X] advocaten] tegenover [geïntimeerden] aansprakelijk is op grond van artikel 6:76 BW voor de fout van het door haar ingeschakelde deurwaarderskantoor [de gerechtsdeurwaarders]. In zoverre faalt grief VIII.

3.53. Verder geldt dat als artikel 6:76 BW de basis is voor het oordeel dat [[X] advocaten] tegenover [geïntimeerden] aansprakelijk is, zoals volgt uit rechtsoverweging 3.23 van het bestreden vonnis van 27 september 2017, dit niet vervolgens de basis kan zijn voor de door [geïntimeerden] gevorderde verklaring voor recht, zoals toegewezen onder 3.2 van het dictum van het bestreden vonnis van 11 december 2019. Met grief XXVII bestrijdt [appellanten] onder andere die verklaring voor recht. Het hof ziet aanleiding om deze grief, voor zover deze betrekking heeft op die verklaring voor recht, hier te behandelen.

3.54. Zoals hiervoor in rechtsoverweging 3.2 al is weergegeven, luidt de vordering van [geïntimeerden], voor zover hier relevant en in de kern weergegeven, voor recht te verklaren dat gedaagden – dus zowel [[X] advocaten] als [de gerechtsdeurwaarders] – jegens hen toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van de aan hen verstrekte opdracht door na te laten tijdig hoger beroep in te stellen tegen het genoemde vonnis van 25 juni 2014. De door de rechtbank vervolgens ten aanzien van [[X] advocaten] toe-

gewezen verklaring voor recht luidde, zakelijk weergegeven en voor zover hier van belang, dat [[X] advocaten] jegens [geïntimeerden] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de aan haar verstrekte opdracht om tijdig hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van 25 juni 2014. Artikel 6:76 BW vestigt echter geen aansprakelijkheid voor eigen tekortschietende gedragingen, waaronder een nalaten, van de schuldenaar, maar voor tekortschietende gedragingen van een ander, te weten de door de schuldenaar ingeschakelde hulppersoon. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat (i) [appellanten] met grief VIII blijktens de daarop gegeven toelichting onder andere bestrijdt dat [[X] advocaten] zelf een beroepsfout aangerekend kan worden en met grief XXVII onder andere de onder 3.2 van het bestreden vonnis van 11 december 2018 gegeven verklaring voor recht bestrijdt, en (ii) zij in dit hoger beroep concludeert tot onder andere afwijzing van het door [geïntimeerden] gevorderde, waaronder dus de verklaring voor recht zoals verwoord onder 3.2 van het dictum van het bestreden vonnis van 11 december 2019, zal het hof stil dienen te staan bij de vraag of [[X] advocaten] met betrekking tot de in geschil zijnde appeldagvaarding een eigen beroepsfout aangerekend kan worden. Naar het oordeel van het hof is dat niet het geval. De redenen daarvoor zijn de volgende.

3.55. Niet in geschil is dat tussen [[X] advocaten] en [geïntimeerden] een overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen. Die opdracht hield voor zover hier van belang in dat [[X] advocaten], in de persoon van [persoon A] in diens hoedanigheid van advocaat, zou bewerkstelligen dat namens [geïntimeerden] tijdig hoger beroep zou worden ingesteld. Op grond van artikel 7:401 BW dient [[X] advocaten] bij het uitvoeren van de haar verstrekte opdracht de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Daarbij is de vraag of [[X] advocaten], in de persoon van [persoon A] in diens hoedanigheid van advocaat, in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht. Wat dit concreet betekent, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bij dienstverlening door een advocaat komt het dan aan op de vraag of deze bij het uitvoeren van de hem verstrekte opdracht onzorgvuldig of met verwaarlozing van de belangen van zijn opdrachtgever heeft gehandeld (vergelijk HR 7 maart 2003, NJ 2003/302). Een

redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat laat zijn cliënt geen vermijdbaar risico lopen. Dat betekent echter niet dat de advocaat ieder denkbaar risico behoort uit te sluiten. Waar het om gaat is dat de cliënt niet behoort te worden blootgesteld aan onnodige risico's. Een risico is onnodig in de hier bedoelde zin wanneer dat risico in de gegeven omstandigheden voorzienbaar was en gemakkelijk had kunnen worden vermeden, zonder dat daardoor andere risico's in het leven zouden zijn geroepen (vergelijk A.-G. Langemeijer vóór HR 7 maart 2003, NJ 2003/302).

3.56. Naar het oordeel van het hof is [[X] advocaten] niet tekortgeschoten in de nakoming van de door [geïntimeerden] verstrekte opdracht. Daartoe vindt het hof ten eerste van belang dat [[X] advocaten], in de persoon van [persoon A] in diens hoedanigheid van de behandelend advocaat, op grond van het voor het uitbrengen van dagvaardingen geldende wettelijke regime niet zelf de appeldagvaarding voor [geïntimeerden] kon uitbrengen, maar daarvoor afhankelijk was van een derde, te weten een deurwaarder, met een wettelijk onafhankelijke positie en een voor (onder andere) het uitbrengen van dagvaardingen ingerichte eigen organisatie. Verder vindt het hof van belang dat [[X] advocaten], wederom in de persoon van de behandelend advocaat [persoon A], bij e-mail van 19 september 2014 aan [de gerechtsdeurwaarders] (productie 11 bij conclusie van antwoord) de voorbereide dagvaarding tijdig ter betekening aan de deurwaarder heeft gezonden met het verzoek de ontvangst ervan te bevestigen, waarbij hij er ook op heeft gewezen dat het ging om een dagvaarding in hoger beroep en dat de datum van het vonnis waartegen hoger beroep diende te worden ingesteld, dateerde van 25 juni 2014. Daarnaast vindt het hof van belang dat [[X] advocaten], opnieuw in de persoon van de behandelend advocaat [persoon A], de ontvangst van de appeldagvaarding door [de gerechtsdeurwaarders] bevestigd heeft gekregen bij e-mail van eveneens 19 september 2014 (productie 12 bij conclusie van antwoord). [[X] advocaten] behoeft er toen in redelijkheid geen rekening mee te houden dat de tijdig toegezonden appeldagvaarding niet tijdig zou worden uitgebracht, maar mocht verwachten dat [de gerechtsdeurwaarders], een professioneel samenwerkingsverband dat zich toelegt op het assisteren en faciliteren van de bij haar aangesloten deurwaarders bij onder andere het uitbrengen van dagvaardingen, zou

zorgen voor tijdige betekening. Daarom kan niet gezegd worden dat [[X] advocaten] tegenover [geïntimeerden] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de aan haar verstrekte opdracht. In zoverre slagen de grieven VIII en XXVII.

3.57. Het voorgaande betekent dat de door [geïntimeerden] in verband hiermee gevorderde verklaring voor recht niet kan worden toegewezen. Nu de rechtbank deze onder 3.2. van het dictum van het bestreden vonnis van 11 december 2019 wel heeft toegewezen, kan dat vonnis in zoverre niet in stand blijven. Dat laat naar het oordeel van het hof echter onverlet dat, zoals hiervoor in rechtsoverweging 3.52 al is geconcludeerd, [[X] advocaten], naast [de gerechtsdeurwaarders], tegenover [geïntimeerden] hoofdelijk aansprakelijk is op grond van artikel 6:76 BW. Gelet op de bewoordingen waarin de gevorderde verklaring voor recht is gesteld en de toespitsing daarin op het door [[X] advocaten] toerekenbaar tekort geschoten zijn in de nakoming van de aan haar verstrekte opdracht tot het tijdig instellen van hoger beroep, leest het hof daarin niet dat zij mede de aansprakelijkheid van [[X] advocaten] op grond van artikel 6:76 BW omvat. Het hof zal, gelet op wat [geïntimeerden] in dit geding aanvoert en vordert, het bestreden vonnis van 11 december 2019 vernietigen voor wat betreft de daarin onder 3.2 ten aanzien van [[X] advocaten] gegeven verklaring voor recht.

3.58. De conclusie is dat [[X] advocaten] en [de gerechtsdeurwaarders] in beginsel aansprakelijk zijn tegenover [geïntimeerden] voor de in verband met de uit te brengen appeldagvaarding gemaakte fout.

3.59. Op het voorgaande stuiten de grieven VII, IX, X, XI en XII af. Zij slagen dus niet. De grieven VIII en XXVII slagen voor zover zij (mede) zijn gericht tegen de beslissing van de rechtbank onder 3.2. van het dictum van het bestreden vonnis van 11 december 2019 tot toewijzing van de daar gegeven verklaring voor recht. Op de gevolgen daarvan gaat het hof verderop in dit arrest nader in.

