

Interferentie tussen privaatrecht en tuchtrecht: onmisbaar, wenselijk?

Mr. H.M. Heijnen

THEMA

1 Juridische disciplineringsmechanismen

In beginsel is een ieder vrij zijn diensten op de markt aan te bieden binnen de grenzen gesteld door het recht. Het strafrecht geeft voor elk gedrag, dus ook voor dienstverlening, de absolute grens aan. Wordt die overschreden, dan kan de maatschappij met strafsancities ingrijpen. Of het delict schadelijke gevolgen voor een individu heeft gehad, is als uitgangspunt niet van belang. Het gaat om het algemeen belang tot uitdrukking gebracht in de strafbaarstelling van het gedrag. Over vervolging beslist de maatschappij in de persoon van het Openbaar Ministerie, de sancties – boete, vrijheidsberoving – komen niet het slachtoffer ten goede.

Relatief zijn slechts weinig gedragingen strafbaar gesteld. Heel wat handelingen van de een leiden tot schade van de ander zonder een delict te vormen waartegen de maatschappij kan optreden. Dat wil niet zeggen dat deze gedragingen niet aan door de maatschappij gestelde normen onderworpen zijn. Leveren zij wanprestatie op of een onrechtmatige daad, dan kan dat een verplichting voor de dader opleveren de schade van het slachtoffer te vergoeden. Daar dient de gelaedeerde dan wel zelf van werk te maken. De normen in kwestie behoren tot het privaatrecht.

Dienstverlening zo onbehoorlijk dat strafrechtelijke normen worden geschonden, wordt bestreden door de maatschappij. Elke dienstverlening die een ander schade berokkent, kan tot de verplich-

ting leiden die schade aan die ander te vergoeden zo die dienstverlening wanprestatie of onrechtmatige daad oplevert. Privaatrecht en strafrecht zijn daarmee mechanismen ter disciplineren van de dienstverlener. Hij dient bij de verlening van de dienst buiten bereik van het strafrecht te blijven en de dienst op een zodanig niveau te verlenen dat van wanprestatie of onrechtmatige daad geen sprake is. Voor bepaalde dienstverleners is er een derde normstelsel in acht te nemen bij de dienstverlening, het tuchtrecht¹, te zien als sanctiesysteem van een verzameling beroepsregels.

Met het strafrecht heeft dit gemeen dat de sancties – van berisping tot uitstoting uit het beroep – de slachtoffers van het tuchtrechtelijke vergrijp niet ten goede komen. Verwant met het privaatrecht is dat de handhaving ervan door vervolging in rechte aan belanghebbenden wordt overgelaten². Dit hybride karakter roept de vraag op wat aard en oogmerk zijn van dit derde juridische disciplineringsmechanisme. Het zou gaan om 'interne (spel)regels waaraan de leden van de beroepsgroep gebonden zijn' gericht op 'het (groeps)belang van instandhouding van de beroepsethiek' en op 'het algemeen belang van een behoorlijk niveau van beroepsuitoefening'.³

In tijden van marktwerking en deregulering doet het eerste oogmerk wat archaisch aan: is de maatschappelijke relevantie daarvan – de 'eer van de stand' in de zin van de Wet op de registeraccountants – zo groot dat een dwingend normstelsel gerechtvaardigd is? Zo de beoefenaren van het beroep een gemeenschappelijke ethiek van belang achten, kunnen zij op privaatrechtelijke basis een normstelsel instellen. De beroepsbeoefenaar die daar heil in ziet, hij trede toe. Het tweede doel, en misschien ook het eerste als voorwaarde daarvoor, wordt begrijpelijker gezien de monopolie-

Mr. H.M. Heijnen is verbonden aan de Economische Faculteit van de Rijksuniversiteit Groningen.

positie die beoefenaren van een beroep waarop publiekrechtelijk tuchtrecht van toepassing is, dikwijls innemen. Alleen accountants zijn bevoegd de jaarrekening te controleren. Bepaalde rechtshandelingen kunnen niet tot stand komen zonder medewerking van de notaris.

Monopolies verminderen de prikkel tot een zo hoogwaardig mogelijke dienstverlening. Er is immers geen concurrentie, behalve dan die van de groepsgenoten. Zo die er is, de afzet van het product is immers 'gegarandeerd'⁴. Als elke beroepsgenoot zijn inspanningen verlaagt, wordt de koek niet kleiner. Hiermee zij niet gezegd dat de groepsgenoten niet onderling concurreren, slechts dat de prikkel van vrije toetreding ontbreekt. Bij deze voorstelling van zaken lijkt de oplossing eenvoudig. Schaf het monopolie af, en er is er geen tuchtrecht nodig. De 'normale' disciplineringsmechanismen, privaatrecht en strafrecht, kunnen hun werk doen. Loodgieters die voortdurend onder de maat presteren, verdwijnen vanzelf uit de markt. Is hun dienstverlening van minder maatschappelijk belang? Een verkeerde koppeling die een gasexplosie veroorzaakt, zal niet minder dodelijk zijn dan het mes van de chirurg dat uitglijdt. In het eerste geval is het aantal slachtoffers snel groter dan in het tweede. Toch wordt wat gasfitters betreft de juridische disciplineringsmechanisme aan de markt overgelaten, wanprestatie en onrechtmatige daad, met hoogstens privaatrechtelijk tuchtrecht teneinde zich in de markt te onderscheiden.

Is tuchtrecht onmisbaar als juridisch disciplineringsmechanisme naast privaatrecht (het strafrecht wordt verder terzijde gelaten)? Biedt het prikkels tot hoogwaardige dienstverlening waarin het privaatrecht niet voorziet of kan voorzien? Zo het dit niet doet, lijkt het als disciplineringsmechanisme vanuit 'het algemeen belang van een behoorlijk niveau van beroepsuitoefening' misbaar.

Hierbij is het tuchtrecht naast het privaatrecht gesteld. Normstelsels overlappen dikwijls, strafbare handelingen die schade veroorzaken, vormen privaatrechtelijk al snel een onrechtmatige daad. Samenvol of overlap van tuchtrecht en privaatrecht is niet uitgesloten, zo evenmin interactie tussen beide stelsels. Ligt daarin de toegevoegde waarde van het tuchtrecht naast het privaatrecht vanuit dat algemeen belang van behoorlijke beroepsuitoefening: het tuchtrecht

verhoogt via doorwerking in het privaatrecht de kwaliteit van de dienstverlening?

Aan de hand van de jurisprudentie wordt in het navolgende nagegaan of op deze beide vragen een antwoord gegeven kan worden. Dat gebeurt op basis van cases en daardoor zeer selectief en dus zeker niet uitputtend. Het gaat er vooral om de vraagstelling te onderbouwen.

2 Doorwerking van het tuchtrecht in het privaatrecht, een voorbeeld

Sierts, AA accountant, verzorgt al jaren de aangifte voor de inkomstenbelasting van Veenstra, stelt in dat verband een jaarrekening voor hem samen, voert namens Veenstra een procedure voor het hof omtrent diens ondernemerschap in de zin van de omzetbelasting. In dat kader heeft hij vele administratieve bescheiden van Veenstra onder zich. Er ontstaat onmin tussen partijen, Veenstra beëindigt de relatie, onder opeising van de stukken die zich bij Sierts bevinden. Dan is nog wel een aantal declaraties van Sierts niet betaald. Sierts weigert afgifte van de gevraagde stukken zolang de openstaande declaraties niet voldaan zijn. Terecht?

Artikel 5:2 BW: 'De eigenaar van een zaak is bevoegd haar van een ieder die haar zonder recht houdt, op te eisen.' Veenstra is eigenaar van de stukken, dus hij heeft recht op teruggave tenzij Sierts recht heeft die onder zich te houden.

