

HET GEVAL ULTRAMARES VERSUS TOUCHE, NIVEN & Co.

door L. F. Jansen

1. In het Amerikaanse recht worden civielrechtelijke verplichtingen vnl. geboren „ex contractu” of wel uit „torts”. De term „tort” kan men het beste vertalen met onze uitdrukking „onrechtmatige daad”. Hoewel iedere jurist weet wat met tort bedoeld wordt, ziet men als regel af van het geven van een definitie, omdat iedere poging tot het geven ervan in het verleden slechts zeer gedeeltelijk slaagde. Men prefereert een opsomming van torts te geven. Van de belangrijkste „intentional” torts noemen wij assault, battery, false imprisonment, trespass to property en conversion, terwijl de dominerende „unintentional” tort vrijwel uitsluitend gevormd wordt door „negligence”. Het kenmerk bij uitnemendheid voor „negligence” is, dat de daad of het verzuim *niet bedoeld* was door de persoon, die gedagvaard wordt, de defendant. Dit heeft verstrekkende gevolgen omdat de rechtbank, anders dan in gevallen van een intentional tort, defendant-minded is, d.w.z. zo enigszins mogelijk vrij spreekt of een lichte straf oplegt. Zo althans is de toestand in New York State. Men verlieze nl. niet uit het oog, dat het recht in de U.S.A. in de diverse staten, terri-torien en Washington D.C. onderling nogal kan verschillen. Er is geen uniform Amerikaans recht, behalve in aangelegenheden, die tot de competentie behoren van de centrale regering te Washington, D.C. En daar valt het veld van de torts niet onder. De „law of tort” wijkt dus in verschillende staten af van dat in andere staten.

2. Tot ongeveer het midden van de vorige eeuw kon iemand, die nadeel had geleden door een „negligent act or omission” van een ander slechts met kans op succes een vervolging instellen als hij was wat men noemt „a party to the contract”. Was de eiser geen party dan werd de eis afgewezen. Deze opvatting blijkt nog duidelijk uit het geval *Winterbottom v. Wright* — 1848 — waarin een koetsier de reparateur aansprak toen hij een ongeluk had gehad met een postwagen, die, op last van de Postmaster-General, was gerepareerd door Wright, terwijl deze de reparatie „negligently” verricht had. *Winterbottom* was geen „party to the contract” tussen Postmaster en Wright en dus mislukte de actie van *Winterbottom* toen nog.

3. Het tij begint echter vier jaar later te keren. In 1852 doet zich nl. een betreurenswaardig geval voor, dat verstrekkende juridische gevolgen zal hebben.

Een zekere Thomas koopt in een drogisterij een onschadelijk „dandelion” preparaat, hetgeen door zijn echtgenote wordt ingenomen. Het flesje blijkt echter een zwaar vergif — *bella donna* — te bevatten met vanzelfsprekend fatale gevolgen voor de echtgenote.

Thomas spreekt nu *niet* de drogist aan waarmede hij het contract van koop en verkoop had gesloten, doch dagvaart direct de leverancier-fabrikant, Winchester, die de flesjes met gevaarlijke inhoud doch van onschuldige labels voorzien, aan de drogist had verkocht.

De rechter brak hier met de oude practijk en wees vonnis voor Thomas, hoewel er *geen* contractuele band tussen hem en Winchester bestond. Er ontstond nieuw recht in deze „case”, voorlopig nog beperkt tot die gevallen „reasonably certain to place life and limb in danger”. Het bleef

nog problematisch of eenzelfde beslissing zou gegeven worden in die gevallen waarin alleen „property damage” ontstond.

Het oude verweer: „geen contractuele verhouding tussen de procederen” kwam echter door de beslissing in *Thomas v. Winchester* te vervallen. Dus alreeds in 1852.

4. Een verdere duidelijke stap voorwaarts wordt gemaakt in de beslissing *Kuelling v. Lean Manufacturing Co. in 1905*. De houten handle van een farmroller van 700 lbs. bleek slecht geconstrueerd te zijn, Kuelling werd gewond en sprak de producent aan, hoewel Kuelling niet de koper was, doch slechts bij of met de farmroller werkte. In geen geval was hij „a party to the contract”.

De rechter verklaarde ongeveer, dat een voorwerp als een farmroller, die slecht geconstrueerd is, in dezelfde klasse komt als „inherently dangerous material” (zoals bella donna) en plaatste het geval in dezelfde klasse als het voorgaande.

Evenals het geval *Thomas v. Winchester* betrof het hier een geval waar „life and limb” in gevaar werden gebracht en het bleef een open vraag of een corresponderende beslissing zou worden genomen als slechts „property” damage zou kunnen ontstaan. Dit werd echter kort erop in een ander geval min of meer beslist toen een soort verf gebruikt werd, welke een ontploffing veroorzaakte, waardoor een tank vernield werd.

