

visie nuancering en blijft een feitelijke beoordeling van geval tot geval noodzakelijk. Daarnaast hebben wij kritiek op de voorwaarde voor toepassing van de overgangsregeling.

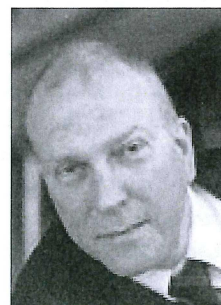
Naar onze mening hoeft de sloop van een oude onroerende zaak op het moment van de juridische levering nog niet te zijn aangevangen om tot een btw-belaste samengestelde prestatie te concluderen. Bij de vaststelling van de btw-kwalificatie van een transactie dient mede te worden gelet op de geobjectiveerde subjectieve intenties van partijen. Mocht op een later moment blijken dat geen btw-belaste levering tot stand is gekomen en dat ten onrechte vrijstelling van overdrachtsbelasting is geclaimd, dan kan deze overdrachtsbelasting worden nageheven.

Over het arrest Don Bosco is het laatste woord zeker nog niet gezegd. Dit arrest zal in de komende jaren dan ook nog een bron van procedures zijn. De passerende notaris doet er goed aan om in voorkomend geval een volledig dossier op te bouwen, tijdig deskundig advies in te winnen, waar nodig afstemming te zoeken met de Belastingdienst en partijen goed te informeren over de mogelijke risico's van een transactie.

Aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar naast de contracterende vennootschap



Mw. mr. E.J.M. van
Rijckevorsel-Teeuwen*



Mr. T.P. Hoekstra*

1. Inleiding

In het recent gewezen arrest Biek Holding/Maatschap A c.s.¹ oordeelde de Hoge Raad dat de maten van een advocatenmaatschap, in geval van een door die maatschap aanvaarde opdracht, ieder op grond van art. 7:407 lid 2 BW jegens de opdrachtgever voor het geheel aansprakelijk zijn. Daarnaast kunnen de maten soms ook uit andere hoofde dan hun lidmaatschap van de maatschap worden aangesproken wegens persoonlijke aansprakelijkheid. De Hoge Raad acht het mogelijk dat een individuele maat tevens aansprakelijk wordt gehouden op de voet van art. 7:404 BW als de opdracht is verleend met het oog op zijn persoon.

Voor beroepsbeoefenaren, zoals de advocaat en de notaris, is het steeds gebruikelijker geworden dat zij hun praktijk niet uitoefenen binnen een maatschap, maar binnen het verband van een rechtspersoon.

Hierdoor is veelal de rechtspersoon de juridische wederpartij van de opdrachtgever en niet de advocaat of de notaris zelf. De vraag doemt dan ook op of de situatie voor de beroepsbeoefenaar die zijn werkzaamheden verricht vanuit een rechtspersoon anders is dan die van de beroepsbeoefenaar in maatschapverband, of dat ook voor eerstgenoemde beroepsbeoefenaar geldt dat hij naast de rechtspersoon (hoofdelijk) aansprakelijk is.

* Beiden zijn advocaat te Amsterdam.
(e.van.rijckevorsel@houthoff.com) (t.hoekstra@houthoff.com)
Zij danken mr. P. Memelink voor haar waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. HR 15 maart 2013, NJ 2013, 290 m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2013, 133 m.nt. Blanco Fernández (LJN: BY7840).

In de praktijk wordt aan de opvatting dat de beroepsbeoefenaar naast de rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk is al veelvuldig invulling gegeven. Vaak wordt in geval van een (gestelde) fout immers niet enkel de (contracterende) vennootschap, maar ook de beroepsbeoefenaar in privé aangesproken. Sterker nog, steeds vaker wordt door de eisende partij bij de voorzieningenrechter verlot gevraagd voor het leggen van conservatoir beslag ten laste van de beroepsbeoefenaar in privé.²

Dit artikel behandelt niet alleen de vraag of de beroepsbeoefenaar naast de vennootschap aansprakelijk kan worden gehouden, maar het zal tevens stilstaan bij de vraag (i) in hoeverre het *nodig en wenselijk* is dat (ook) de beroepsbeoefenaar zelf - naast de vennootschap - aansprakelijk kan worden gehouden en (ii) of conservatoir beslag ten laste van de beroepsbeoefenaar in privé een geoorloofd pressiemiddel is. Dit artikel zal voor de leesbaarheid beperkt zijn tot de (kandidaat-)notaris en de advocaat. De conclusies die in het artikel worden getrokken gelden onverminderd voor andere beroepsbeoefenaren.