Artikel 3:290 BW: 'Retentierecht is de bevoegdheid die in de bij de wet aangegeven gevallen aan een schuldeiser toekomt, om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldeiser op te schorten totdat de vordering wordt voldaan.' Is dit een dergelijk geval?

Artikel 6:52 BW lid 1: 'Een schuldeiser ... is bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot voldoening van zijn vordering plaatsvindt, indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen.' Is er hier voldoende samenhang? Lid 2 van artikel 6:52 BW: 'Een zodanige samenhang kan ... worden aangenomen ingeval de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan.'

De vorige twee alinea's bijeen genomen, lijkt de conclusie duidelijk: Sierts heeft een retentie-

recht, hij hoeft de stukken pas aan Veenstra af te geven als de declaraties zijn betaald. Dat vindt de president van de rechtbank Groningen dan ook⁵. Evenwel, wat volgens de regel is, vindt niet altijd toepassing. Artikel 6:248 lid 2 BW: 'Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'⁶ Doen zich hier dergelijke omstandigheden voor?

Krachtens een uitspraak van de Raad van Tucht voor accountants-administratieconsulenten van 1990 is het in strijd met de eer van de stand van AA's het retentierecht in te roepen voor stukken van de cliënt die in het kader van de opdracht aan de accountant zijn overhandigd maar die in dat kader geen bewerking hebben ondergaan. Dat is fataal voor Sierts. De President: 'Het overtreden van die regel door accountants moet dan ook in het algemeen als onzorgvuldig ten opzichte van de cliënt worden beschouwd en het in strijd met die regel uitoefenen van het retentierecht is daarom in het algemeen in strijd met de goede trouw [de redelijkheid en billijkheid in nieuwe BW termen, HMH] te achten.'

Sierts heeft privaatrechtelijk het gelijk geheel aan zijn zijde. Toch verliest hij. Voor hem geldt publiekrechtelijk als AA tuchtrecht. Nu de weigering de stukken af te geven tuchtrechtelijk onrechtmatig is⁷, is die weigering privaatrechtelijk in strijd met de redelijkheid en billijkheid krachtens lid 2 van artikel 6:248 BW. Als accountant⁸ mag hij als crediteur uit door tuchtrecht beheerste dienstverlening privaatrechtelijk minder ter handhaving van zijn vordering dan de crediteur die niet aan (dit) tuchtrecht onderworpen is. Daarmee biedt Veenstra/Sierts (1991) een voorbeeld van invloed van de gebondenheid van de accountant aan het tuchtrecht op diens positie krachtens het privaatrecht.

Het op het tuchtrecht gebaseerde privaatrechtelijke nadeel van de accountant is het privaatrechtelijke voordeel van zijn (ex)cliënt. Wat is daarvan de rechtvaardiging? Wordt deze inbreuk op het complex van rechten en plichten dat de maatschappij verbindt aan de relatie tussen crediteur en debiteur, en de balans daarin, gerechtvaardigd door een als resultaat daarvan hoogwaardiger dienstverlening? Waarin schuilt dan die toegenomen hoogwaardigheid. Zeker, de

stukken zijn voor Veenstra onmisbaar wil hij de procedure voor het Hof vervolgen. Schoenen zijn minstens zo onmisbaar als stukken, toch wordt de schoenmaker zijn retentierecht niet ontnomen. Dat belang kan het onderscheid dus niet rechtvaardigen. Wat is dan wel het maatschappelijke belang dat deze privaatrechtelijke achterstelling van de accountant rechtvaardigt?

3 Is tuchtrechtelijk fout ook privaatrechtelijk fout?

Een gedraging van de beroepsbeoefenaar kan tuchtrechtelijk niet door de beugel. Is dat gedrag derhalve ook privaatrechtelijk wanprestatie of onrechtmatige daad, met alle aansprakelijkheidsgevolgen van dien? Dat nu ook weer niet. Integendeel, het omgekeerde geldt als uitgangspunt. De accountant stelt in het kader van een overname een balans op, de prijs is mede daarvan afhankelijk, een zelden succesvolle formule. Uitdrukkelijk wordt overeengekomen dat de (passieve) belastinglatentie zal worden bepaald door de fiscaal adviseur, een ander dan de accountant. In de balans wordt die latentie dan ook niet opgenomen. Er wordt evenmin melding van gemaakt in de toelichting. Dat laatste acht de tuchtrechter een fout, een misslag in de beroepsuitoefening. Daarmee ook wanprestatie of onrechtmatige daad?

De Hoge Raad, Leutscher/Paardekooper & Hoffman (1996)⁹: 'Vooropgesteld moet worden dat een ontkennend antwoord van de tuchtrechter op de vraag of overeenkomstig een voor het desbetreffende beroep geldende norm is gehandeld, de burgerlijke rechter niet dwingt tot het oordeel dat sprake is van wanprestatie of van een onrechtmatige daad. Het Hof heeft dan ook niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet reeds op grond van de uitspraken van de tuchtcolleges van het NIVRA aan te nemen dat Schrijver en De Rave wanprestatie hebben gepleegd of onrechtmatig hebben gehandeld.'

Op te merken valt dat de Hoge Raad dit standpunt inneemt voor elk beroep dat aan tuchtrecht onderworpen is. Meer dan een uitgangspunt is dit niet. Tuchtrechtelijk fout kan dus zeer wel ook civielrechtelijk fout zijn. Maar daar is meer voor nodig dan het enkele tuchtrechtelijke vergrijp.

Dat blijkt ook uit Van Lanschot/KPMG (1999)¹⁰. De kredietverlening pakt verkeerd uit, de debiteur gaat failliet. De bank spreekt KPMG

aan die de jaarrekening van een goedkeurende verklaring heeft voorzien. Zij zou daarop afgegaan zijn, de jaarrekening zou ten onrechte goedgekeurd zijn. Daar is de tuchtrechter in de persoon van het CBB het ten dele mee eens. De civiele rechter laat dit tuchtrechtelijk vergrijp geheel terzijde: een bank die uitsluitend op een goedgekeurde jaarrekening afgaat bij verlening van een aanzienlijk krediet aan een zwakke debiteur, heeft boter op het hoofd, 'eigen schuld' krachtens artikel 6:101 BW, zij had los daarvan de kredietwaardigheid van de debiteur dienen te onderzoeken.

Heeft de tuchtrechtelijke onrechtmatigheid dan geen enkele betekenis voor de civielrechtelijke (on)rechtmatigheid van het handelen van de professional? Alleen al Veenstra/Sierts (1991), zie boven, dwingt tot ontkennde beantwoording van deze vraag. Het tuchtrechtelijk vergrijp als zodanig mag dan onvoldoende zijn als privaatrechtelijke onrechtmatigheid, het kan daaraan wel bijdragen. Zo ook Kroymans/Sun Alliance Verzekering (1996)¹¹.

De bedrijfshal van (de voorganger van) Kroymans is tegen brand verzekerd bij Sun Alliance Verzekering NV. De hal brandt af. De verzekeraar weigert uit te betalen, de brand zou zijn gesticht door of vanwege de verzekerde. Krachtens de polisvoorwaarden moet na een dergelijke weigering binnen zes maanden een rechtsvordering door de verzekerde tegen de verzekeraar worden ingesteld, dit op straffe van verval van alle recht op schadevergoeding. Kroymans is met zijn rechtsactie achttien dagen te laat. Geen kans meer?

