

De aansprakelijkheid van bindend adviseurs langs de weg van artikel 7:904 lid 1 BW

*Mr. R. J. Dekkers**

Inleiding

Op 15 juni 2012 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een geschil tussen eiseres PricewaterhouseCoopers Accountants NV in de specifieke hoedanigheid van bindend adviseur en gedaagde A.F. Veldhuijzen van Zanten Beheer BV als opdrachtgever (hierna respectievelijk: PwC en Van Zanten).¹ De relevante rechtsvraag in casu: onder welke omstandigheden vormen gebreken in de inhoud of wijze van totstandkoming van een bindend advies voldoende reden voor de opdrachtgever om het met de bindend adviseur overeengekomen honorarium niet te vergoeden?²

In dit kader heeft de Hoge Raad voor het eerst de vraag beantwoord aan de hand van welke maatstaf moet worden beoordeeld of de bindend adviseur tekort is geschoten in de uitvoering van zijn opdracht.³

In deze bijdrage verwijs ik uitvoerig naar het recent verschenen proefschrift van P.E. Ernste over bindend advies.⁴

Juridisch kader

Het bindend advies is een bijzondere vorm van de vaststellingsovereenkomst⁵ en komt voor in twee vormen: het zuiver en het onzuiver bindend advies. Van een onzuiver bindend advies is sprake indien het bindend advies geschiedt ter beslechting van een rechtsgeschil of van een in de toekomst rijkend rechtsgeschil, waarbij partijen zijn overeengekomen dat de beslissing tussen partijen als bindend geldt. Van een zuiver bindend advies is sprake indien door middel van het bindend advies een aanvulling en/of een wijziging plaatsvindt van de tussen partijen bestaande overeenkomst of indien het bindend advies de inhoud van een prestatie bepaalt.⁶ Tussen de opdrachtgever en de bindend adviseur wordt een overeen-

komst van opdracht gesloten (de overeenkomst van opdracht is geregeld in art. 7:400 Burgerlijk Wetboek (BW)).

Relevantie voor de ondernemingsrechtelijke praktijk

In de ondernemingsrechtelijke praktijk komt men het bindend advies (onder meer) tegen bij de waardebepaling van aandelen naar aanleiding van het introyen van de blokkeringsregeling (art. 2:87 lid 3 jo. art. 2:195 lid 6 BW), bij de aanbiedingsplicht (art. 2:87a lid 3 jo. art. 2:195a lid 3 BW) en in het kader van een minnelijke regeling ter beëindiging van een verzochte enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer.

PwC/Van Zanten

Feiten

Op 2 juni 1997 hebben partijen Van Zanten en Vermeulen B.V. (hierna: Vermeulen), beide aandeelhouder in Brouwer B.V. (hierna: Brouwer), in een (onder meer) met Brouwer gesloten aandeelhoudersovereenkomst bepaald dat bij beëindiging van de samenwerking tussen partijen de waarde van de door de ene aan de andere partij over te dragen aandelen, bij gebreke van overeenstemming over die waarde, bij wege van bindend advies zou worden bepaald door drie deskundigen.

Van Zanten en Vermeulen hebben in 2001 beide hun eigen accountant (hierna: A en B) als bindend adviseur aangewezen, die gezamenlijk een derde accountant (hierna: X), werkzaam bij PwC, als derde bindend adviseur hebben aangewezen.

Tussen Van Zanten en Vermeulen enerzijds en de drie deskundigen, in de rol van bindend adviseurs, anderzijds is een overeenkomst van opdracht gesloten. In deze overeenkomst is de opdracht in algemene bewoordingen vastgelegd omdat op het moment van totstandkoming van de overeenkomst van opdracht nog niet bekend was welke partij haar aandelen in Brouwer zal moeten gaan overdragen. In de overeenkomst van opdracht is een vrijwaringsbepaling opgenomen, luidende: 'U vrijwaart de deskundigen in dezen van iedere vorm van aansprakelijkheid.'

Tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders van Brouwer op 12 april 2001 is door de Raad van Commissaris-

* Mr. R.J. Dekkers is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852, JOR 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (PwC/Van Zanten).