5. Behalve dangers to life and limb enerzijds en property damages anderzijds bestaan er nog andere verliezen nl. „economic losses”. Een certificaat van een architect, dat een huis goed geconstrueerd is, kan tot „economische” verliezen leiden als later blijkt dat de bouw van het huis onsolide is geweest. Een hypotheekbank, die een hypothecaire geldlening verschaft kan zeer ernstig benadeeld worden door op een ondeugdelijke verklaring van een architect te vertrouwen. Dit geval deed zich in Engeland voor. Echter volgde het recht in *Engeland* een andere richting en de geldschiet, die een proces tegen de architect begon, kreeg een voor hem ongunstig vonnis, omdat hij geen „party to the contract” was.

6. In Amerika echter, althans in New York State, zou men er anders over denken. In 1922 kwam het opzienbarende geval *Glanzer v. Shephard* in behandeling. Shephards waren beëdigde wegers en verklaarden, dat een partij bonen een zeker gewicht had. Het certificaat, het weegbriefje, werd afgegeven aan de opdrachtgever, terwijl een copy ervan direct aan Glanzer werd gezonden. Glanzer kocht de party doch stelde vervolgens een onderwicht vast, waardoor hij \$ 1.261,26 te veel bleek betaald te hebben. Glanzer spreekt Shephard aan en slaagt erin een voor hem gunstig vonnis te krijgen. De rechter, Cardozo J., gaf hier wat men noemt een „shotgun prescription” van nieuw recht, de motivering was nog wat wankel. Zo hield het vonnis als overweging in, dat de *act of weighing* „negligent” was geweest — niet de bewoordingen van het weegbriefje. Men lette er vooral op, dat in *Glanzer v. Shephard* de defendant de eiser kende, immers zelf een copy van het weegbriefje aan hem, eiser, had toegezonden.

Merkwaardig is, dat Cardozo J. in een ander, *later* vonnis dus, de motivering in *Glanzer v. Shephard* herzag en daar vaststelde, dat niet het wegen „negligent” was geweest, doch dat de *bewoordingen* van het weegbriefje „negligent” waren gekozen.

In deze andere, latere zaak, *International Product Co. v. Erie Railway*

Co. (New York — 1927) had eerstgenoemde gevraagd aan de Erie Railroad Co. in welke opslagplaats van deze laatste bepaalde goederen waren opgeslagen, zulks met het doel deze te verzekeren. De spoorwegmaatschappij noemde een bepaalde opslagplaats (Dock F.), waar echter de goederen niet opgeslagen waren. De opslagplaats waar de goederen wel opgeslagen (Dock D.), waren, ging in vlammen op, waardoor de eiser ernstige schade leed, immers de goederen waren door de opgave aan assuradeuren van een verkeerde opslagplaats niet verzekerd.

In dit latere vonnis, inzake *International Product Co. v. Erie Py Co.* dus, overwoog de rechter onder meer, ongeveer, (Cardozo J.) dat de defendant:

- a. had *knowledge* that the information was desired for a serious purpose;
- b. had *knowledge* that plaintiff intended to rely and to act upon the certificate,
- c. had *knowledge* that plaintiff would suffer damage if the information were false or erroneous,
- d. that the *relationship* was such that in morals and good conscience the plaintiff had a *right* to rely on the certificate.

..... „But in a proper case we hold that words negligently spoken may justify the recovery of the proximate damages caused by faith in their accuracy"

Het is wel zonder meer duidelijk, dat deze overwegingen vergaande consequenties zouden kunnen hebben. Het betreft hier een geval van:

- a. een eiser, die geen party to the contract was,
- b. een economisch verlies geleden had en
- c. een verlies voortvloeiende uit „negligence in words”.

7. Wij zijn thans genaderd tot het geval *Ultramares v. Touche, Niven & Co.* (1931) waar de feiten ongeveer als volgt lagen:

De accountants Touche, Niven & Co. hadden een gunstig rapport uitgebracht over de financiële toestand van een corporation. Deze corporation vroeg 32 copieën, die door de accountants ook inderdaad aan bedoelde corporation verschaft werden. De corporation — niet de accountants — stelt een copie ter hand aan Ultramares, welke op grond van het gunstige rapport een belangrijk crediet geeft aan de corporation.

Dan blijkt deze insolvent te zijn. Ultramares lijdt een financieel verlies. Ultramares — hoewel *geen* „party to the contract” dus — spreekt de accountant aan, wat echter ook niet meer nodig was gezien oudere gevallen, die hierboven zeer in het kort werden behandeld en teruggaan zelfs tot 1852.

