

## Aansprakelijkheid voor beroepsfouten - van droomcarrière naar nachtmerrie

Mr C J J M Stolker\*

### 1 Aansprakelijk voor 186 miljoen dollar

Een opmerkelijk krantebericht

Nauta Dutilh wil huidige maatschap omzetten in NV

Het advocaten- en notarissenkantoor Nauta Dutilh overweegt per 1 januari 1996 de maatschap op te heffen en over te stappen op de naamloze vennootschap als rechtsvorm. Het kantoor meent als naamloze vennootschap beter het hoofd te kunnen bieden aan de toenemende risico's van schadeclaims van onder meer klanten ( ). Andere advocatenkantoren en ook accountants nemen momenteel de maatschap als rechtsvorm onder de loep. Het accountantskantoor KPMG heeft inmiddels aangekondigd per 1 januari de naamloze vennootschap als rechtsvorm in te voeren. De advocaten van Nauta die KPMG bij de overgang adviseren bekijken nu ook of de naamloze vennootschap voor hun maatschap een alternatief is. Advocaten en accountants worden sinds enkele jaren geconfronteerd met steeds grotere financiële claims, een trend die uit de Verenigde Staten is overgewaaid. Zo moest KPMG in de VS 186,5 miljoen dollar betalen aan verschillen de toezichthouders op het Amerikaanse spaarbankwezen als schikking van een groot aantal rechtszaken.<sup>1</sup>

Als advocaten zich gaan verschansen, dan is het kennelijk menens met de beroepsaansprakelijkheid<sup>2</sup> Amerikaanse toestanden, zoals de krant suggereert? Tot voor kort dachten we bij 'Amerikaanse toestanden' aan de aansprakelijkheid van artsen. *Sue the bastards!*, leek voor vele Amerikaanse letselschade-advocaten richtsnoer van hun professioneel handelen te zijn geworden. *Kill the lawyers!*, was het al even adequate antwoord van de artsen. Maar inmiddels lijkt het erop dat aan 'Amerikaanse toestanden' een wijder strekking moet worden gegeven en wordt de

## Rode draad 'Beroepsaansprakelijkheid'

woedende replek der aitsen een breder gedragen wens 'kill the lawyers! — althans die van de tegenpartij!' Advocaten gaan elkaar te lijf, vast en zeker tot vermaak van vele artsen.

Als er al een aansprakelijkheidsprobleem is in Nederland, dan is dat probleem meeromvattend dan alleen de aansprakelijkheid voor beroepsfouten. Ik wijs op de produktenaansprakelijkheid ('Des'), de werkgeversaansprakelijkheid ('asbest'), milieu-aansprakelijkheid ('1 januari 1975'), verkeersaansprakelijkheid ('Kolkman') of op de bestuurdersaansprakelijkheid. Zeker die laatste groep lijkt het zwaar te verduren te krijgen. Uit de krant haal ik bedragen als 30 miljoen (Verto), 20 miljoen (VHS), 60 miljoen (Infotheek) en zelfs 96 miljoen (United Dutch Group). Waar houdt het op? 'Als niemand de rekening voor aansprakelijkheid meer kan betalen, houdt alles op', zegt Wansink in een interview.<sup>3</sup>

Over aansprakelijkheid voor beroepsfouten is in Nederland, en zeker daarbuiten, veel geschreven. De redactie van *Ars Aequi* heeft me gevraagd vooral ook naar de VS te kijken, mijn 'Mekka'. In deze inleiding ga ik op een aantal voor de beroepsaansprakelijkheid typerende aspecten in. Met name ook bekijk ik hoe een *malpractice crisis* in Nederland kan worden voorkomen aan het slot doe ik — noodgedwongen kort — een aantal suggesties.

### 2 Is het echt zo erg?

Dit jaar zal onze Hoge Raad zich uitspreken over een claim van 29 miljoen gulden tegen een notaris die was betrokken bij het faillissement

\* De auteur is verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de RU Leiden.

1 *NRC Handelsblad* 5 oktober 1994. Denkbaar is ook een constructie waarin de maatschap bestaat uit privé bv's van de maten. Zie het interview met W.J. Slagter *NRC Handelsblad* 27 oktober 1994 die zich uitspreekt voor een dergelijke mogelijkheid de contractuele uitsluiting zie daarover verderop in dit artikel. Overigens verzet artikel 6 van de Verordening op de praktijkvennootschap zich er mogelijk tegen dat de advocaat zijn *persoonlijke*

aansprakelijkheid uitsluit. Datzelfde geldt voor de notaris.

2 De gedachte van de oprichting van een NV is overigens al eerder gesuggereerd in een interview met de Rotterdamse hoogleraar accountancy J.C.A. Gortemaker *Accountant* april 1991 p. 28.

3 *Assurance Informatie* mei 1994 en in *Onderzoeking* (blad van het VNO) 31 mei 1994. Zie voorts het boeiende boek van Walter K. Olson *The Litigation Explosion* New York 1991.

van de Tilburgse hypotheekbank Beroepsaansprakelijkheid jaagt schrik aan en leidt gemakkelijk tot verontwaardiging bij beroepsbeoefenaren. Is het echt zo erg, of praten we elkaar angst aan? Het is moeilijk te zeggen. In de eerste plaats gaat het om heel verschillende beroepen (artsen, advocaten, accountants, notarissen enz.) en liggen per beroepsgroep de problemen en de risico's verschillend. Het is soms zelfs zinloos om over eenzelfde beroep te spreken zonder te differentiëren. Zo is in de VS de *medical malpractice crisis* geen crisis voor 'de' artsen, maar voor bepaalde artsen (met name de zogenaamde snijdende artsen) in bepaalde staten.<sup>4</sup> Dat is het eerste aspect dat een algemeen oordeel over de ernst van het fenomeen beroepsaansprakelijkheid moeilijk maakt.

In de tweede plaats: wat is erg? Jarenlang betaalden bijvoorbeeld artsen in Nederland premies van enkele honderden guldens per jaar. Daarin is nu — zeker procentueel — een sterke stijging te zien, maar dat zegt op zichzelf niets. Dat is ook geen reden voor verontwaardiging bij beroepsbeoefenaren en hun organisaties: verontwaardiging over de begerigheid van patiënten en cliënten, over de slachtoffervriendelijkheid van de rechter, of over mogelijkheden van het juridische systeem. Verontwaardiging over beroepsfouten is wat mij betreft — zeker in eerste instantie — voorbehouden aan de gedupeerde patiënt of cliënt. En de organisatie van beroepsbeoefenaren die vindt dat er aan de *beroepsaansprakelijkheid* iets moet gebeuren, behoort in eerste instantie de hand in eigen boezem te steken door naar de oorzaken van de fouten te zoeken. *Clean your own houses first*, is in Amerika de artsen veelvuldig toegevoegd. Want laten we de zaken niet omdraaien: staat en stand verplichten (eventuele beperkingen van de aansprakelijkheid) zouden immers plaatsvinden op kosten van de cliënten en patiënten.

Wat is erg? Een precieze grens is niet te trekken. Een ding kan men er wel over zeggen: waar uit angst voor aansprakelijkheid een behoorlijke beroepsuitoefening in redelijkheid niet meer mogelijk is, daar bijt de slang in haar eigen staart. In Amerika spreekt men van een *malpractice crisis* of van een *litigation crisis*. *Crisis* betekent keerpunt, ommekeer. Van een crisis zou ik willen spreken als het verschijnsel van de beroepsaansprakelijkheid zich tegen een behoorlijke beschikbaarheid van nuttige diensten gaat keren. Van een crisis was sprake toen een beroep als dat van verloskundige niet meer behoorlijk kon worden uitgeoefend: toen bijvoorbeeld in de staat Florida nauwelijks meer artsen bereid waren bevallingen te doen. Of als notarissen of accountants, uit angst voor aansprakelijkheid, bepaalde diensten niet meer willen verlenen of bepaalde cliënten niet meer wensen te accepteren. Dan kan en moet men spreken van een crisis. Ik kom daarop terug.