Grief XIII: als namens [geïntimeerden] tijdig hoger beroep was ingesteld tegen het vonnis van 25 juni 2014, vervolgens tijdige onderbouwing van haar standpunt in hoger beroep?

3.60. Met grief XIII betoogt [appellanten], zake-lijk weergegeven, dat [geïntimeerden] niet (tijdig)

een (onderbouwd) standpunt had kunnen innemen over de vraag of met betrekking tot het met terugwerkende kracht per 1 januari 1999 opgerichte [[Y]] Koeltechniek is voldaan aan de wettelijke volstortingsplicht. Het tijdsbestek dat daarvoor resteerde als tijdig hoger beroep zou zijn ingesteld, zou daarvoor te kort zijn geweest. Daartoe wijst [appellanten], samengevat, op de omstandigheid dat de informatie waarop [geïntimeerden] haar standpunt daarover in dit geding is gaan baseren pas beschikbaar is gekomen ruim buiten de termijn die in hoger beroep geldt voor het nemen van de memorie van grieven.

3.61. Het hof verwerpt dit betoog. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat er voor [geïntimeerden] eind september 2014 – toen bleek dat de appeldagvaarding niet tijdig was betekend – geen reden was om op zeer korte termijn de benodigde onderbouwende bewijsstukken te vergaren. Daarmee staat nog niet vast dat als dat voor een hoger beroep-procedure nodig zou zijn geweest, die stukken niet binnen de daarvoor geldende procestermijn voor memorie van grieven, beschikbaar waren gekomen. Daarbij komt dat op basis van wat blijkt uit de door [appellanten] overgelegde e-mailcorrespondentie van [persoon A] aan [geïntimeerde 2] van 14 augustus 2014 (productie 8 bij conclusie van antwoord) aangenomen moet worden dat als de appeldagvaarding tijdig zou zijn uitgebracht, [[X] advocaten] (in de persoon van [persoon A]) [geïntimeerden] in de hoger beroep-procedure zou hebben bijgestaan en dat [[X] advocaten] (in de persoon van mr. [persoon A]) dan, naar eveneens mag worden aangenomen, zelf zou hebben aangestuurd op het tijdig beschikbaar komen van de benodigde stukken. Door [appellanten] is niet concreet gesteld dat en waarom dan desalniettemin toch de benodigde stukken niet tijdig voorhanden zouden zijn gekomen. Wat [appellanten] in dat kader aanvoert in de randnummers 8.2.9. tot en met 8.2.14. van de memorie van grieven kan daartoe niet dienen, omdat het door [appellanten] aangevoerde op het punt van het al dan niet tijdig beschikbaar komen van de benodigde informatie geen concrete feiten, maar slechts veronderstellingen betreft over wat [geïntimeerden] al dan niet zou zijn gelukt ten aanzien van tijdige informatiegaring.

3.62. Subsidiair betoogt [appellanten] in het kader van grief XIII dat als al moet worden aangenomen dat met het oog op de in te dienen memorie van grieven wel tijdig stukken ter beschikking zouden

zijn gekomen, dat alleen geldt voor het bericht van de door [geïntimeerden] ingeschakelde accountant [persoon F] van 15 april 2015 (productie 35 bij conclusie van antwoord), zodat in hoger beroep dan alleen de eventuele volstorting door de gestelde inbreng van de in dat bericht genoemde bestelbus zou zijn beoordeeld. Volgens [appellanten] zou de gepretendeerde volstorting met de saldopost dan buiten beschouwing zijn gelaten, waardoor in deze procedure alleen een eventuele volstorting door de inbreng van de bestelbus beoordeeld moet worden.

3.63. Het hof volgt [appellanten] niet in dit subsidiaire betoog. Ook hiervoor geldt dat het niet stoelt op concrete feiten, maar op de in de randnummers 8.2.9. tot en met 8.2.14. van de memorie van grieven verwoorde veronderstellingen over wat [geïntimeerden] al dan niet zou zijn gelukt ten aanzien van tijdige informatiegaring.

3.64. Om de zojuist uiteengezette redenen faalt grief XIII.

De grieven XIV tot en met XXV: de door Centercon c.s. voor aansprakelijkheid van [geïntimeerden] aangevoerde gronden in verband met het vereiste van causaliteit tussen de beroepsfout en de door [geïntimeerden] gestelde schade?

3.65. Met de grieven XIV tot en met XXV en de daarop gegeven toelichting komt [appellanten] op tegen de rechtsoverwegingen 2.22, 2.27, 2.33, 2.34 en 3.1.a. van het bestreden vonnis van 9 mei 2018 en de rechtsoverwegingen 2.8, 2.10, 2.11, 2.14, 2.15, 2.18, 2.19, 2.21, 2.23 tot en met 2.25, 2.26, 2.28 tot en met 2.50 van het bestreden vonnis van 11 december 2019. Daarin beoordeelde de rechtbank de gronden die [appellanten] heeft aangevoerd voor haar stelling dat [geïntimeerden] geen schade heeft geleden omdat het vonnis van 25 juni 2014 correct is geweest en in een hoger beroep niet anders zou zijn geoordeeld. Die gronden zijn in de kern dezelfde als die welke Centercon c.s. heeft aangevoerd voor haar vorderingen in de procedure tegen [geïntimeerden] in de procedure die heeft geleid tot het vonnis van 25 juni 2014. Zij zijn:

– *primair*: dat er geen (rechtsgeldige) volstorting van de aandelen van [[Y]] Koeltechniek heeft plaatsgevonden, zodat [geïntimeerden] als (indirect) bestuurder op grond van artikel 2:180 lid 2 sub b BW (in combinatie met artikel 2:11 BW) hoofdelijk verbonden is voor alle tijdens haar be-

stuur verrichte rechtshandelingen, waaronder die met Centercon c.s.;

– *subsidiar*: dat [geïntimeerden] een misleidende voorstelling van de onderneming van [[Y]] Koeltechniek heeft gegeven en [de Holding] en [geïntimeerde 2] op grond van artikel 2:249 BW (in combinatie met artikel 2:11 BW) hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door Centercon c.s. geleden schade;

– *meer subsidiar*: dat [geïntimeerden] een schijn van kredietwaardigheid van [[Y]] Koeltechniek heeft gewekt en dat [de Holding] en [geïntimeerde 2] daarom op grond van artikel 6:162 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle door Centercon c.s. geleden schade.

Zoals hiervoor in rechtsoverweging 3.9 al is weergegeven, concludeert de rechtbank dat, kort gezegd, in hoger beroep de vorderingen van Centercon c.s. tegen [geïntimeerden] zouden zijn afgewezen, zodat de beroepsfout, bestaande uit het niet tijdig uitbrengen van de appeldagvaarding, de oorzaak is van de door [geïntimeerden] gestelde schade.

3.66. De grieven XIV tot en met XXV slagen niet. Dat baseert het hof op het volgende.

De grieven XIV tot en met XXIII: de gestelde minimumstortingsaansprakelijkheid van [geïntimeerden] en het beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid

3.67. Met de grieven XIV tot en met XXIII komt [appellanten] op tegen het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 2.26 van het bestreden vonnis van 11 december 2019 als ook tegen de daarin opgenomen overwegingen waarop dat oordeel is gebaseerd. Het luidt dat [geïntimeerden] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de grief van [geïntimeerden] tegen het oordeel van de rechtbank dat zij aansprakelijk is wegens het niet voldaan zijn aan de wettelijk vereiste minimumstorting, zou slagen, en dat het gerechtshof het vonnis van de rechtbank van 25 juni 2014 in conventie vernietigd zou hebben en de vorderingen van Centercon c.s. op grond van de primaire grondslag (aansprakelijkheid ingevolge artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud)) zou hebben afgewezen. Dat oordeel geeft de rechtbank naar aanleiding van de bewijslevering waartoe [geïntimeerden] in het bestreden vonnis van 9 mei 2018 was toegelaten, te weten (a) dat er op de datum van oprichting sprake was van een reële vordering van [[Y]] Koeltechniek BV i.o. op [de Holding] van

fl. 5.788,-, en (b) dat tot de ingebrachte vervoermiddelen een Nissan 2.3D behoorde die bij aanschaf van een nieuwe bestelbus werd ingeruild. De rechtbank concludeert dat [geïntimeerden] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de rekening-courant vordering van fl. 5.788,- aangemerkt moet worden als een reële, inbare vordering en dat in het kader van de inbreng in aanmerking moet worden genomen dat er een boekwinst van fl. 6.233,- is gerealiseerd bij de inruil van de Nissan 2.3D, die als eerste afschrijving op de Hyundai werd genomen. Elk van die bevindingen op zichzelf leidt er volgens de rechtbank toe dat met betrekking tot [[Y]] Koeltechniek aan de stortingsplicht is voldaan als bedoeld in artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud).

