

veroordeelt appellanten hoofdelijk in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van geïntimeerden vastgesteld op € 6.844 voor verschotten en op € 11.002 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief; veroordeelt appellanten hoofdelijk in de nakosten, begroot op € 157, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82 in geval appellanten niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na aanschrijving én betekening; wijst het meer of anders gevorderde af.

132

Aansprakelijkheid voor niet betekende appeldagvaarding

Rechtbank Noord-Holland zp Alkmaar
10 juli 2019, nr. C/15/278462/HA ZA 18-577,
ECLI:NL:RBNHO:2019:5680
(mr. Saarloos, mr. Reid, mr. Coenraads)
Noot mr. M. Jongkind

Beroepsaansprakelijkheid. Gerechtsdeurwaarder. Advocaat. Hulppersoon.

[BW art. 3:66, 6:76, 6:162, 6:170]

Eiser heeft Kennemer Gasthuis aansprakelijk gesteld voor schade die het gevolg zou zijn van vermeende medische fouten. (De aansprakelijkheidsverzekeraar van) Kennemer Gasthuis heeft aansprakelijkheid afgewezen. Kennemer Gasthuis is vervolgens door eiser in rechte betrokken. Onder verwijzing naar een rapport van een door haar benoemde deskundige, heeft de rechtbank de vordering van eiser afgewezen. Eiser wenste hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van de rechtbank. De appelprocedure heeft geen doorgang gevonden omdat de appeldagvaarding niet tijdig betekend is. Het vonnis van de rechtbank is hierdoor onherroepelijk geworden. In deze procedure vordert eiser schade van het deurwaarderskantoor. Eiser stelt dat hij de appelprocedure gewonnen zou hebben als het deurwaarderskantoor de appeldagvaarding tijdig zou hebben betekend.

Omdat het deurwaarderskantoor hem die kans ontnomen heeft, is het deurwaarderskantoor volgens eiser aansprakelijk voor de schade die hij daardoor heeft geleden en nog zal lijden. De Rechtbank Noord-Holland wijst de vordering van eiser af. Hetgeen eiser aangevoerd heeft, kan er niet toe leiden dat de kans dat het hof de vordering van eiser alsnog zou hebben toegewezen als reëel moet worden ingeschat.

[K] te [plaats],

eiser,

advocaat: mr. B. Wernik te Haarlem,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Gerechtsdeurwaarderskantoor De Best & Partners BV* te Hoofddorp,

gedaagde,

advocaat: mr. A.K. Sjouw te 's-Gravenhage.

Partijen zullen hierna [K] en het deurwaarderskantoor genoemd worden.

1. De procedure

(...; red.)

2. De feiten

Inleiding

2.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

Op 27 februari 1996 is de moeder van [K], mevrouw [K]-[K] (hierna: [K]-[K]), opgenomen op de afdeling verloskunde van het Kennemer Gasthuis, in verband met pre-eclamptische klachten. Zij was in verwachting van [K] en de vermoedelijke datum van bevalling was 28 februari 1996.

Nadat de pre-eclamptische klachten daags na opname grotendeels waren verdwenen, werd [K]-[K] in overleg met de verloskundige op 29 februari 1996 uit het ziekenhuis ontslagen.

[K]-[K] is op 8 maart 1996 door de verloskundige verwezen naar het Kennemer Gasthuis, waar de conditie van de baby door middel van een CTG-onderzoek werd gecontroleerd. Dezelfde dag is zij naar huis teruggekeerd.

2.2. Op 9 maart 1996 braken de vliezen en kwam meconiumhoudend vruchtwater vrij. [K]-[K] is daarop naar het Kennemer Gasthuis gegaan om te bevallen.

In verband met een vertraagde hartslag van de baby ([K]) werd een gynaecoloog erbij geroepen. Aangezien sprake was van voortdurende lage

hartsflag bij volledige ontsluiting, werd besloten tot een proefvacuümverlossing.

Op het moment dat verdere vacuümverlossing niet mogelijk bleek, werd de (vaginale) bevalling gecontinueerd met een tang, waarna – na het plaatsen van een episiotomie – het hoofdje werd geboren.

2.3. Na geboorte van het hoofdje bleek sprake te zijn van een schouderdystocie.

De gynaecoloog heeft een van de armen van de baby ‘afgehaald’, waardoor deze arm langs het gezicht naar buiten werd gebracht. Na deze manoeuvre werd [K] geboren. De linkerarm van [K] lag na geboorte gestrekt langs zijn lichaam en werd niet spontaan bewogen, wel waren er vingerbewegingen.

2.4. [K] werd onderzocht door een kinderarts, die een Erbse parese constateerde. Tijdens het verblijf in het ziekenhuis werd begonnen met fysiotherapie. Op 14 maart 1996 volgde ontslag uit het ziekenhuis.

2.5. Daarna is [K] poliklinisch gecontroleerd in het Kennemer Gasthuis. In verband met de Erbse parese is [K] enige tijd onder behandeling geweest van een fysiotherapeut. In januari 1997 is hij verwezen naar de afdeling kinderneurologie van de Vrije Universiteit wegens de Erbse parese en het uitblijven van verdere vooruitgang.