Een derde moeilijkheid is het gebrek aan betrouwbare gegevens. Beroepsbeoefenaren, hun verzekeraars zijn geneigd de vuile was in de mand te houden. Harde gegevens zijn er nauwelijks, naar verluidt ook niet bij de verzekeraars zelf. Of het moet een signaal zijn als bijvoorbeeld Centraal Beheer, dat zich onlangs terugtrok uit de verzekeringsmarkt voor medische aansprakelijkheid. Maar ook dat zegt nog niet zo vreselijk veel. Trouwe lezers van *Account* lijken wel iets wijzer te worden. Zo zouden de claims tegen advocaten toenemen, in hoogte en in aantal zou het notariaat altijd al een heel riskant vak zijn geweest,<sup>5</sup> en zouden de claims tegen accountants 'hand over hand toenemen'. Men spreekt van tienduizenden guldens en zelfs van miljoenen.<sup>6</sup> Datzelfde zou gelden voor de medische aansprakelijkheid.<sup>7</sup> Openheid op het vlak van beroepsfouten veigt de nodige moed. Een opmerkelijke stap deden enige jaren geleden het Academisch Ziekenhuis Leiden en het Rotterdamse Clara Ziekenhuis. Beide ziekenhuizen besloten jaarlijks naar buiten te komen met een overzicht van gemaakte medische fouten. Maar lang hielden ze het niet vol. Omdat ze in hun openhartigheid de enigen bleven, liepen ze het risico gestigmatiseerd te worden als twee slechte ziekenhuizen.<sup>8</sup> Heel anders is dat in de VS, althans waar het gaat om de medische aansprakelijkheid. Daar hebben artsen en hun verzekeraars weldegelijk gekozen voor openheid. Ze moesten wel wie de politiek wil meekrijgen in wetswijzigingen, moet de bur-

4 Zie daarover mijn boek *Van arts naar advocaat. Aansprakelijkheid voor medische fouten in Amerika. Een les voor Nederland*. Bohn, Scheltema, Holkema/Kluwer 1989.

5 Aldus P.A.J. Kamp, onderdirecteur van Nationale Nederlanden in een interview. *Account* november 1993 p.

15

6 Aldus registeraccountant J. Joling, directeur van EMN Expertise *Account* november 1993 p. 24.

7 *NRC Handelsblad* 8 augustus 1994.

8 Zie uitvoerig *Van arts naar advocaat* 1989 p. 84.

ger overtuigen van de noodzaak. En ook in Nederland ligt het niet voor de hand dat we *op het gevoel* gaan limiteren of beperken. Het is voorlopig eerder andersom. De sympathie lijkt bij de gedupeerde te liggen — zie het nieuwe artikel 7:463 BW dat de arts elke exoniatie verbiedt.

### 3 Beroepsaansprakelijkheid is geen juridische categorie

'Beroepsaansprakelijkheid' is een bruikbare term en ziet op aansprakelijkheid voor schade door — laten we maar zeggen — gebiekkige diensten. We denken dan vooral aan de zogenaamde 'vrije beroepen': artsen, advocaten, architecten, accountants, notarissen, makelaars, psychologen, belastingadviseurs,<sup>9</sup> adviseurs in het algemeen, ingenieurs, misschien zelfs automatiseringsdeskundigen.<sup>10</sup> Letterlijk moet men dat 'vrije beroep' niet nemen: zo werkt menig arts in dienstverband. Voorts is het niet de bedoeling dat bijvoorbeeld ook de taxichauffeur, de schipper of de loodgieter met hun diensten onder het begrip vallen. Er moet kennelijk sprake zijn van iets als 'intellectuele dienstverlening' hoewel de grens soms moeilijk te trekken zal zijn. En dat maakt meteen ook duidelijk dat 'beroepsaansprakelijkheid' eerder een sociologische dan een juridische categorie is, eerder een aanduiding dan een definitie, zoals Arisz terecht opmerkt.<sup>11</sup>

Deze vaststelling heeft meteen al gevolgen. Beroepsaansprakelijkheid maakt deel uit van de bredere 'maatschappelijke' aansprakelijkheid. Het zou niet goed zijn voor haar aparte regels te ontwerpen, al was het maar omdat zij als aanduiding te weinig scherp te heeft. Als een soort van persoonlijke geloofsbekentenis we moeten er alles aan doen de 'beroepsaansprakelijkheid' binnen de dogmatiek van het algemene aansprakelijkheidsrecht te houden. Zo zou ik het ongelukkig vinden als artsen slechts bij grove schuld aansprakelijk zouden zijn, in plaats van bij 'gewone' schuld. Of als in geval van aansprakelijk-

heid van artsen de bewijslast als regel wordt verschoven van patient naar arts. Of als de doctrine van de gemiste kans, opgekomen in het kader van aansprakelijkheid van advocaten en nadien ook toegepast op de aansprakelijkheid van artsen, slechts voor deze twee beroepen zou gelden.

In de VS worden de verschillende beroepen ook vanuit eenzelfde dogmatiek bezien. Heel duidelijk wordt dat in het befaamde boek van Prosser waar de *beroepsaansprakelijkheid* wordt besproken aan de hand van de *medische aansprakelijkheid*.

'Since, allowing for the inevitable differences in the work done, the principles applied to all of these appear to be quite similar, and since the medical cases are by far the most numerous, it will be convenient to talk only of doctors.'<sup>12</sup>

Geen apart aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht voor beroepsfouten dus, laat staan een apart aansprakelijkheidsrecht voor ieder beroep. Wat dat laatste betreft moet een uniforme voor alle diensten geldende richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor diensten<sup>13</sup> worden toegejuicht. Anderzijds valt niet te ontkennen dat zo'n richtlijn ook weer een vieemde eend in de bijt van onze nationale aansprakelijkheidsvijver kan zijn. Die vies bestond en bestaat ook met betrekking tot de implementatie van de richtlijn produktenaansprakelijkheid dat cruciale leerstukken als schade en causaliteit communautair, en dus niet noodzakelijkerwijs 'Nederlands' moeten worden uitgelegd.<sup>14</sup>

De dienstenrichtlijn is inmiddels weer ingetrokken.<sup>15</sup> Toch zijn ook verstrekte diensten economisch gezien 'produkten'. Want net zoals produkten zijn ook diensten op geld waardeerbaar en er is een markt waar zij verhandeld worden. In deze Rode draad zal Brunner zich onder meer zetten aan de vraag of beide, produkten en diensten, niet gelijk behandeld zouden moeten worden. Dat zou zelfs kunnen leiden tot een *isco*-aansprakelijkheid voor gebiekkige diensten, net

9 Zie uitvoering Ch P.A. Geppaart Over de verantwoordelijkheid van een adviseur in belastingzaken *Werkblad voor Fiscaal Recht* 1990, p. 1365. Verder: I.P. Michiels van Kessenich Hoogendam *MBB* 1988, p. 33 e.v.

10 Zie J.R. Huizing Computer malpractice ontwikkelen op het gebied van beroepsaansprakelijkheid van automatiseringsdeskundigen in de Verenigde Staten *Computerecht* 1992, p. 186 e.v.

11 Aldus terecht F.H.A. Arisz Inleiding Beroepsaansprakelijkheid, in *Beroepsaansprakelijkheid Recht op een*

*schetschaats* (Bundel ter gelegenheid van het Jonge Baro Congres 1991) 1991, p. 1.

12 *Prosser and Keeton on the Law of Torts* 1984, p. 186.

13 *PB EG* 18 januari 1991 nr. C 12/8 zie uitvoering C.C. van Dam in *Opdracht en dienstverlening* Serie praktijkhandleidingen 1994, p. 82.

14 Zie daarover het advies van J.M. Barendrecht voor de Vereniging voor burgerlijk recht *Produktenaansprakelijkheid 'Europees Burgerlijk Recht'* 1987.

15 Zie *Tijdschrift voor consumentenrecht* 1994, p. 290.

zoals voor gebrekkige produkten. De eerste versie van de dienstenrichtlijn ging dan ook uit van zo'n risico-aansprakelijkheid. De kritiek op dat voorstel was niet voor de poes, maar waarom eigenlijk? Die vraag brengt ons op enige karakteristieke trekken en omgevingsfactoren van de beroepsaansprakelijkheid.