2. Grondslagen persoonlijke aansprakelijkheid

2.1. Algemeen

De Hoge Raad stelt in het arrest Biek Holding/Maatschap A c.s. voorop dat een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft. Daarom zijn de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen voortvloeiend uit een met de maatschap gesloten overeenkomst (r.o. 3.4.2). Het arrest is dan ook niet rechtsreeks van toepassing op de beroepsbeoefenaren die wel binnen een rechtspersoon opereren. Teneinde de vraag te beantwoorden in hoeverre beroepsbeoefenaren naast de rechtspersoon aansprakelijk kunnen worden gehouden, zullen eerst de diverse gronden voor persoonlijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar worden langsgelopen. Eerst zal worden stilgestaan bij de aansprakelijkheid uit overeenkomst, uit onrechtmatige daad en de samenloop daartussen, om vervolgens te bezien wat de invloed is van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de beroepsbeoefenaar werknemer. Nagegaan wordt of art. 7:404 BW ook tot aansprakelijkheid kan leiden naast de rechtspersoon en tot slot staan we stil bij de betekenis van art. 16 Wna voor het notariaat in dit verband.

2.2. Wanprestatie en onrechtmatige daad

Juridische dienstverlening berust doorgaans op een overeenkomst van opdracht. Voor de notaris is dit nog eens uitdrukkelijk bepaald in art. 16 Wna. De juridische dienstverlener is derhalve aanspreekbaar uit hoofde van toerekenbare tekortkoming. De vraag kan echter worden gesteld of de opdrachtgever daarnaast ook een vordering uit hoofde van onrecht-

matige daad kan instellen in geval van tekortkoming in de nakoming van de verbintenis van opdracht.

De beantwoording van de vraag vergt een uitstap naar het leerstuk van samenloop. Asser schrijft over de verhouding tussen een onrechtmatige daad en wanprestatie:³

“Tussen een onrechtmatige daad en een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis bestaat een subtiel onderscheid. Voor zover de tekortkoming bestaat in de schending van een rechtsplicht is zij een species van het genus onrechtmatige daad.”

De aansprakelijkheid wegens niet-nakoming van een op de schuldenaar rustende verbintenis is afzonderlijk in de wet geregeld. De strekking van art. 6:74 BW brengt mee dat in geval van schending van contractuele verplichtingen in beginsel niet de bepalingen van art. 6:162 BW e.v. van toepassing zijn, maar uitsluitend de regeling neergelegd in art. 6:74 BW e.v.⁴ Indien derhalve bij een vordering tot schadevergoeding voor wat betreft de normschending niet meer wordt gesteld dan de enkele tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, komt aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in beginsel niet als grondslag voor toewijzing in aanmerking.⁵

Toch is de exclusiviteit van de regeling van art. 6:74 BW ten aanzien van de schadevergoeding op grond van tekortkoming in de nakoming van een verbintenis niet onbegrensd. Een handeling die wanprestatie oplevert, levert tevens aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW op, wanneer onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming sprake is van een onrechtmatige daad, terwijl die onrechtmatige daad wel verband houdt met de contractuele verhouding.⁶

