

Een verkenning van het fenomeen ‘reliance’ verstrekken in de overname- en financieringspraktijk

K.J. Koops & H.K. Schrama

1 Inleiding

Voor veel advocaten in de transactiepraktijk is het aan de orde van de dag: het voorbereiden en verstrekken van due diligence-rapporten. Partijen gebruiken die rapporten voor hun risicoanalyse, bijvoorbeeld bij het doen van overnames of het verstrekken van financieringen.¹ Vaak willen verschillende partijen die bij de transactie betrokken zijn op de inhoud van het due diligence-rapport kunnen afgaan. In deze bijdrage verstaan wij onder het verstrekken van ‘reliance’ dat een advocaat niet alleen zijn eigen cliënt, maar ook een andere partij bij een transactie op zijn rapport laat afgaan en verkennen wij dat fenomeen naar Nederlands recht.

In paragraaf 2 bakenen wij het onderwerp van deze bijdrage af: om welke redenen vraagt men een advocaat om reliance te verstrekken op het rapport en waar komt het fenomeen vandaan? In paragraaf 3 inventariseren wij mogelijke kwalificaties van de rechtsbetrekking: wat lijkt een passende benadering en welke aandachtspunten zijn er? Daarna gaan wij in paragraaf 4 in op de verbintenis/zorgplicht in dit kader: waartoe is de advocaat gehouden en ten opzichte van wie? Veel andere interessante onderwerpen (bijvoorbeeld het vastleggen van een rechts- en forumkeuze en een eventuele beperking van aansprakelijkheid) vallen buiten het bestek van deze verkenning.

2 Situaties waarin derde op advocaat mag afgaan, oorsprong van reliance en afbakening

In het kader van de voorgenomen overname van een onderneming (of bijvoorbeeld een portefeuille leningen) laat de potentiële koper zijn advocaat in veel gevallen een due diligence-rapport voorbereiden. Dat rapport geeft een overzicht van risico's die de advocaat tijdens het onderzoek heeft gesignaleerd en een advies over het mitigeren van die risico's. Het advies luidt bijvoorbeeld: ‘Voer het risico aan als reden voor verlaging van de koopprijs’, of: ‘Adresseer het risico in de koopovereenkomst’ (denk aan contractuele risicocallocatie door middel van garanties, vrijwaringen en/of waarborgsommen).

1 In toenemende mate laten kopers ook een due diligence-rapport opstellen om een *warranty & indemnity*-verzekering te kunnen afsluiten.

Qua blootstelling aan de gesignaleerde risico's liggen de positie van de financier en de positie van de koper min of meer in elkaars verlengde.² Er kan dus een dubblure van werkzaamheden en kosten ontstaan indien de financier zelf ook onderzoek laat doen naar risico's in verband met de door hem te financieren transactie. Om dit te voorkomen kan de financier of de koper voorstellen dat de financier mag afgaan op het rapport van de advocaat van de koper.³ De advocaat die daartoe bereid is, legt in een 'reliance letter' vast onder welke voorwaarden hij de financier reliance op zijn rapport verstrekt. Het verstrekken van reliance houdt voor de advocaat niet meer of andere werkzaamheden in dan het 'openstellen' voor de derde van zijn eerdere onderzoek voor en advies aan zijn cliënt.

Het komt ook voor dat een verkoper van een onderneming zijn advocaat een 'vendor due diligence-rapport' laat voorbereiden, bijvoorbeeld in een gecontroleerd veilingproces met meerdere potentiële kopers. In dat geval zijn de potentiële kopers op zoek naar soortgelijke informatie en kan de advocaat de uiteindelijke koper reliance verstrekken op het vendor due diligence-rapport.⁴

Het verstrekken van reliance op een rapport is in het Verenigd Koninkrijk en de rest van Europa betrekkelijk gebruikelijk. De praktijk is vermoedelijk ontstaan door de vraag van Engelse banken en hun advocaten.⁵ In de Verenigde Staten is het geen gemeengoed dat advocaten reliance verstrekken op een rapport.⁶