#### 4 De redelijk bekwame vakgenoot

Om voor een individuele beroepsbeoefenaar vast te stellen of hij al dan niet beneden de maat is gebleven, hanteert de Hoge Raad als maatstaf of hij of zij de zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in acht neemt.<sup>16</sup> Dat is nog maar het criterium. Want om een normschending vast te kunnen stellen, moet worden aangegeven hoe de redelijk bekwaam handelende vakgenoot onder deze omstandigheden zou hebben gehandeld, om vervolgens feitelijk vast te stellen of de betrokken beroepsbeoefenaar zich al dan niet naar deze norm heeft gedragen.<sup>17</sup>

De vraag naar de inhoud van de norm is vaak moeilijk te beantwoorden,<sup>18</sup> waarbij typerend is voor de meeste 'vrije beroepen' dat zij in hoge mate zélf de inhoud van de norm kunnen vaststellen. Zo wordt in de medische sector het belang van de interne discussie over kwaliteitsnormen zeer hoog ingeschat. Ongetwijfeld zal het voor het ene beroep moeilijker zijn normen te formuleren dan voor de andere. Zo is het voor de medische professie met zijn veelheid aan mogelijke diagnoses, therapieën en de inherente onzekerheid waarmee men in dat vak moet leven, lastiger heldere normen te stellen dan bijvoorbeeld voor het notariale beroep. In dat vak heeft het werk ook veel eerder het karakter van een re-

sultaatsverbintenis.<sup>19</sup> Heel belangrijk in dit verband is de betekenis van het tuchtrecht voor aansprakelijkheidsprocedures. Vooral in de VS ziet men steeds vaker dat in de civiele procedure eiser zich rechtstreeks op een norm van tuchtrecht beroept. Met alle gevaren vanden voor het tuchtrecht.<sup>20</sup> In deze Rode draad van *Ars Aequa* zal Tjittes hier zeker op terugkomen.

Verschillen tussen de beroepen zijn er ongetwijfeld ook waar het aankomt op het vaststellen van de feitelijke toedracht. Ook hier lijken het notariaat en de geneeskunde tegenpolen. Artsen krijgen in toenemende mate te maken met procedures waarin de vraag centraal staat of zij hun patient voldoende hebben geïnformeerd over de risico's van een behandeling. Dan is het vaak het woord van de een tegen dat van de ander en de uitkomst van de procedure kan bijna niet anders dan hoogst onzeker zijn. Die onzekerheid over de uitkomst lijkt typerend voor de aansprakelijkheid voor beroepsfouten.<sup>21</sup>

#### 5 De schade

Ook als het gaat om de schade, blijkt dat de verschillende beroepsgroepen niet over een kam geschooren kunnen worden. Zo hebben artsen in het algemeen niet met buitengewoon hoge claims te maken, maar wel met een groeiend aantal.<sup>22</sup> Onrustig word ik van de vraag hoe het zit met de aansprakelijkheid voor bloed en bloedprodukten. Het aantal gedupeerden kan heel groot zijn. Men denke aan de affaire rond de besmette vloeistof in het Dijkzichtziekenhuis enige jaren geleden.

Bij accountants doet zich iets anders voor. Daar lijkt het probleem dat één fout tot zeer hoge claims kan leiden en dat er mogelijk een groot

16 HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26. Een vergelijkbare maatstaf hanteren de Engelse en Amerikaanse rechter 'the reasonable professional'. Vergelijk ook artikel 7:401 BW.

17 Overigens gebruiken sommigen nog steeds de woorden 'marginale' of 'redelijke marginale' toetsing. Dat moet worden afgeraden. Verder ben ik een tegenstander van het woord 'kunstfout', nu (bijvoorbeeld medische) beroepsbeoefenaren dat woord aldus interpreteren dat uitsluitend op ernstige fouten aansprakelijkheid kan volgen. Ook dat wekt verwarring.

18 Zie voor een uitwerking voor de verschillende vrije beroepen de in noot 11 aangehaalde *Jonge balie-bundel*. Voorts de losbladige *Onrechtmatige Daad VII* (oud) (Michiels van Kessenich), en de nieuwe losbladige *Onrechtmatige Daad* (Huijgen) *VI Beroeps- en diensten-*

*aansprakelijkheid*.

19 Zie E. Schutte, *Jonge balie-bundel 1991*, p. 50.

20 Zie het artikel van Jean E. Faure en R. Keith Stong, *The Model Rules of Professional Conduct: No Standard for Malpractice*, 47 *Montana Law Review* (1986), p. 363 e.v.

21 Ik zou daarom benieuwd zijn naar de uitkomsten van een onderzoek als dat wat Marijke Malsch deed in strafzaken, *Lawyers' predictions of judicial decisions: A study of calibration of experts*, diss. Leiden 1989.

22 Zie het onderzoek van L.G. Angenent en J.H. Hubben, *Onderzoek naar de afwikkeling van medische schadeclaims in Nederland 1980-1990*, KUN december 1992. De verzekeraars hadden overigens fundamentele kritiek op Hubben's onderzoek, omdat gereserveerde bedragen voor de nog te verwachten betalingen buiten het onderzoek zijn gebleven.

aantal potentiële gedupeerden zullen zijn. Hier doemt de nachtmerrie op: denk aan de 315 miljoen gulden die KPMG in de Verenigde Staten moest betalen aan toezichthouders op het Amerikaanse spaarbankwezen. Andere voorbeelden zijn gemakkelijk te geven. Zo is het niet moeilijk zich een voorstelling te maken van de grootte van de mogelijke claim van het overnemende bedrijf dat een kat in de zak blijkt te hebben gekocht. Of van de bank die veel geld in de onderneming heeft gestoken en nu moet ervaren dat het bedrijf er aanmerkelijk slechter bij staat dan beweerd. Het is evenmin moeilijk zich een voorstelling te maken van het aantal potentiële eisers: banken, werknemers, aandeelhouders, leveranciers, hypotheeknemers enzovoort.

Wie afgaat op de NJ, heeft te doen met de notarissen (en met hun cliënten).<sup>23</sup> Notarissen worden kennelijk veelvuldig aansprakelijk gesteld. Soms hebben die claims bijna het karakter van een risico-aansprakelijkheid (Baarns beslag<sup>24</sup>), maar heel vaak gaat het om kleine fouten in het routinewerk. Schutte merkt op dat er vrijwel nooit sprake is van een fout ter voorkoming waarvan veel denkwerk had moeten worden verricht.<sup>25</sup>

Er rijzen met betrekking tot de omvang van de schade twee vragen, die overigens onderling samenhangen. De eerste is of de omvang van de aansprakelijkheid niet kan worden beperkt, bijvoorbeeld door gedeeltelijke exoneraties of zelfs door een algehele limitering van de aansprakelijkheid (art. 6:110 BW). Voorts valt te denken aan een beperking in het kader van de causaliteit (art. 6:98 BW, toerekening naar redelijkheid),

bijvoorbeeld door de aansprakelijkheid te beperken tot bepaalde schadeposten. Ik kom daarop terug in de volgende paragraaf. De tweede vraag is of het aantal potentiële eisers niet kan worden beperkt. Het zijn deze vragen die dringend beantwoording vergen. Vergeet bovendien niet dat het hier niet alleen gaat om de beroepsgroep van de accountants, maar ook om belastingadviseurs, advocaten en notarissen. Ofschoon mijn artikel de inleiding is op een serie, wil ik bij deze problematiek wat langer stilstaan.

De vragen waarom het draait werden al heel veel jaren geleden dwingend gesteld door de Amerikaanse rechter Benjamin Cardozo:

'a thoughtless slip or blunder, the failure to detect a theft or forgery beneath the cover of deceptive entries, may expose accountants to a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class.'<sup>26</sup>

Laten wij eens naar elk van deze aspecten kijken.

## 6 Liability, to an indeterminate amount...

Eerst over de omvang van de aansprakelijkheid. In de contractuele verhouding tussen beroepsbeoefenaar en cliënt kunnen exoneraties — gehele of gedeeltelijke — goede diensten bewijzen.<sup>27</sup> Exoneratieclausules, zelfs de gedeeltelijke, zijn bij de wetgever niet populair. Zo zijn ze verboden gebied voor de medische hulpverlener (art. 7:463 BW<sup>28</sup>). En waar ze niet verboden zijn, bieden ze geen volstreekte zekerheid: ik volsta hier

23 Over de aansprakelijkheid van notarissen is veel geschreven. Zie voor een overzicht de losbladige *Omechtmatische Daad* (Huijgen) VI, *Beroeps- en dienstenaansprakelijkheid*. Voorts bijvoorbeeld B. Wessels, *WPNR* 1991, p. 98 e.v. en M.E. Franke, (*Belgisch*) *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1991, p. 558 e.v.