2. Zie bijvoorbeeld v.zr. Rechtbank Amsterdam 2 februari 2012, L.J.N.: BV6149, ORP 2012(3).
3. Asser/Hartkamp & Sieburgh, deel IV, *Verbintenissenrecht, de verbintenis uit de wet*, dertiende druk, Deventer 2011, aant. 9.
4. Zie o.m. *GS Onrechtmatige daad II.3* (B.T.M. van der Wiel), aant. 6 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh, deel IV, *Verbintenissenrecht, de verbintenis uit de wet*, dertiende druk, Deventer 2011, aant. 10.
5. Aldus de Hoge Raad in o.m. HR 13 juni 1913, NJ 1913, 787 (Kuyk/Kinker). Zie voor een overzicht van de literatuur en jurisprudentie op dit punt *GS Onrechtmatige daad II.3*, aant. 8.
6. Volgens C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, Zwolle 1966, p. 35 speelt de slagzin ‘*Lex specialis derogat legi generali*’ bij samenloop van wetsnormen geen rol van betekenis. Ook indien sprake is van onmiskenbare specialis/generalis verhouding, is het niet zo dat de eerste regel per definitie de tweede opzij zet; HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (Erba). Zie ook over dit onderwerp J.H. Nieuwenhuis ‘They still rule us from their graves’, *WPNR* 11 januari 2007 (6693) en F.B. Bakels, ‘Aspecten van samenloop I’ en ‘Aspecten van samenloop II (slot)’, *WPNR* 25 april 2009 (6796) respectievelijk *WPNR* 2 mei 2009 (6797).

In overeenstemming met eerdere uitspraken overwoog de Hoge Raad reeds in 1955 in het bekende Bogaard/Vesta-arrest:⁷

“Een handeling gepleegd door een persoon ten nadele van een ander, met wie hij in een contractuele relatie staat of gestaan heeft, kan onrechtmatig zijn in de zin van art. 1401 BW [thans: art. 6:162 BW] inzien zij, onafhankelijk van die contractuele verhouding - hetgeen wil zeggen: onafhankelijk van contractuele verplichtingen - onrechtmatig is.”

In de literatuur is men dan ook vrijwel algemeen van oordeel dat een beroepsfout die wanprestatie oplevert, tevens een onrechtmatige daad tegenover de contractuele wederpartij inhoudt.⁸ In de praktijk worden bij vorderingen ter zake beroepsfouten vrijwel altijd beide gronden, primair wanprestatie, subsidiair onrechtmatige daad, aangevoerd. De conclusie van Michiels van Kessenich-Hoogendam dat herhaaldelijk uit rechterlijke beslissingen niet duidelijk wordt op welke grond de vordering is toegewezen, geldt nog steeds.⁹

Zodra de beroepsbeoefenaar zijn diensten verleent vanuit een rechtspersoon, speelt het leerstuk samenloop op het niveau van de individuele dienstverlener in beginsel geen rol meer. De contractuele verbintenis bestaat in principe immers slechts nog tussen opdrachtgever en de rechtspersoon. De beroepsbeoefenaar heeft zich in die zin ontdaan van zijn contractuele aansprakelijkheid. Maar blijft de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad bij de beroepsbeoefenaar achter? Met andere woorden; levert de beroepsfout naast contractuele aansprakelijkheid van de vennootschap met wie de overeenkomst is aangegaan, ook een onrechtmatige daad op van de *beroepsbeoefenaar* jegens de schuldeiser?

Men kan geneigd zijn deze vraag met name ten aanzien van de beroepsbeoefenaar die tevens de bestuurder is van de vennootschap waarmee hij zijn beroep uitoefent ontkennend te beantwoorden. De rechtspersoon wordt immers veelal gezien als een middel waarmee persoonlijke aansprakelijkheid kan worden afgewend c.q. beperkt. Waarom zou het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid niet opgaan voor een beroepsbeoefenaar die tevens bestuurder is van zijn vennootschap?

De Hoge Raad heeft recentelijk in het arrest de Spaanse Villa¹⁰ zijn licht doen schijnen over de laatste gestelde vraag. Het arrest betreft de bestuurder van een vennootschap die zich richt op het bemiddelen tussen kopers en verkopers van onroerend goed. Kopers hadden een villa gekocht waarvan nadien bleek dat deze illegaal was gebouwd. Kopers hebben de vennootschap en haar bestuurder aansprakelijk gehouden en daaraan ten grondslag gelegd dat zij

onrechtmatig hadden gehandeld door hen niet op de hoogte te stellen van de illegale bouw en het daarmee samenhangende risico van sloop. De Hoge Raad oordeelde dat voor aansprakelijkheid van een bestuurder die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder betreft, maar die berust op een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm, de gewone regels van onrechtmatige daad gelden. In het bijzonder is dan niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt zoals dat voor tekortschieten- of onbehoorlijke taakuitoefening geldt.¹¹

Op grond van dit arrest kan worden geconcludeerd dat de bestuurder die tevens een beroep beoefent waaruit een zorgplicht voortvloeit, bij schending van die zorgplicht in privé aansprakelijk kan worden gehouden.