De eerdere procedure

2.6. Bij brief van 1 november 2010 heeft [K] Kennemer Gasthuis aansprakelijk gesteld voor de schade die het gevolg is van onzorgvuldig handelen bij de gynaecologische begeleiding van de zwangerschap en geboorte. De aansprakelijkheidsverzekeraar van Kennemer Gasthuis heeft de aansprakelijkheid afgewezen.

2.7. Eind 2013 heeft op gezamenlijk verzoek van [K] en Kennemer Gasthuis een gynaecologische expertise plaatsgevonden door deskundige prof. dr. G.H.A. Visser (hierna: dr. Visser). Na zijn onderzoek en de opmerkingen van beide partijen op zijn concept-rapport, heeft dr. Visser 10 augustus 2014 zijn eindrapport opgemaakt.

2.8. [K] heeft vervolgens op 25 februari 2015 Kennemer Gasthuis gedagvaard tot het betalen van schadevergoeding.

Kennemer Gasthuis heeft als verst strekkend verweer aangevoerd dat de vordering van [K] op 1 november 2010 verjaard was.

Na een comparitie van partijen en aktewisseling heeft de rechtbank bij tussenvonnis van 23 maart

2016 vastgesteld dat [K] had nagelaten het medisch dossier met betrekking tot zijn behandeling in het VUmc vanaf de verwijzing in 1997, alsmede het huisartsenjournaal vanaf zijn geboorte tot 15 oktober 1999 en het medisch dossier met betrekking tot de fysiotherapeutische behandeling van de eerste vijf jaar van zijn leven over te leggen. Alvorens op het beroep op verjaring te beslissen stelde de rechtbank [K] andermaal in de gelegenheid deze stukken in het geding te brengen. Bij vonnis van 24 mei 2017 heeft de rechtbank het beroep op verjaring verworpen.

2.9. [K] verwijten aan het Kennemer Gasthuis waren de volgende:

1. De bevalling had op de uitgerekende datum, 28 februari 1996, ingeleid moeten worden.
2. De bevalling op 9 maart 1996 had beter moeten worden voorbereid.
3. Op 9 maart 1996 had gekozen moeten worden voor een keizersnede.
4. De schouderdystocie is niet zorgvuldig behandeld.

Deze verwijten zijn door de deskundige beoordeeld. Inhoudelijk heeft de rechtbank daarover in het vonnis van 24 mei 2017 het volgende overwogen:

“2.8. Zoals in rechtsoverweging 2.9. van het vonnis van 23 maart 2016 is overwogen heeft op gezamenlijk verzoek van [K] en Kennemer Gasthuis een gynaecologische expertise plaatsgevonden door prof. dr. G.H.A. Visser. (...) De rechtbank verenigt zich met de bevindingen van de door partijen aangezochte deskundige en neemt diens conclusies over. Partijen hebben de voor de verdere beoordeling relevante bevindingen van de deskundige op zichzelf niet betwist, integendeel. Beide partijen hebben het rapport als uitgangspunt gebruikt voor hun stellingen. De deskundige heeft de – ook buiten een door de rechtbank bevolen deskundigenonderzoek – in acht te nemen processuele voorschriften nageleefd. Het rapport is op een voldoende inzichtelijke en controleerbare wijze ingericht en de bevindingen van de deskundige steunen op een voldoende (en voldoende begrijpelijke) motivering. Er zijn geen redenen de deskundigheid van de deskundige in twijfel te trekken. Het rapport kan dus als uitgangspunt dienen voor de medische beoordeling van de zaak.

2.9. Ten aanzien van het *eerste* door [K] gemaakte verwijt overweegt de rechtbank als volgt. Indien als uitgangspunt wordt aangenomen dat reeds

voor of gedurende de opname tussen 27 en 29 februari 1996 van [K]-[K] bij Kennemer Gasthuis bekend was – of had moeten zijn – dat [K]-[K] bij een eerdere bevalling postpartum een eclampatisch insult had gehad, leidt dit gegeven, ook bezien in het licht van de bevinding van prof. Visser, dat in dat geval inleiden van de baring wegens eerdere pre-eclampatische klachten tijdens de opname tussen 27 en 29 februari 1996 geïndiceerd was geweest, op zichzelf niet tot aansprakelijkheid van Kennemer Gasthuis voor de door [K] geleden schade, zelfs al zou de bevalling in dat geval een verloop zonder schouderdystocie en Erbse parese hebben gehad. Immers de norm om bij eerdere pre-eclampatische klachten de bevalling eerder in te leiden strekt tot het levend geboren laten worden van het kind. Die norm strekt er niet toe om te voorkomen dat er bij de geboorte een Erbse parese kan ontstaan (de schade zoals [K] die feitelijk heeft geleden). Aldus is niet voldaan aan het relativiteitsvereiste zoals neergelegd in artikel 6:163 BW. De rechtbank licht dit nader toe.