- 2 De blootstelling van de financier aan die risico's wordt duidelijker in de situatie waarin de koper een vennootschap is, die speciaal is opgericht voor de transactie en de financier niet of maar in beperkte mate verhaalsmogelijkheden heeft op de (uiteindelijke) moeder van de koper.
- 3 Als het rapport uitgebreid is of het geldelijk belang van de onderliggende transactie groot is, kan de bank zijn eigen advocaat vragen om onderzoek te doen naar en te adviseren over de belangrijkste risico's. (Dergelijk advies luidt bijvoorbeeld: 'Ga na of de koper in zijn businessplan voldoende rekening houdt met de mogelijkheid dat zich een risico verwezenlijkt en wat de impact is op de mogelijkheid voor koper om aan zijn betalingsverplichtingen onder de lening te voldoen.')
- 4 J.W. Dickens, *Vendor due diligence reports: A tale of two markets*, in: *The international comparative legal guide to private equity 2015*, Londen: Global Legal Group 2015, p. 1.
- 5 Report of the ABA Business Law Section Task Force on delivery of document review reports to third parties, *The Business Lawyer* 2011/67, p. 100 en 107, vermeldt: '[L]awyers in Europe and some other non-U.S. jurisdictions have permitted third parties (lenders, investors, and joint venturers) not only to receive a copy of the Report, but to rely on it as well (...). This practice (...) appears to have originated with UK lenders and their counsel, and it has followed them elsewhere in Europe, for example when a UK-based lender is the principal lender in a transaction.'
- 6 In de literatuur worden verschillende verklaringen genoemd voor het verschil. Een verklaring kan de in de Verenigde Staten heersende claimcultuur zijn, aldus M. Wolf, *Reliance letters*, in: R. Tschäni (red.), *Mergers & Acquisitions XII*, 199, Zürich 2010, p. 123. Ook zou een rol kunnen spelen dat Amerikaanse advocaten geen of minder mogelijkheden hebben op het gebied van het beperken van hun aansprakelijkheid voor beroepsfouten. Potter schrijft dat gedragsregels voor Amerikaanse advocaten niet toestaan om hun beroepsaansprakelijkheid te maximaleren of anderszins te beperken; L.J. Potter, *Vendor due diligence: Could it catch on here?*, *Business Law Today* (online gepubliceerd op 14 juli 2011), twee-na-laatste alinea. Deze verklaringen worden ook gemeld in het in de vorige noot geciteerde ABA-rapport. Dickens meent dat de Amerikaanse gedragsregels in kwestie slechts uitsluiten dat de beroepsaansprakelijkheid tegenover de cliënt wordt beperkt; Dickens 2015, p. 3. Art. 1.8 (h) van de Rules of Professional Conduct (New York State Unified Court System) bepaalt onder meer: 'A lawyer shall not (...) make an agreement *prospectively* limiting the lawyer's liability to a *client* for malpractice'.

In onze bijdrage staat centraal de reliance die een advocaat verstrekt op zijn due diligence-rapport. Wij zullen ook kijken naar de situatie waarin een partij mag afgaan op een opinie van de advocaat van een andere partij bij de transactie. Het afgeven van een opinie aan een derde is een andere situatie dan het verstrekken van reliance op een due diligence-rapport; bij het afgeven van een opinie aan een derde zal de advocaat wel degelijk werkzaamheden moeten verrichten (onderzoek doen en advies geven) voor die derde. De opvattingen in de opiniepraktijk bieden niettemin relevante aanknopingspunten voor deze verkenning van het verstrekken van reliance op een due diligence-rapport. Er is ook meer geschreven over de situatie dat een advocaat een opinie afgeeft aan een derde dan over het verstrekken van reliance op een rapport.