Bij zijn schriftelijke weigering tot betaling over te gaan heeft de verzekeraar Kroymans niet gewezen op de vervaltermijn van zes maanden en de gevolgen van het verlopen daarvan. Is dat niet – weer dat uiterste redmiddel – in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW? Wie of wat bepaalt eigenlijk wat die inhouden? De Hoge Raad verwijst naar artikel 3:12 BW: '... bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, [moet] rekening worden gehouden met – onder meer – de in Nederland levende rechtsovertuigingen'.

Althans de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf die zich bekommert om de goede naam van verzekeraars, vindt een termijn van zes maanden met deze gevolgen

onaanvaardbaar indien de verzekeraar bij weigering van de uitkering daarop niet expliciet wijst. Daar dient rekening mee gehouden te worden: 'Maar indien een gedraging van een verzekeraar jegens diens verzekerde onder de omstandigheden van het geval niet kan worden aanvaard uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf, ligt het in de rede te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.'

Ook vrijwillig aanvaard tuchtrecht heeft derhalve zijn privaatrechtelijke prijs. Korte vervaltermijnen in polissen zijn niet als zodanig in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Zij zijn dat wel nu tuchtrechtelijk het hanteren daarvan aan een voorwaarde is gebonden, specifieke informatie daaromtrent bij afwijzing van de claim, die niet is gerealiseerd. Als bij Veenstra/Sierts (1991), de tuchtrechtelijke fout beperkt de privaatrechtelijke speelruimte.

In T/Mr. X (1996)¹² maakt de advocaat een beroepsfout, hij eist minder aan schadevergoeding in een arbeidsgeschil dan hij had behoren te doen. Dat is althans het oordeel van het Hof van Discipline, 'de door X gevolgde handelwijze [is] in strijd [...] met hetgeen een zorgvuldig advocaat betaamt.' Volgens de hoofdregel, zie Leutscher/Paardekooper & Hoffman (1996), oordeelt het Hof: 'De rechter is vrij om met betrekking tot de vraag of er sprake is van een beroepsfout die tot civielrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden [...] tot een ander oordeel te komen dan de tuchtrechter.'

Toch heeft ook hier die tuchtrechtelijke onrechtmatigheid effect, niet materieel zoals in de voorgaande zaken maar processueel. Komt de civiele rechter tot een ander oordeel omtrent de gestelde beroepsfout dan de tuchtrechter, 'dan zal het algemene procesrechtelijke vereiste dat rechterlijke uitspraken deugdelijk worden gemotiveerd, meebrengen dat in de motivering van de rechter inzicht wordt gegeven in de argumenten die (mede) leiden tot een andere beoordeling.' Het Hof komt tot een ander oordeel dan de tuchtrechter, en motiveert dat conform de zelf gestelde norm uitvoerig.

Tuchtrechtelijk fout is niet eo ipso civielrechtelijk fout. In zoverre staat het tuchtrecht naast

het privaatrecht. Is een gedraging als zodanig civielrechtelijk aanvaardbaar, dan kan de tuchtrechtelijke onaanvaardbaarheid daarvan die handeling civielrechtelijk onaanvaardbaar maken. De tuchtrechtelijke norm kan de privaatrechtelijke norm restrictief beïnvloeden. Zo tuchtrechter en civiele rechter dezelfde handeling beoordelen, en tot een verschillend oordeel komen, moet de civiele rechter rechtvaardigen waarom hij tot een oordeel komt dat afwijkt van dat van de tuchtrechter. Hoe dan ook, het tuchtrecht kan de daaraan onderworpen, krachtens keuze of daartoe gedwongen, civielrechtelijk dwars zitten.

Is dat een toegevoegde waarde of een toegevoegde last? Uitgaande van de balans die maatschappij in het privaatrecht heeft getroffen, dient verstoring daarvan gerechtvaardigd te worden vanuit het belang van diezelfde maatschappij, derhalve – het gaat om privaatrecht, zie hoofdstuk 1 – individuele belanghebbenden. Opnieuw rijzen de vragen gesteld aan het slot van de voorgaande paragraaf. Opnieuw ook wordt het antwoord daarop – vooralsnog – open gelaten.

4 Vallen tuchtrechtelijke en privaatrechtelijke normen samen?

De beroepsbeoefenaar die tuchtrechtelijk wordt veroordeeld, hoeft niet te vrezen enkel daardoor ook civielrechtelijk 'fout' te zitten. De opluchting is voorbarig indien de civiele rechter feitelijk, dus zonder verwijzing naar de tuchtrechtelijke fout, het gewraakte gedrag met dezelfde maatstaf beoordeelt. Dat lijkt het geval in Frankan/Mr. Pieter H (1992, 1996)¹³.

Frankan, boer van de Veluwe, wil naar Canada verhuizen, liefst fiscaal zo vriendelijk mogelijk. Wille is zijn adviseur op wie hij onvoorwaardelijk vertrouwt. Wille verkoopt Frankan's boerderij voor f1.150.000 aan Griffioen. Vanwege die fiscale aspecten adviseert Wille Frankan eerst de boerderij aan de door hem beheerste Dicky Ltd, een Canadese vennootschap, te verkopen voor f490.000 en Dicky Ltd deze te laten doorverkopen aan Griffioen voor het volle bedrag.

Met het eerste bedrag worden dan schulden in Nederland afgelost, Dicky Ltd zal Frankan in Canada f575.000 betalen, na storting op de rekening van de Ltd. Frankan machtigt Wille bij notariële akte tot alle noodzakelijke handelingen ter afwikkeling van de transacties en reist vol verwachting naar Canada. Waar hij nimmer iets

ontvangt en noch Wille noch Dicky Ltd enig verhaal biedt.

Dan maar de notaris aangesproken, H. Die heeft, geheel onvoorbereid, achter elkaar Frankan de boerderij voor f490.000 aan Dicky Ltd zien verkopen en direct daarna voor f1.150.000 door de vennootschap aan Griffioen, heeft daarbij geen enkele vraag gesteld, enkele dagen later de overdrachtsakten gepasseerd waarbij Wille in alle mogelijke gedaanten als vertegenwoordiger optrad, en zonder commentaar 57% van de koopsom betaald door Griffioen gestort op de rekening van Dicky Ltd op aanwijzing van Wille. Verklaring: Frankan had zulk onbeperkt vertrouwen in Wille dat ik aannam dat betrokkenen alles onderling goed geregeld hadden.

Mag een notaris bij een dergelijk prijsverschil zwijgen tegenover de risicodragers, Frankan? Had de notaris Frankan moeten wijzen op het risico dat hij nam door de koopsom te laten storten op een rekening geheel in de macht van gemachtigde Wille? Zowel tuchtrechter¹⁴ als civiele rechter komen tot een voor de notaris negatief oordeel. Beiden stellen centraal dat een goed notaris in omstandigheden als deze – waarbij vooral de vele rollen van Wille van belang zijn – behoort te informeren naar de reden van het enorme verschil in prijs, en dat hij Frankan had dienen te wijzen op de risico's die hij liep door het door Wille aan hem in Canada te betalen bedrag te laten storten op een rekening van Dicky Ltd, in het bijzonder het risico van insolventie.

Kortom, de notaris had actieve zorg moeten dragen voor de belangen van Frankan, ongeacht of zelfs juist vanwege diens onbeperkte vertrouwen in Wille. Frankan was, zo stelt notaris H., 'een boer bij zijn volle verstand, [...] maar kennelijk juridisch onkundig' en gaf daarmee blijk de risico's van de constructie niet te onderkennen.