2.10. Bij de opname op 8 en 9 maart 1996 ging het niet (meer) om pre-eclampatische klachten. Het ging om een opname in verband met aanzienlijke serotoniteit waarbij op het laatste moment bleek dat [K] door het dwars staan van de schouders en de onmogelijkheid deze te kunnen roteren, niet normaal geboren kon worden. Er was om andere redenen dan pre-eclampsie sprake van acute ernstige foetale nood, zo valt uit het rapport van prof. Visser af te leiden. Met haar verweer dat het (mogelijke) andere beleid niet was gericht op het voorkomen van een schouderdystocie, wijst Kennemer Gasthuis hier ook op. Onder vorenstaande omstandigheden kan niet worden aangenomen dat bekendheid met eclampatische klachten rond de eerste opname en de eclampatische voorgeschiedenis de behandelaars bij de opname op 9 maart 1996 tot ander handelen zou hebben aangezet om de feitelijke situatie direct voorafgaande aan, tijdens en na de bevalling (de serotoniteit, de ernstige foetale nood, de schouderdystocie en de opgetreden Erbse parese) te voorkomen. Een ander, door eclampatische problematiek aangewezen beleid zou er dus niet op zijn gericht om [K] te beschermen tegen de schade die hij feitelijk van de bevalling heeft ondervonden en ook thans nog ondervindt. 2.11. Bij de beoordeling van de verwijten 2, 3 en 4 sluit de rechtbank zich aan bij het rapport van prof. Visser, zoals dat in het vonnis van 23 maart 2016 is geciteerd. Wat het *tweede*

verwijt betreft meer in het bijzonder bij de bevinding dat [K]-[K] na controle op 8 maart 1996 werd terugverwezen naar de verloskundige, hetgeen in die tijd gebruikelijk was en dat er op dat moment dan ook geen redenen waren de bevalling beter voor te bereiden. Ten aanzien van het *derde verwijt* concludeert prof. Visser, na het benoemen van de twee opties spoed keizersnede of vaginale kunstverlossing en de afweging van indicaties en contra-indicaties, dat, mede gezien de negen jaar na de geboorte van [K] terzake verschenen NVOG-richtlijn, een hoge vaginale kunstverlossing nog niet gecontra-indiceerd was. Al met al hebben de hulpverleners, aldus prof. Visser, in een acute situatie een relatief omstreden weg gekozen, maar het uiteindelijke resultaat, geboorte van het hoofd na 4 tracties, maakt – in retrospect – hun keuze niet onjuist. Over het *vierde verwijt* luidt de expertise van prof. Visser dat een primaire keizersnede in het algemeen alleen wordt overwogen in geval van een ernstige schouderdystocie bij een eerdere bevalling en bij de combinatie van moederlijke suikerziekte en een groot kind. In dit geval waren de moederlijke bloedsuikers in de 2e helft van de zwangerschap gecontroleerd en waren deze normaal. Prof. Visser wijst op de hier relevante NVOG-richtlijn welke luidt: 'het optreden van een schouderdystocie kan moeilijk voorspeld worden, berust niet op een fout maar moet gezien worden als een complicatie.' Met betrekking tot de behandeling van de schouderdystocie wijst prof. Visser erop dat er vóór 1999 op dat punt nog geen richtlijn was. Hij geeft aan dat evaluatie en beoordeling van de uitgevoerde handelingen wegens het ontbreken van een goede documentatie niet mogelijk is, maar dat in een geval als dit, waarin moet worden uitgegaan van een forse schouderdystocie, ook bij optimaal handelen blijvend letsel niet altijd te voorkomen is. De rechtbank constateert dat de genoemde onmogelijkheid om de uitgevoerde behandelingen te kunnen beoordelen er voor prof. Visser uiteindelijk niet aan in de weg heeft gestaan te concluderen dat er, gelet op de gebruikelijke praktijkvoering in 1996, niet onzorgvuldig is gehandeld. Mede gezien de omstandigheid dat het medisch dossier volgens de deskundige weliswaar beperkte maar wel correcte informatie bevatte en dat – in ieder geval in de periode rond de geboorte van [K] – de heersende opvatting was dat de Erbse parese als een complicatie en niet als een fout moet worden beschouwd, acht de recht-

bank de conclusie van prof. Visser op dat punt desondanks niet onbegrijpelijk of onvoldoende overtuigend. Dit oordeel betreft nu juist de specifieke kennis en ervaring van de deskundige. De deskundige is mede op basis van de documentatie die wél voorhanden was kennelijk tot zijn conclusie kunnen komen. 2.12. Uit het vorenstaande volgt dat de grondslag van de vordering van [K] dat Kennemer Gasthuis medisch onzorgvuldig jegens hem heeft gehandeld niet is komen vast te staan. Dat betekent dat de vordering moet worden afgewezen.”

De onderhavige procedure

2.10. Bij brief van 9 augustus 2017 heeft mr. Wernik het deurwaarderskantoor opdracht gegeven uiterlijk op 23 augustus 2017 een appeldagvaarding te betekenen aan het Kennemer Gasthuis.

2.11. Op 6 oktober 2017 is gebleken dat er geen appeldagvaarding was betekend. Op dat moment was de termijn om hoger beroep in te stellen verstreken. Daarmee is het vonnis van 24 mei 2017 van de rechtbank onherroepelijk geworden.