Voor de goede orde: met een opinie bedoelen wij een brief van een advocaat aan een partij bij een transactie, waarin de advocaat ogenschijnlijk stellig zijn oordeel velt over rechtsverhoudingen en toestanden die relevant kunnen zijn voor een transactie. Het doel is om voor de ontvanger inzichtelijk te maken of en in welke mate bepaalde juridische risico's spelen.⁷ De advocaat komt tot stellige oordelen door de relevante rechtsregels te ontleden. Voorbeelden van oordelen zijn: 'De leningnemer is correct opgericht', of: 'Op basis van de akte van verpanding van aandelen zijn alle huidige en toekomstige aandelen in het kapitaal van de leningnemer bezwaard met een pandrecht ten gunste van de financier.' Om die stelligheid te bereiken werkt de advocaat met assumpties en kwalificaties.⁸ Assumpties zijn aannames over de feiten die volgens de relevante rechtsregels moeten vaststaan om te komen tot de oordelen vervat in de opinie.⁹ Kwalificaties zijn nuanceringen of verdere uitleg bij de oordelen.¹⁰

Zoals gezegd, komt het voor dat niet de eigen advocaat de opinie afgeeft, maar de advocaat van een andere partij. De advocaat van de leningnemer bevestigt bijvoorbeeld aan de financier 'dat de financier op basis van de in de transactie gebruikte zekerheidsdocumentatie een geldig pandrecht heeft op bepaalde activa van de leningnemer', of: de advocaat van de verkoper bevestigt aan de koper 'dat de moedermaatschappij van de verkoper is gebonden aan de door haar verstrekte garantie'. In die situaties spreekt men van een 'third party-opinie'. Waar wij in deze bijdrage over een opinie schrijven, bedoelen wij een third party-opinie, tenzij uit de context anders blijkt.

Overigens bestaan ook ten aanzien van welke advocaat de opinie verstrekt verschillende gebruiken in de Amerikaanse en de Europese praktijk. In de Verenigde Staten is gebruikelijk dat de financier de opinie krijgt van de advocaat van de

7 J.M. van Dijk, *Over opinions. Handleiding voor het opstellen en beoordelen van Nederlandsrechtelijke legal opinions*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 23 en 118 e.v.

8 Voor voorbeelden van opinion letters kan men zoeken in het EDGAR-systeem van de Amerikaanse Securities and Exchange Commission: <<http://edgar.sec.gov/edgar.shtml>>. In dit systeem zijn ook opinies te vinden van grote Nederlandse advocatenkantoren.

9 Maar soms ook antwoorden op complexe juridische deelvragen.

10 Zie voor een voorbeeld van een opinion letter (met Nederlandstalige voorzet): P.J.A.M. Nijjens, *Naar een opinie in de Nederlandse taal?*, V&O 2005, afl. 11, p. 190-195.

leningnemer, terwijl de financier in het Verenigd Koninkrijk en Europa de opinie veelal krijgt van zijn eigen advocaat.¹¹

3 Kwalificatie van de rechtsbetrekking

In deze paragraaf gaan wij na hoe de rechtsbetrekking die ontstaat bij het verstrekken van reliance op een due diligence-rapport naar Nederlandse begrippen is te kwalificeren. Bij gebrek aan uitgebreide literatuur over het verstrekken van reliance op een rapport zullen wij (dus) ook stilstaan bij hoe men in de opiniepraktijk aankijkt tegen de situatie waarin een advocaat aan een derde een opinie afgeeft.

Een eerste benadering is de volgende. Het is doorgaans de derde (de financier of de koper) die de advocaat vraagt om reliance te verstrekken op zijn rapport.¹² De advocaat maakt in reactie op dit verzoek een reliance letter voor de derde, waarin de advocaat de derde expliciet 'reliance' op het rapport aanbiedt – 'We agree that you rely on the report', of: 'You may rely on the report' – onder de voorwaarden zoals vermeld in de reliance letter. De derde aanvaardt dit aanbod en geeft daarvan blijk door de brief te ondertekenen. Men kan stellen dat daarmee is voldaan aan de vereisten voor de totstandkoming van een overeenkomst.