2. Zie conclusie A-G, HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852, JOR 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (PwC/Van Zanten).

3. Zie annotatie P.E. Ernste bij HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852, JOR 2012, 314 (PwC/Van Zanten).

4. P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

5. De vaststellingsovereenkomst is geregeld in titel 7.15 BW.

6. Zie p. 1 (noot 3).

sen meegedeeld dat Van Zanten haar aandelen in Brouwer moet overdragen aan Vermeulen voor de prijs die moet worden bepaald door de drie daartoe benoemde bindend adviseurs. In een brief van 25 april 2001 hebben de bindend adviseurs hun conclusies met betrekking tot de waardering van over te dragen aandelen vastgelegd en wordt een naverrekeningsclausule geadviseerd.

A, namens Van Zanten als bindend adviseur aangewezen, heeft op 7 mei 2001 een brief verzonden aan partijen, waarin hij opmerkt dat hij in toenemende mate het gevoel heeft gekregen dat het team van bindend adviseurs, dat was samengesteld om de aandelen van Brouwer te waarderen, niet erin is geslaagd de afhandeling hiervan op volledig objectieve en transparante wijze tot stand te brengen. Hieraan legt hij onder andere ten grondslag dat op het moment dat de Raad van Commissarissen is overgegaan tot het maken van de keuze welke partij haar aandelen zal overdragen, de bindend adviseurs omtrent het verrekeningsvraagstuk onderling nog geen overeenstemming hadden bereikt. Hierdoor zou op zijn minst de schijn zijn gewekt dat het voor de leden van het deskundigenteam niet goed meer mogelijk was objectiviteit te garanderen.

PwC heeft ter zake van de door de bindend adviseurs verrichte werkzaamheden zowel aan Van Zanten als aan Vermeulen nota's verstuurd. Deze nota's zijn door Vermeulen wel, maar door Van Zanten niet betaald. Op 9 mei 2005 heeft Van Zanten de ontbinding van de overeenkomst van opdracht ingeroepen op grond van: 'wegens door u geleverde wanprestatie, althans gepleegde onrechtmatige daad'.

Oordeel van de rechtbank en het hof

In eerste aanleg heeft PwC veroordeling van Van Zanten tot betaling van het openstaande deel van het honorarium gevorderd.

De rechtbank heeft deze vordering ten dele toegewezen, nu door middel van een door de rechtbank gelast deskundigenbericht is vastgesteld dat de bindend adviseurs weliswaar fouten hebben gemaakt, maar dat deze aangemerkt moeten worden als 'matig ernstig' respectievelijk als 'niet ernstig'. Niet is komen vast te staan dat sprake is van een wanprestatie die het gevolg is van grove schuld.

Er wordt vervolgens zowel principaal appèl ingesteld door PwC als incidenteel appèl door Van Zanten. Het hof overweegt:⁷

'dat moet worden vastgesteld dat ten tijde van het uitbrengen van het bindend advies op 25 april 2001, X, niet meer voldeed aan (het vereiste van) de onpartijdigheid die partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van opdracht voor ogen heeft gestaan. Bij deze stand van zaken

hadden de bindend adviseurs na 12 april 2001 ten minste de geheel nieuwe omstandigheid, bestaande uit de bekendheid van de partij die de aandelen zou overnemen, aan de orde moeten stellen en met alle betrokkenen, in ieder geval beide opdrachtgevers, dienen te overleggen.'

Het hof oordeelt verder:⁸

'dat de overeenkomst van opdracht door van Zanten terecht is ontbonden en dat, voorzover die ontbinding om juridisch technische redenen geen werking zou hebben, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de bindend adviseurs (volledige) nakoming door Van Zanten vorderen van de betalingsverplichting uit hoofde van de verleende opdracht'.

Het hof overweegt vervolgens met betrekking tot de eventuele beperking van de aansprakelijkheid:⁹

'Het gegeven dat in de overeenkomst van 18 maart 2001 een exoneratiebeding is opgenomen maakt het vooroverwogene niet anders. Naar zijn aard heeft de exoneratie geen betrekking op de onpartijdigheid van de bindend adviseurs. Ook de verplichting om het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen leent zich niet voor exoneratie.'