3. Het geschil

3.1. [K] vordert – zakelijk weergegeven – dat de rechtbank het deurwaarderskantoor veroordeelt: – tot het betalen van schadevergoeding aan [K], zulks nader op te maken bij staat en vereffenen volgens de wet, zulks te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 9 maart 1996 tot aan de dag der algehele voldoening en

– bij wege van voorschot op de door [K] geleden en nog te lijden materiële en immateriële schade aan [K] te voldoen een bedrag van € 50.000,=.

3.2. Als grondslag van de vordering voert [K] het volgende aan.

Als het deurwaarderskantoor de appeldagvaarding tijdig zou hebben betekend, dan zou de zaak in hoger beroep door [K] zijn gewonnen. Die kans is hem nu ontnomen en daarom is het deurwaarderskantoor aansprakelijk voor de schade, die [K] daardoor heeft geleden en lijdt.

3.3. Het deurwaarderskantoor voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Gedaagde partij

4.1. De vordering van [K] is gebaseerd op de stelling dat het deurwaarderskantoor een fout heeft

gemaakt, waardoor [K] schade lijdt. Die fout bestaat erin dat het deurwaarderskantoor de opdracht van mr. Wernik om de appeldagvaarding in verband met de appeltermijn uiterlijk 23 augustus 2017 te betekenen niet heeft uitgevoerd.

Dát de appeldagvaarding niet tijdig is betekend, staat vast. Het deurwaarderskantoor heeft als formeel verweer aangevoerd dat de verkeerde partij is gedagvaard. De gerechtsdeurwaarder had in persoon moeten worden gedagvaard en niet de besloten vennootschap, bij wie de gerechtsdeurwaarder werkzaam is, aldus het deurwaarderskantoor.

4.1.1. Dat verweer wordt verworpen.

Mr. Wernik heeft bij e-mailbericht van 9 augustus 2017 het deurwaarderskantoor de opdracht gegeven om de appeldagvaarding te doen betekenen: “Namens de heer A. [K] wonende te Haarlem, doe ik u bijgevoegd toekomen de hoger beroep dagvaarding met het vriendelijke verzoek deze zo spoedig mogelijk maar uiterlijk 23 augustus 2017 te betekenen aan de Stichting Kennemer Gasthuis, gevestigd te 2035 RC Haarlem aan de Boerhaavelaan 22.”

Het deurwaarderskantoor heeft die opdracht op 10 augustus 2017 bij gewone brief bevestigd:

“In bovengenoemde zaak bevestigen wij u hierbij de ontvangst van uw opdracht om tot betekening van de stukken over te gaan. Wij zullen uw opdracht zo spoedig mogelijk uitvoeren. (...)”

Op al onze werkzaamheden zijn onze algemene voorwaarden van toepassing, welke u bijgaand aantreft.

Uw opdracht is in behandeling genomen en geregistreerd onder bovengenoemd dossiernummer.”

Hieruit volgt dat het gaat om een overeenkomst van opdracht tussen mr. Wernik en het deurwaarderskantoor. Aangezien het deurwaarderskantoor wordt verweten bij de uitvoering van die opdracht een fout te hebben gemaakt, is in deze procedure de juiste partij gedagvaard. Dat het deurwaarderskantoor op zijn beurt een gerechtsdeurwaarder zou hebben ingeschakeld om de feitelijke handeling (het betekenen van de dagvaarding) te verrichten doet daar niet aan af. Het gaat er nu juist om dat die betekening *niet* heeft plaatsgevonden.

4.1.2. Iets anders is, dat in deze procedure niet de opdrachtgever van het deurwaarderskantoor, mr. Wernik, maar zijn cliënt [K] als eisende partij optreedt. Dit houdt in dat de grondslag van de vordering geen tekortkoming uit de overeenkomst tussen mr. Wernik en het deurwaarders-

kantoor kan zijn. [K] was immers geen partij bij die overeenkomst. De rechtbank zal de rechtsgronden in zoverre aanvullen dat de vordering zal worden beoordeeld naar de maatstaven van een mogelijk gepleegde onrechtmatige daad door het deurwaarderskantoor jegens [K].

Kansen in hoger beroep

4.2. De rechtbank stelt als toetsingsmaatstaf het volgende voorop.

In dit geval wordt het deurwaarderskantoor verweten dat het niet tijdig de dagvaarding in hoger beroep heeft laten betekenen. Die fout is ter zitting door het deurwaarderskantoor erkend. Voor de beantwoording van de vraag of de cliënt ([K]) van de opdrachtgever (mr. Wernik) als gevolg van die fout schade heeft geleden, moet worden beoordeeld hoe op de vordering door het gerechtshof had behoren te worden beslist. Het gaat erom of het hoger beroep tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank zou hebben geleid. Daarbij bestaat slechts ruimte voor het vaststellen van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die [K] zou hebben gehad wanneer die kans hem niet was ontnomen. Het moet dan gaan om een reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes (vgl. ECLI:NL:HR:2019:272, rov. 3.3.2).

4.3. Het ligt op de weg van [K] om in de onderhavige procedure gronden aan te voeren waarom het vonnis van 24 mei 2017 van de rechtbank in hoger beroep zou zijn vernietigd. Dat heeft hij echter nagelaten.