3.68. [appellanten] stelt zich op het standpunt, kort gezegd, dat, anders dan de rechtbank oordeelt, de aandelen in [[Y]] Koeltechniek door [de Holding] niet zijn volgestort, zodat niet is voldaan aan de minimumstortingsplicht en [geïntimeerden] aansprakelijk zijn op grond van artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud).

Ter onderbouwing betoogt [appellanten] ten eerste, zakelijk weergegeven, dat de aandelen van [[Y]] Koeltechniek bij oprichting niet zijn volgestort en dat dit ook daarna niet is gebeurd. Er is fl. 5.788,- te weinig gestort. Dat blijkt uit de inbrengbeschrijving naar de stand per 1 januari 1999 (productie 16 bij inleidende dagvaarding) en de openingsbalans per 1 januari 1999 van [[Y]] Koeltechniek B.V. i.o. (onderdeel van productie 17 bij inleidende dagvaarding). Beide noemen het bedrag van fl. 5.788,-, waarbij de eerste het bedrag aanduidt als ‘overige vordering’ en de tweede als omschrijving ‘Rekening-courant moedermaatschappij’ vermeldt. Met het inbrengen van deze vordering heeft geen reële storting plaatsgevonden. [de Holding] heeft op de aandelen die zij in [[Y]] Koeltechniek verkreeg immers de tot dan door haarzelf gedreven onderneming ingebracht. Uit de inbrengbeschrijving en de openingsbalans volgt dat de gepretendeerde vordering van fl. 5.788,- door de moedermaatschappij ([de Holding]) nog moet worden gestort. Daarmee is het een vordering op zichzelf. Dat is geen reële vordering en daarmee ook niet een reële storting, zo betoogt [appellanten] in dit verband verder nog. Ten tweede betoogt [appellanten], eveneens zakelijk weergegeven, dat de auto waarin de door [geïntimeerden] gepretendeerde stille reserve zou zijn opgenomen op 1 januari 1999, te weten de

Nissan, en de auto die na inruil in februari 1999 zou zijn verkregen, te weten de Hyundai, in [de Holding] is achtergebleven en niet is ingebracht in [[Y]] Koeltechniek, zodat daarop niet de gestelde volstorting kan worden gebaseerd, zo begrijpt het hof het betoog van [appellanten] Maar als in weerwil daarvan toch zou moeten worden aangenomen dat de auto wel in [[Y]] Koeltechniek is ingebracht, dan had dit niet tot een volstorting geleid vanwege de ontoereikende waarde ervan, zodat de gestelde boekwinst niet zou zijn gerealiseerd dan wel een lagere boekwinst zou zijn gerealiseerd. In dit verband heeft de rechtbank eveneens ten onrechte geen acht geslagen op het betoog van [appellanten] dat, als er al een correctie zou plaatsvinden ten aanzien van een ingeruilde bestelbus (wat [appellanten] bestrijdt), er ook een correctie had moeten plaatsvinden ten aanzien van de debiteuren en de voorraad, wat dan alsnog tot een saldotekort zou hebben geleid, zo begrijpt het hof wat [appellanten] hierover betoogt.

3.69. Zoals hierna nader zal worden uiteengezet, kan in het midden blijven of de door [de Holding] bij oprichting verkregen aandelen in [[Y]] Koeltechniek zijn volgestort. Zelfs als geoordeeld zou moeten worden dat dit niet zo is en [de Holding] en [geïntimeerde 2] daarom op grond van artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) aansprakelijk zijn wegens schending van de minimumstortingsplicht en de in dit verband door [appellanten] aangevoerde grieven zouden slagen, is van belang dat voor dat geval door [geïntimeerden] in dit geding een beroep is gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 lid 2 BW (conclusie na enquête, randnummer 16; pleitnotities zijdens [geïntimeerden] in hoger beroep, nr. 18). De devolutieve werking van het hoger beroep brengt mee dat het hof dat beroep van [geïntimeerden] op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en het verweer daartegen van [appellanten] (antwoordconclusie na enquête, par. 6.3), dan moet beoordelen. Als het beroep van [geïntimeerden] op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid slaagt, heeft [appellanten] geen belang meer bij de hiervoor bedoelde grieven. Het hof ziet daarom aanleiding om met betrekking tot de door [appellanten] gestelde aansprakelijkheid op grond van artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) nu eerst te bezien of [geïntimeerden] terecht een beroep doet

op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

3.70. Ter onderbouwing van haar beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid betoogt [geïntimeerden], samengevat, dat het gelet op alle omstandigheden van het geval niet redelijk en billijk is dat [appellanten] een beroep zouden kunnen doen (via Centercon c.s.) op het bepaalde in artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) over de minimumstortingsplicht. Enigszins verkort weergegeven, wijst [geïntimeerden] daarbij op de volgende omstandigheden:

- de oprichting van [[Y]] Koeltechniek en de overdracht van de tot dan in [de Holding] plaats gevonden hebbende ondernemingsactiviteiten was een reguliere herstructureringsmaatregel waarbij de accountant en de notaris waren betrokken, en waarbij er zijdens [geïntimeerden] geen poging of bedoeling was om de wettelijke verplichtingen, zoals die betreffende de minimumstortingsplicht, te ontlopen;
- er waren voldoende activa (en liquiditeiten) om de verplichtingen tegenover de schuldeisers na te komen, en voor zover al niet bij oprichting is voldaan aan de minimumstortingsplicht, is dit direct daarna gebeurd en ook vastgelegd;
- door het tijdsverloop sinds de oprichting van [[Y]] Koeltechniek zijn er geen bewijsstukken meer en niemand heeft de noodzaak gezien om bewijs ten aanzien van de minimumstorting te bewaren, zodat sprake is van overmacht;
- Centercon c.s. is aantoonbaar ná het voldoen aan de wettelijke verplichting tot volstorting crediteur/relatie geworden;
- de wetgeving is inmiddels gewijzigd, zodanig dat naar huidig recht geen aansprakelijkheid zou bestaan op grond dat niet aan de volstortingsplicht is voldaan.

3.71. Ter bestrijding van het beroep van [geïntimeerden] op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid betoogt [appellanten] (antwoordconclusie na enquête, nr. 6.3.2.), zo begrijpt het hof, dat [geïntimeerden] dat beroep op artikel 6:2 BW beperkt tot het niet boven water krijgen van het betalingsbewijs ter zake van de minimumstorting. Dat betalingsbewijs is bij ABN Amro eenvoudig op te vragen. [geïntimeerden] kiezen er dus voor om die informatie niet te achterhalen en dat komt voor haar risico.

[appellanten] doen zelfstandig een beroep op het bepaalde in artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud), en niet via Centercon c.s..

[geïntimeerden] procedeert voor en ten behoeve van Centercon c.s.. Dat blijkt uit een akte van verpanding (productie 50 van [appellanten]). De overige door [geïntimeerden] aangevoerde omstandigheden komen niet overtuigend over.

Het bepaalde in artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) dient gewoon gevolgd te worden. Onduidelijk is waarom dat niet zou moeten.

Er is niet gebleken dat er voldoende activa waren en een volstorting heeft ook daarna niet plaatsgevonden. Dat er geen bewijsstukken zouden zijn, is onjuist. Het betalingsbewijs is 20 jaar op te vragen bij ABN Amro. Dat Centercon c.s. na 1999 crediteur is geworden, wordt betwist en is overigens voor artikel 2:180 lid 2 BW (oud) irrelevant.

3.72. Het beroep van [geïntimeerden] op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slaagt. Daarbij verwerpt het hof het betoog van [appellanten] dat [geïntimeerden] hun beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid hebben beperkt tot het niet boven water krijgen van het betalingsbewijs ter zake van de minimumstorting. Uit de door [geïntimeerden] daarbij gebruikte bewoordingen volgt voldoende duidelijk dat zij dat beroep grondt op alle omstandigheden van het geval, in welk verband zij vervolgens een aantal omstandigheden nader benoemt. [geïntimeerden] maakt daarbij ook voldoende duidelijk welk rechtsgevolg zij aan haar beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid verbonden wenst te zien, namelijk dat [appellanten] (via Centercon c.s.) zich niet kan beroepen op het gestelde in artikel 2:180 BW (oud). Tegen deze achtergrond vindt het hof het volgende van belang.