De civiele rechter verwijst niet naar de tuchtrechtelijke fout als grondslag voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris. Wel beoordeelt hij het gedrag van H. jegens Frankan met vrijwel dezelfde maatstaf als de tuchtrechter. Natuurlijk kunnen die maatstaven samenvallen, zie hoofdstuk 1. Het is wel opmerkelijk nu de juridische context aanzienlijk verschilt. Het tuchtrecht dient, zegt men, primair het belang van de maatschappij bij hoogwaardige dienstverlening, zie eerder. Dat is een ander doel dan de bescherming van de belangen van individuele

belanghebbenden, al kan ook de tuchtrechter op verzoek van klager uitspreken dat betrokkene jegens klager de een notaris betamende zorgvuldigheid heeft geschonden¹⁵. Niet elke onrechtmatige schending van private belangen leidt tot reactie van de maatschappij, zie het strafrecht. Daar is in het algemeen meer voor nodig.

Privaatrechtelijk is de enig relevante vraag of de notaris met voldoende zorg als een goed opdrachtnemer (vergelijk artikel 7:401 BW) de belangen van de cliënt heeft behartigd. Zo niet, dan is dat wanprestatie mits toerekenbaar, en dient hij de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden, artikel 6:74 lid 1 BW. Zo het gewraakte gedrag daarmee tevens tuchtrechtelijk laakbaar is, voegt het tuchtrecht geen prikkel toe ter bewaking of verhoging van de kwaliteit van de dienstverlening. Vallen conformiteit aan de beroepscode, algemeen belang en partijbelang normatief samen, waarom dan nog tuchtrecht naast privaatrecht?

Individuele belanghebbenden bij de dienstverlening staat als mechanisme ter realisering van de kwaliteit daarvan het privaatrecht ten dienst. Houdt de dienstverlening jegens hen wanprestatie of onrechtmatige daad in, dan kunnen zij de daaraan verbonden sancties invoeren jegens de dienstverlener. Wordt tuchtrechtelijk een norm gehanteerd die samenvalt met de privaatrechtelijke, dan is de vraag wat vanuit de maatschappij de toegevoegde waarde daarvan is.

5 Tuchtrechtelijk onrechtmatig, civielrechtelijk rechtmatig: reëel?

Beoefenaren van beroepen als advocaat, notaris of accountant lopen een aanzienlijk aansprakelijkheidsrisico. Het is dan ook verstandig zich daartegen te verzekeren. Civielrechtelijk is er echter geen verzekeringsplicht. Notaris X was zo verstandig zich tegen beroepsaansprakelijkheid te verzekeren. Hij deed dat echter tegen een lager bedrag dan de Broederschap haar leden had voorgeschreven. Geen lid zijnde hoefde X zich daar niets van aan te trekken¹⁶. Als niet lid van de KNB kon hij evenwel niet profiteren van de collectieve excedent verzekering die de Broederschap voor haar leden had gesloten. Zijn 'vrijheid' kostte hem dan ook veel geld, hij moest meer premie betalen voor minder dekking dan de leden van de Broederschap.

De notaris is tuchtrechtelijk gehouden zich te onthouden van handelingen in afwijking van hetgeen in zijn ambt betaamt, artikel 50c lid 1 WNA oud. Wat is betamelijk in dit opzicht op punt van verzekering? Het Hof, Notaris X (1993) te Amsterdam (hoogste rechter in notariële tuchtzaken): 'Bij de vorming van het tuchtrechtelijk oordeel ter zake valt maatgevende betekenis toe te kennen aan de richtlijnen zoals vastgesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap. Immers deze richtlijnen mogen – onder meer gelet op de hoge organisatiegraad van de in die Broederschap verenigde notariële beroepsbeoefenaren – geacht worden de neerslag te vormen van hetgeen in brede kringen van het notariaat als norm geldt voor een deugdelijke beroepsuitoefening.'

Geen lid, niet gebonden aan de huisregels van de KNB, maar wel beknot in de daarmee verworven civielrechtelijke vrijheid door diezelfde huisregels via het tuchtrecht. Worden die niet gevolgd, dan komt de uitoefening van het beroep in gevaar¹⁷. De civielrechtelijke vrijheid zich al dan niet, en zo ja in welke mate, te verzekeren tegen beroepsaansprakelijkheid, kan feitelijk niet benut worden.

Notarissen hebben zoals ook advocaten, artsen en accountants een domeinmonopolie, zie eerder. Sommige rechtshandelingen kunnen alleen door zijn tussenkomst tot stand komen, neem de levering van onroerende zaken. Vaak wordt tuchtrecht vanuit die positie gerechtvaardigd. Los hiervan is de notaris vrij te doen wat hem goeddunkt om inkomen te verwerven, zoals elke burger, mits hij maar binnen de perken van het voor iedereen geldende recht blijft, privaatrecht, strafrecht.

Ook deze vrijheid blijkt door het tuchtrecht aan beperkingen onderworpen te zijn. Notaris Y is sterk gericht op vergroting van het scala van aangeboden diensten, ver buiten die vallend binnen het notariële monopolie. In zijn eigen woorden: dat 'door zijn op vernieuwing van het notariaat gerichte werkzaamheden in zijn kantoor niet alleen het klassieke notariaat maar ook het ongebruikelijke volstrekt gebruikelijk was.' Tot het vernieuwende deel van zijn dienstverlening behoorde ook assistentie bij schimmige financiële transacties waaraan de reuk van witwassen hing, steeds uitbundig voorzien van zijn ambtsstempel. Daarbij werd hij niet gehinderd door kennis van zaken, 'kennelijk in de veronderstelling dat men ook daar

al doende leert', aldus het Hof te Amsterdam¹⁸, Notaris Y (1993).

Dat is tuchtrechtelijk onaanvaardbaar, zo zeer dat (voordracht tot) uitzetting de enige remedie is, einde beroepsuitoefening. Rechtvaardiging is uiteindelijk het maatschappelijke vertrouwen dat de notaris aan zijn domeinmonopolie ontleent. Dat vertrouwen heeft uitstraling naar diensten buiten dat monopolie verleend: 'In het maatschappelijk verkeer wordt inhoudelijk geen verschil ervaren tussen beide soorten van werkzaamheden. Het is telkens de notaris als zodanig die handelt.' Dat vertrouwen mag niet geschaad worden door escapades op buitenissig terrein. 'In zover betekent de voormelde wettelijke monopoliepositie een belemmering voor een uitbreiding van het werkterrein van de notaris.' Ieder ander kan zich aan deze dubieuze dienstverlening wagen totdat hij de regels van het voor iedereen geldende recht schendt. De notaris stuit op nauwere grenzen bepaald door het tuchtrecht.

Deze reflexwerking van de op het domeinmonopolie gebaseerde maatschappelijke positie van de beroepsbeoefenaar geldt niet alleen voor notarissen. Accountant X verricht voor zowel de holding als haar dochters werkzaamheden met betrekking tot de jaarrekening. Na ruzie over de declaraties komt men tot een compromis. De accountant wil zekerheid: alle concerndelen dienen zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen. Wordt dat geweigerd, dan worden de werkzaamheden stopgezet tenzij voor het overeengekomen honorarium hypothecaire zekerheid wordt gesteld. Niet vreemd nu het hem duidelijk was gemaakt dat de continuïteit van enkele groepsdelen bepaald niet zeker was.

Hij die een overeenkomst sluit met een tegenpartij omtrent wiens solvabiliteit hij twijfelt heeft, doet er goed aan die overeenkomst niet aan te gaan tenzij hij zekerheid heeft gekregen voor de nakoming door de ander. Is de ander daartoe niet bereid, geen probleem, slechts geen overeenkomst. Contractvrijheid immers. Zo niet deze accountant¹⁹, Accountant X (1997). Hoofdelijke aansprakelijkstelling eisen, dat gaat nog, maar hypothecaire zekerheid verlangen gaat te ver, in strijd met de eer van de stand, zeker nu dat 'kennelijk vooral op grond van kennis die betrokkene als registeraccountant van klaagster had omtrent haar financiële positie en die van de groep' is gebaseerd. Een 'paulianeuze' grens

getrokken ver voor de artikelen 42 en volgende Faillissementswet dat doen.