4.3.1. In de eindrapportage van dr. Visser uit 2014, waarop volgens de in rov. 2.9 hiervoor geciteerde overwegingen het vonnis in eerste aanleg grotendeels is gebaseerd, concludeert hij onder meer het volgende:

“Ik ben van mening dat gelet op de gebruikelijke praktijkvoering in 1996 niet onzorgvuldig gehandeld is. (...)

Een oordeel te geven over medisch handelen dat zich 18 jaar geleden heeft afgespeeld is moeilijk en vereist goed inzicht in de praktijk van die tijdsperiode. (...) Met betrekking tot de 4 verwijten gemaakt aan het adres van de gynaecologen, vind ik dat in geen van de 4 duidelijk sprake is van foutief medisch handelen.”

[K] heeft geen argumenten aangevoerd, waarom het deskundigenrapport van dr. Visser niet juist zou zijn.

[K] heeft ook niet aangevoerd waarom de conclusie die de rechtbank uit het deskundigenrapport heeft getrokken, onjuist zou zijn.

In de onderhavige procedure gaat de rechtbank dan ook uit van de juistheid van het deskundigenrapport en het daarop gebaseerde oordeel van de rechtbank in het vonnis van 24 mei 2017.

4.3.2. [K] heeft in deze procedure enkel een beroep gedaan op de inhoud van de verklaring van prof. dr. J.M.G. van Vugt. Deze deskundige is eenzijdig door [K] ingeschakeld om het eerdere rapport van dr. Visser te beoordelen.

Prof. Van Vugt rapporteert op 21 februari 2018 het volgende:

“Helaas blijkt dat verloskundigen en gynaecologen niet op de hoogte waren van de obstetrische voorgeschiedenis van patiënte. Zoals valt op te maken uit notities van Dr Armeanu zou dit zeker geleid hebben tot een actievere begeleiding in de zwangerschap (prenatale screening op hartafwijkingen van de foetus) en rond de partus (inleiding baring wegens eclampsie in de voorgeschiedenis). Ik deel de mening van collega Visser dat waarschijnlijk niet alleen de taalbarrière, maar ook het verzwijgen van de eerdere bevalling, wellicht ingegeven door ‘schaamtegevoel’ rond eerder huwelijk e.d. oorzaak is van een incomplete bekendheid van de voorgeschiedenis van patiënte, zowel bij verloskundigen als gynaecologen. Dit constatierend kan men stellen dat er adequaat gehandeld en gereageerd is door de gynaecologen op voorkomende complicaties in de zwangerschap i.c. (pre-)eclampsie tegen het einde van de zwangerschap.

T.a.v. de partus leidend tot schouderdystocie, welke op zijn beurt leidt tot een Erbse paralyse van het kind.

De statusvoering rond de bevalling is spaarzaam en met name de verschillende manoeuvres uitgevoerd door de gynaecoloog bij de schouderdystocie staan niet vermeld. Wel is een brief van collega Kars beschikbaar dd 03-01-2011. In deze brief vermeldt de collega de redenen tot inzetten kunstverlossing (foetale nood) en optreden schouderdystocie en haar aanpak

– verschillende niet lukkende manoeuvres en een wel lukkende ‘afhalen achterste armpje’. Dit laatste zal geleid hebben tot de Erbse paralyse.

Ik deel de mening van collega Visser dat een schouderdystocie een complicatie is en geen fout. De situatie (slechte conditie van de foetus op dat moment en niet beschikbaar zijn van de operatie-

kamer voor uitvoeren spoed sectio caesarea) rechtvaardigde snel ingrijpen dmv een vaginale kunstverlossing, ongelukkigerwijs gecompliceerd door een schouderdystocie. (...)

Het geheel overziend kan ik de conclusie van collega Visser gedaan in zijn rapportage dd 10-08-2014 onderschrijven, het is namelijk lastig 18 jaar na dato een oordeel te vellen over medisch handelen in het licht van praktijkvoering in die tijdsperiode (1996). Ik onderschrijf ook zijn conclusie dat er geen aanwijzingen zijn voor foutief medisch handelen van de gynaecologen.”

Slotsom

4.3.3. Naar het oordeel van de rechtbank is dit geen betwisting van de conclusies van dr. Visser, maar – integendeel – een bevestiging ervan.

Behalve de rapportage van prof. Van Vugt heeft [K] niets aangevoerd dat ertoe moet leiden dat de kans dat het gerechtshof de vordering van [K] alsnog zou hebben toegewezen als reëel moet worden ingeschat. Niet valt in te zien, waarom het hof in een procedure in hoger beroep anders zou hebben geoordeeld dan de rechtbank nu heeft gedaan.

De slotsom is dan ook dat de vordering zal worden afgewezen.