Komt zodoende inderdaad een overeenkomst tot stand, dan komen vragen op als: 'Wat voor soort overeenkomst?', en: 'Wat houdt die "reliance" in?' In de regel verbindt de advocaat zich *tegenover zijn cliënt* door middel van een opdrachtovereenkomst om werkzaamheden te verrichten. In paragraaf 4 gaan wij na of het verstrekken van reliance kwalificeert als het verrichten van werkzaamheden zoals bedoeld in art. 7:400 van het Burgerlijk Wetboek (BW); het lijkt erop dat de advocaat slechts zijn reeds verrichte werkzaamheden 'openstelt' voor de derde.¹³

Volgens een tweede benadering kan het verstrekken van reliance resulteren in een buitencontractuele zorgplicht die bij schending door de advocaat een onrecht-

- 11 Alhoewel daarin onder druk van de (Amerikaanse) praktijk voorzichtig verandering in lijkt te komen. Aldus de gids van The City of London Law Society (CLLS) uit 2011 (A guide to the questions to be addressed when providing opinion letters on English law in financial transactions, <www.citysolicitors.org.uk/>, sub 13: 'Exceptions to this general expectation [dat een cliënt een opinie ontvangt van zijn eigen advocaat; KK & HS] may occur where it is convenient and saves costs or where market practice has adopted a different approach and, in each case, where giving the opinion would be consistent with professional conduct rules.'
- 12 Sommige kantoren zijn al zo ingesteld op dergelijke verzoeken dat zij standaard een concept-reliance letter bij hun rapporten voegen, nog voordat expliciet is verzocht om reliance te verstrekken aan een derde.
- 13 Het verstrekken van reliance zou ook kunnen worden gezien als nakoming door de advocaat van een verplichting op grond van een derdenbeding. De advocaat krijgt immers van zijn cliënt de instructie om de derde reliance te verstrekken op zijn rapport. In de praktijk blijkt echter (1) dat een derde verwacht dat de advocaat expliciet reliance verstrekt in een aan de derde geadresseerde reliance letter en (2) dat een advocaat nagenoeg altijd de voorwaarden van de reliance schriftelijk met de derde vastlegt alvorens het rapport met de derde te delen.

matige daad oplevert.¹⁴ Van de vereisten voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad springt in dit kader met name relativiteit in het oog: de geschonden norm moet strekken tot bescherming van de schade zoals de derde die heeft geleden. Voor een derde is het normaliter bepaald niet eenvoudig om relativiteit aan te tonen bij schending van een zorgplicht door een advocaat. Een advocaat is uit de aard van zijn functie partijdig en dient in beginsel slechts de belangen van zijn cliënt, ook als dat ten koste gaat van belangen van de wederpartij of andere derden. In een vonnis van 18 mei 2011 overweegt de Rechtbank Arnhem:

‘Slechts indien zich bijzondere omstandigheden voordoen ligt dat anders. Die bijzondere omstandigheden kunnen bestaan uit de nauwe verwevenheid van de belangen van de derde bij de uitvoering van de overeenkomst met de cliënt, die maken dat de advocaat deze belangen moet meewegen. Bij de beoordeling van de vraag of daarvan sprake is, zijn de aard van het belang van de derde en de kenbaarheid daarvan, alsmede de voorzienbaarheid en de omvang van de schade van de derde relevant.’¹⁵

Dat een advocaat uitdrukkelijk toestaat dat een derde afgaat op zijn due diligence-rapport lijkt bij uitstek een dergelijke bijzondere omstandigheid.