Het hof vernietigt de door de rechtbank gewezen vonnissen en wijst de vordering van PwC alsnog af. PwC heeft tegen dit arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Conclusie A-G

De conclusie van de A-G¹⁰ gaat in op de rechtsverhoudingen die aan het geschil ten grondslag liggen.

Bij opdrachten van onderhavig soort is sprake van ten minste één relevant verschil met het 'normaaltje' van de overeenkomst van opdracht.¹¹ In tegenstelling tot de 'gewone opdracht' moet de bindend adviseur zich niet richten naar de wensen en verlangens van de opdrachtgever, maar verplicht de bindend adviseur zich in belangrijke mate tot een onafhankelijke uitvoering van zijn opdracht, in voorkomend geval: met voorbijgaan aan hem kenbare wensen van partijen. Onafhankelijkheid en daarmee samenhangend onpartijdigheid zijn een belangrijk aspect bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het gegeven bindend advies en de manier waarop dit advies tot stand is gekomen.

Het als een aanvaardbaar beoordeelde gegeven dat een bindend adviseur in een relatie tot de partijen kan staan die met zich meebrengt dat niet gezegd kan worden dat hij onafhan-

7. HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852, JOR 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (PwC/Van Zanten), het hof, r.o. 3.5.6.

8. R.o. 3.6.1 (zie noot 7).

9. R.o. 3.6.3 (zie noot 7).

10. Conclusie A-G, HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852, JOR 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (PwC/Van Zanten).

11. Conclusie A-G (zie noot 10), onder 8.

kelijk van die partijen is, doet niet af aan het gegeven dat de hem gegeven opdracht ertoe strekt dat hij de hem voorgelegde kwestie eerlijk en zonder bevoordeling moet beoordelen. Er worden van hem een oordeel en bejegening verwacht alsof hij wél onafhankelijk beoordelaar was.¹²

De A-G is van mening dat de ruimte voor partijen om het handelen van een bindend adviseur als ‘tekortkoming’ te kwalificeren, (aanmerkelijk) moet worden beperkt.¹³ Daarbij verwijst de A-G naar artikel 7:904 lid 1 BW, dat ziet op vernietiging van een beslissing in het kader van een vaststellings-overeenkomst en daarvoor de maatstaf biedt:

‘indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar’.

Volgens de A-G:

‘voor de mogelijkheid om bindend adviseurs terzake van hun functioneren aansprakelijk te houden, maar óók: de mogelijkheid om zich aan betaling van het overeengekomen honorarium te onttrekken, geen wezenlijk andere maatstaf zou moeten gelden’.¹⁴

Beoordeling Hoge Raad

De Hoge Raad verwijst, in navolging van de A-G, naar de strikte maatstaf van artikel 7:904 lid 1 BW.

De Hoge Raad overweegt:¹⁵

‘Deze strikte maatstaf brengt mee dat een partij bij een bindend advies niet elke onjuistheid in het advies kan inroepen teneinde de bindende kracht daarvan aan te tasten, doch zulks indruist tegen redelijkheid en billijkheid dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat zij aan dit advies zou kunnen worden gehouden.’¹⁶

‘Alleen ernstige gebreken kunnen meebrengen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is de wederpartij te houden aan de door een bindend adviseur in opdracht van partijen gegeven beslissing.’¹⁷

‘Indien bij de totstandkoming van een bindend advies procedurele fouten zijn gemaakt is de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden, mede van belang of, en zo ja in welke mate,

door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht.’¹⁸

Daarnaast wijst de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.3 op de zorgplicht die geldt voor een opdrachtnemer (art. 7:401 BW: ‘De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen’). De opdrachtnemer dient bij de uitvoering van zijn opdracht een onafhankelijke opstelling in te nemen jegens zijn opdrachtnemer en indien nodig hoor en wederhoor toe te passen. Uiteraard brengt de onafhankelijke positie die de bindend adviseurs dienen in te nemen met zich mee dat aan hen ook de nodige beoordelingsruimte dient toe te komen bij de (wijze van) invulling en uitvoering van de opdracht.