24 HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56.

25 E. Schutte, *Beroepsaansprakelijkheid van de notaris, recente ontwikkelingen*, *Jonge balie-bundel 1991*, p. 49.

26 Cardozo C.J., op p. 444. Zie voor andere, deels ook oudere rechtspraak het artikel van David I. Levine, *An Overview of Professional Liability of Accountants and Attorneys in the United States*, in Yamaka and Konda (editors), *Theory and Practice of Experts' Liability: The Liability of Legal and Accounting Experts and Insurance* (Tokyo: Shin Nippon Hoki Syuppan, 1994) — in het Japans, ik gebruikte de Engelse (niet gepubliceerde) versie van de tekst).

27 De Verordening op de Beroepsaansprakelijkheid van de Nederlandse Orde van Advocaten kent in artikel 7 de

mogelijkheid van een gedeeltelijke vrijtekening. Zie daarover uitvoerig het artikel van F.J. de Vries, *Beperkte vrijtekening voor advocaten*, *Jonge balie-bundel 1991*, p. 111 e.v., voorts E. Schutte en W.F. Hendiksen, *Enige kanttekeningen bij de Verordening op de beroepsaansprakelijkheid*, *Advocatenblad* 1991, p. 632 e.v. Uitvoering de pleadviezen van F. Aarts en J. Kamphuisen, *NJV* 1987, over de vraag naar de wenselijkheid wettelijke maatregelen te treffen tot beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen. Besproken door onder andere I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen*, *NJB* 1987, p. 721 e.v. en L.G. Eykman, *Interventie NJV-vergadering*, *Advocatenblad* 1987, p. 515 e.v.

28 Persoonlijk heb ik die — totale — afwijzing steeds heel veeind gevonden, *Aansprakelijkheid van de arts*, diss. Leiden 1988, p. 157 e.v. In de parlementaire geschiedenis van de Wet inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst is er geen woord aan vuil gemaakt.

met een verwijzing naar artikel 6:233 en 237 sub f BW (algemene voorwaarden<sup>29</sup>) en naar de mogelijkheid van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW<sup>30</sup>). Voorts werken exoneraties in de regel niet jegens derden<sup>31</sup>. Ook de inmiddels ingetrokken richtlijn inzake aansprakelijkheid voor gebrekkige diensten verbodt de beperking of uitsluiting van de aansprakelijkheid. De wettelijke limitering van de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:110 BW heeft ook zo haar bezwaren. De Vries heeft in zijn proefschrift de toepassingsmogelijkheden van dat artikel met scepsis besproken<sup>32</sup>. In het maart nummer van *Arts Acqui* zal hij ingaan op de mogelijkheden tot contractuele vrijtekening.

En dan is er nog de beperking van de aansprakelijkheid tot bepaalde schadeposten. Hier heeft de rechter in het kader van artikel 6:98 BW (causaal verband) de nodige vrijheid om tot een redelijk resultaat te komen, met als noodrem artikel 6:109 BW (het rechterlijk matigingsrecht). Anderzijds bedenke men dat zo'n 'redelijk resultaat' toch ook in de vele tientallen miljoenen gulden kan lopen. En dan mogen we nog blij zijn dat wij het fenomeen van de *punitive damages* in Nederland niet kennen<sup>33</sup>.

De schaarse rechtspraak over de beroepsaansprakelijkheid van de *accountant* overziende is het eigen schuld verweer (art. 6:101 BW) misschien nog het meest succesvol<sup>34</sup>. Zeker als het gaat om een professionele wederpartij als een onderneming of een bank mag van de ontvanger van de onjuiste informatie een zekere mate van eigen initiatief worden verwacht, onder het motto 'vertrouwen is goed, controleren beter'. Niettemin is mijn conclusie op de eerste vraag — beperking van aansprakelijkheid? — dat de beroepsbeoefenaar en zijn of haar maatschap met onzekerheid mochten leren leven.

## 7 ...for an indeterminate time...?

Wie meent recht te hebben op schadevergoeding, heeft geen eeuwigheid om zijn vordering in te stellen. De vordering verjaart vijf jaren nadat de benadeelde zowel met de schade, als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de beroepsfout (art. 3:310 lid 1 BW). Het maakt daarbij geen verschil of het gaat om een vordering uit wanprestatie of uit onrechtmatige daad. Daarin verschilt het Nederlandse recht van bij voorbeeld het Engelse, waar de termijnen zes jaren respectievelijk vijftien jaren zijn<sup>35</sup>. Het belang van het instituut van de verjaring ligt in de wens de beroepsbeoefenaar te beschermen tegen zeer oude aanspraken. En daarmee is ook een maatschappelijk belang gemeind<sup>36</sup>. Overigens vermoed ik dat het bij beroepsfouten vooral de notarissen zijn die profiteren van het instituut der verjaring.

Gaat het om beroepsfouten, dan lijken de termijnen van vijf respectievelijk twintig jaar alleszins redelijk. Soms kan men evenwel twijfelen bijvoorbeeld als het gaat om schade die zich naar haar aard pas na lange tijd openbaart. In de VS zijn, als reactie op de vloedgolf van claims de verjaringstermijnen in geval van beroepsfouten van *artsen* echter juist flink teruggebracht<sup>37</sup>.

Op een ding wil ik hier nog wijzen. Onlangs werd door het Hof Amsterdam een oogarts tot schadevergoeding veroordeeld<sup>38</sup>. Het Hof had de arts opgelegd de patientenkaart of anderszins voldoende feitelijke gegevens te verstrekken. De oogarts vond dat onredelijk, hij had zoals gebruikelijk de kaart na tien jaren vernietigd. Daarmee had de arts overigens conform artikel 7:454 BW gehandeld, want de termijn evenzeer tien jaren is. Niettemin kreeg de arts van het Hof de kous op de kop, ook al bestaat er tot langer bewaren geen verplichting, dan komt dat toch

29 Zie De Vries *a.w.* 1991 p. 113 e.v.

30 Zie De Vries *a.w.* 1991 p. 116 e.v. en Schutte en Hendriks *a.w.* 1991 p. 633. Ik noem nog het beroemde arrest van de Hoge Raad 19 mei 1967 *NJ* 1967 261 (Salandin/HBU) waar het om een exoneratie terzake van een ondeugdelijk beleggingsadvies ging.

31 Zie voor de bij accountants in zwang rakende letter of representation K.A.J. Bisschop *NTBR* 1994 p. 27.

32 Frits de Vries *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid* diss. Leiden 1990.

33 Daarvoor evenwel zij het voorzichtig zijn A.T. Bolt en

J.A.W. Lensing *Privaatrechtelijke boete* - procdvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvegelijking 1993.

34 Jansen *Jonge Balie bundel* 1991 p. 89 e.v. geeft een overzicht van enige gepubliceerde en niet gepubliceerde uitspraken.

35 Zie nader Margaret Brazier *The Law of Torts* Butterworths 1993 p. 236 e.v.

36 Asser *Hartkamp I* nr. 653.

37 Zie nader Van Arts naar advocaat *a.w.* 1989 p. 54 e.v.

38 Hof Amsterdam 28 april 1994 *Tydschrift voor Gezondheidsrecht* 1994 p. 441 e.v.

voor risico van de arts. Op zichzelf een juiste uitspraak, maar ik ben blij dat ik het niet aan de betrokken arts hoeft uit te leggen. Het lijkt me dan ook geraden de wettelijke bewaartermijnen te koppelen aan verjaringstermijnen.