2.3. De beroepsbeoefenende werknemer

Hiermee is nog geen antwoord gegeven op de vraag of ook de in dienstverband opererende ondergeschikte advocaat/kandidaat-notaris persoonlijk kan worden aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad. Art. 6:170 BW stelt de werkgever risico-aansprakelijk voor fouten van zijn ondergeschikte. Gelegenheid tot disculpatie bestaat hier niet, ook niet als de ondergeschikte in strijd met een instructie handelde. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat in het geval de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond beiden voor de schade aansprakelijk zijn, de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadeschadevergoeding hoeft bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.

7. HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157, m.nt. L.E.H. Rutten (Bogaard/Vesta).
8. Zie o.m. Assers/Hartkamp & Sieburgh, deel IV, *Verbintenissenrecht, de verbintenis uit de wet*, dertiende druk, Deventer 2011, aant. 67, *GS Onrechtmatige daad VI.1.4 Onrechtmatige daad of wanprestatie (samenloop)*, (W.G. Huijgen), I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995, p. 15, I Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999, p. 8.
9. Zie I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995, p. 15.
10. HR 23 november 2012, *RvdW* 2012, 1473.
11. Zie hierover M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht' *NJB* 2013, 1344.

Deze bepaling geeft een beperking op de algemene regel dat de wettelijk aansprakelijke in beginsel een regresrecht jegens de dader toekomt. Het vormt een toepassing van de zinsnede “*tenzij uit de wet een andere verdeling voortvloeit*” uit de bepaling over hoofdelijkheid uit art. 6:102 lid 1 BW. In beginsel is de ondergeschikte intern niet schadeplichtig. Zijn betrekking stelt hem immers bloot aan een verhoogd risico van onrechtmatig handelen, terwijl het loon vaak in wanverhouding staat met de mogelijke omvang van de schade.¹² Aan het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad tegen de ondergeschikte staat de bepaling echter niet in de weg. Sterker nog, de persoonlijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de ondergeschikte is voorwaarde voor de risicoaansprakelijkheid van de werkgever. Met andere woorden, voor de externe aansprakelijkheid geldt dit niet, de benadeelde kan kiezen wie hij aanspreekt.

2.4. De opdracht met het oog op een bepaalde persoon

Hiervoor zijn wij ervan uitgegaan dat de beroepsbeoefenaar die zich in een rechtspersoon hult, zich in beginsel bevrijdt van zijn persoonlijke contractuele aansprakelijkheid. Dit voorbehoud maakten wij niet voor niets. In het arrest Biek Holding/Maatschap A c.s. waarnaar wij in het begin van dit artikel verwezen, wijst de Hoge Raad uitdrukkelijk op de mogelijkheid van persoonlijke aansprakelijkheid uit hoofde van art. 7:404 BW naast de aansprakelijkheid uit hoofde het lidmaatschap van de maatschap.

Art 7:404 BW bepaalt dat indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of een bedrijf uitoefent, die persoon gehouden is de werkzaamheden, nodig voor de uitvoering van de opdracht, zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren; alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.

Deze bepaling bewerkstelligt dat de beroepsbeoefenaar zelf naast de opdrachtnemer, derhalve hoofdelijk, jegens de opdrachtgever gehouden is tot correcte uitvoering van de opdracht, zodat hij bij niet-nakoming van deze verplichting ook zelf tot nakoming en eventueel tot schadevergoeding uit wanprestatie kan worden aangesproken.

Bij juridische dienstverlening wordt een opdracht vaak bij uitstek verleend met het oog op een bepaalde persoon. Met de groei van het aantal ervaringsjaren zal dit in toenemende mate gelden. De beroepsbeoefenaar zal veelal niet geneigd zijn te ontkennen dat de opdracht is gegeven met het oog op zijn kwaliteiten. In een zeer groot aantal gevallen zal derhalve ook sprake zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid naast de rechtspersoon, uit hoofde van

toerekenbare tekortkoming.¹³ Onwillekeurig kan dan toch weer sprake zijn van samenloop tussen persoonlijke aansprakelijkheid uit hoofde van toerekenbare tekortkoming en uit hoofde van onrechtmatige daad.