Proceskosten

4.4. [K] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van het deurwaarderskantoor worden begroot op:

- griffierecht 1.950,=
- salaris advocaat 2.148,= (2,0 punt × tarief € 1.074,=)

Totaal € 4.098,=

4.5. De rechtbank overweegt tot slot nog het volgende.

Het is op zijn minst opmerkelijk dat mr. Wernik in deze procedure als advocaat van [K] optreedt. Niet denkbeeldig is immers dat hij door zijn cliënt is of zal worden aangesproken voor het maken van een beroepsfout. Zoals hiervoor is overwogen, is hij de opdrachtgever van het deurwaarderskantoor en draagt hij jegens [K] risicoaansprakelijkheid voor fouten van de door hem ingeschakelde hulppersoon (het deurwaarderskantoor). Dat mr. Wernik zich hiervan bewust is blijkt naar het oordeel van de rechtbank uit het feit dat hij ter zitting desgevraagd heeft verklaard dat hij zelf (ook) zijn beroepsaansprakelijkheids-

verzekeraar heeft ingelicht over de gang van zaken. Een en ander brengt met zich dat mr. Wernik een eigen belang heeft bij de uitkomst van deze zaak (namelijk dat de vordering van [K] in de onderhavige procedure zal worden afgewezen), welk belang tegengesteld is aan het belang van zijn cliënt. De rechtbank verwijst in dit verband naar de rechtsoverwegingen hiervoor waaruit volgt dat namens [K] geen of nauwelijks inhoudelijke gronden zijn aangevoerd met betrekking tot de kansen in hoger beroep.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [K] in de proceskosten, aan de zijde van het deurwaarderskantoor tot op heden begroot op € 4.098,=,

5.3. veroordeelt [K] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,= aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [K] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,= aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Inleiding

De onderhavige beroepsaansprakelijkheidszaak over een niet-betekende appeldagvaarding, is interessant vanwege twee aspecten. Ten eerste is de vordering van eiser ingesteld tegen het deurwaarderskantoor *en niet tegen de gerechtsdeurwaarder die de appeldagvaarding tijdig had moeten betekenen*. Ten tweede heeft de rechtbank in een obiter dictum overwogen dat het minst genomen opmerkelijk is dat de advocaat van eiser ook in deze procedure als advocaat is opgetreden, omdat hij jegens eiser risicoaansprakelijkheid draagt voor fouten van de door hem ingeschakelde hulppersoon (het deurwaarderskantoor). In deze annotatie zal ik op deze twee kwesties nader ingaan.

De partij tegen wie de vordering is ingesteld

Het deurwaarderskantoor heeft als formeel verweer aangevoerd dat de gerechtsdeurwaarder in

persoon had moet worden gedagvaard en niet de besloten vennootschap bij wie de gerechtsdeurwaarder werkzaam is. Dit verweer is door de rechtbank verworpen (zie r.o. 4.1.1 en 4.1.2). Volgens de rechtbank is tussen de advocaat van eiser en het deurwaarderskantoor een overeenkomst van opdracht tot stand gekomen. Dit zou volgen uit de volgende correspondentie:

– Een e-mail van de advocaat van eiser aan het deurwaarderskantoor van 9 augustus 2017, met onderstaande tekst:

‘Namens de heer A. [eiser] wonende te Haarlem, doe ik u bijgevoegd toekomen de hoger beroep dagvaarding met het vriendelijke verzoek deze zo spoedig mogelijk maar uiterlijk 23 augustus 2017 te betekenen aan de Stichting Kennemer Gasthuis, gevestigd te 2035 RC Haarlem aan de Boerhaavelaan 22.’

– De door het deurwaarderskantoor aan de advocaat van eiser verstuurd opdrachtbevestiging van 10 augustus 2017, waarin het volgende wordt vermeld:

‘In bovengenoemde zaak bevestigen wij u hierbij de ontvangst van uw opdracht om tot betekening van de stukken over te gaan. Wij zullen uw opdracht zo spoedig mogelijk uitvoeren. (...) Op al onze werkzaamheden zijn onze algemene voorwaarden van toepassing, welke u bijgaand aantreft.

Uw opdracht is in behandeling genomen en geregistreerd onder bovengenoemd dossiernummer.’

Naar het oordeel van de rechtbank is de juiste partij gedagvaard, omdat het deurwaarderskantoor verweten wordt bij de uitvoering van de opdracht een fout te hebben gemaakt. Dat het deurwaarderskantoor op zijn beurt een gerechtsdeurwaarder zou hebben ingeschakeld om de feitelijke handeling (het betekenen van de dagvaarding) te verrichten, zou hieraan niet afdoen. De rechtbank motiveert dit door erop te wijzen dat het er nu juist om gaat dat die betekening niet heeft plaatsgevonden. Omdat de rechtbank van oordeel is dat niet eiser, maar de advocaat van eiser de opdrachtgever van het deurwaarderskantoor is, heeft de rechtbank de rechtsgronden in zoverre aangevuld dat de vordering beoordeeld is naar maatstaven van een mogelijke onrechtmatige daad door het deurwaarderskantoor jegens eiser.