## 8 ...to an indeterminate class?

Was het leerstuk van de relativiteit tot voor kort een nogal obscuur vereiste voor aansprakelijkheid, het praktisch belang ervan is door de arresten van de Hoge Raad inzake milieuverontreiniging duidelijk toegenomen.<sup>39</sup> De door gedaagde geschonden norm dient te strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, bepaalt artikel 6:163 BW. De Hoge Raad heeft deze regel eens aldus uitgelegd dat de normschender alleen aansprakelijk is jegens personen op wier aanwezigheid hij 'bedacht' moest zijn.<sup>40</sup> En datzelfde zal voor de schade gelden: alleen die schade komt voor vergoeding in aanmerking waarop de dader bedacht had moeten zijn.<sup>41</sup>

De vraag is dan op wie en waarop de betrokken beroepsbeoefenaar bedacht moet zijn. In de Amerikaanse rechtspraak en literatuur is deze vraag (in het kader van *the duty towards the plaintiff*) al uitvoerig bestudeerd. Aanvankelijk gold als regel dat de accountant en de advocaat aansprakelijk zijn voor fouten jegens diegenen met wie zij in een *contractual privity* or in a *substantially similar relationship* verkeren. *Leading case* is *Utramares Corp v. Touche*,<sup>42</sup> inzake de aansprakelijkheid van een accountant. De beroemde rechter Benjamin Cardozo, ik haalde hem zojuist aan, hield het er in deze zaak op dat een verdergaande aansprakelijkheid onredelijk zou zijn jegens de accountant.

Feitelijk leidt deze regel ertoe dat alleen in de contractuele relatie accountant-cliënt aansprakelijkheid mogelijk is. Toch is deze terughoudende benadering, zeker waar het gaat om accountants, inmiddels goeddeels verlaten. Zo houdt de gezaghebbende *Restatement (Second) of Torts* uit 1977 het erop dat niet slechts de wederpartij aanspraak op schadevergoeding kan maken, maar

ook diegenen die redelijkerwijs op de verstrekte onjuiste informatie mochten vertrouwen. De *Restatement* schrijft voor dat

'the liability ... is limited to loss suffered (a) by the person or one of a limited group of persons for whose benefit and guidance he intends to supply the information or knows that the recipient intends to supply it; and (b) through reliance upon it in a transaction that he intends the information to influence or knows that the recipient so intends or in a substantially similar transaction.'<sup>43</sup>

Deze regel wordt in een groot aantal Amerikaanse staten toegepast. Het gaat er dus om, net als in het Verstekeling-arrest van onze Hoge Raad, of de accountant bedacht had moeten zijn op de gebruikers van zijn onjuiste informatie. Blijkens de toelichtende voorbeelden op de *Restatement* leidt dit ertoe dat als de onjuiste informatie, in strijd met eerdere mededelingen van zijn cliënt, toch door anderen wordt gebruikt, de accountant jegens die anderen niet aansprakelijk zal zijn.<sup>44</sup> Anderzijds valt niet te ontkennen dat juist accountants bedacht moeten zijn op een ruime kring van 'afnemers'. Zeer duidelijk volgt dat overigens uit de beroepscode van de Amerikaanse accountants zelf, nu daarin wordt benadrukt:

'the (accounting) profession's responsibility to the public, a responsibility that has grown as the number of investors has grown, as the relationship between corporate managers and stockholders has become more impersonal, and as government increasingly relies on accounting information.'<sup>45</sup>

Juist die extern gerichte dienstverlening van accountants zal de verklaring zijn voor het feit dat in de Amerikaanse jurisprudentie *advocaten* veelal meer in bescherming worden genomen dan accountants. De Amerikaanse auteur David Levine merkt op dat *'unlike an accountant, who must serve many interests simultaneously, an attorney generally is not expected to divide his or her loyalty between clients and others.'*<sup>46</sup> In gelijk zinnige oordelen twee andere auteurs:

39 G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1992.

40 HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 536 (verstekeling).

41 Zie hierover uitvoerig G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, p. 199.

42 255 *N.Y.* 170, 174 *N.E.* 441 (1931).

43 *Restatement (Second) of Torts* 1977, par. 552.

44 E.P. Jansen, *Jonge balie-bundel 1991*, p. 82, maakt onderscheid tussen de interne en de externe functie. Hij bespreekt op heldere wijze de verschillende taken van de accountant.

45 Professional Standards (*AICPA*) ET 53.04.

46 Levine, *o.v.* 1994.

There is good reason to believe that the relatively benign treatment now typically enjoyed by attorneys in third party lawsuits is primarily if not entirely the consequence of an enduring carefully cultivated image of the lawyer as a faithful fiduciary zealously guarding his client's interests even at the expense of the broader public.<sup>47</sup>

Anders gezegd in de Verenigde Staten kunnen advocaten zich nog verheugen in de bescherming van de *privity*-doctrine want 'how one might ask can an attorney give single-minded devotion to the interest of his client if he must also guard against liability to third parties?'<sup>48</sup> Toch is de vraag of de advocaten niet meer en meer gelijk met de accountants zullen worden behandeld.<sup>49</sup> Daarbij zal ook de presentatie van het vak van advocaat een rol kunnen spelen. Lawson en Mattison komen tot een geestige, maar bloedserieuze conclusie

In view of the evident connection between role conception and tort liability lawyers might want to think twice before trying to improve their images with syrupy talk about their service and obligations to the public. The public might believe them.<sup>50</sup>

De rechtspraak in Engeland is veel terughoudender waar het gaat om de vraag wie mag claimen. In *Caparo Industries plc v Dickman*<sup>51</sup> oordeelde het *House of Lords* dat de 'accountant' geen rechtsplicht heeft jegens het publiek in het algemeen of jegens gedupeerden die, vertrouwend op de onjuiste informatie, zich bijvoorbeeld aandelen hebben aangeschaft. Aansprakelijkheid jegens derden is niet geheel uitgesloten, maar aan een aantal strikte regels gebonden.

Welke kant gaan wij in Nederland op, de

Amerikaanse of de Engelse? Aan de Caparo-uitspraak is ook in de Nederlandse literatuur aandacht besteed.<sup>52</sup> Jansen meent dat het te verwachten is dat de Caparo-zaak zijn betekenis voor de ontwikkelingen in de rechtspraak in Nederland niet zal missen,<sup>53</sup> maar ik wijs erop dat de Amerikaanse rechtspraak een andere kant opgaat. Ook Bisschop kent reserves met betrekking tot de Caparo-rechtspraak<sup>54</sup> en in *Tort Law* van Markesinis & Deakin, wordt ons land al genoemd vanwege zijn *more extensive liability* waar het gaat om de aansprakelijkheid van accountants.<sup>55</sup> Anders dan Jansen, zie ik nog niet waarom juist die Engelse rechtspraak zal worden gevolgd. Wat we aan Nederlandse jurisprudentie hebben, wijst eerder de Amerikaanse kant op.<sup>56</sup> In elk geval staat vast dat beroepsfouten jegens bepaalde derden zeker onrechtmatig kunnen zijn.<sup>57</sup> Daarbij zal per geval de beschermingsomvang van de norm zorgvuldig moeten worden vastgesteld. Dat betekent dat waar de accountant een beroepsfout maakt in de uitoefening van zijn interne functie (dus jegens een duidelijke wederpartij), eventuele derden slachtoffers veel eerder buiten de bescherming van de overtreden norm vallen dan wanneer de accountant een fout maakt in het kader van zijn externe (meer 'publieke') functie.<sup>58</sup>

De vraag is dan nog interessant waar op die glijdende schaal van 'publieke tot meer private functie' onze *notarissen* zitten. Het antwoord lijkt voor de hand te liggen. De Hoge Raad heeft in een zaak waarin het ging om de verplichting van de notaris om de vertegenwoordigingsbevoegdheid van comparanten te controleren, al eens dit overwogen.

47 Gary Lawson en Tamara Mattison 52 *Ohio St L J* op p. 1310 met een vloed aan rechtspraak.

48 De vraag wordt opgeworpen door Lawson en Mattison *a w* 1991 p. 1333.

49 Zie het nauwgezette jurisprudentieonderzoek van Lawson and Mattison *a w* 1991.

50 Op p. 1341.

51 [1990] 2 AC 605 [1990] 1 All ER 568.

52 Uitvoering K A J Bisschop. De buitencontractuele aansprakelijkheid van de accountant. *NTBR* 1994 p. 23 e.v. en door J W Nieuwboer. De beroepsaansprakelijkheid van de accountant. *NJB* 1990 p. 1682 e.v. Zie voorts Margaret Brazier *The Law of Torts* Butterworths 1993 p. 207 e.v.