Hoe kwalificeert men in de opiniepraktijk de rechtsbetrekking tussen de advocaat en de derde? Wij constateren dat onder Nederlandse auteurs grote terughoudendheid bestaat bij het aannemen van een overeenkomst tussen de advocaat en een derde op basis van een opinie.¹⁶ Brink en Raaijmakers nemen als uitgangspunt dat tussen de opiniërende advocaat en de derde in beginsel geen overeenkomst bestaat en concluderen dat de afspraken tussen de cliënt van de advocaat en de derde over afgifte van opinie aan de derde geen aanknopingspunten bieden om een dergelijke overeenkomst aan te nemen.¹⁷

Volgens Van Dijk ligt in een Nederlandse opinie wel een overeenkomst besloten, maar uitsluitend ten aanzien van de rechts- en forumkeuze voor vorderingen van de derde op de advocaat op grond van onrechtmatige daad (en eventueel ten aan-

- 14 E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, p. 10 en 12. In haar proefschrift noemt Van den Akker uitdrukkelijk aansprakelijkheid tegenover een derde op basis van een opinion letter als mogelijke aansprakelijkheid van de advocaat tegenover een ander dan zijn opdrachtgever; E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 103 e.v. en 116 e.v. *Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking spelen niet*.
- 15 Rb. Arnhem 18 mei 2011, NJF 2011/283, r.o. 4.10. Een ander, (nog) verder van het onderwerp van deze bijdrage verwijderd, voorbeeld is HR 22 maart 2013, NJ 2013/188, waarin een adviseur zich de belangen van benadeelde moest aantrekken, ondanks de afwezigheid van een contractuele adviesrelatie.
- 16 Mellenbergh meent dat er in beginsel geen overeenkomst van opdracht bestaat; hij verwijst naar Brink en Raaijmakers. R. Mellenbergh, *De legal opinion-praktijk in Nederland*, MvV 2015, afl. 10, p. 285. Vgl. P.J.A.M. Nijens, *Legal opinions in de Nederlandse praktijk*, Amsterdam: NIBE 1996, p. 133-134 en 136-137.
- 17 M. Brink & G.T.M.J. Raaijmakers, *Beroepsaansprakelijkheid en legal opinions*, AA 1995, afl. 6, p. 470.

Een verkenning van het fenomeen 'reliance' verstrekken in de overname- en financieringspraktijk

zien van een aansprakelijkheidsbeperking).¹⁸ Het voornaamste argument van Van Dijk om de rechtsbetrekking tussen de opiniegever en de derde niet als overeenkomst te kwalificeren, lijkt te zijn dat de wil van de advocaat niet is gericht op het aangaan van een overeenkomst met een derde die niet zijn cliënt is.¹⁹ Wij zouden evenwel menen dat er (onder omstandigheden) ruimte kan zijn voor gerechtvaardigd vertrouwen van de derde dat het in de opinie vervatte aanbod c.q. toestemming van de advocaat (dat de derde erop mag afgaan) ook 'zelfstandige' betekenis heeft, in die zin dat de derde een contractuele aanspraak krijgt op de advocaat. Een aanspraak uit onrechtmatige daad heeft de derde immers sowieso in de gevallen zoals bepaald in de wet, een aanbod c.q. toestemming van de advocaat is daarvoor niet nodig.

Brink en Raaijmakers zien daarnaast complicaties op gedragsrechtelijk gebied vanwege potentiële belangenverstrengeling.²⁰ In de Verenigde Staten lijkt men de mening toegedaan dat door het afgeven van een opinie aan een derde geen advocaat-clientrelatie ontstaat en ziet men derhalve evenmin een (ethisch) conflict ontstaan tussen de cliënt en de derde:

'If an opinion is rendered to a non-client, in most jurisdictions the opinion giver thereby takes on an obligation to the opinion recipient to exercise care in preparing the opinion. However, rendering a third-party opinion does not establish a lawyer-client relationship with the opinion recipient. Rendering a third-party opinion is one aspect of counsel's role in representing a client and does not give rise to an ethical conflict between the client and the opinion recipient.'²¹

In het Verenigd Koninkrijk lijkt men ook geen belangenverstrengeling te zien wanneer een advocaat een opinie verstrekt aan een derde. Wel overweegt The City of London Law Society (CLS) dat het geen kwaad kan om ter voorkoming van misverstanden de rol van de opiniegever uit te schrijven:

18 Van Dijk 2016, p. 58, 66 e.v. en 70.

19 Van Dijk 2016, p. 51.

20 Zie o.a. gedragsregel 7 lid 1: 'De advocaat mag zich niet met de behartiging van de belangen van twee of meer partijen belasten indien de belangen van deze partijen tegenstrijdig zijn of een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is.' Vanwege de door de advocaat te gebruiken/verstrekken informatie is daarnaast (in meerdere mate bij de reliance letter) relevant gedragsregel 6 lid 1: 'De advocaat is verplicht tot geheimhouding; hij dient te zwijgen over bijzonderheden van door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en omvang van diens belangen', en lid 2: 'Indien een juiste uitvoering van de hem opgedragen taak naar zijn oordeel een gebruik maken van zijn verkregen kennis naar buiten eist, staat dat de advocaat vrij, voor zover de cliënt daartegen geen bezwaar heeft en voor zover dit in overeenstemming is met een goede beroepsuitoefening.'

21 TriBar Report 1998, p. 596. Overigens, over belangenverstrengeling bepaalt regel 2.2 van de Rules of Professional Conduct (New York State Unified Court System) onder meer: '(a) A lawyer may provide an evaluation of a matter affecting a client for the use of someone other than the client if the lawyer reasonably believes that making the evaluation is compatible with other aspects of the lawyer's relationship with the client. (b) When the lawyer knows or reasonably should know that the evaluation is likely to affect the client's interests materially and adversely, the lawyer shall not provide the evaluation unless the client gives informed consent.'

‘If a law firm does provide an opinion letter to a third party, it may want the opinion to record that it has not advised the third party on its specific position or rights and obligations under the relevant documents (or on the contents of the opinion) and owes no duty of care or other responsibility to the third party except in relation to matters expressly covered by the opinion. Permitting a third party to rely on an opinion letter does not imply a wider responsibility in relation to the transaction and its commercial and financial implications.’²²

Van Dijk relativiseert de eventualiteit van een belangenconflict; volgens hem zijn er weinig gevallen denkbaar van botsende belangen.²³ Wij zouden daaraan willen toevoegen dat de door Van Dijk aanbevolen werkwijze bij het verstrekken van een opinie aan een derde een belangenconflict ook nagenoeg uitsluit (Van Dijk meent dat een advocaat de voor de transactie ongebruikelijke juridische risico’s die hij in zijn opinie voor een derde moet signaleren eerst met zijn cliënt zal moeten bespreken, zodat de cliënt niet onaangenaam wordt verrast met eventuele nadere commerciële discussies met de derde over het mitigeren van die risico’s).²⁴ Is de opinie eenmaal verstrekt, dan is uiteraard niet uit te sluiten dat partijen later twisten over een aspect dat strikt genomen ook is belicht in de opinie. Een (correcte) opinie zal over een twistpunt veelal geen uitsluitel bieden; een twistpunt over een feit(enconstellatie) is niet uitgesloten omdat de advocaat over het betreffende feit een aanname deed en een juridisch twistpunt is niet uitgesloten omdat de advocaat daarover een voorbehoud maakte (een kwalificatie).²⁵

Terug naar het verstrekken van reliance op een due diligence-rapport. Het lijkt ons dat het aanbod van de advocaat zoals vervat in een reliance letter zelfstandige betekenis heeft en een contractuele aanspraak kan creëren van de derde op de advocaat.²⁶ De in de opiniepraktijk gesignaleerde eventualiteit van een belangenverstrengeling lijkt geen doorslaggevende reden om weg te blijven bij de kwalificatie overeenkomst. Meer in zijn algemeenheid: wij zien niet hoe handelen in strijd met de gedragsregels in de weg zou staan aan het intreden van (civielrechtelijke)

22 CLLS-gids, sub 22.

23 Van Dijk 2016, p. 82.

24 Van Dijk noemt als voorbeeld een hogere risico-opslag door een financier vanwege twijfels over de afdwingbaarheid van een garantie van een dochtermaatschappij van de leningnemer. Van Dijk 2016, p. 82.