De actie van Ultramares was niet succesvol — Touche, Niven & Co. werden *niet* veroordeeld. Legt men de feiten uit de Ultramares case naast die uit de Glanzer v. Shephard case dan vindt men slechts weinige verschillen, die echter van groot belang bleken te zijn. Shephard had een onjuist weegbriefje afgegeven, echter *zelf* een copie gestuurd aan de derde belanghebbende. Touche, Niven & Co. hadden een onjuist rapport uitgebracht, doch *niet zelve* een copie ervan aan de derde belanghebbende gestuurd. Voorwaar een minimaal verschil. Shephard had voorts niet wat men noemt een „opinie” gegeven, doch een objectief vaststelbaar gewicht gecertificeerd. Touche, Niven & Co. hadden slechts een „opinion” gegeven.

Cardozo J. overwoog echter, dat het te ver zou gaan om iemand aansprakelijk te stellen tegenover een „indefinite number of persons”, voor

een „indeterminable amount”, gedurende een „indeterminable period of time” en voorts, dat de accountants slechts een „opinion” gegeven hadden, niet een garantie. Weliswaar ontsprong Touche, Niven & Co. de dans, doch zeker *niet* omdat deze geen „party to the contract” waren.

8. Men kan zich niet aan de indruk onttrekken, dat Cardozo J. ook in dit geval wel zeer „defendant-minded” was. Er is slechts een minimaal verschil met de Glanzer-case, immers Touche, Niven & Co. wisten zeer wel dat een aantal van de 32 copieën zou gebruikt worden door een of meer derden. Ook de andere overwegingen zijn zwak, nl. die omtrent een mogelijk zeer groot bedrag, omtrent een lange periode en dat het slechts een opinie was.

9. In bevoegde kringen meent men dat als Ultramares in hoger beroep ware gegaan, wel een voor Touche, Niven & Co. ongunstig vonnis zou zijn geweest. Dit is echter niet geschied, en wij beschikken dus slechts over een uitspraak van een lagere rechtbank en niet over een uitspraak van de Court of Appeals in New York State. Wel echter zegt men, dat Touche, Niven & Co. er niet zonder kleerscheuren zijn afgekomen. Het geval schijnt nl. met een compromis te zijn geëindigd.

10. In Nederland schijnt de opvatting post gevat te hebben: ten eerste, dat iemand geld geleend had aan de Ultramares Corporation;

Ten tweede, dat de accountants niet aangesproken konden worden omdat er geen rechtstreekse overeenkomst bestond tussen de geldschietster en de accountants, zie blz. 72 Beknopte Encyclopedie der Accountants-controle.

De feiten liggen echter als hierboven uiteengezet anders. De geldschietster was Ultramares en niet iemand anders. Ultramares leed een ernstig verlies en sprak de accountants aan, welke een controle-opdracht hadden ontvangen van een importeur van rubber „to prepare and certify a balance sheet”. De rubber importeur stelde een copy van het rapport van de accountants aan Ultramares ter hand, welke laatste daardoor een ernstig verlies leed. M.a.w. de feiten liggen anders dan weergegeven in de Encyclopedie, eerder genoemd.

Het tweede punt, nl. dat de accountants niet aangesproken kunnen worden, omdat er geen rechtstreekse overeenkomst bestond tussen Ultramares en Touche, Niven & Co., is slechts zeer ten dele waar.

Als er een contract bestaan had tussen Ultramares en de accountants zouden deze naar alle waarschijnlijkheid wel verantwoordelijk zijn gehouden.

Hieruit mag echter nog niet de conclusie getrokken worden, dat zij vrijuit gaan, *omdat* er geen contract bestond tussen eiser en gedaagde.

De hierboven besproken cases: Thomas versus Winchester (1852); Kuelling vs. Lean Manufacturing Co. (1905); Glanzer vs. Shephard (1922) en International Products Co. vs. Erie Railway Co. (1927), en diverse andere hier niet besproken gevallen, tonen duidelijk aan, dat iemand, die „negligent” is „in acts” of „in words”, wel degelijk met succes aangesproken kan worden door een derde belanghebbende, ook al is die geen „party to the contract”. In het geval Ultramares vs. Touche, Niven & Co. bleek de rechter wel zeer „defendant minded” te zijn geweest en als eerder opgemerkt; de zaak is niet voor de Court of Appeals gekomen en binnenkamers „afgedaan”.

De slotopmerking in de Encyclopedie, dat onder de huidige bepalingen

van de Securities Act van 1933 de accountant wel door derden kon worden aangesproken als zijn nalatigheid aangetoond wordt, kan dus ook niet juist zijn. Als wij hierboven gezien hebben, kan men alreeds sinds vele tientallen van jaren voor „negligent acts and words” worden aangesproken en wel ongeacht of men mede-contractant is of niet. Deze verantwoordelijkheid steunt in de U.S.A. niet op een act in de betekenis van wet, doch is case-law, recht geschapen door de rechter in vroegere beslissingen.