53 E P Jansen *a w* 1991 p. 89.

54 K A J Bisschop *NTBR* 1994 p. 24.

55 B S Markesinis & S F Deakin *Tort Law* Third Edition Oxford 1994 p. 92.

56 Zie Hof Den Bosch 28 september 1983 *NJ* 1985 120 en het zojuist geciteerde arrest van de HR 28 september 1990 *NJ* 1991 473. In de uitspraak van het Hof vindt men deze passage: Door het opstellen van de jaarstukken van een besloten vennootschap raakt de accountant de belangen van al diegenen die bij die vennootschap rechthebbend of belanghebbend zijn, daar hij de vermogensrechtelijke positie van de vennootschap in het maatschappelijk verkeer constitueert. Hierdoor aanvaardt de accountant jegens al die recht en belanghebbenden aansprakelijkheid voor de betrouwbaarheid van zijn werk.

57 Zie ook *Asser Hartkamp III* nr. 51c.

58 Zie bijvoorbeeld artikel 2:72 lid 1 onder f BW. De accountantsverklaring bij omzetting van een besloten vennootschap in een naamloze uitvoeriger over het onderscheid intern/extern Jansen *a w* p. 82 e.v.

'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* (mijn curs., CS), waaronder degene die als vertegenwoordigde in de akte is vermeld.'<sup>59</sup>

Aldus geformuleerd gaat het dus om een ruime kring van potentiële eisers. Zelf zou ik willen pleiten voor een terughoudende opstelling van de rechter, vanwege de mogelijk enorme financiële consequenties die een ruimhartige uitspraak zou kunnen hebben (het *floodgate*-argument) en vanwege de grote onzekerheid die zou kunnen ontstaan door zo'n uitspraak.<sup>60</sup> Wil men verder gaan, dan ligt hier eerder een taak voor de wetgever dan voor de rechter.

### 9 Het gevolg: risicomijdend gedrag?

Wie in rechte op zijn beroepsmatig handelen wordt aangesproken, voelt zich soms diep gekrenkt. Anders dan bijvoorbeeld bij verkeersfouten, is het moeilijk een beroepsfout toe te geven. Sommigen verschuilen zich — ten onrechte — achter de aansprakelijkheidsverzekeraar; alsof die het zou verbieden aan cliënten toe te geven dat mogelijk een fout is gemaakt!

De reactie op claims is er vaak een van gekwetste beroepseer. Bovendien telt in het civiele recht het — mogelijk uitstekende — beroepsverleden van de aansprakelijk gestelde man of vrouw niet. Iedere zaak wordt op zichzelf beoordeeld en dat is voor de aangesprokene moeilijk te verteren. Relativerende woorden helpen niet: zoals dat het ondenkbaar is dat iemand in de loop van zijn beroeps carrière niet één fout maakt. Daar komt bij dat collega-vakgenoten veelal mild of zelfs begrijpend plegen te reageren. Denk aan de jonge, onervaren advocaat die een recent arrest over het hoofd ziet; aan de vermoede chirurg die na een week van dag- en nachtdiensten een fout maakt, of aan de notaris die in het beroemde Baarns beslag aansprakelijk werd gehouden voor de schade waaraan hij nauwelijks iets kon doen.<sup>61</sup> Het aansprakelijkheidsrecht is er dan ook niet om de beroepsbeoefenaar

tot de orde te roepen. Het vraagt van de rechter 'morele' terughoudendheid. Het beroepsaansprakelijkheidsrecht mag een recht van staat en stand zijn, het is geen recht van standjes. Maar toch. Een claim laat niemand koud. Ik bespreek twee mogelijke reacties: in de wijze van beroepsuitoefening en in de psychische sfeer.

De meest voor de hand liggende reactie op een beroepsfout is te willen voorkomen dat het nog eens gebeurt. Opnieuw is het leerzaam naar Amerika te kijken, en dan vooral weer naar de medische aansprakelijkheid. Het voortdurend stijgende aantal claims en de stijgende omvang van de schadevergoedingen had ook positieve gevolgen. Zo kwam in 1986 de uit het oogpunt van kwaliteitsbewaking belangrijke *Health Care Quality Improvement Act* 1986 tot stand.<sup>62</sup> Verder wordt er erg veel aandacht besteed aan een verbetering van het tuchtrecht (dat slecht ontwikkeld was) en is *risk management* binnen de gezondheidszorg heel gewoon geworden. En in de — inmiddels voorlopig ingetrokken — *Health Security Act*<sup>63</sup> van het echtpaar Clinton, maakt de medische aansprakelijkheid deel uit van de omvangrijke Vijfde Titel van de wet: *Quality and Consumer Protection*. En er is meer.

Juist als gevolg van alle *malpractice claims* besteedt men meer aandacht aan het zorgvuldiger bijhouden van medische dossiers,<sup>64</sup> aan intercollegiale toetsing,<sup>65</sup> aan bijscholing en aan de communicatie tussen artsen en hun patiënten. Er wordt gesproken over de norm van goed medisch handelen en er worden door de medische beroepsorganisaties voortdurend verstandige adviezen rondgestrooid zoals: 'overleg met collega's' (*a doctor should be humble enough to ask*), 'als het eigen ziekenhuis onvoldoende faciliteiten biedt voor een bepaalde behandeling, stuur de patiënt dan door naar een ander!' of (erg verstandige tip:) 'bekritiseer uw collega's niet in het bijzijn van patiënten!'

Nu mogen we niet vergeten dat de eerste en belangrijkste functie van het aansprakelijkheidsrecht is, dat slachtoffers financieel worden gecompenseerd. Een tweede, maar minder belangrijke functie van het aansprakelijkheidsrecht is die van de preventie (terzijde: misschien is het be-

59 HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473.

60 Ik beperk me hier tot een verwijzing naar mijn stuk in de bundel *Rechtiers en politiek* (Rood, red.) 1993, De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht, pp. 79 en 80.

61 HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56.

62 Zie daarover uitvoeriger Van arts naar advocaat, a.v. 1989, p. 65.

63 *103d Congress*, 1st Session, H.R. 3600.

64 *Idem*, p. 73.

65 *Idem*, p. 75.

ter hier over 'effect' te spreken) Welnu, als beroepsbeoefenaren letterlijk *learn* van een aansprakelijkheidsclaim, dan heeft die claim extra nut gehad. Die informatie moet dan wel doorsijpelen van de aansprakelijkheidsverzekeraar naar de artsen. Ook daaraan wordt in de Verenigde Staten veel aandacht besteed. Een mooi voorbeeld in Nederland is het Sterilisatie-rapport van de Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie.<sup>66</sup> Het bestuur van die vereniging heeft het initiatief genomen om de leden van de vereniging te adviseren over de veiligheid en onveiligheid van de verschillende methoden van steriliseren. Het interessante is dat het initiatief voor dit onderzoek mede komt uit een verzoek van een aansprakelijkheidsverzekeraar. Die werd de laatste jaren geconfronteerd met een toenemend aantal schadeprocedures rond mislukte sterilisaties.

Wat voor de Amerikaanse en Nederlandse artsen geldt, zal *mutatis mutandis* gelden (of gaan gelden) voor de overige beroepsgroepen. Als het waar is dat een op de drie claims tegen advocaten wordt ingesteld omdat de advocaat een termijn heeft laten verlopen,<sup>67</sup> en als het waar is dat het bij notarissen met name gaat om fouten bij de uitoefening van routinewerkzaamheden,<sup>68</sup> dan mag men verwachten dat juist op dat elementaire niveau naar risico-beheersing wordt gestreefd. Overigens kunnen advocaten enige bescherming verwachten van de — zoals de Hoge Raad het noemt — 'deformaliseringstendens' in het burgerlijk procesrecht, bijvoorbeeld waar het gaat om herstel van vormverzuimen in dagvaardingen.<sup>69</sup> Kleine fouten kunnen gemakkelijk tot rampzalige gevolgen leiden en daarom moet vanuit het oogpunt van een beheersing van de beroepsaansprakelijkheid deze deformatisering worden toegejuicht.