3.73. Ten eerste is artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud), hoewel van dwingend recht (artikel 2:25 BW), niet ook van openbare orde. Zij strekt immers niet tot bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat zij (ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval), altijd door de rechter moet worden toegepast (vergelijk HR 28 januari 2011, NJ 2011/167, rov. 3.8. met betrekking tot artikel 2:180 lid 2 sub a BW). De redelijkheid en billijkheid kunnen een dwingende rechtsregel corrigeren (Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 72-73). Wel moeten dan hoge eisen worden gesteld aan de motivering van het rechterlijk oordeel ter zake. Verder past de rechter terughoudendheid bij de toepassing ervan.

3.74. Ten tweede is artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) één van de wettelijke bepalingen die (mede) dienden ter bescherming van het kapitaal van een besloten vennootschap ten behoeve van haar potentiële crediteuren. In dat verband strekte zij ter bescherming van derden die met de vennootschap handelen in het tijdvak tussen haar oprichting en het moment waarop het gestorte deel van het kapitaal ten minste het bij de oprichting voorgeschreven minimumkapitaal bedraagt. Omstandigheden aan de zijde van de partij die zich – als derde, zoals in dit geval Centercon c.s. (en in dit geding in het verlengde daarvan [appellanten]) – op de bepaling van artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud) beroept, kunnen daarom wel degelijk van belang zijn voor de beoordeling van het verweer dat dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vergelijk rov. 3.10.2 HR 28 januari 2011, NJ 2011/167).

3.75. Verder neemt het hof in aanmerking dat ten behoeve van de oprichting van [[Y]] Koeltechniek op 11 mei 1999, door accountant [persoon G] RA een accountantsverklaring is afgegeven op de bijbehorende beschrijving van de in te brengen onderneming van 10 mei 1999 (onderdeel van productie 17 bij inleidende dagvaarding), opgesteld door [[H]] Koeltechnisch Groothandelsbedrijf B.V. (zijnde de toenmalige benaming voor [de Holding], hof), en dat daarin over de in te brengen onderneming onder andere is verklaard dat het saldo van activa en passiva tenminste overeen komt met het bedrag van de stortingsplicht, groot € 18.200 of f 40.108. Op grond hiervan mocht [geïntimeerden] er in beginsel vanuit gaan dat was voldaan aan de stortingsplicht. Onder deze omstandigheden kan zonder nadere toelichting, die door [appellanten] niet (voldoende concreet) is gegeven, niet worden aanvaard dat [geïntimeerden] er toch op bedacht dienden te zijn dat mogelijk niet aan de minimumstortingsplicht was voldaan. In dit verband acht het hof mede van belang dat de curator in het faillissement van [[Y]] Koeltechniek evenzeer heeft geconcludeerd dat is voldaan aan de volstortingsplicht (7.4 van het vijfde faillissementsverslag, onderdeel van productie 5 bij de inleidende dagvaarding).

3.76. Daarnaast neemt het hof in aanmerking dat [[Y]] Koeltechniek sinds haar oprichting in mei 1999 tot haar faillissement op 22 november 2011 operationeel geweest, zodat het ervoor moet worden gehouden dat de door [appellanten] gestelde,

maar door [geïntimeerden] betwiste tekortkoming ten aanzien van de minimumstortingsplicht niet verhinderde dat [[Y]] Koeltechniek ruim 12 jaar haar onderneming heeft gedreven.

3.77. Ook neemt het hof in aanmerking dat, zoals [geïntimeerden] terecht aanvoert, de rechtbank onder 3.1 sub d van het vonnis van 25 juni 2014 in de procedure tussen [geïntimeerden] en Centercon c.s. (productie 9 bij inleidende dagvaarding) feitelijk heeft vastgesteld dat Centercon c.s. over een periode van enkele jaren regelmatig zaken aan [[Y]] Koeltechniek heeft verkocht en geleverd, dat in de loop van 2010 het bedrag dat [[Y]] Koeltechniek met betrekking tot die leveringen aan Centercon c.s. verschuldigd was, opliep, en dat [[Y]] Koeltechniek en Centercon c.s. vervolgens zijn overeengekomen dat een deel van de openstaande posten zou worden omgezet in een lening, met afspraken over het inlossen van de betalingsachterstand. [appellanten] heeft de juistheid van deze feitelijke vaststelling niet (voldoende onderbouwd) bestreden. Centercon c.s. was derhalve op de hoogte van de financieel moeilijke situatie waarin [[Y]] Koeltechniek zich ten tijde van de hier relevante leveringen bevond die, zo heeft [geïntimeerden] onvoldoende weersproken aangevoerd, (mede) haar oorzaak vond in de financiële crisis van 2008/2009 en de gevolgen die de bouw daarvan ondervond, en heeft haar vordering willens en wetens laten oplopen.

3.78. Tevens neemt het hof in aanmerking dat het bij de door [appellanten] (in het verlengde van Centercon c.s.) gestelde, maar door [geïntimeerden] betwiste tekortkoming van [geïntimeerden] ter zake van de minimumstortingsplicht gaat om een bedrag van slechts fl. 5.788,-, hetgeen omgerekend neerkomt op ongeveer € 2.600,-. Daartegenover staan de bedragen tot betaling waarvan zij in de procedure tegen Centercon c.s. is veroordeeld, te weten een bedrag van € 641.593,92 met wettelijke rente aan Centercon en een bedrag van € 57.113,87 met wettelijke rente aan Wijbenga. Zodoende is, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, naar het oordeel van het hof sprake van disproportioneel omvangrijke betalingsverplichtingen aan Centercon c.s. ten opzichte van het verzuim op grond waarvan [geïntimeerden] is aangesproken, te weten de minimumstortingsverplichting van artikel 2:180 lid 2 sub b BW (oud). Daarbij betreft het hof ook de omstandigheid dat in 2012 de wet is gewijzigd waardoor de in artikel 2:180 lid 2 sub b BW gere-

gelde aansprakelijkheid is komen te vervallen, zodat naar huidig recht geen aansprakelijkheid van [geïntimeerden] zou bestaan op de grond dat niet aan de minimumvolstortingsplicht is voldaan.

3.79. Naar het oordeel van het hof is op grond van het voorgaande aannemelijk dat het beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, als dat door [[X] advocaten] (in de persoon van [persoon A] of een andere aan haar organisatie verbonden advocaat) namens [geïntimeerden] zou zijn gedaan in het voorgenomen hoger beroep van het vonnis van 25 juni 2014 in de procedure tegen Centercon c.s., zou zijn gehonoreerd. Dat [[X] advocaten] (in de persoon van [persoon A] dan wel een andere aan haar organisatie verbonden advocaat) namens [geïntimeerden] toen een beroep zou hebben gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ligt naar het oordeel van het hof voor hand, mede gelet op de toenmalige stand van de jurisprudentie, waartoe destijds ook het hiervoor al genoemde arrest van de Hoge Raad uit 2011 (NJ 2011/167) behoorde; het doen van een dergelijk beroep mocht, mede gelet daarop, van een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat worden verwacht.

3.80. De conclusie op basis van het voorgaande is dat de grieven XIV tot en met XXIII, als zij zouden slagen, er niet toe kunnen leiden dat aan [geïntimeerden] met succes de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:180 lid 2 sub b BW kan worden tegengeworpen, omdat [geïntimeerden] zich met succes beroept op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:2 lid 2 BW. Zodoende heeft [appellanten] niet het vereiste belang bij die grieven.

De grieven XXIV en XXV: de subsidiair en meer subsidiair aangevoerde grondslagen voor de aansprakelijkheid van [geïntimeerden] tegenover Centercon c.s.

3.81. Met de grieven XXIV en XXV komt [appellanten] op tegen de oordelen van de rechtbank over de subsidiaire en meer subsidiaire grondslagen die Centercon c.s. heeft aangevoerd voor de aansprakelijkheid van [geïntimeerden] in de procedure die heeft geleid tot het vonnis van 25 juni 2014. Die oordelen luiden dat in hoger beroep:

– de vordering van Centercon c.s., voor zover gebaseerd op de gestelde subsidiaire grondslag, te weten dat [geïntimeerden] ingevolgt artikel 2:249

BW jo artikel 2:11 BW jegens haar aansprakelijk is voor de door haar geleden schade, als onvoldoende onderbouwd zou zijn afgewezen (rov. 2.34-2.38);

– de meer subsidiaire grondslag, te weten dat [geïntimeerden] jegens haar een schijn van kredietwaardigheid heeft gewekt die geen grond vond in de financiële toestand van [[Y]] Koeltechniek, terwijl zij vanaf 2009 al had moeten weten dat [[Y]] Koeltechniek de overeenkomsten met Centercon c.s. niet tijdig en niet volledig zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden, ook niet tot toewijzing van de vordering van Centercon c.s. zou hebben geleid (rov. 2.39-2.46).