Het staat notaris X civielrechtelijk vrij zich voor een lager bedrag te verzekeren tegen beroepsaansprakelijkheid dan een groot deel van zijn beroepsgenoten raadzaam vindt. Het tuchtrecht maakt het benutten van die vrijheid niet privaatrechtelijk onrechtmatig maar wel feitelijk onmogelijk. Immers, houdt de beroepsbeoefenaar zich niet aan de tuchtrechtelijke norm, dan kan hij elke vrijheid van handelen verliezen, uitzetting. Dat risico loopt ook de 'avontuurlijke' notaris met zijn schimmige transacties, evenals de verstandige accountant die de betaling van het overeengekomen honorarium zeker wenst te stellen.

Het tuchtrecht bepaalt de mate waarin van de civielrechtelijke vrijheid van handelen gebruikgemaakt kan worden. Niet dat gebruikmaking van die vrijheid civielrechtelijk onrechtmatig is, wel dat er van die vrijheid feitelijk geen gebruikgemaakt kan worden zonder tuchtrechtelijke grenzen te overschrijden. Het tuchtrecht maakt benutting van die civielrechtelijke vrijheid illusoir.

Repetierend maar toch: welk maatschappelijk belang rechtvaardigt een zo vergaande inbreuk op de vrijheid die de maatschappij haar burgers laat in hun onderlinge verhoudingen? Welk maatschappelijk belang is ermee gediend de accountant bij zijn dienstverlening standaardzekerheden als recht van hypotheek te onthouden? Is het vragen om deze zekerheid een bedreiging van de kwaliteit van de dienstverlening?

6 Tuchtrecht, maatschappelijk vertrouwen, privaatrechtelijk zwaardere prestatieplicht?

De beroepsbeoefenaar geniet mede op basis van het tuchtrecht maatschappelijk vertrouwen. Dat mag niet beschaamd worden, ook niet indien hij handelingen verricht die buiten zijn domeinmonopolie vallen. In zoverre belemmert het tuchtrecht hem in zijn civielrechtelijke vrijheid, zie de voorgaande paragraaf. Maar dwingt hem dat ook op terrein dat vrij is van tuchtrecht tot een grotere privaatrechtelijke zorgvuldigheid? Mag hij gezien dat vertrouwen niet alleen bepaalde dingen niet doen maar moet hij bepaalde handelingen juist wel doen? In zoverre zou het tuchtrecht een positieve uitwerking hebben op de privaatrechtelijke norm ten gunste van de cliënt

en in zoverre ook van de maatschappij, zie paragraaf 1.

In vele gevallen wordt een partij bij het verlijden van een notariële akte vertegenwoordigd. In hoeverre dient de notaris na te gaan of de bevoegdheid toereikend is? Zo volledig en nauwkeurig mogelijk, aldus de Hoge Raad, *Credit Lyonnais/T* (1990)²⁰, hoewel de (oude) wet louter formele zorg oplegt. Basis is de 'zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen. Mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, geldt de meerbedoelde verplichting jegens alle belanghebbenden, waaronder degene die als vertegenwoordigde in de akte is vermeld.' Dat die zelf door onzorgvuldigheid heeft bijgedragen aan onbevoegde vertegenwoordiging, doet aan die zorgplicht niet af. De notaris moet derhalve de cliënt tegen zichzelf beschermen.

Ging het in deze zaak nog om een verplichting die, hoe formeel ook, door de wet op de notaris wordt gelegd. In *SHV/Nauta c.s.* (1990) gaat het om legalisatie van een handtekening, een activiteit die weliswaar vaak van een notaris wordt gevraagd, maar die ook door ieder ander kan worden verricht, geen domeinmonopolie derhalve²¹. Hier is de notaris zeer onzorgvuldig, hij pleegt geen enkele recherche, daarbij afgaande op de dagelijkse gang van zaken bij het hem bekende SHV. Maar hij die namens SHV tekent, is wel echt onbevoegd, zoals raadpleging van het handelsregister de notaris had kunnen leren. Onrechtmatige daad jegens SHV?

Ja, de notaris is verplicht tot recherche ten einde te voorkomen dat van hem afkomstige informatie onjuist is. Die plicht heeft hij ook tegenover hem die zelf heeft bijgedragen aan het totstandkomen van de foute informatie, zoals SHV. Weer, als vertrouwensman moet de notaris de belanghebbende tegen zichzelf in bescherming nemen.

De uit deze vertrouwenspositie voortvloeiende verplichtingen strekken zich ook uit over handelingen van de notaris die geheel buiten zijn domeinmonopolie vallen, die zelfs geen zakelijk karakter dragen. Een familielid, O., van notaris S. krijgt een lening van Van Stiphout onder voorwaarde van borgstelling. Tot het laatste is A.

bereid. O. stuurt S. een onderhandse akte waarin het een en ander is vastgelegd, vraagt hem de zaak te controleren en in een akte vast te leggen. S. doet dat, zonder iets na te trekken, op officieel papier met zijn stempel, geen honorarium. A. blijkt gehuwd te zijn, zijn partner is niet akkoord, artikel 1:88 lid 1 sub c en 90 lid 1 BW: de borgstelling is van de baan. Notaris S. aansprakelijk jegens de teleurgestelde crediteur Van Stiphout?

Zelfs het familieleven van de notaris wordt geregeerd door de eisen inherent aan de vertrouwenspositie die de notaris in de maatschappij inneemt. *Van Stiphout/S.* (1996)²²: 'Een notaris die, zoals in dit geval S., de tekst van een onderhandse akte van het zegel (vignet) van de Koninklijke Notariële Broederschap en van zijn eigen (naam)stempel voorziet en aldus die tekst uit handen geeft, wekt daarmee, gelet op de positie van notarissen in het maatschappelijk verkeer en het vertrouwen dat zij als zodanig genieten, de indruk dat de in die akte weergegeven rechtshandeling geen gebreken vertoont als een notaris bij een redelijke uitoefening van zijn taak behoort te voorkomen.' Daartoe behoort dit gebrek. 'Het voorgaande geldt ongeacht wie de gewraakte tekst heeft opgesteld en of S. enkel op verzoek van O. heeft gehandeld en alleen met O. heeft gesproken, dan wel mede contact met Van Stiphout heeft gehad. Evenmin is van belang of S. zich voor zijn dienst heeft laten betalen dan wel – zoals hier het geval was – ten behoeve van een familierelatie een vriendendienst heeft verricht.' Een troost, het ging slechts om f40.000.

Sommige beroepsbeoefenaren – onder andere notaris, advocaat, accountant – hebben een monopolie ten aanzien van bepaalde handelingen, zonder hun medewerking kunnen zij niet totstandkomen. Dat schept verplichtingen, privaatrechtelijk, ook ten aanzien van handelingen die buiten dat monopolie vallen, mede op basis van het tuchtrecht waaraan zij onderworpen zijn. Die verplichtingen kunnen negatief zijn, zie het voorgaande hoofdstuk, betrokkene mag privaatrechtelijk minder dan een ander.

De verplichtingen kunnen ook positief zijn. De beroepsbeoefenaar is ten aanzien van handelingen die ook door anderen verricht kunnen worden, tot een grotere zorg gehouden tegenover de bij die handelingen betrokkenen dan waartoe concurrerende dienstverleners gehouden zijn. De privaatrechtelijke reflexwerking van het monopo-

lie, de beroepsregels en het tuchtrecht, en het daarop gebaseerde maatschappelijk vertrouwen.