Iets heel anders nu. Als gevolg van aansprakelijkheidsclaims of zelfs de kans op claims blijken Amerikaanse artsen terughoudender te worden in hun beroepsuitoefening. Men spreekt van *defensive medicine* in de woorden van de Amerikaan

Hershey bij *a deviation from what the physician believes is sound practice and is generally so regarded induced by a threat of liability*. Maar Hershey voegt daar wel aan toe: *Not all practices motivated for liability considerations result in poor-quality care. It is therefore difficult to draw the line between where good medicine stops and defensive practice begins*.<sup>70</sup> Dit gaat natuurlijk om artsen, maar het zou interessant zijn na te gaan of andere beroepsgroepen iets vergelijkbaars kennen. Zeg maar *defensive accountancy*<sup>71</sup> of *defensive lawyering*. Zo zouden Nederlandse accountants inderdaad al terughoudend zijn geworden in het aannemen van 'risicovolle' cliënten.<sup>72</sup>

Er is nog een aspect en daaraan is bij mijn weten nog maar weinig aandacht besteed. Hoe is de psychische reactie van de aangesprokene op een claim? De Amerikaanse psychiater Sarah Charles, zelf ooit gedaagde, deed onderzoek naar *sued and non-sued physicians self-reported reactions to malpractice litigation*.<sup>73</sup> Behalve bepaalde veranderingen die optreden in de beroepsuitoefening van de ondervraagde artsen, blijken er ook veranderingen van psychische aard op te treden: *the sued physicians ( ) reported ( ) significantly ( ) more severe depressed mood, inner tension, anger and frustration than the nonsued physicians*. Sommige artsen denken ernstig aan een vroegtijdig pensioen of ontraden hun kinderen hetzelfde vak te kiezen.

Toegegeven, de situatie in de VS is veel ernstiger dan in Nederland. Toch zou een vergelijkbaar onderzoek onder de verschillende beroepsbeoefenaren in Nederland wel eens tot soortgelijke uitkomsten kunnen leiden. Iets daarvan komt men in de Nederlandse literatuur wel tegen. Jansen in zijn bespreking van de beroepsaansprakelijkheid van de accountant, begint zijn bijdrage met gevoel voor *understatement*: 'Beroepsaansprakelijkheid is een voor de betreffende beroepsbeoefenaar zelf verre van vreugdevol onderwerp'.<sup>74</sup> Maar iets verder laat hij zich meer kennen: 'Zoals ook bij andere beroepsgroepen

66 Officieel standpunt van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie (1992). Zie het artikel van Veest cum suis in *Medisch Contact* 1993 p. 861 e.v.

67 Aldus P.A.J. Kamp in een interview in *Account* november 1993 p. 16.

68 Aldus E. Schulte *Jongc balie bundel* 1991 p. 50.

69 HR 29 april 1994 *RvdW* 1994 106 (Staalbouw/EZH) de betekening van de appeldagvaarding aan de eigen procureur bleek vatbaar voor herstel (art. 92 Rv).

70 N. Hershey *Milbank Memorial Quarterly* 11 (1972) uitvoering Van arts naar advocaat *a.w.* 1989 p. 22 e.v.

71 Zie bijvoorbeeld als Rotterdamse hoogleraar Accountancy J.C.A. Gortemaker *Account* april 1991 p. 23 e.v. het beroep is niet gediend met risicomijdend gedrag.

72 *Account* november 1993.

73 S. Charles (samen met Wilbert en I. Ranke) *Sued and Nonsued Physicians Self Reported Reactions to Malpractice Litigation* *American Journal of Psychiatry* 1985 pp. 437-440.

74 E.P. Jansen *Jongc balie bundel* 1991 p. 79.

valt waar te nemen, grijpen aansprakelijkheidszaken en tuchtklachten beroepsbeoefenaren enorm aan. In de praktijk kost het dan ook moeite door de emoties heen (...) te dringen.<sup>7</sup>

## 10 De oorzaken...

Wat veroorzaakt dat stijgende aantal claims, veroordelingen en als gevolg daarvan de stijgende premies? Het ligt voor de hand dat er vele oorzaken zijn. Ik noem er een aantal, maar kan binnen het bestek van wat nog van dit artikel rest, slechts kort zijn. Het blijft hier dus bij aanduidingen!

*a* De belangrijkste oorzaak lijkt me — de lezer zal omvallen van verbazing — dat waar diensten worden verricht nu eenmaal fouten worden gemaakt, en dat naar mate er meer diensten worden verricht, het aantal fouten ook min of meer lineair zal toenemen.

*b* Maar ook als het aantal fouten gelijk zou blijven, dan nog leiden die fouten in toenemende mate tot aansprakelijkheidsclaims. Waarom? Beroepsaansprakelijkheid als verschijnsel hangt gewoon in de lucht. Letterlijk: via de radio en de tv worden we er mee bestookt. Beroepsaansprakelijkheid is bovendien een mediageniek onderwerp, ook al vanwege de natuurlijke identificatie met het slachtoffer. 'Natuurlijk', omdat de sympathie in eerste instantie uitgaat naar het slachtoffer. Dat geldt overigens niet alleen voor de media, maar, realiseerde ik mij enige tijd geleden, ook voor de vele wetenschappers.

*c* Door de media op een idee gebracht, richt een aanzwellende stroom slachtoffers zich tot advocaten, die zich vervolgens op de verschillende terreinen gaan specialiseren. Zo is er een fraaie opleiding tot letselschade-advocaat. Specialisten zullen door het zoeken van publiciteit nieuwe zaken genereren.

*d* De rechter is in tal van uitspraken een soms uitgesproken slachtoffervriendelijke koers gaan varen. Voorbeelden daarvan vindt men niet alleen op het punt van de beroepsfouten, maar ook als het gaat om verkeersaansprakelijkheid en overheidsaansprakelijkheid.<sup>75</sup>

*e* Rechtsbijstandverzekeringen worden populairder. Er zijn al bureaus die in feite op *no cure no pay-basis* werken. Voorts zijn er advocaten op het idee gekomen slachtoffers van bijvoorbeeld verkeersongelukken kosteloos te laten meeproceduren met bijvoorbeeld het verhaalzoekende ziekenfonds.

*f* Ook de sociale verzekeraars proberen met meer en meer ijver de door hen uitgekeerde bedragen op de dader te verhalen. Het is winter in die wereld.

*g* Daarbij komt dat het sociale vangnet grofmaziger en tegelijkertijd kleiner wordt. Dat vergroot het belang van het slachtoffer om de dader aan te spreken.

*h* De beroepsbeoefening verzakelijkt en wordt minder persoonlijk. De notabelen van toen, zijn de nv's en de bv's van nu. Heel duidelijk is dat te zien in de medische aansprakelijkheid. Wie haalde het vroeger in zijn hoofd zijn huisarts aansprakelijk te stellen?

*i* Economisch moeilijke tijden kunnen zorgen voor een stijging van het aantal claims wegens beroepsfouten. Dat geldt bijvoorbeeld voor het notariaat waar de grootste risico's worden gelopen bij onroerend goed transacties. Als het niet goed gaat, leiden fouten tot claims bij de notaris. Als debiteuren netjes hun aflossing en rente betalen, is er bij 'schoonheidsfoutjes' van de notaris niets aan de hand. Maar zodra er betalingsproblemen rijzen, gaan financiers kijken of er niet iets te halen valt.<sup>76</sup> *Mutatis mutandis* zal dat ook gelden voor accountants en adviseurs.

*j* De veranderende betekenis van verzekeringen speelt ook een rol. Vanzelfsprekend is het niet zo dat een beroepsbeoefenaar aansprakelijk wordt gehouden *omdat* hij verzekerd is, maar wel is het zo dat in bepaalde gevallen het risico dat schade wordt veroorzaakt het beste bij de veroorzaker (de beroepsbeoefenaar) gelegd kan worden. Het belangrijkste argument daarvoor is wat mij betreft dat de financiële schade als gevolg van gebrekkige diensten — en die gebrekkige diensten zullen er altijd zijn — in de kostprijs van de diensten kan worden doorberekend.<sup>77</sup>

75 J.W. van Zundert, Trends in overheidsaansprakelijkheid, *Openbaar bestuur* 1992, p. 30 e.v.

76 Aldus P.A.J. Kamp (Nationale Nederlanden) in een in-

terview in *Account*, november 1993.