Verder oordeelt de rechtbank dat ook het beroep op artikel 2:248 BW [appellanten] niet kan baten (rov. 2.47).

3.82. Onder specifieke verwijzing naar wat zij in paragraaf 9 van de memorie van grieven uiteen heeft gezet, betoogt [appellanten] ter toelichting op grief XXIV dat de rechtbank de onderbouwing die [appellanten] heeft gegeven met betrekking tot de subsidiaire en meer subsidiaire grondslagen niet in haar oordeel heeft betrokken en dat dit ook geldt voor het oordeel van de door [appellanten] ingeschakelde deskundige [persoon H], zoals dat blijkt uit diens brief van 25 september 2015 (productie 36 bij conclusie van antwoord), als ook de vaststelling door de curator dat sprake was van onbehoorlijk bestuur. Grief XXIV dient ertoe het hof een integrale heroverweging te laten geven over het oordeel van de rechtbank, ditmaal met inachtneming van het oordeel van [persoon H] en de curator, zo betoogt [appellanten] verder nog.

3.83. Ter toelichting op grief XXV voert [appellanten] aan, onder verwijzing naar wat zij in paragraaf 10 van de memorie van grieven heeft uiteengezet over het ontijdige publiceren door [geïntimeerden] van haar jaarrekening over 2008, dat de rechtbank het standpunt van [appellanten] niet volledig, en daarom onjuist heeft behandeld, en dat [appellanten] daarom het hof verzoeken alsnog een oordeel te vellen over het beroep van [appellanten] op artikel 2:248 BW. Als Centercon c.s. haar vorderingen op [geïntimeerden] niet rechtstreeks toegewezen zouden hebben gekregen, zou Centercon c.s. erop hebben toegezien dat de curator [geïntimeerden] zou aanspreken op grond van artikel 2:248 BW, om haar vorderingen via de boedel betaald te krijgen.

3.84. De goede procesorde verlangt dat uit de memorie van grieven moet blijken op welke gronden

de appellant oordeelt dat de door hem bestreden uitspraak onjuist is (HR 21 december 1990, NJ 1992/96; HR 5 februari 1993, NJ 1993/300). Daarbij dient de appellant voldoende gepreciseerde en geconcretiseerde grieven aan te voeren; dat geldt in het bijzonder als de bestreden uitspraak meer oordelen inhoudt. Dat wordt onder andere verlangd, opdat de geïntimeerde weet waartegen hij zich heeft te verweren (HR 24 april 1981, NJ 1981/495).

3.85. Naar het oordeel van het hof voldoen de grieven XXIV en XXV en de daarop gegeven toelichting niet aan de eisen die daaraan procesrechtelijk worden gesteld. Het hof wijst op het volgende.

3.86. Het bestreden vonnis van 11 december 2019 bevat, zakelijk weergegeven, de volgende oordelen over de subsidiaire grondslag.

Centercon c.s. baseert haar schade op onbetaald gebleven facturen; het gaat voor wat betreft Centercon c.s. om facturen uit de periode 23 augustus 2010 tot 21 november 2011 en voor wat betreft Wijbenga om facturen over de periode 6 mei 2011 tot 17 juni 2011 (rov. 2.35).

Als degene die een beroep doet op artikel 2:249 BW is het aan Centercon c.s. om aan te tonen dat er sprake is van een causaal verband tussen de misleidende voorstelling in de verstrekte cijfers en de geleden schade. Dat heeft zij niet gedaan. Zou al geoordeeld worden dat de jaarcijfers misleidend zijn, dan kan niet geoordeeld worden dat Centercon c.s. op het verkeerde been is gezet over de financiële situatie van [[Y]] Koeltechniek voor wat betreft de gesloten overeenkomsten in de periode tot 4 oktober 2011 (rov. 2.36).

Overigens heeft Centercon c.s. (en in aansluiting hierop [appellanten]) voor wat betreft de gestelde misleiding evenmin aan haar stelplicht voldaan (rov. 2.37).

3.87. Het bestreden vonnis van 11 december 2019 bevat, zakelijk weergegeven, de volgende oordelen over de meer subsidiaire grondslag.

Voorop staat dat bij de beoordeling van de vraag of [geïntimeerden] als (indirect) bestuurder van [[Y]] Koeltechniek op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de door Centercon c.s. geleden schade als uitgangspunt heeft te gelden dat als een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis, alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die ven-

nootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van die vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Indien de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt, kan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder worden aangenomen indien deze bij het aangaan van die verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, de vennootschap geen verhaal zou bieden en de schuldeiser als gevolg van het niet nakomen van deze verplichting schade zou lijden (rov. 2.43).

De onbetaald gebleven facturen van Centercon c.s. hebben betrekking op bestellingen geplaatst in de periode van augustus 2010 tot 21 november 2011. Centercon c.s. stelt zich dus in feite op het standpunt dat [geïntimeerden] al in augustus 2010 wist, althans behoorde te weten, dat de vennootschap haar betalingsverplichtingen niet meer zou kunnen nakomen (rov. 2.44).

Centercon c.s. heeft haar stelling dat als de voorraden juist waren gewaardeerd en de schuld aan [persoon I] was opgenomen in de jaarcijfers de resultaten er vanaf 2009 en daarna heel anders zouden hebben uitgezien en er geen schijn van kredietwaardigheid zou zijn gewekt, onvoldoende onderbouwd. [geïntimeerden] heeft onbetwist aangevoerd dat Centercon c.s. ondanks de betalingsproblemen bleef leveren en pas vanaf oktober 2011 contante betaling vroeg. Kennelijk deelde Centercon c.s. het vertrouwen van [geïntimeerden] dat het tij zou keren en het goed zou komen. Het verwijt dat overeenkomsten en inkomsten zijn verlegd en activa aan de onderneming zijn onttrokken, is gelet op het gemotiveerd verweer van [geïntimeerden] onvoldoende onderbouwd (rov. 2.45).

Centercon c.s. heeft onvoldoende feiten en/of omstandigheden aangevoerd om tot de conclusie te kunnen komen dat [geïntimeerden] al in augustus 2010, dan wel op een – niet nader door Centercon c.s. aangeduid – ander moment voorafgaande aan het faillissement van [[Y]] Koeltechniek in een zodanig uitzichtloze positie verkeerde dat [geïntimeerden] wist dan wel redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat [[Y]] Koeltechniek haar betalingsverplichtingen niet meer zou kun-

nen nakomen en geen verhaal zou bieden. Daarom valt [geïntimeerden] geen persoonlijk ernstig verwijt te maken van de onbetaald gebleven facturen (rov. 2.46).

Het beroep op artikel 2:248 BW kan [appellanten] niet baten. Dat betreft een aansprakelijkheid tegenover de boedel en alleen de curator is bevoegd een vordering op grond van dit artikel in te stellen (rov. 2.47).

3.88. Uit het voorgaande volgt dat het bestreden vonnis van 11 december 2019 een substantieel aantal oordelen inhoudt met betrekking tot zowel de subsidiaire grondslag als de meer subsidiaire grondslag en hetgeen door Centercon c.s. in dat kader is aangevoerd (en in het verlengde daarvan in de onderhavige procedure door [appellanten]). Gelet daarop behoorde [appellanten] concreet aan te geven welke bezwaren zij had tegen die oordelen, en waarom, en kon zij niet volstaan met de grieven XXIV en XXV en de slechts in algemene bewoordingen gestelde toelichtingen daarop. Dat wordt niet anders door de verwijzing naar paragraaf 9 van de memorie van grieven, nu ook daarin geen concrete bezwaren tegen de betreffende oordelen zijn te vinden. Voor wat betreft het beroep van [appellanten] op het bepaalde in artikel 2:248 BW en de toelichting daarop in paragraaf 10 van de memorie van grieven overweegt het hof nog dat zij zich te dien aanzien verenigt met het hierboven samengevatte oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 2.47 van het bestreden vonnis van 11 december 2019. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat de omstandigheid dat Centercon c.s. erop zou hebben toegezien dat de curator [geïntimeerden] zou aanspreken op grond van artikel 2:248, zoals [appellanten] stelt maar niet verduidelijkt, noodzakelijkerwijs zou hebben meegebracht dat de curator daartoe daadwerkelijk zou zijn overgegaan. De curator heeft daarin immers een eigen verantwoordelijkheid en dient zelfstandig, in het belang van de boedel, de afweging te maken of het in rechte betrekken van [geïntimeerden] op grond van artikel 2:248 BW in het licht van alle feiten en omstandigheden die de curator ter kennis zijn gekomen, opportuun is.