Bij beroepsaansprakelijkheidszaken tegen gerechtsdeurwaarders wordt onderscheid gemaakt tussen de ambtelijke en niet-ambtelijke werkzaamheden van de gerechtsdeurwaarder. Voor laatstgenoemde werkzaamheden geldt dat de aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder en/of het deurwaarderskantoor op reguliere wijze dient te worden vastgesteld. Er zijn geen bijzondere uitgangspunten waarmee rekening moet worden gehouden. Dit ligt anders bij de ambtelijke werkzaamheden van de gerechtsdeurwaarder. Met betrekking tot die werkzaamheden bestaat brede steun voor de opvatting dat de gerechtsdeurwaarder de enige is die verantwoordelijk is voor zijn handelen en ook de enige is die behoort te kunnen worden aangesproken bij een onjuiste taakvervulling en onrechtmatig handelen. Achterliggende gedachte daarbij is dat de gerechtsdeurwaarder als natuurlijk persoon een door de Kroon benoemde openbaar ambtenaar is met een in de wet verankerde onafhankelijke positie. Op hem is toezicht en tuchtrecht van toepassing. Als openbaar ambtenaar is de gerechtsdeurwaarder belast met een zeer groot aantal, bij diverse wettelijke voorschriften aan hem opgedragen en voorbehouden, taken die met name liggen op het gebied van het burgerlijk procesrecht. Die taken (de ambtelijke werkzaamheden) worden uitgevoerd door de natuurlijk persoon die het ambt van gerechtsdeurwaarder bekleedt. De gerechtsdeurwaarder dient dan ook in persoon aangesproken te worden voor (vermeende) fouten in de uitvoering van de ambtelijke werkzaamheden. Voor (mede)aansprakelijkheid van het deurwaarderskantoor waaraan de gerechtsdeurwaarder is verbonden, bestaat in beginsel geen grond. Het deurwaarderskantoor waarbinnen de gerechtsdeurwaarder zijn werkzaamheden uitvoert, kan niet vereenzelvigd worden met zijn ambt. Bij de uitvoering van de ambtelijke werkzaamheden heeft het deurwaarderskantoor ook geen juridische zeggenschap (in de zin van instructie- en aanwijzingsbevoegdheid) over het handelen van de gerechtsdeurwaarder. Van ondergeschiktheid in de zin van art. 6:170 BW is dus geen sprake. Zie S.J.W. van der Putten, ‘Beroepsaansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder’, *TvPP* 2014-5, p. 145-147, Hof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2834, Hof Arnhem 13 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV9682, Rb. Zwolle-Lelystad 1 september 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BO1250, Rb. Rotterdam 7 juli

2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN4543, Rb. Rotterdam 2 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM7094, Rb. Arnhem 30 september 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK1710, vzng. Rb. Almelo 25 februari 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BH4057. Anders: Rb. Amsterdam 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6256.

De rechtbank lijkt het vorenstaande miskend te hebben met haar oordeel dat het deurwaarderskantoor de juiste partij was om te dagvaarden. Het betekenen van een appeldagvaarding betreft een ambtelijke werkzaamheid van de gerechtsdeurwaarder. Uitgangspunt is derhalve dat uitsluitend de gerechtsdeurwaarder door eiser aangesproken kan worden voor het niet (tijdig) betekenen van de appeldagvaarding. Uitzondering op dit uitgangspunt kan zich (wellicht) voordoen indien het niet (tijdig) betekenen van de appeldagvaarding (volledig) het gevolg is van een administratieve fout van een medewerker van het deurwaarderskantoor, niet zijnde de gerechtsdeurwaarder in persoon, en die fout een zelfstandige onrechtmatige daad oplevert jegens eiser. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het geval waarin de gerechtsdeurwaarder de appeldagvaarding pas na het verstrijken van de appeltermijn in handen krijgt omdat een ondersteunend medewerker van het deurwaarderskantoor de opdracht tot betekening foutief heeft ingeschreven. Het deurwaarderskantoor kan dan mogelijk op grond van art. 6:170 BW aangesproken worden voor de fout van de ondersteunend medewerker.

Obiter dictum

In een overweging ten overvloede (r.o. 4.5) heeft de rechtbank zich kritisch uitgelaten over de rol van de advocaat van eiser. De rechtbank is van oordeel dat de advocaat, als opdrachtgever van het deurwaarderskantoor, jegens eiser risicoaansprakelijkheid draagt voor fouten van de door hem ingeschakelde hulppersoon (het deurwaarderskantoor) en het daarom niet denkbeeldig is dat hij door eiser zal worden aangesproken voor het maken van een beroepsfout. De advocaat van eiser zou hierdoor een eigen belang hebben bij de uitkomst van de zaak (namelijk dat de vordering van eiser zal worden afgewezen), welk belang tegengesteld is aan het belang van zijn cliënt.

Hierboven is reeds aangegeven dat de rechtbank aan de hand van de geciteerde correspondentie

tussen de advocaat van eiser en het deurwaarderskantoor tot het oordeel is gekomen dat de advocaat de opdrachtgever van het deurwaarderskantoor is. Deze correspondentie is mijns inziens minder eenduidig dan de rechtbank doet voorkomen. De advocaat van eiser begint zijn e-mail aan het deurwaarderskantoor van 9 augustus 2017 met de woorden: 'Namens de heer A. [eiser]'. Hierin zou gelezen kunnen worden dat de advocaat van eiser bij de verstrekking van de opdracht aan het deurwaarderskantoor opgetreden is als gevolmachtigde van eiser. In dat geval is niet de advocaat, maar eiser opdrachtgever van het deurwaarderskantoor (zie art. 3:66 lid 1 BW). Het deurwaarderskantoor noch de gerechtsdeurwaarder is dan hulppersoon van de advocaat van eiser. Of in de rechtsverhouding tussen eiser en diens advocaat heeft te gelden dat het deurwaarderskantoor c.q. de gerechtsdeurwaarder als hulppersoon van de advocaat is opgetreden (ex art. 6:76 BW) dan wel de advocaat als gevolmachtigde van eiser de opdracht aan het deurwaarderskantoor heeft verstrekt, is een kwestie van uitleg. Aan de hand van de Haviltex-maatstaf zal vastgesteld moeten worden of uit de overeenkomst van opdracht tussen eiser en de advocaat van eiser volgt dat de advocaat zelf de verbintenis op zich heeft genomen om zorg te dragen voor de betekening van de dagvaarding of als gevolmachtigde van eiser daartoe opdracht heeft gegeven (zie ook HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0163).