Uit het voorgaande mag niet de conclusie worden getrokken dat de rechtspersoon waar het de aansprakelijkheid betreft geen voordelen biedt boven de maatschap. Is de samenwerking van een aantal beroepsbeoefenaren vorm gegeven in een rechtspersoon, dan kan de ene vennoot – anders dan bij de maatschap – niet persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor het handelen van de andere.

2.5. De opdracht aan de notaris en art 16 Wna

Volgens sommigen doet het gegeven dat een notaris zich bedient van een (praktijk)vennootschap niet af aan het feit dat hij persoonlijk aansprakelijk is, omdat art. 16 Wna daaraan in de weg zou staan.¹⁴

“Het verrichten van wettelijke werkzaamheden en werkzaamheden die de notaris is samenhang daarmee pleegt te verrichten, berust op een overeenkomst tussen de notaris en de cliënt, bedoeld in titel 5 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.”

Kraan meent zelfs dat art. 16 Wna eraan in de weg staat dat de overeenkomst wordt gesloten tussen de praktijkvennootschap van de notaris en de cliënt. De notaris gaat altijd zelf de overeenkomst aan. Volgens Kraan staat op grond van de toelichting op art. 16 Wna vast dat indien de cliënt meent dat de notaris niet deugdelijk heeft gepresteerd, hij hem (persoonlijk) kan aanspreken uit wanprestatie. Kraan meent dan ook dat, gezien deze achtergrond, de notaris zélf met de cliënt de overeenkomst dient aan te gaan, nu het naar zijn mening niet aanvaardbaar is dat de notaris de cliënt die hem aanspreekt wegens

12. Zie hierover o.m. J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, negende druk, p. 2677, met een verwijzing naar HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 551 (De Bont/Zuidooster).

13. Zie recent nog Rb Amsterdam 10 april 2013, *LJN* BZ8515, Notafax 2013, 110.

14. C.A. Kraan, ‘De notaris en zijn besloten vennootschap’, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 1 november 2008, p. 11-15. Zie ook v.zr. Rechtbank Amsterdam 2 februari 2012, *LJN*: BV6149, *ORP* 2012(3). En zie ten slotte Rechtbank Utrecht 7 september 2011, *JOR* 2012/137 in welke uitspraak de rechtbank zonder een beroep op art. 16 Wna tot eenzelfde conclusie kwam.

wanprestatie verwijst naar zijn praktijkvennootschap.¹⁵

Waaier constateert daarentegen dat de 'Notariswet' geen rekening houdt met de inmiddels zo vaak gebruikte praktijkvennootschap en in de wet dus geen duidelijkheid wordt gegeven over de betekenis van dat vehikel. Waaier noemt dat een ernstige omissie.¹⁶

Met Waaier zijn wij van oordeel dat noch in art. 16 Wna, noch in de toelichting op dat artikel of elders in de Wna valt te lezen dat dit artikel dwingende aansprakelijkheid van de notaris in persoon voorschrijft. Waaier benadrukt nog dat het louter om praktische en historisch voor de hand liggende redenen is dat de Notariswet/Wna de notaris als ijkpunt neemt. De Wna heeft zijn wortels in 1842; het verschijnsel praktijkvennootschap was toen nog volstrekt onbekend. In het licht van het voorgaande moet echter worden geconstateerd dat aan deze discussie maar beperkte betekenis toekomt nu ook de notaris uit hoofde van de eerder besproken wetsartikelen persoonlijk aansprakelijk zal kunnen worden gehouden naast zijn praktijkvennootschap.

3. Persoonlijke aansprakelijkheid beroepsbeoefenaar nodig en wenselijk?

De hiervoor getrokken conclusie brengt met zich dat met betrekking tot de beroepsbeoefenaar op wie een zekere zorgplicht rust, of die vanwege zijn goede reputatie wordt benaderd, al spoedig moet worden geconcludeerd dat hij zich met zijn eigen privévermogen jegens de cliënt heeft verbonden voor de juiste nakoming van de hem in het kader van zijn werk gegeven opdracht.