3.89. Het voorgaande betekent dat de grieven XXIV en XXV niet slagen.

Grief XXVI: eigen schuld [geïntimeerden]?

3.90. Met grief XXVI betoogt [appellanten], onder verwijzing naar paragraaf 8 van de conclusie

van antwoord, dat de rechtbank ten onrechte het beroep van [appellanten] op artikel 6:101 BW niet heeft beoordeeld en haar niet is gevolgd in haar betoog. Had de rechtbank dat wel gedaan, dan had zij moeten constateren dat [geïntimeerden] een vordering hadden op de oud-accountant [persoon G] en de notaris die destijds de oprichtingsakte passeerde. Het niet (in rechte) aanspreken van deze betrokkenen tot verhaal van de geleden schade kwalificeert als eigen schuld waardoor de vordering op [appellanten] vervalt dan wel wordt verminderd tot € 0, aldus met zoveel woorden [appellanten]

3.91. Het hof verwerpt dit betoog. Met wat [appellanten] aanvoert in de toelichting op grief XXVI, in combinatie met paragraaf 8 van de conclusie van antwoord, maakt [appellanten] onvoldoende duidelijk dat en waarom gronden bestaan voor aansprakelijkheid van de destijds bij de oprichting van [[Y]] Koeltechniek betrokken accountant en notaris tegenover [geïntimeerden], zodat haar beroep op eigen schuld van [geïntimeerden] alleen al om die reden niet opgaat.

3.92. Bij het voorgaande komt dat de aansprakelijkstelling van [appellanten] die in dit geding centraal staat, haar grond vindt in de beroepsfout die door (een medewerker van) [de gerechtsdeurwaarders] is gemaakt. Daarvoor is [de gerechtsdeurwaarders] aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, en [[X] advocaten] op grond van artikel 6:76 BW omdat [de gerechtsdeurwaarders] heeft te gelden als de door haar ingeschakelde hulppersoon. Die beroepsfout heeft ertoe geleid dat [geïntimeerden] in de procedure tegen Centercon c.s. geen herkansing in hoger beroep meer kon krijgen ten aanzien van het voor [geïntimeerden] nadelige vonnis van 25 juni 2014. Aan de aansprakelijkheid van [appellanten] kan niet afdoen dat de destijds bij de oprichting van [[Y]] Koeltechniek betrokken accountant en/of de notaris mogelijk een fout hebben gemaakt ter zake van de plicht tot minimumstorting op de aandelen. Geen rechtsregel brengt mee dat [geïntimeerden] zich ter zake (eerst) dient te wenden tot de betreffende accountant en/of notaris.

3.93. De conclusie is dat grief XXVI niet slaagt.

Grief XXVII

3.94. Met grief XXVII komt [appellanten] op tegen rechtsoverweging 2.49 van het bestreden eindvonnis van 11 december 2019 en de onderdelen 3.2 tot en met 3.7 van het dictum van dat

vonnis. Uit het voorgaande volgt dat deze grief slaagt voor zover zij is gericht tegen de onder 3.2 van het dictum van het bestreden eindvonnis van 11 december 2019 ten laste van [[X] advocaten] gegeven verklaring voor recht. Voor het overige slaagt zij niet.

De slotsom

3.95. De conclusie is dat de grieven XXVII en VIII deels slagen, namelijk voor zover zij zijn gericht tegen onderdeel 3.2 van het dictum van het bestreden eindvonnis van 11 december 2019. Voor het overige slagen zij niet. Ook de andere door [appellanten] opgeworpen grieven slagen niet. Dit alles betekent dat het bestreden vonnis van 11 december 2019 niet in stand kan blijven voor wat betreft de door de rechtbank onder 3.2 van het dictum gegeven verklaring voor recht. Voor het overige zal dat vonnis bekrachtigd worden, inclusief de veroordeling van [[X] advocaten] en [de gerechtsdeurwaarders] als bedoeld in het dictum onder 3.4. Daarmee is immers ook beslist dat [[X] advocaten] tegenover [geïntimeerden] hoofdelijk aansprakelijk is op de wijze als daar opgenomen. Een verklaring voor recht is daarvoor niet nodig. Daarnaast zullen de bestreden vonnissen van 27 september 2017 en 9 mei 2018 worden bekrachtigd.

3.96. Het voorgaande betekent ook dat [appellanten] heeft te gelden als de in het ongelijk gestelde partij. Zij zal daarom in de proceskosten worden veroordeeld op de wijze zoals in het dictum is opgenomen.

4. De uitspraak

Het hof:

4.1. verklaart [appellanten] niet-ontvankelijk in het hoger beroep tegen de bestreden vonnissen van 12 oktober 2016 en 30 januari 2019;

4.2. vernietigt het bestreden vonnis van 11 december 2019 voor wat betreft de in het dictum onder 3.2 opgenomen verklaring voor recht;

4.3. bekrachtigt het bestreden vonnis van 11 december 2019 voor het overige en bekrachtigt ook de bestreden vonnissen van 27 september 2017 en 9 mei 2018;

4.4. veroordeelt [appellanten] in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [geïntimeerden] op € 760,00 aan griffierecht en op € 3.342,00 (3 punten maal tarief II) aan salaris advocaat;

4.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. Aanleiding voor deze procedure is een klassieke beroepsfout: een rechtsmiddel wordt niet tijdig ingesteld. Daarmee rijst de vraag wie er jegen de cliënt aansprakelijk is voor de gevolgen van de fout: het deurwaarderskantoor, het advocatenkantoor of beide? Het arrest bevat aardige overwegingen over het uitsluiten van aansprakelijkheid via algemene voorwaarden, de reikwijdte van de zorgplicht van de advocaat, de reikwijdte van de risicoaansprakelijkheidsbepalingen en het leerstuk toerekening van interne kennis.

2. De feiten: een natuurlijke persoon en zijn holdingmaatschappij (hierna gezamenlijk aangeduid als 'de cliënt') worden in een procedure in eerste aanleg in het ongelijk gesteld. Het advocatenkantoor aanvaardt de opdracht om namens de cliënt het hoger beroep te voeren. Het advocatenkantoor stelt een appelexploot op dat onder correcte vermelding van het einde van de appeltermijn ter betekening aan het deurwaarderskantoor wordt gestuurd. Het deurwaarderskantoor aanvaardt de opdracht om het appelexploot uit te brengen, maar daarna gaat het mis. Door een interne fout van een medewerker van het deurwaarderskantoor wordt het appelexploot niet tijdig aan de deurwaarder gegeven; er wordt daardoor niet tijdig appel ingesteld. De cliënt spreekt zowel het advocatenkantoor als het deurwaarderskantoor aan tot vergoeding van de schade die het gevolg is van de gemiste appelmogelijkheid. In een (niet gepubliceerde) uitspraak wijst de rechtbank de vorderingen toe. Het hof bekrachtigt in dit arrest het vonnis grotendeels.

3. Duidelijk is dat de fout binnen het deurwaarderskantoor is gemaakt. De vraag of het advocatenkantoor hiervoor (ook) aansprakelijk is, hangt vooral af van de afspraken die het advocatenkantoor hierover met de cliënt heeft gemaakt. De veiligste route die de advocaat kan kiezen is om expliciet met zijn cliënt af te spreken dat de cliënt zelf de (enige) opdrachtgever van het deurwaarderskantoor is. Het advocatenkantoor kan dan wel als contactpersoon/bode van het deurwaarderskantoor functioneren, maar voorkomt zo dat het zichzelf contractueel bindt voor gedrag van het deurwaarderskantoor. Voorts kan een advocatenkantoor jegen zijn cliënt bedingen dat hij niet aansprakelijk is voor fouten van door hem

ingeschakelde hulppersonen. Zo'n exoneration is tamelijk gebruikelijk.