25 Vgl. C.W.M. Lieverse, Boekbespreking: Over opinions – Handleiding voor het opstellen en beoordelen van Nederlandsrechtelijke legal opinions, Jan Marten van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2016/90, p. 440: ‘In andere gevallen is een oordeel/opinie minder absoluut, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag of het afgeven van een garantie voor de schuld van een derde in een voorkomend geval doeloverschrijding oplevert. Als de opiniegever (voldoende) duidelijk heeft gemaakt dat hiervoor ook een weging van de feiten noodzakelijk is en de feiten blijken anders te liggen dan gedacht, dan kan de opinieontvanger zich niet beklagen bij de opiniegever als de curator van de garantiegever de garantie aantast wegens doeloverschrijding.’

26 Een mogelijk aandachtspunt is nog art. 3 Wwft, dat instellingen verplicht tot cliëntenonderzoek. Art. 1 lid 1 sub b Wwft definieert cliënt als de ‘natuurlijke persoon of rechtspersoon met wie een zakelijke relatie wordt aangegaan of die een transactie laat uitvoeren’.

Een verkenning van het fenomeen 'reliance' verstrekken in de overname- en financieringspraktijk

rechtsgevolgen tussen de derde en het kantoor van de advocaat.²⁷ In de volgende paragraaf komt onder meer aan bod of potentiële belangenverstremming überhaupt speelt bij het verstrekken van reliance.

Het alternatief voor het aannemen van een overeenkomst is zoals gezegd dat een mogelijke aanspraak uit onrechtmatige daad ontstaat op basis van het aanbod c.q. de toezegging van de advocaat dat hij reliance verstrekt aan de derde.

4 De verbintenis/zorgplicht van de advocaat

In deze paragraaf bekijken wij de verbintenis/zorgplicht van de advocaat bij het verstrekken van reliance op zijn rapport.

Indien de advocaat op basis van opdrachtovereenkomst handelt, rust op hem de zorgplicht van art. 7:401 BW. Die zorgplicht wordt, net als bij andere beroepsbeoefenaars, ingekleurd door wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot mag worden verwacht.²⁸ Het geven van een onjuist advies alleen is onvoldoende; het moet gaan om een advies dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot niet zou hebben gegeven.²⁹ Aangenomen mag worden, ook vanwege de term vakgenoot, dat een gespecialiseerde advocaat aan een strengere norm moet voldoen dan een advocaat die een bredere praktijk voert.³⁰

De verplichting van een advocaat om een hem opgedragen zaak met zorg te behandelen, brengt in beginsel mee dat de advocaat zich niet beperkt tot de verrichtingen waar zijn cliënt uitdrukkelijk om heeft gevraagd, maar dat hij zelfstandig beoordeelt wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar handelt.³¹

Is die verantwoordelijkheid buiten de gegeven opdracht in alle gevallen toepasbaar op advocaten in de transactiepraktijk? In mei 2015 bevestigde de Hoge Raad dat de zorgplicht van een advocaat die een cliënt adviseert, meebrengt dat de advocaat de cliënt in staat moet stellen om goed geïnformeerd te beslissen, en:

‘Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.’³²

27 Vgl. hoe rechters omgaan met tussen advocaten gewisselde correspondentie – waarop volgens de gedragsregels in rechte geen beroep mag worden gedaan (gedragsregel 12 lid 1) – indien die in het geding wordt gebracht.

28 HR 9 november 1990, NJ 1991/26, r.o. 3.7.

29 HR 26 april 1991, NJ 1991/455, onder 3.

30 Zie voetnoot 3 concl. A-G Langemeijer voor HR 7 maart 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF1304. Het ligt overigens niet voor de hand dat die generalist complexe overnames/financieringen begeleidt.