Dus toch een rechtvaardiging van het tuchtrecht als prikkel tot hoogwaardige dienstverlening, ondanks de concurrentievervalsing ten nadele van deze 'gebonden' dienstverleners? Zie hierna.

7 Tuchtrecht, maatschappelijk vertrouwen, privaatrechtelijk grotere zorgvuldigheid?

Geldt deze zware zorgplicht alleen tegenover de direct bij de handelingen in kwestie betrokkenen of ook tegenover derden wier belangen daardoor geraakt worden? Alleen al Van Stiphout/S. (1996) maakt duidelijk dat het laatste het geval is, S. handelde immers op verzoek van O., de debiteur. Van Stiphout is een derde die als crediteur belang heeft bij de borgstelling door A. ten gunste van Van Stiphouts debiteur O. Centraal staat in deze uitspraak de zorgplicht jegens derden echter niet.

Dat is wel het geval in de THB (1994, 1995) affaires²³. De bestuurder van de Tilburgsche Hypotheekbank, handelaren in onroerend goed, makelaars en notarissen doen onroerende zaken in eigen kring rondgaan van de een naar de ander tegen steeds hogere prijzen ver boven de marktwaarde, leningen gefinancierd door de bank, akten verleden door notarissen. De bank gaat failliet. Is de notaris aansprakelijk voor zijn medewerking aan het spel jegens de crediteuren van de bank wegens de 'bij zijn ambtsbediening in acht te nemen zorgvuldigheid'?

Privaatrechtelijk heeft de notaris een zekere mate van zorg te betrachten voor de belangen van derden bij rechtshandelingen waarbij hij zijn ministerie verleent: 'Het [Hof, HMH] heeft kennelijk – en terecht – aangenomen dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden óók verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen.'

Een ongeclausuleerde zorgplicht voor de belangen van derden geldt derhalve niet. Wat zijn dan in deze situatie die bijzondere omstandigheden waaronder een dergelijke zorgplicht wel bestaat? Daarvan kan sprake zijn als 'de notaris heeft geweten of heeft moeten weten dat zijn medewerking aan het verlijden van de litigieuze transport- en hypotheekakten in het algemeen dan

wel aan het verlijden van één of meer van die litigieuze transport- en hypotheekakten *ernstig gevaar voor insolventie van de THB* [cursivering Hoge Raad, HMH] zou meebrengen.' De notaris treedt op voor een bepaalde partij, dient vanzelfsprekend diens belangen zo goed mogelijk te behartigen, maar moet zijn diensten weigeren als door deze wel te verlenen de belangen van derden voorzienbaar ernstig worden geschaad.

Ligt dit anders voor de accountant in zijn certificerende functie? Ook hij treedt op in opdracht van een bepaalde partij, ook hij heeft een monopolie op de gevraagde dienstverlening. In hoeverre moet hij rekening houden met de belangen van derden bij het product dat hij levert, de accountantsverklaring?

Dat de accountant een zekere zorgplicht tegenover derden heeft, is nauwelijks omstreden. In de jurisprudentie, in Nederland en elders, wordt de mate waarin hij een dergelijke zorgplicht heeft, wisselend beoordeeld. Zeer ruim is de opvatting van de rechter in de eerder genoemde zaak Van Lanschot/KPMG (1999). 'De jaarrekening geeft aldus ... een indicatie voor de continuïteit van de onderneming in de toekomst, ook ten behoeve van derden die op enigerlei wijze met de onderneming in zee willen gaan De accountant staat er tegenover derden voor in ... Indien derhalve komt vast te staan dat Smulders c.s. ten onrechte een goedkeurende verklaring hebben afgegeven ... en indien voorts komt vast te staan dat Van Lanschot bij haar beslissing(en) tot financiering van LCT (mede) is afgegaan op de jaarrekeningen ... van LCT en dientengevolge schade heeft geleden, zijn Smulders c.s. jegens Van Lanschot in beginsel aansprakelijk voor de door haar geleden schade, indien ...'

Zeer veel 'indien', het laatste van de reeks redt KPMG, zie eerder, eigen schuld van de bank, artikel 6:101 BW, zo zwaarwegend dat alle aansprakelijkheid van de accountant wegvalt. Daarvan afgezien gaat de uitspraak ver: elke derde, welke relatie hij ook met de onderneming wil aangaan, mag afgaan op de accountantsverklaring waaraan – zo goedkeurend – zelfs een continuïteitsgarantie ontleend kan worden. Vertrouwensman van het maatschappelijk verkeer, inderdaad.

Bepaalde beroepsbeoefenaren – onder andere notaris en accountant – genieten een vertrouwenspositie in het maatschappelijk verkeer. Op grond daarvan dienen zij bij hun dienstverlening de

belangen van de cliënt met bijzondere zorg te behartigen. Daarbij moeten zij ook belangen van derden laten meewegen. Worden die te zeer geschaad door eenzijdige behartiging van de belangen van de cliënt, dan leidt dat tot aansprakelijkheid voor de schade door die derden geleden. Het maatschappelijk vertrouwen verplicht privaatrechtelijk tot extra inspanning ook jegens derden.

Bij genoemde beroepen is sprake van een domeinmonopolie, soms met verplichte afname van diensten zoals bij de accountant, soms met feitelijk onontkoombare afname van diensten, zie de notaris, de medicus of de advocaat. De afnemer moet erop kunnen vertrouwen dat de onvermijdbare dienstverlener zijn verplichtingen naar behoren na zal komen. Mede met een beroep daarop wordt vaak de onderworpenheid van de beoefenaren van deze beroepen aan het tuchtrecht gerechtvaardigd. De taakuitoefening is van publiek belang, het tuchtrecht is gegeven de monopoliepositie instrument om de kwaliteit ervan (mede) te waarborgen.

Zijn echter domeinmonopolie en tuchtrecht voorwaarden voor maatschappelijk vertrouwen en daaruit voortvloeiende bijzondere zorgplichten jegens opdrachtgevers en derden?

8 Maatschappelijk vertrouwen, bijzondere zorgplicht, geen tuchtrecht

De casus is in de kern eenvoudig. Een particulier ontdekt de wondere wereld van de opties, wil meedoen, wendt zich daartoe tot zijn bank. Die informeert hem conform de voorschriften van de beurs omtrent gang van zaken en risico's. Er worden wat calls en puts gekocht. Dat loopt goed, met bescheiden winst. Al snel ontdekt de cliënt dat schrijven veel meer winstkansen oplevert. Ook meer risico's, er moeten zekerheden gesteld worden, 'margin', verplichting van de commissienair jegens de beurs. De risico's pakken verkeerd uit, er wordt (zwaar) verlies geleden. De bank heeft niet aan haar verplichting voldaan voldoende zekerheden te eisen alvorens de opdrachten uit te voeren. De klant ruikt zijn kans: als U mij aan mijn verplichtingen had gehouden, had ik deze transacties niet kunnen uitvoeren en had ik geen schade geleden. Door dat niet te doen heeft U jegens mij wanprestatie gepleegd, zodat U mij die schade dient te vergoeden.

Is de bank gehouden de cliënt vast te houden

opdat hij geen ongeluk begaat? De marginverplichting ziet vooral op de belangen van bank en beurs. Maar in artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden belooft de bank niet alleen dat zij bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht zal nemen maar ook dat zij 'daarbij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening' zal houden. Houdt dat in dat de bank tegen de wens van de cliënt in moet weigeren zijn opdrachten uit te voeren indien daarvoor geen zekerheid is gesteld conform de voorschriften van de beurs op straffe van aansprakelijkheid? Ja, in betrekkelijk korte tijd vaste jurisprudentie geworden. Reden?