4. Kennelijk had het advocatenkantoor een dergelijke exoneration in zijn algemene voorwaarden opgenomen want er ontstaat debat over de toepasselijkheid daarvan. Daarbij lopen twee vragen wat door elkaar: hoe expliciet moet de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden worden bedongen en kan (eventuele) kennis van een bestuurder over de toepasselijkheid van de voorwaarden worden beschouwd als kennis van de cliënt? In dit geval had het advocatenkantoor in de jaren voor de aanvaarding van de onderhavige opdracht verschillende zaken behandeld voor de later gefailleerde vennootschap waarvan de cliënt de bestuurder was. Volgens het advocatenkantoor was daarbij in de correspondentie en facturen tot uitdrukking gebracht dat diens algemene voorwaarden golden. Die bewijsstukken waren echter niet meer beschikbaar en het hof oordeelt begrijpelijkerwijs dat dit bewijsprobleem voor risico van het advocatenkantoor is. Het hof stelt voorop dat de toepasselijkheid van algemene voorwaarden een 'gewone' vraag van wilsovereenstemming is. Stilzwijgende aanvaarding van de toepasselijkheid is mogelijk. Het feit dat het hier gaat om een advocatenkantoor dat op grond van de binnen de beroepsgroep geldende regels gehouden is om een duidelijke opdrachtbevestiging te verzenden, weegt echter wel mee (vgl. art. 7.5 van de Verordening op de advocatuur (Voda) en advocatuurlijke gedragsregel 16). Het is gebruikelijk dat rechters dergelijke gedragsrechtelijke normen tot op zekere hoogte laten doorwerken bij de beoordeling van een civielrechtelijk geschil (vgl. E.A.L. van Emden, 'De tuchtprocedure als opmaat naar civielrechtelijke aansprakelijkheid', in: F.M.A. 't Hart & A.J.C.C.M. Loonen, *Tuchtrecht in de financiële praktijk*, Paris 2020). Volgens het hof blijkt uit de overgelegde verklaringen niet voldoende duidelijk dat er bij eerdere opdrachten daadwerkelijk toepasselijkheid van de algemene voorwaarden is overeengekomen. Deze beslissing onderstreept de praktische betekenis van een duidelijke opdrachtbevestiging, het expliciet (in de opdrachtbevestiging en/of op de voorzijde van het briefpapier) vermelden dat opdrachten slechts worden aanvaard onder toepassing van algemene voorwaarden en het bewaren van dossiers.

5. Interessant is de vraag of de kennis die de cliënt als bestuurder van de later gefailleerde

vennootschap zou hebben gehad over de contractvoorwaarden van het advocatenkantoor kon worden beschouwd als kennis van de cliënt. Dit is een vraag van toerekening van interne kennis. Deze vraag wordt beantwoord via de Kleuterschool Babbel-norm (vgl. HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344 (*P&F/Peper en De Hart*), HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285 (*Resort of the world/Maple Leaf*) en HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413 (*Treston/HDI*)). Bepalend is of de kennis van de functionaris naar verkeersopvattingen kan worden beschouwd als kennis van de vennootschap. In beginsel wordt deze vraag bij bestuurders vrij snel bevestigend beantwoord. Hier speelde echter de bijzonderheid dat de relevante kennis door de bestuurder was opgedaan vanuit zijn betrokkenheid bij een andere vennootschap. Katan duidt dit in haar proefschrift aan als 'hoedanigheidsproblematiek'; toerekening van kennis die een functionaris met een andere pet op verkrijgt kan soms aan de vennootschap worden toegerekend, maar dit vergt wel nadere motivering (B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen*, Kluwer 2017, hfst. 11). Tjittes is nog wat terughoudender ten aanzien van het toerekenen van kennis die een functionaris in een andere hoedanigheid verkreeg (R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Boom juridische uitgevers 2018, hfst. 3, par. 3.3.1). Nu hier niet werd vastgesteld dat de bestuurder de relevante kennis (met zijn andere pet op) had verkregen, werd dit aspect niet uitvoerig beoordeeld. Daarbij valt wel op dat het hof in r.o. 3.23 vrij gemakkelijk lijkt te oordelen dat de kennis die de cliënt als bestuurder van de later gefailleerde vennootschap opdeed ook (automatisch) als eigen kennis van de cliënt geldt.

6. Het advocatenkantoor probeerde de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden nog aan te tonen met een beroep op een gerechtelijke erkenning. In de inleidende dagvaarding had de cliënt de algemene voorwaarden namelijk benoemd. Het hof oordeelde dat een enkele beschrijvende mededeling nog geen erkenning inhoudt; dat is in lijn met de meer restrictieve uitleg die aan art. 154 Rv wordt gegeven. Die terughoudende toepassing houdt verband met de vergaande bewijsrechtelijke consequentie van toepassing van het artikel (vgl. G. de Groot (*GS Burgerlijke Rechtsvordering*), aant. 1.2 en aant. 1.4 bij art. 154 Rv).

7. Nu het advocatenkantoor niet kon aantonen dat aansprakelijkheid voor fouten van derden (zoals het deurwaarderskantoor) contractueel was uitgesloten, was de vraag of, en op welke grond het advocatenkantoor voor die fout aansprakelijk was. Hiervoor zijn twee grondslagen aangevoerd (en te bedenken): risicoaansprakelijkheid ex art. 6:76 BW en schuldaansprakelijkheid vanwege een eigen fout. Het onderscheid zal hier vooral relevant zijn voor de onderlinge draagplichtdiscussie. Als hoofdelijke aansprakelijkheid van het deurwaarderskantoor en het advocatenkantoor bestaat, moet in hun onderlinge relatie worden vastgesteld hoe de schade intern verdeeld moet worden. Als daarvoor niets bij contract is geregeld, vindt de beoordeling ex art. 6:10 jo. art. 6:102 jo. art. 6:101 BW plaats. Als geen eigen fout van het advocatenkantoor wordt aangenomen, is ook geen normschendend gedrag van het advocatenkantoor te duiden dat heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade; het deurwaarderskantoor is dan in beginsel geheel draagplichtig.

8. De risicoaansprakelijkheid van het advocatenkantoor volgt hier uit art. 6:76 BW. Aangezien was vastgesteld dat de overeenkomst tussen het advocatenkantoor en de cliënt strekte tot het instellen van hoger beroep, was het deurwaarderskantoor een hulppersoon die was ingezet bij het uitvoeren van die overeenkomst. Het gedrag van het deurwaarderskantoor wordt dan op grond van de wet aan het advocatenkantoor toegerekend, ook als het advocatenkantoor zelf geen verwijt kan worden gemaakt van de fout (zie bijvoorbeeld HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0163 (*R/Moonen*) en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en de omvang van de opdracht', *MvM* 2010/10). Het beroep op de deroerende werking van de redelijkheid en billijkheid deed daar volgens het hof niet aan af. Dat is te begrijpen nu art. 6:248 lid 2 BW met een zekere terughoudendheid wordt toegepast en art. 6:76 BW juist is bedoeld voor dit type situaties.

9. De vraag was vervolgens of het advocatenkantoor zelf ook een fout had gemaakt doordat er niet op was toegezien dat tijdig een appeexploot was uitgebracht. Het hof vond dat de zorgplicht van het advocatenkantoor niet zover reikte. Dat oordeel lijkt mij juist. Op het advocatenkantoor rust een zorgplicht. In dit geval betreft het een inspanningsverbintenis; het advocatenkantoor

heeft immers zelf niet in de hand dat het exploot tijdig wordt uitgebracht want dat is de exclusieve bevoegdheid van de deurwaarder (vgl. E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Kluwer 2014, par. 1.2.3). Door het exploot tijdig aan het deurwaarderskantoor te zenden, daarbij het einde van de appeltermijn correct te benoemen en toe te zien op de ontvangst van een opdrachtbevestiging had het advocatenkantoor de redelijkerwijs te vergen zorg betracht. Het hof vond dat het advocatenkantoor er gezien deze feiten gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat het deurwaarderskantoor de opdracht juist zou uitvoeren. Een *best practice* is natuurlijk dat de behandelend advocaat er zelf wel op toeziet dat het appeexploot daadwerkelijk tijdig door de deurwaarder wordt betekend.

10. In zaken waarin deurwaarders aansprakelijk worden gesteld voor fouten bij ambtshandelingen speelt vaker discussie over de vraag wie aansprakelijk is voor de fout: de deurwaarder zelf, het deurwaarderskantoor of allebei. Zou het deurwaarderskantoor de opdrachtnemer van de cliënt zijn, dan zou het deurwaarderskantoor op grond van art. 6:74 jo. art. 6:76 BW aansprakelijk zijn voor zo'n fout van de deurwaarder.

11. Hier ontbreekt echter een contractuele verhouding tussen de cliënt en het deurwaarderskantoor of de deurwaarder. Het is vaste rechtspraak dat voor fouten die zijn gemaakt bij het uitvoeren van ambtshandelingen de deurwaarder zelf ex art. 6:162 BW aansprakelijk is en dat het deurwaarderskantoor voor die fout juist niet aansprakelijk is (vgl. hof Arnhem 13 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV9682, hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6875, hof Den Bosch 4 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4587, rb. Amsterdam 9 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3984 en rb. Amsterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8925). Dit houdt verband met het kenbaar persoonlijke karakter van de ambtsuitoefening door de deurwaarder (vgl. P. van Schilfgaarde in *NJ* 2003/196). De risicoaansprakelijkheid uit art. 6:171 BW blijft buiten toepassing omdat aan de eis van eenheid van onderneming dan niet wordt voldaan (vgl. HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0692 (*Van Bentum/Bos*)). De hierna te bespreken Kleuterschool Babbel-norm vindt gezien dat kenbaar persoonlijke karakter van de beroepsuitoefening evenmin toepassing; objectief gezien is duidelijk

dat de deurwaarder zelf, en niet het deurwaarderskantoor, de ambtshandeling verricht.

