

Mr P. M. Storm

Naschrift bij 'The Lawyers Have Landed'

De redactie heeft mij verzocht een naschrift bij het hiervoor afgedrukte artikel te schrijven. Ik neem aan, dat hierbij in het bijzonder gedacht is aan commentaar uit het oogpunt van het Nederlandse recht. Gezien de door de heer Volder vermelde punten verschilt dit nogal sterk van het Amerikaanse recht.

Uit het feit, dat mij als advocaat om commentaar is gevraagd, hoop ik te mogen afleiden, dat de advocaat hier te lande, althans door de redactie van MAB, nog niet als een agressief Marsmannetje of een allesverslindende sprinkhaan wordt beschouwd. De titel van de heer Volder's artikel wekt de indruk dat dat in de Verenigde Staten wel anders is.

Deze indruk is niet geheel misplaatst: daar doen het contingent fee system (een soort no pay no cure), pre-trial discovery en buitengewoon hoge schadevergoedingen opgeld. In Nederland gaat het bij schadevergoedingsacties tegen accountants, als ze al ingesteld worden, daarmee vergeleken nog gezapig en vriendelijk toe. Men hoort wel eens verluiden, dat een forse claim in der minne is geschikt, maar procedures voor de Rechter komen hoogst zelden voor.

Voorzover mij bekend zijn in Nederland nog geen belangrijke schadeclaims tegen management consultants ingediend. In beginsel gelden voor hen evenwel dezelfde aansprakelijkheidsregels als voor accountants, zij het dat - wegens het grotendeels ontbreken van de openbare functie (bijv. bij de jaarrekening) - een actie uit onrechtmatige daad jegens hen minder voor de hand lijkt te liggen dan een wegens wanprestatie (dus uit hoofde van het contract met de cliënt). In het navolgende heb ik het daarom alleen over de aansprakelijkheid van accountants.

De alarmerende toon van de kreet 'The Lawyers Have Landed' is ook voor de Nederlandse praktijk niet geheel ongegrond. Ook in Nederland lijkt zich een 'klimaat' te ontwikkelen waarin plaats is voor een toenemende geneigdheid tot het indienen van schadeclaims jegens beroepsbeoefenaren. Het kan jaren duren alvorens die geneigdheid zich gaat weerspiegelen in rechterlijke uitspraken (al was het maar omdat zaken van deze soort zich bij uitstek lenen voor een - geruisloze - schikking).

Thans enkele opmerkingen over de door de heer Volder genoteerde punten. Vele van die punten wekken bij een jurist een neiging tot weerspreken of corrigeren. Ik beperk mij tot enkele korte opmerkingen over de punten die de sterkste neigingen bij mij wekten.

Punt 1. Met het oog op een goede beroepsuitoefening en de rechtszekerheid van de cliënt ben ik het met deze stelling wel eens. Ik wijs er evenwel op, dat het bestaan van duidelijke normen waaraan de beroepsbeoefenaren zich te houden hebben ook het risico in zich bergt, dat bij overtreding van zo'n norm de positie van de cliënt aanzienlijk sterker is dan wanneer geen norm geformuleerd is.

Punt 2. Aldus geformuleerd is deze stelling naar Nederlands recht uiterst gevaarlijk. In beginsel speelt de gehele 'precontractuele' fase (evenals trouwens al hetgeen na het sluiten van het contract gebeurt) een rol voor het vaststellen van de rechtsverhouding tussen de partijen, dus hun rechten en plichten. Het 'ook besproken worden' in het 'definitieve' contract betekent geenszins dat daarmee al hetgeen eerder over het onderwerp is afgesproken, of zelfs maar door een der partijen is voorgesteld, is vervallen. Ik kan mij zelfs voorstellen, dat in sommige gevallen een Nederlandse Rechter weinig waarde hecht aan een 'standaardclausule' in een contract volgens welke alle voorafgaande afspraken zijn vervallen. Dit kan in het bijzonder het geval zijn, indien het nieuwe contract bepaalde eerder wel geregelde onderwerpen niet of niet volledig regelt en die onderwerpen toch een rol tussen de partijen (kunnen) blijven spelen.

Punt 3. Zodra een rechtsverhouding aanknopingspunten met meer dan één nationaal recht vertoont is het zeer raadzaam in het contract te bepalen welk recht van toepassing is. Indien men niet een recht kiest dat niets met de partijen of hun transactie te maken heeft, is de rechtskeuze geldig, al zal men daarmee nooit aan publiekrechtelijke voorschriften (deviezenrecht, kartelrecht, etc.) kunnen ontkomen, indien deze van toepassing zijn.

Punt 5. Deze stelling is naar Nederlands recht niet volledig. Wanneer het gaat om contractuele aansprakelijkheid (dus niet uit onrechtmatige daad, jegens derden), is een adviseur die een derde (onderaannemer) inschakelt in beginsel voor diens fouten aansprakelijk, ook indien hij bij het uitzoeken van die derde de nodige zorg heeft betracht.

Bij het inschakelen van een eigen partner (dus maat in de maatschap of vennoot in de vennootschap onder firma) geldt in beginsel hetzelfde, zij het dat de maat of vennoot veelal reeds in die hoedanigheid kan worden aangesproken.