Uit een recente uitspraak, Van de Klundert/Rabobank (1998)²⁴: 'Wanneer een bij de handel in opties bemiddeling verlenende bank opdrachten van haar particuliere cliënten tot het uitvoeren van optietransacties ontvangt, is de bank als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn. ... Deze zorgplicht vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen.' Dat Van de Klundert zichzelf als deskundig beschouwde, dat hij door direct te handelen met de optietafel van de Centrale Rabobank in Utrecht in feite de (plaatselijke) bank buiten spel zette, is niet van belang.

Het is een wat grove samenvatting van de jurisprudentie, maar toch: de bank is gehouden haar particuliere opdrachtgevers bij risicovolle transacties tegen zichzelf te beschermen door hen strikt aan de beursvoorschriften te houden. Grondslag daarvoor is, naast dat risico, het verschil tussen professional en particulier en het daaraan verbonden verschil in deskundigheid. Daarbij is uiteindelijk niet van belang dat de bank zelf jegens de beurs gehouden is zekerheden te vragen, ook in situaties waarin die verplichting niet bestaat en de cliënt slechts krachtens overeenkomst gehouden is zekerheden te stellen, dient de bank de cliënt daaraan te houden in diens eigen belang²⁵. Uiteindelijk dient de bank ook haar eigen belang indien zij de cliënt houdt aan de marginverplichtingen. In zoverre lopen actieve behartiging van de belangen van de cliënt en behartiging van eigen belang parallel.

De bijzondere positie van de bank eist echter meer: ook indien behartiging van het belang van de cliënt haaks staat op die van haar eigen belang, dient de bank aan het eerste voorrang te geven. Hendriks verliest veel geld door optietransacties. Ook hier heeft de bank hem niet aan de marginplicht gehouden. Uit coulance, zegt de bank, vergoedt de bank hem een deel van de schade op voorwaarde dat hij van elke claim verder afziet. De bank vermeldt daarbij niet, Hendriks is hiermee niet bekend, dat Hendriks in deze situatie gezien de jurisprudentie van de Klachtencommissie Optiebeurs door zich daartoe te wenden een veel grotere vergoeding zou kunnen krijgen.

Het is niet in het belang van de bank deze slapende hond wakker te maken door Hendriks op de procedure bij de Commissie te wijzen. Dat is zeker wel in het belang van Hendriks. Moet de bank aan het laatste voorrang geven boven het eerste? Dat kan in het algemeen niet verlangd worden van een partij die een geschil met de ander heeft. Nu het om een bank gaat, ligt dat anders, ABN AMRO/Hendriks (1995): 'In dat geval verhindert immers de rol die de bank in het maatschappelijk verkeer vervult, te aanvaarden, dat de bank haar cliënt onjuiste informatie verstrekt over diens rechtspositie'²⁶, mede gezien het verschil in deskundigheid, het vertrouwenskarakter van de relatie tussen bank en cliënt, en de belofte die de bank doet krachtens artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden, zie eerder.

Tot nu toe gaat het om de belangen van de cliënt die de bank actief moet behartigen, onder omstandigheden tegen haar eigen belang in, dit gezien haar vertrouwenspositie in de maatschappij en haar voorsprong in kennis en kunde op de niet professionele cliënt. Leidt deze positie ook tot de verplichting de belangen van derden bij transacties waartoe een cliënt opdracht geeft, mee te laten wegen alvorens de opdracht te aanvaarden? Dan komt de positie van de bank wel heel sterk in de buurt van de bekende vertrouwenslieden van het maatschappelijk verkeer – notaris, accountant – zoals eerder geschetst. Toch is dat het geval.

Bij het overlijden van Ten Bos gaat het vermogen naar de kinderen, zijn echtgenote krijgt het vruchtgebruik. Het vermogen wordt belegd. Ten Cate voert het beheer over de beleggingsrekening gehouden bij MeesPierson in opdracht van de echtgenote. Ten Cate gaat speculatief te werk,

hetgeen tot verlies leidt. Is de bank die de weduwe als tegenpartij had en slechts als uitvoerder van de opdrachten van haar gevolmachtigde opgetreden is, daarvoor aansprakelijk jegens de kinderen? Ja, wegens de belangen van de kinderen als bij die transacties betrokken derden. In een situatie als deze is voorzichtig vermogensbeheer geboden. Wordt er gespeculeerd, zoals hier, dan dient de uitvoerder van de opdrachten daartoe die belanghebbenden te waarschuwen. Doet hij dat niet, dan is dat tegenover die derden een onrechtmatige daad²⁷. Grondslag: 'Het Hof heeft terecht geoordeeld dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten ... als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.'

Dienstverleners als banken hebben als professional een dermate grote voorsprong in kennis op hun particuliere cliënten dat zij hun belangen actief dienen te bewaken, zo nodig tegen hun wens in, als die belangen door de door de cliënt gewenste dienstverlening ernstig geschaad kunnen worden. Eigen belang van de bank komt daarbij op het tweede plan. Ook belangen van derden bij de transacties waarvoor de bank wordt ingeschakeld, moeten meegewogen worden alvorens daaraan mee te werken. Basis is de positie die de bank in de maatschappij inneemt, een vertrouwenspositie 'verworven' zonder tuchtrechtelijke basis.

9 Tuchtrecht als disciplineringsmechanisme, misbaar?

Gemeenschappelijk kenmerk van de positie die onder meer banken, notarissen, accountants, advocaten, artsen in het maatschappelijk verkeer innemen, is de onontkoombaarheid van hun dienstverlening voor de gewone 'burger', rechtspersonen inbegrepen, soms alleen feitelijk – bank, notaris, arts, advocaat – soms ook rechtens – commissionair, accountant. Van gelijkheid van partijen bij de overeenkomst is maatschappelijk geen sprake. De kloof in kennis en kunde tussen opdrachtgever en opdrachtnemer is zo groot dat de eerste er slechts op kan vertrouwen dat de laatste zijn opdracht naar behoren uitvoert. Hij mist de middelen om dat te controleren en te

beheersen. Dit uit machtsongelijkheid geboren maatschappelijk 'vertrouwen' in de dienstverlener is de basis van de bijzondere zorgplicht die het privaatrecht de dienstverlener oplegt, ter compensatie van het gebrek aan maatschappelijk evenwicht.

'Bijzonder' kan dat nauwelijks genoemd worden. Algemene contractvoorwaarden zijn tegenover particulieren minder houdbaar dan tegenover andere professionals, de particuliere borg geniet bijzondere bescherming van rechter en wetgever, voor consumentenkoop gelden aparte regels. Overal waar de contractvrijheid een lege huls wordt omdat de ene partij de diensten van de ander nodig heeft zonder in staat te zijn de kwaliteit van de dienstverlening te beïnvloeden, hij er maar op moet vertrouwen dat die ander zijn best zal doen, prikkelt het privaatrecht die ander tot behoorlijke taakvervulling door hem sneller aansprakelijk te stellen voor schade van zijn tegenpartij dan het geval zou zijn indien die tegenpartij wel in staat zou zijn zijn belangen te bewaken. Daarbij gaat het steeds meer om het materiële verschil in kennis en kunde en steeds minder om het formele verschil tussen professionaal en particulier.