12. Hier speelde de bijzonderheid dat er eigenlijk geen fout was gemaakt door de deurwaarder bij een ambtsverrichting, zoals bijvoorbeeld het geval zou zijn geweest als de deurwaarder het exploit op het verkeerde adres had betekend of als de deurwaarder het exploit zelf was vergeten. De fout was gemaakt door een medewerker van het deurwaarderskantoor; het exploit was daarvoor niet tijdig bij de deurwaarder terechtgekomen zodat van een fout van de deurwaarder zelf niet gesproken kon worden. Voor dergelijke fouten van ondergeschikten kan een deurwaarderskantoor jegens niet-contractspartijen (zoals de cliënt uit deze zaak) op twee gronden aansprakelijk zijn: art. 6:170 BW of de Kleuterschool Babel-norm.

13. Voor fouten van ondergeschikten schept art. 6:170 BW een risicoaansprakelijkheid van degene in wiens dienst de ondergeschikte staat, mits er een functioneel verband bestaat tussen de fout en de taakuitoefening. Het vereiste van het functioneel verband wordt (zeer) ruim uitgelegd (zie bijvoorbeeld HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7557 (*Groot Kievitsdal*) en HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020 (*Blomaard/Utrecht*)). Daarin is een belangrijk verschil met het juist restrictiever uitgelegde art. 6:171 BW gelegen.

14. Het hof had art. 6:170 BW hier niet nodig om aansprakelijkheid van het deurwaarderskantoor te vestigen. Krachtens de Kleuterschool Babel-norm bepalen de verkeersopvattingen of handelingen van een functionaris kunnen worden beschouwd als handelingen van zijn vennootschap (vgl. HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595 (*Kleuterschool Babel*)). Het hof oordeelde dat het gewraakte gedrag van de medewerker hier naar verkeersopvattingen gedrag van het deurwaarderskantoor inhield; het deurwaarderskantoor was daarom zelf op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk. Daarbij merkt het hof op dat de correspondentie over de opdracht ook was gevoerd met het deurwaarderskantoor en niet met een individuele deurwaarder. Ik merk volledigheidshalve nog op dat de Kleuterschool Babel-norm en het vereiste van een functioneel verband uit art. 6:170 BW twee verschillende normen zijn die niet steeds tot dezelfde uitkomst leiden.

15. Het deurwaarderskantoor had nog een beroep gedaan op diens eigen algemene voorwaarden, maar het betoogde slechts dat deze voorwaarden jegens de cliënt toepasselijk waren via de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van het advocatenkantoor. Die weg liep dus dood (zie nr. 4 hiervoor). De ingewikkelde vraag van eventuele derdenwerking van contractvoorwaarden kwam verder niet aan de orde. In de rechtspraak over dat onderwerp is moeilijk een duidelijke lijn te herkennen anders dan dat het gerechtvaardigd vertrouwen een belangrijk gezichtspunt vormt (vgl. *Asser/Sieburgh 6-III*, 2018, nr. 525 e.v. en de daar genoemde rechtspraak).

16. Ik vermoed dat het deurwaarderskantoor zijn algemene voorwaarden wilde inroepen omdat die een exoneratie zouden bevatten. Als uitgangspunt kan aansprakelijkheid voor fouten van niet-leidinggevend personeel geldig worden uitgesloten. De rechtspraak laat echter zien dat een beroep op zo'n exoneratie vaak als onaanvaardbaar wordt beoordeeld voor zover er verzekeringsdekking is voor de aanspraak (vgl. hof Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:237, hof Den Bosch 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:50, rb. Den Haag 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12620, rb. Amsterdam 1 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1137).

17. Voor de vraag hoever de aansprakelijkheid van het deurwaarderskantoor en het advocatenkantoor reikt, moet de Baijings-maatstaf worden gehanteerd (HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467 (*Baijings*)). De cliënt moet aannemelijk maken dat hij in het hypothetische geval dat het hoger beroep wel ontvankelijk was geweest een betere uitkomst had bereikt dan in het in eerste aanleg tegen hem gewezen vonnis. De stelplicht en bewijslast van het causaal verband (dus van het slagen van het hypothetische appel) rusten daarbij op de cliënt. De cliënt kan er ook voor kiezen om (al dan niet subsidiair) een beroep te doen op het leerstuk van de kansschade (zie bijvoorbeeld HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419). Bij die benadering wordt vooropgesteld dat de beroepsfout heeft geleid tot het missen van de kans om een herbeoordeling in hoger beroep te vragen; het causaal verband tussen de fout en het als zodanig missen van de kans is gegeven. De vraag is hier hoe de gederfde kans moet worden gewaardeerd; dat is een vraag van schadebegroting. Het

aandeel in de schade dat correspondeert met de omvang van de gedeerde kans moet in beginsel worden vergoed. Hoe de *trail within a trail*-beoordeling in deze zaak in concreto uitpakt, werk ik verder niet uit; ik merk slechts op dat het in het onderliggende geschil ging om de vraag of de cliënt als bestuurder en/of aandeelhouder aansprakelijk was voor een schuld van een later gefailleerde vennootschap.

18. Het advocatenkantoor en het deurwaarderskantoor hadden tot slot nog een eigenschuldverweer gevoerd. Er werd betoogd dat de cliënt de schade die het gevolg was van het verlies van de procedure in eerste aanleg had kunnen verhalen op andere personen (namelijk een notaris en/of accountant die betrokken was geweest bij de oprichting van de later gefailleerde vennootschap). Het hof verwierp dit verweer. Het feit dat anderen mogelijk eveneens aansprakelijk zouden zijn voor de schade laat de aansprakelijkheid van de gedaagden in deze zaak onverlet (vgl. art. 6:102 BW). Er is ook geen vaste volgorde waarin de eiser de diverse mogelijke schuldenaren zou moeten aanspreken.

Onder aan de streep levert dit hoger beroep de gedaagde partijen dus alleen meer duidelijkheid op over hun onderlinge draagplicht. Hun hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de cliënt blijft in stand.

mr. E.A.L. van Emden
advocate bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag en buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen

117

Luchtvaartmaatschappij KLM aansprakelijk voor letsel bagagemedewerker

Kantonrechter Rechtbank Amsterdam
23 maart 2022, nr. 9516219,
ECLI:NL:RBAMS:2022:2727
(mr. Van Walraven)
Noot D.M. van Broeckhuijsen

Letselschade. Werkgeversaansprakelijkheid. Zorgplicht. Omkering bewijslast.

[BW art. 7:658]

Een bagagemedewerker (hierna: verzoeker), die overeenkomstig een detacheringsovereenkomst bij KLM te Schiphol is tewerkgesteld als lader/losser van haar vliegtuigen, heeft tijdens het inladen van bagage in het laadruim lichamelijk letsel opgelopen. Omdat ten tijde van het inladen geen materiële hulpmiddelen ter plaatse waren zoals een trap of een ladder, zag verzoeker zich genoodzaakt om de afstand vanaf de grond tot het luik van het laadruim zelf te overbruggen door zijn beide handen door de opening van het luik heen op de bodem van het laadruim te plaatsen, zichzelf met kracht op te drukken en omhoog te springen. Verzoeker is tijdens de sprong in het laadruim met zijn arm op de deurrand geslagen, waardoor zijn rechterschouder uit de kom schoot en hij met zijn gezicht op de deurrand van het luik sloeg. Bij brief van 22 februari 2017 heeft verzoeker KLM op grond van art. 7:658 BW aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade. Nadat KLM aansprakelijkheid van de hand heeft gewezen, start verzoeker een deelgeschilprocedure waarin hij een verklaring voor recht vordert dat KLM aansprakelijk is voor zijn geleden schade. Daartoe voert verzoeker primair aan dat zijn leidinggevende hem ter ondersteuning geen 'voetje' heeft aangeboden en hem evenmin heeft gewaarschuwd om de sprong in het bagageruim niet te wagen. KLM betoogt dat er geen causaal verband is tussen de werkzaamheden en de schade, maar dat de schade het gevolg is van de (pre-existente) lichamelijke toestand van verzoeker (een zogenoemde 'habituele schouderluxatie'). Dit verweer