De omstandigheid dat een advocaat de betekening van een dagvaarding niet zelf kan uitvoeren, brengt niet met zich dat de daarvoor benaderde gerechtsdeurwaarder geen hulppersoon van de advocaat kan zijn. Ook indien een schuldenaar niet in staat of bevoegd is bepaalde handelingen te verrichten, kan hij een hulppersoon inschakelen (zie Hof 's-Gravenhage 24 februari 1999, «JOR» 1999/189). De wettelijke verplichting om voor de betekening van een dagvaarding een gerechtsdeurwaarder in te schakelen, in combinatie met de gewoonte van advocaten om de kosten die verbonden zijn aan de inschakeling van een deurwaarder zonder winststopslag door te berekenen aan hun cliënt, kan aanleiding geven een gerechtsdeurwaarder niet al te snel als hulppersoon van de advocaat aan te merken (zie ook Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI1630). Veelal hebben advocaten in hun algemene voorwaarden opgenomen dat aansprakelijkheid voor

fouten van derden is uitgesloten. Op die manier kunnen advocaten voorkomen dat zij risicoaansprakelijkheid dragen voor fouten van door hen ingeschakelde gerechtsdeurwaarders c.q. deurwaarderskantoren (indien en voor zover deze als hulppersoon van de advocaat dienen te worden aangemerkt). Zie ook J.T. de Jong, 'Aansprakelijkheid van advocaat voor hulppersonen', *Bb* 2010/21.

Ingeval een appeldagvaarding niet (tijdig) betekend is, kan een advocaat onder omstandigheden op grond van een eigen tekortkoming jegens zijn cliënt aansprakelijk zijn. Dit kan zich voordoen indien de advocaat de opdracht tot betekening in een zeer laat stadium heeft gegeven, onvoldoende duidelijk was en/of niet heeft toegezien op correcte uitvoering van de opdracht. De advocaat mag er in beginsel op vertrouwen dat de gerechtsdeurwaarder correct en tijdig uitvoering geeft aan de betekening van een appeldagvaarding. Hij heeft alleen een controleplicht indien er twijfel bestaat over de juiste taakvervulling door de gerechtsdeurwaarder. Zie S.J.W. van der Putten, 'Beroepsaansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder', *TvPP* 2014/5, p. 148 en *Rb. Oost-Nederland* 30 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ3263. Anders: A.I.M. van Mierlo in zijn noot onder HR 24 april 2009, *NJ* 2009/488, die ervan uitgaat dat de advocaat bij het uitbrengen van een appeldagvaarding altijd een controleplicht heeft.

mr. M. Jongkind
advocaat bij Van Traa Advocaten NV te Rotterdam

Overheidsaansprakelijkheid

133

De burgerlijke rechter kan niet oordelen over een overschrijding van de redelijke termijn in een strafzaak, zolang in de strafzaak niet onherroepelijk uitspraak is gedaan

Rechtbank Den Haag
15 mei 2019, nr. C/09/540926/HA ZA 17/1066,
ECLI:NL:RBDHA:2019:4583
(mr. Meijer, mr. Van Harten, mr. Avendaño Canto)

Overheidsaansprakelijkheid. Overschrijding redelijke termijn. Verhouding burgerlijke- en strafrechter.

[EVRM art. 6]

Eiser is verdachte (geweest) in een strafrechtelijke zaak wegens fraude. Hij is hiertoe veroordeeld tot een gevangenisstraf van negen maanden, alsmede tot betaling van een geldbedrag aan de Staat ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De strafrechter heeft vastgesteld dat sprake is van overschrijding van de redelijke termijn en heeft daarom strafvermindering toegepast. Hoger beroep in de strafzaak is inmiddels aangetekend.

In civiele procedure vordert eiser een verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door hem niet te berechten binnen een redelijke termijn, althans dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door verwachtingen te creëren omtrent een spoedige afdoening van de zaak en deze niet na te komen. Tevens vraagt hij veroordeling van de Staat tot schadevergoeding.

De rechtbank leidt uit jurisprudentie van de Hoge Raad af dat degene die als gevolg van een overschrijding van de redelijke termijn in een strafzaak schade heeft geleden die niet verdisconteerd kan worden in de opgelegde sanctie, zich alléén na het onherroepelijk worden van de strafrechtelijke uitspraak tot de burgerlijke rechter kan wenden met een vordering tegen de Staat tot schadever-