Het privaatrecht is een vruchtbaar en effectief disciplineringsmechanisme. Heeft daarnaast het tuchtrecht nog betekenis in die zin dat het een extra prikkel levert tot hoogwaardige dienstverlening? De afnemer van de diensten heeft er weinig aan behalve als voortraject voor privaatrechtelijke aansprakelijkstelling. In die zin is het echter gezien de zwakke processuele positie van de betrokken dienstverlener negatief voor de beroepsbeoefenaar. Zelfs indien een positief antwoord op deze vraag gegeven wordt, dient dit maatschappelijk voordeel, in feite een voordeel voor de cliënt, afgewogen te worden tegen het nadeel voor de dienstverlener, de belemmeringen hem opgelegd in de vrijheid die het privaatrecht anderen laat.

Voorzover het tuchtrecht of de doorwerking daarvan in het privaatrecht tot verhoogde bescherming van cliënt en derden tegen gebrek aan kwaliteit van de dienstverlening leidt, kan betwijfeld worden of het tuchtrecht noodzakelijk is. Banken kennen geen tuchtrecht in deze zin, maar de zuiver privaatrechtelijke prikkel tot grote zorg en zorgvuldigheid is er niet minder om. Of in deze tijd van markt en concurrentie belemme-

ring van de beroepsbeoefenaar in zijn optreden op die markt wegens eisen van 'eer van de stand' tegen de mogelijke winst in kwaliteit van dienstverlening opweegt, kan betwijfeld worden. Tot zover een antwoord op de vele vragen waarmee de voorgaande paragrafen sloten.

NOTEN

1 Het gaat hier om het dwingend opgelegde tuchtrecht zoals dat geldt voor accountants, advocaten, notarissen en dergelijke.

2 Bevoegdheden als die van het Nivra om een procedure te entameren daargelaten.

3 Zie recent D.T. Boks en T.R. Hidma, WPNR 130, nr. 6363, 3-10 juli 1999, p. 511.

4 Wie heeft niet van tijd tot tijd een arts nodig? Of een advocaat? Of een notaris, zie slechts de onroerend goed hausse. Accountants zijn zelfs verzekerd van een afnameplicht voor hun kernproduct, artikel 2:393 lid 1 BW.

5 Rb Groningen, 3 juli 1991, KG 1991, 322, 'Veenstra/Sierts'.

6 Deze casus speelt zich af onder het oud BW, geldend tot 1992. In deze tekst wordt gedaan alsof het nieuw BW van toepassing is. Materieel is er geen verschil op dit punt tussen oud en nieuw BW.

7 De eer van de stand van advocaten impliceert een dergelijke terughoudendheid niet gezien de jurisprudentie (maar de Advocatenwet kent dan ook als zodanig het begrip 'eer van de stand' niet). Het retentierecht van de advocaat wordt steeds als zodanig erkend. Dat het vaak niet gehonoreerd wordt, ligt in het gebrek aan vermogenswaarde van de dossiers, niet in een tuchtrechtelijk verbod op terughouding. Zie Rb Rotterdam 17 juni 1993, KG 1993, 258; Rb Rotterdam 22 november 1994, KG 1994, 455 (NJ 1995, 641); Hoge Raad 15 april 1994, NJ 1995, 640 (Kleijn); Hof Amsterdam 28 december 1995, NJ 1998, 450 (JOR 1996, 36, Van Hees); Rb Utrecht 27 mei 1999, KG 1999, 167.

8 De rechter wijst er nadrukkelijk op dat deze regel ook voor RA's geldt.

9 Hoge Raad 15 november 1996, NJ 1997, 151, 'Leutscher/Paardekooper & Hoffman'; JOR 1997, 13. Zie ook H.J. Vetter, MAB september 1997, p. 467/469; J. Joling en J.W. van Rijswijk, De Accountant nr. 10/juni 1997, p. 649/651.

10 Rb Amsterdam 9 juni 1999, JOR 1999, 195 (Groffen)

11 Hoge Raad 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (Mendel). Zie ook J. Spier, Bedrijfsjuridische Berichten 15 maart 1996/nr. 6, p. 40/42; H.J. Vetter, MAB september 1997, p. 467/469.

12 Hof Den Haag 11 december 1996, NJ 1997, 522

13 Hoge Raad 18 december 1992, NJ 1994, 91 (Luijten);

Hoge Raad 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Kleijn). Zie voor de eerste uitspraak ook G.J.C. Lekkerkerker, WPNR 124, nr. 6082, 27 februari 1993, p. 155/156; voor de tweede P. Zijp, Vennootschap & Onderneming maart 1996/Afl. 3, p. 34/35.

14 Kamer van Toezicht 19 augustus 1987, Hof te Amsterdam 18 februari 1988, te kennen uit Hoge Raad 18 december 1992, NJ 1994, 91, onderdeel 3.1 onder l en m van de overwegingen van de Hoge Raad.

15 Zie over deze zaak ook D.T. Boks en T.R. Hidma, WPNR 130, nr. 6363, 3-10 juli 1999, p. 511.

16 Krachtens de nieuwe Wet op het notarisambt is de KNB een publiekrechtelijke organisatie met verordenende bevoegdheid voor haar (gedwongen) leden. De casus is derhalve naar huidig recht niet meer relevant.

17 Hof Amsterdam 30 maart 1993, NJ 1994, 441. Zie artikel 50c lid 1 sub c oud, voordracht tot uitzetting.

18 Hof Amsterdam 11 november 1993, NJ 1994, 416.

19 Raad van Tucht Amsterdam 1997-31, De Accountant nr. 10/juni 1997, p. 703/704.

20 Hoge Raad 28 september 1990, NJ 1991, 473 (Luijten).

21 Hoge Raad 7 december 1990, NJ 1990, 474 (Luijten). Zie ook L. Timmerman, TVVS 1991 nr. 91/2, p. 51/52; P. Roos, NTBR 1992/2, p. 65/68; S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuijtinck, AA 40 (1991) 9, p. 679/685.

22 Hoge Raad 4 oktober 1996, NJ 1997, 504 (Kleijn); JOR 1996, 141 (Wessels). Zie ook E.A.M. v.d. Velden, Vennoot-

schap & Onderneming december 1996/Afl. 12, p. 131/132; C.E. du Perron, Bedrijfsjuridische Berichten 20 november 1996/nr. 24, p. 189/191.

23 Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1996, 627 (Kleijn onder 629); Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1996, 628 (Kleijn onder 629) 15 september 1995, NJ 1996, 629 (Kleijn). Ook: C.E. du Perron, Bedrijfsjuridische Berichten 3 februari 1995/nr. 3, p. 18/19; M.L. Lennarts, L. Timmerman, TVVS 1995 nr. 95/4, p. 102/103; R.D. Vriesendorp, AA 46 (1997) 11, p. 809/815; S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, AA 47 (1998) 4, p. 268/274.

24 Hoge Raad 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van Zeben); JOR 1998, 147 (Frielink). Verder: W.J. Noordhuizen, Bedrijfsjuridische Berichten 16 september 1998/nr. 19, p. 165/167; A.J.M. Kuijten, Vennootschap&Onderneming oktober 1998/Afl. 10, p. 106/107.

25 Hof Arnhem 9 september 1997, NJ 1998, 340, 'A/MeesPierson'.

26 Hoge Raad 29 september 1995, NJ 1998, 81 (Brunner), 'ABN AMRO/Hendriks'. Ook: R.P.J.L. Tjittes, TVVS 1996 nr. 96/2, p. 51/52; R. Overeem, Advocatenblad 8 december 1995, p. 112/114; H.M. Kruitwagen, Vennootschap&Onderneming juni 1996/Afl. 6, p. 62/63.

27 Hoge Raad 9 januari 1998, JOR 1998, 116 (Kortmann); JOR 1998, 116 (Kortmann), 'MeesPierson/Ten Bos'.