77 Zie uitvoeriger T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 1994.

## 11 ...en de oplossingen?

a Gegeven het feit dat aansprakelijkheid in beginsel<sup>78</sup> niet aan de orde is als er geen beroepsfout is gemaakt, ligt het voor de hand dat de beroepsgroepen en hun beoefenaren zich eerst zetten aan het voorkomen van fouten. Veel fouten zijn eenvoudig te voorkomen. Kwaliteitsbeleid en kwaliteitsverbetering, zoals dat binnen de medische zorg heel gewoon is geworden, is een noodzaak voor alle beroepsgroepen. Mogelijk zal men ook in de juridische dienstverlening (advocaten, notarissen, fiscalisten) tot een grotere specialisatie moeten komen, zoals dat al het geval is binnen de geneeskunde.<sup>79</sup> Daarbij wordt dan voor lief genomen dat specialisten mogelijk extra zaken zullen genereren (zie hierboven).

b Voorts moeten we aan de beroepsbeoefenaren reële normen blijven stellen (hiervoor nr 4). Het moet blijven gaan om de 'redelijk bekwame beroepsbeoefenaar', niet om Superman. De beroepsgroepen moeten zich, ook binnen de discussie over kwaliteit, zelf actief bezig houden met de norm die aan hen gesteld mag worden.

c Het vermijden van 'branchevreemde' activiteiten, zoals van de advocaat die als curator bij de voortzetting van een bedrijf functioneert als directeur ad interim. Hij maant de leveranciers om door te gaan met levering op krediet. De curator zal ervoor zorgen dat alles in orde komt. Maar hij kan gemakkelijk zijn hand overspelen met alle financiële gevolgen van dien.

d Als we het dan hebben gehad over de beroepsfout zelf en het voorkomen daarvan, kunnen we ons richten op de aansprakelijkheid. Ik zie weinig in een status aparte voor de beroepsbeoefenaar, door aan zijn aansprakelijkheid nadere eisen te stellen. Het beschikbare civiele arsenaal lijkt me voorlopig voldoende. Anderzijds wijs ik ook de invoering van risico-aansprakelijkheid af.<sup>80</sup>

e Bij de beroepsgroepen bestaat de angst dat 'aansprakelijkheid-verzekering zal gaan volgen' dat iemand aansprakelijk is omdat hij verzekerd is. Dat mag niet gebeuren. Misschien moeten we nog een stap verder gaan. Aansprakelijkheid alleen voor zover ze verzekeraar is. Het gaat bij elk van de beroepsgroepen om nuttige diensten, zodat we moeten waken tegen dienstverlening die uit angst voor claims kreupel raakt. Het probleem is natuurlijk wie uitmaakt wat (nog) verzekeraar is, en hoe hij dat uitmaakt. Over de invloed van verzekeringen op beroepsaansprakelijkheid zal Koopmann in deze Rode draad schrijven.

f Voorzichtigheid lijkt ook geboden op het punt van de bewijslastverdeling. Thans geldt nog als gulden regel dat wie stelt moet bewijzen (art 177 Rv). Consumenten- en patiëntenorganisaties pleiten voor een omkering van de bewijslast. De inmiddels ingetrokken dienstenrichtlijn kende al een omkering van de bewijslast. Ik pleit voor voorzichtigheid. Anderzijds mag van de beroepsbeoefenaar een extra inspanning verwacht worden bij het boven tafel halen van de feiten. De rechtspraak is daar heel duidelijk in.<sup>81</sup> Over dit onderwerp zal in deze Rode draad Van Dunne schrijven.

g Voorzichtigheid lijkt me ook geboden waar het gaat om de afbakening van de kring van potentiële slachtoffers. Dat betreft dan vooral niet-contractueel gebonden derden. Want juist dan is de vrees voor een vloedgolf aan claims reeel, terwijl bovendien anders dan in contractuele relaties, de schade en dus het te verzekeren bedrag heel moeilijk zijn vast te stellen. Terughoudendheid kan in de eerste plaats worden bereikt, met toepassing van het relativiteitsvereiste (art 6:163 BW), door zorgvuldig vast te stellen wie wel en wie niet binnen de beschermingsomvang van de norm vallen. Het criterium dat de Hoge Raad in een heel ander geval hanteerde — bedacht-zijn op de aanwezigheid van het slachtoffer — is, in geval van beroepsfouten, in bepaalde gevallen wellicht aan de

78 Een enkele keer is er inderdaad bijna sprake van aansprakelijkheid zonder schuld, vergelijk bijvoorbeeld HR 31 mei 1991 *NJ* 1993 112 (Van Gog) waar het gaat om beroepsfouten van de overheid of het al eerder genoemde arrest inzake het Baarns beslag.

79 Aldus bijvoorbeeld de Algemeene Deken van de Orde van advocaten W.G. van Hassel die voorts noemt op

leiding bijscholing en een grotere clientgerichtheid. *Advocatenblad* 1991 p. 293.

80 Een vorm van risico-aansprakelijkheid voor de advocaat wordt afgewezen door de HR 14 mei 1993 *NJ* 1993 457.

81 Zie laatstelijk HR 18 februari 1994 *NJ* 1994 368 (medische aansprakelijkheid).

ruime kant. Voorts is er het leerstuk van de toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW). Het lijkt mij heel wel verdedigbaar dat in geval van een beroepsfout van een accountant, bijvoorbeeld de gedupeerde aandeelhouders niet worden gecompenseerd met een beroep op de aard van hun schade: speculatieschade. Datzelfde zou mogelijk kunnen gelden voor andere gedupeerde 'investeerders'. Maar voorzover men in deze gedachte al iets ziet, behoeft zij zeker nadere uitwerking.

*h* Terzijde, men bedenke wel dat kosten die voortvloeien uit beroepsfouten in een aantal gevallen in mindering op de winst kunnen worden gebracht.<sup>82</sup> De Staat betaalt mee.

*i* Voorts mag, zeker van professionelen, verwacht worden dat bij transacties, overnemingen en fusies, uitbreiding van investeringen, leningen enz., het nodige eigen onderzoek wordt gepleegd. Met

andere woorden: aan het eigen schuld-artikel (art. 6:101 BW), moet duidelijke inhoud worden gegeven.

*j* In de contractuele verhouding tussen beroepsbeoefenaar en cliënt, en zeker tussen professionelen onderling, maar wat mij betreft ook jegens niet-professionelen, zou de wetgever iets minder afkerig kunnen zijn van een contractuele beperking van de aansprakelijkheid. Maar dan moet de noodzaak van beperkingen zijn aangetoond.

*k* Voorts is er voor noodgevallen het rechterlijk matigingsrecht (art. 6:109 BW). Brunner heeft zich ertegen verzet dat het matigingsrecht ook kan worden ingeroepen door ondernemers en rechtspersonen.<sup>83</sup> Ik moet toch zeggen dat ik, zo aan het eind van mijn latijn gekomen, blij ben dat de wetgever hem niet heeft gevolgd. Je weet maar niet waar het goed voor is.

## Mening

### De rubriek Mening

Naast de artikelen en het redactioneel is er behoefte aan een rubriek waarin lezers ideeën naar voren kunnen brengen, kritiek kunnen uiten, dan wel stelling kunnen nemen.

Wij nodigen iedereen uit van deze mogelijkheid gebruik te maken, maar: houd het kort! De omvang van een bijdrage mag niet langer zijn dan 4 pagina's A4, 37 regels per pagina. De redactie behoudt zich het recht voor bijdragen in te korten.

Daarnaast wordt met ingang van september 1994 in elk nummer een op uitnodiging van de redactie geschreven 'Mening' van een jurist uit wetenschap of rechtspraktijk geplaatst.

### Beslissen met onzekerheid

Cor P.M. van Houte\*

**Juristen worden geacht gespecialiseerd te zijn in het nemen van moeilijke beslissingen. Veel van die beslissingen betreffen situaties met onzekerheid. Het is dan ook op zijn minst verbazingwekkend dat in de juridische opleiding niet of nauwelijks aandacht aan beslissen met onzekerheid wordt besteed.**

Juristen, zowel adviserende als beslissende, moeten veelal hun advies of oordeel geven terwijl de omstandigheden niet geheel duidelijk zijn. Enerzijds kan er twijfel bestaan omtrent de be-

tekenis van regelgeving, zoals: welke regels zijn van toepassing en (dus) wat betekenen die regels. Anderzijds kan er onzekerheid bestaan omtrent de feiten van het te beoordelen geval. Zekerheid

<sup>82</sup> Zie S F J J Schenk, Beroepsaansprakelijkheid en fiscaal, *De rechtspraak* 1993, p 122 e v

<sup>83</sup> Onlangs nog in een interview in *NTBR* 1994, p 185

\* De mr C P M van Houte is fiscaal-jurist te Amsterdam