31 HR 28 juni 1991, NJ 1992/420, r.o. 4.3.2.

32 HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, r.o. 3.4.3.

Indien de derde voor zijn vermeende vordering op de advocaat is aangewezen op onrechtmatige daad, dan geldt eveneens de norm dat de advocaat moet handelen zoals mag worden verwacht van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot.³³ Er wordt wel van uitgegaan dat een advocaat in een contractuele relatie eerder een zorgplicht heeft (die verder strekt) dan in een niet-contractuele relatie.³⁴ Naar ons idee zal een dergelijk (dogmatisch) onderscheid bij het verstrekken van reliance door een advocaat niet tot materiële verschillen leiden.³⁵

Wat doet een advocaat, of: wat biedt hij aan, als hij reliance verstrekt? De advocaat stelt het aan zijn cliënt gerichte rapport ter beschikking aan de derde en komt met de derde overeen dat die daarop mag afgaan. Tegelijkertijd benadrukt de advocaat in zijn reliance letter dat hij geen (aanvullende) werkzaamheden voor de derde verricht en dat de (reeds verrichte) werkzaamheden die hebben geresulteerd in het rapport door hem zijn verricht met inachtneming van de instructies en de belangen van zijn cliënt.

De derde denkt mogelijk anders over onderwerpen als wat een risico is, wanneer een risico (on)acceptabel is en hoe een risico adequaat wordt geadresseerd. Niettemin stemt de derde ermee in dat de instructies van de cliënt leidend zijn geweest voor hoe de advocaat met deze onderwerpen is omgegaan. In onze optiek is het de derde derhalve erom te doen dat het onderzoek *voor* en advies *aan de cliënt* voldoen aan de daaraan te stellen eisen.

Wij achten dan ook onaannemelijk dat een zorgplicht tegenover de derde zou ontstaan die (bijvoorbeeld) meebrengt dat het rapport de derde in staat moet stellen om goed geïnformeerde beslissingen te kunnen nemen ten aanzien van de transactie.³⁶ Wel mag de derde de advocaat aanspreken indien het rapport, gelet op de instructies en belangen van de cliënt, als gebrekkig kwalificeert. In die zin neemt de advocaat, doordat hij de derde reliance verstrekt op zijn rapport, dus een zekere verantwoordelijkheid op zich ten opzichte van de derde. Vanwege de leidende rol van de instructies en belangen van de cliënt is naar ons idee geen sprake van een belangenconflict.

5 Conclusie

Wij hebben in deze bijdrage de situatie verkend waarin een advocaat een derde laat afgaan op zijn due diligence-rapport. Wij zien goede redenen om aan te nemen dat in die situatie een overeenkomst tot stand komt tussen de advocaat en de derde. Wij tekenen aan dat dit geen uitgemaakte zaak is, ook gezien onze vergelijking met de situatie waarin een derde mag afgaan op een opinie van de advocaat. Voor de verbintenis/zorgplicht van de advocaat bij het verstrekken van

33 Zie voor voorbeelden Huijgen, in: *GS Onrechtmatige daad VI.2.2.6* (online, laatst bijgewerkt op 24 december 2014).

34 Van Emden & De Haan 2014, p. 1, onder verwijzing naar A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 122.

35 Vgl. Van Dijk 2016, p. 181-182.

36 Vgl. Van den Akker 2001, p. 107.

Een verkenning van het fenomeen 'reliance' verstrekken in de overname- en financieringspraktijk

reliance op zijn rapport lijkt een onderscheid naar kwalificatie van de rechtsbetrekking – contractueel of buitencontractueel – echter niet bijzonder relevant. Indien een advocaat een derde laat afgaan op zijn rapport, dan lijkt daarmee (vooral) te worden gecreëerd dat de derde de advocaat kan aanspreken indien het rapport, gelet op de instructies en belangen van de cliënt, als gebrekkig kwalificeert en ook de cliënt de advocaat om die reden kan aanspreken.