Is het echter (maatschappelijk) nodig en wenselijk dat de beroepsbeoefenaar zelf – naast de praktijkvennootschap als opdrachtnemer – steeds aansprakelijk kan worden gehouden? Onzes inziens is er slechts een beperkt belang bij de persoonlijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar.¹⁷ Met een civiele claim wordt immers in beginsel slechts financiële compensatie beoogd. Te allen tijde kan daartoe de praktijkvennootschap worden aangesproken, terwijl het additionele verhaal op het vermogen van de beroepsbeoefenaar doorgaans van geen of beperkte waarde is.

Het voorgaande geldt temeer nu de rechtspersoon, waarbinnen de juridische beroepsbeoefenaar waarover we het hier hebben zijn praktijk uitoefent, verplicht verzekerd is tegen aansprakelijkheid. In algemene zin kan worden geconcludeerd dat de verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering bij alle beroepsbeoefenaren op wie een vergaande zorgplicht rust, wordt aangetroffen. Voor artsen en accountants geldt dat net zo zeer als voor de advocaat en de notaris. Het verhoogde risico dat deze beroepen met zich brengt, is in die zin al door de

verplichte verzekering gecompenseerd, zodat voor persoonlijke aansprakelijkheid dan wel verhaalbaarheid van schade op het privévermogen van de beroepsbeoefenaar, geen goede reden bestaat. De mogelijkheid tot verhaal op de verzekering hoeft immers niet nog eens versterkt te worden met de extra mogelijkheid van verhaal op het privévermogen van werknemers. Voor de bestuurders van (praktijk)vennootschappen is dit niet anders. Met andere woorden, degene die schade heeft geleden als gevolg van een fout van de beroepsbeoefenaar wordt niet een redelijke verhaalsmogelijkheid ontnomen als hij zich niet ook op het privévermogen van de beroepsbeoefenaar kan verhalen.

Een wat ons betreft aantrekkelijke benadering zou dan ook zijn dat het handelen van de beroepsbeoefenaar in beginsel enkel heeft te gelden als dat van de opdrachtnemende entiteit (vergelijk NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babbel))¹⁸ en dat diens persoonlijke aansprakelijkheid eerst aan de orde komt bij opzet of bewuste roekeloosheid.¹⁹ Deze benadering is ook niet geheel vreemd aan het Nederlandse recht. Zo blijkt uit het arrest Staat/Van Hilten dat, wanneer

15. Hoewel Kraan niet expliciet kenbaar maakt op welke parlementaire geschiedenis hij doelt, gaan wij ervan uit dat hij doelt op de *Tweede Kamer*, vergaderjaar 1995-1996, 23 706, nr. 6, in welke toelichting het nieuwe art. 16, destijds 14a Wna, wordt aangekondigd. De toelichting bepaalt op pagina 43: "In zijn arrest van 30 januari 1981, NJ 1982, 56 (Baarns beslag) heeft de Hoge Raad voor wat betreft buitengewettelijke, met wettelijke werkzaamheden nauw samenhangende verrichtingen beslist dat niet behoorlijke uitvoering van een opdracht leidt tot aansprakelijkheid van de notaris op grond van wanprestatie en dat artikel 73 Wet op het notarisambt daaraan niet in de weg staat. Voor de vraag of ook bij de uitvoering van wettelijke werkzaamheden sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst, heeft de Hoge Raad zich echter niet uitgelaten. Er bestaat dus nog onzekerheid over het karakter van de opdracht tot het verrichten van wettelijke werkzaamheden aan de notaris. Het lijkt ons wenselijk dat de wet op dit punt zekerheid geeft. In het nieuwe artikel 14a [thans 16] wordt dan ook in overeenstemming met de heersende rechtsopvatting bepaald dat het verrichten van wettelijke werkzaamheden en werkzaamheden die de notaris in samenhang daarmee pleegt te verrichten berust op een overeenkomst tussen de notaris en de cliënt, bedoeld in titel 5 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Dit laat de mogelijkheid van aansprakelijkstelling door derden die schade lijden ten gevolge van een handelen of nalaten van de notaris op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) onverlet."