Punt 7. Deze stelling stuit de jurist wat tegen de borst (ook wanneer de adviseur wegens de kwaliteit van zijn 'product' wordt aangesproken, is dat wegens het niet nakomen van het contract), maar bevat een nuttige kern. Ik zou deze als volgt willen formuleren: hoe nauwkeuriger men zijn diensten tevoren omschrijft, des te meer aangrijpingspunten biedt men voor aansprakelijkstelling. Een slimme cliënt zal overigens juist wel een nauwkeurige omschrijving verlangen.

Punt 9. De in de eerste zin vervatte stelling zou ik niet willen onderschrijven. Specialist en huisarts hebben ieder op hun gebied een even grote kans aansprakelijk gesteld te worden, indien zij een beroepsfout maken. De huisarts kan aansprakelijk gehouden worden voor beroepsfouten in zijn algemene huisartsenpraktijk. Indien hij bij een patiënt het vertrouwen wekt een bijzondere bekwaamheid op een bepaald gebied te hebben, dan gelden voor hem de eisen die aan een echte specialist op dat gebied gesteld worden.

Die eisen zijn zwaarder dan die welke op dat gebied aan een niet-specialist gesteld worden. Het gebied kan zó specialistisch zijn, dat een niet-specialist zich er niet op behoort te begeven. Het enkele aanvaarden van de opdracht kan hem dan reeds aansprakelijk doen zijn voor begane fouten.

Met de laatste (tussen haakjes geplaatste) zin ben ik het wel eens. De dreiging is terecht: schoenmaker blijf bij je leest! Een bijzondere deskundigheid behoort men onder toezicht te verwerven en met de nodige terughoudendheid te afficheren, indien de gedragsregels dat al toestaan.

Punt 10. De hier vermelde opvatting is naar Nederlands recht wel juist. Zij is niet zo 'levensgevaarlijk' als gesuggereerd. Heeft niet vrijwel iedere beroepsbeoefenaar met op zijn gebied ondeskundige cliënten te maken? De zorgvuldigheidsnorm van ons recht houdt daar rekening mee. Van een 'verdwijnen van aansprakelijkheid' zodra de cliënt deskundiger is dan de adviseur kan natuurlijk geen sprake zijn. De cliënt draagt het werk niet voor niets aan de adviseur op. Wel kan er wellicht eerder van schuld of medeschuld aan de zijde van de cliënt gesproken worden, in het bijzonder wanneer het om een beroepsfout gaat waarbij de deskundigheid van de cliënt relevant is.

Waar de heer Volder spreekt van de noodzaak van 'security checks' 'bij het opstellen van een contract' neem ik aan, dat hij doelt op het contract tussen adviseur en cliënt. Op het opstellen - door een adviseur niet-jurist - van een contract voor de cliënt (met een derde) is de term 'levensgevaarlijk' wel degelijk van toepassing. Bij enigszins gecompliceerde of omvangrijke opdrachten doet de adviseur er goed aan voor zijn eigen contract een bekwame jurist in te schakelen. Ik meen, dat de heer Volder dit ook in zijn punt E aanbeveelt.

De suggestie 'een paar zeer vakkundige arbiters uit eigen kring' te hebben lijkt interessant, maar is in de praktijk niet zo eenvoudig te verwezenlijken. Arbiters kunnen pas optreden nadat arbitrage is overeengekomen en partijen hen hebben aangewezen. Bij mijn weten zijn arbitrale bedingen in overeenkomsten tussen cliënten en adviseurs in ons land niet gebruikelijk. Een 'panel' van arbiters uit de kring der adviseurs zou bij derden weinig vertrouwen in onpartijdigheid inboezemen en door een enigszins ervaren cliënt niet aanvaard worden. Men zou hoogstens kunnen streven naar het plaatsen van vakgenoten (of liever nog derden die het vak goed kennen) op lijsten van arbitrage-instituten zoals het Nederlands Arbitrage Instituut of de Internationale Kamer van Koophandel.

Met de punten A tot en met G stem ik gaarne in. Ik wijs er evenwel op, dat het - zeker bij accountants - in ons land (nog) niet gebruikelijk is met algemene voorwaarden te werken. Voor wat betreft de accountants is hiervoor wel gepleit, onder meer door Mr F. Waardenburg tijdens het Belgisch-Nederlands Seminar in 1980 (zie Het Financieele Dagblad 22/24-11-80, p. 13). In zulke voorwaarden kan de aansprakelijkheid worden beperkt of uitgesloten (behalve voor opzet of grove schuld). Een uitsluiting voor gewone schuld lijkt in strijd te komen met het aanzien van de stand der registeraccountants (zie punt 11 van de Toelichting bij de Algemene Voorwaarden voor het optreden als openbaar accountant in dienstbetrekking tot een rechtspersoon (NIVRA, 1979)). Een beperking van het bedrag der aan-

sprakelijkheid lijkt echter alleszins aanvaardbaar.

Tenslotte verwijs ik de geïnteresseerde lezer naar het instructieve boekje 'Beroepsfouten' van Mr I. P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, 2e druk 1982, Tjeenk Willink, Zwolle en naar mijn bijdrage in Actueel vermogensrecht, NIVRA-Geschrift nr 23, oktober 1981, Kluwer, Deventer.