16. J.C.H. Melis/B.C.M. Waaier, *De Notariswet*, 8e druk 2012, p. 413.

17. C.J.M. Klaassen komt in "Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers; verandering gewenst?", in: *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, tot dezelfde conclusie met betrekking tot aansprakelijkheid van ondergeschikten. Klaassen stelt echter vast dat van verhaal op ondergeschikten zelden sprake is, terwijl de aanleiding voor dit artikel mede ligt in het feit dat dit niet geldt voor ondergeschikte beroepsbeoefenaars.

18. HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (Kleuterschool Babbel).

19. Vgl. Klaassen 2003, p. 26.

een orgaan van de overheid (in casu de officier van justitie) zich bij de uitoefening van de hem als zodanig opgedragen taak onrechtmatig gedraagt door zijn wettelijke bevoegdheden te overschrijden, deze gedraging slechts aan de handelende persoon zal kunnen worden toegerekend indien zij aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt.²⁰

Aan deze benadering staat naar onze mening ook niet in de weg dat de beroepsbeoefenaar tuchtrechtelijk altijd zelf verantwoordelijk blijft en tuchtrechtelijk uitsluitend zelf kan worden aangesproken. Het tuchtrecht is immers niet gericht op financiële compensatie maar op het bewaken van de kwaliteit van de individuele beroepsbeoefenaar en daarmee de kwaliteit van de beroepsorganisatie.

De benadering zou zeker moeten gelden waar het de ondergeschikte beroepsbeoefenaar betreft, die normaliter in de onderlinge verhouding met zijn werkgever niet zou hoeven bijdragen in de door zijn toedoen veroorzaakte schade (ex. 6:170 lid 3 BW). Gelet op de aanwezigheid van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering menen wij echter dat dit niet anders hoeft te zijn voor de advocaat-partner of notaris die zijn werk uitoefent binnen een (praktijk)-vennootschap.

Op de door ons voorgestane benadering moet een aantal uitzonderingen worden gemaakt. Wij hebben al genoemd dat in geval van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de beroepsbeoefenaar sprake kan zijn van persoonlijke aansprakelijkheid. In dat geval hoeft de beroepsbeoefenaar naar ons oordeel niet 'beschermd' te worden tegen persoonlijke aansprakelijkheid, ook niet als die persoonlijke aansprakelijkheid geen werkelijk verhaalsvoordeel voor de schuldeiser met zich zou brengen. In het geval van opzet of bewuste roekeloosheid begaan door de ondergeschikte herleeft slechts in de interne verhouding tussen de werkgever en de ondergeschikte de algemene regresregel uit art. 6:102 lid 1 jo. 6:101 BW, als gevolg waarvan de werkgever wegens eigen schuld van de ondergeschikte zich (gedeeltelijk) op laatstgenoemde kan verhalen. Dit laat onverlet dat de vennootschap extern kan worden aangesproken door de benadeelde. Een bijkomend probleem is echter dat in geval van opzet of bewuste roekeloosheid de fout vaak niet gedekt wordt door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Te meer een reden voor de schuldeiser zich eveneens te verhalen op de beroepsbeoefenaar zelf. Dit belang wordt uiteraard alleen maar groter in het geval de praktijkvennootschap een kleine vennootschap is met weinig liquide middelen.

De tweede uitzondering is de situatie dat de rechtspersoon een (zeer) hoog eigen risico heeft en er financieel slecht voorstaat, als gevolg waarvan de

schuldeiser geen zekerheid heeft dat hij zijn schade tot het beloop van het eigen risico van de praktijkvennootschap vergoed kan krijgen. De derde uitzondering zou bijvoorbeeld zijn de situatie dat het zeer waarschijnlijk is dat de verzekeraar geen (volledige) dekking biedt voor die betreffende fout van de beroepsbeoefenaar.

4. Beslag als pressiemiddel

Aan het begin van dit artikel merkten wij reeds op dat steeds vaker door degene die schade heeft geleden of stelt te hebben geleden door een fout van een beroepsbeoefenaar bij de voorzieningenrechter verlot wordt gevraagd voor het leggen van conservatoir beslag ten laste van deze beroepsbeoefenaar in privé.²¹ Het mag niet verbazen dat wij van oordeel zijn dat, gelet op de beperkte toegevoegde waarde van een dergelijk beslag voor het veiligstellen van verhaalsmogelijkheden, zo'n beslag al spoedig moet worden gekwalificeerd als een oneigenlijk pressiemiddel. In die zin sluiten wij ons ook van harte aan bij Jongkind, die betoogt dat beslag ten laste van de tegen beroepsaansprakelijkheid verzekerde beroepsbeoefenaar niet houdbaar zou moeten zijn.²² Jongkind betoogt dat een conservatoir verhaalsbeslag dat is gelegd voor een vordering waarvoor de aansprakelijkheidsverzekering van de schuldenaar dekking biedt, als een onnodig gelegd beslag opgeheven moet kunnen worden indien de schuldenaar de verzekeringsdekking onder zijn aansprakelijkheidsverzekering voldoende aannemelijk maakt en de afweging van de wederzijdse belangen van de partijen met zich brengt dat het belang dat de schuldenaar bij opheffing van het beslag heeft, dient te prevaleren boven het belang dat de schuldeiser bij handhaving van het beslag heeft.

Wij zouden nog wat verder willen gaan. De beslag-syllabus zou als eis aan een beslag op het vermogen van de beroepsbeoefenaar in rechtspersoonverband kunnen stellen dat gesteld en deugdelijk onderbouwd moet worden: dat hetzij sprake is van opzet en/of bewuste roekeloosheid van de beroepsbeoefenaar zelf; hetzij dat sprake is van een hoog eigen risico en een nagenoeg insolvente vennootschap of

20. HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165.

21. Bijv. Rb. Middelburg (vzr.), 18 januari 2005, *LJN* AZ5327, Hof 's-Gravenhage 19 oktober 2006, *NJF* 2007, 81, Rb. Haarlem (pres.) 2 februari 1982, *NJ* 1983, 593, Rb. Utrecht (vzr.) 14 augustus 2009, zaak-/rolnr.: 271890/KG ZA 09-807, vzr. Rechtbank Amsterdam 2 februari 2012, *LJN*: BV6149, *ORP* 2012(3).

22. M. Jongkind, 'De (on)houdbaarheid van een conservatoir verhaalsbeslag voor een vordering waarvoor de aansprakelijkheidsverzekering van de schuldenaar dekking biedt', *NTHR* 2010-6, p. 264-273.

dat sprake is van een vrijwel zeker dekkingsgeschil. In algemene zin zou terughoudend moeten worden omgesprongen met het verlenen van verlof voor een beslag op het privévermogen van de beroepsbeoefenaar.

5. Conclusie

Wij begonnen dit artikel met de constatering dat in geval van een (gestelde) fout niet enkel de contracterende vennootschap, maar vaak ook de beroepsbeoefenaar in privé wordt aangesproken en dat de eisende partij steeds vaker conservatoir beslag ten laste van de beroepsbeoefenaar in privé wenst te laten leggen. Naar ons oordeel is het niet wenselijk dat de beroepsbeoefenaar in privé – naast de achterliggende vennootschap die met de klant een overeenkomst is aangegaan – steeds aansprakelijk kan worden gehouden. Deze persoonlijke aansprakelijk-

heid en beslag op het privévermogen wordt doorgaans als oneigenlijk pressiemiddels gebruikt terwijl er doorgaans geen sprake is van een relevante extra verhaalsmogelijkheid.

Een voor ons aantrekkelijke en redelijke benadering zou zijn dat het handelen van de beroepsbeoefenaar in beginsel enkel heeft te gelden als dat van de opdrachtnemende entiteit en dat diens persoonlijke aansprakelijkheid eerst aan de orde is bij opzet of bewuste rockeloosheid. Wel moet zijn voldaan aan de voorwaarde dat degene die schade heeft geleden als gevolg van een fout van de beroepsbeoefenaar hierdoor niet in een financieel ongunstiger positie komt te verkeren. Als aan die voorwaarde is voldaan, dan moeten wij de beroepsbeoefenaar zelf niet onnodig willen opzadelen met een persoonlijke aansprakelijkheid of zelfs een dreigend beslag op zijn huis.