Met betrekking tot de hieruit voortvloeiende mogelijke aansprakelijkheid overweegt de Hoge Raad:¹⁹

‘De bijzondere aard van een opdracht tot het geven van een bindend advies noopt ertoe dat terughoudendheid dient te worden betracht als het gaat om het aannemen van aansprakelijkheid van bindend adviseurs voor tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht.’

De Hoge Raad verklaart²⁰ de maatstaf van artikel 7:904 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing op de aansprakelijkheid van bindend adviseurs voor tekortkomingen in de uitvoering van hun opdracht. De Hoge Raad overweegt:²¹

‘dat door de bindend adviseurs gemaakte fouten eerst tot hun aansprakelijkheid jegens (een der) opdrachtgevers kunnen leiden dan wel een gegronde verweer kunnen opleveren tegen hun vorderingen tot betaling van overeengekomene, indien het in hun verhouding tot (een der) opdrachtgevers in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn aan die fouten geen gevolgen ten nadele van de bindend adviseurs te verbinden’.

‘Een minder strikte maatstaf zou tot de onwenselijke gevolgen kunnen leiden dat bindend adviseurs niet in vrijheid en onbevangenheid kunnen oordelen, en dat een partij de nadelige gevolgen van een (naar inhoud of wijze van totstandkoming) onjuist bindend advies gemakkelijker op de bindend adviseurs zou kunnen afwentelen dan dat zij de bindende kracht daarvan langs de weg van art. 7:904 BW zou kunnen aantasten.’

In rechtsoverweging 3.8.2 overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de overeengekomen exoneratieclausule dat wanneer het hof in algemene zin heeft geoordeeld dat bij de uitvoering van een opdracht tot het geven van een bindend

12. Conclusie A-G (zie noot 10), onder 10.

13. Conclusie A-G (zie noot 10), onder 17.

14. Conclusie A-G (zie noot 10), onder 18.

15. HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852, JOR 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (PwC/Van Zanten), r.o. 3.5.2.

16. Onder verwijzing naar: HR 25 maart 1994, NJ 1995, 23.

17. Onder verwijzing naar: HR 22 december 2009, NJ 2010, 18.

18. Onder verwijzing naar: HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114.

19. R.o. 3.5.3 (zie noot 15).

20. R.o. 3.5.3 (zie noot 15).

21. R.o. 3.5.3 (zie noot 15).

advies een overeengekomen exoneratieclausule geen betrekking kan hebben op de verplichting van de bindend adviseur tot onpartijdigheid en inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor, zijn oordeel onjuist is. De vraag of een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, moet volgens de Hoge Raad worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Nu het hof dit heeft nagelaten, vernietigt de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof te Amsterdam en verwijst het geding naar het gerechtshof te Den Haag.

Analyse

In de literatuur²² is voor wat betreft de invulling van de maatstaf voor aansprakelijkheid van de bindend adviseur een onderscheid gemaakt tussen zuiver en onzuiver bindend advies. In dit kader werpt Ernste in haar noot²³ de vraag op of, nu de Hoge Raad heeft geconstateerd dat er sprake was van een zuiver bindend advies, de geformuleerde maatstaf ook geldt voor de aansprakelijkheid van de bindend adviseur voor schade als gevolg van een onzuiver bindend advies. Volgens Ernste is dit onwenselijk gezien de bijzondere aard van de opdracht bij een onzuiver bindend advies en dient voor het onzuiver bindend advies aansluiting gezocht te worden bij de maatstaf voor aansprakelijkheid van arbiters.²⁴

Volgens Ernste zou de bijzondere aard van de opdracht in het geval van een zuiver bindend advies met zich moeten meebrengen dat het bindend advies moet zijn vernietigd op grond van artikel 7:904 lid 1 BW, voordat wordt toegekomen aan de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bindend adviseur. Een partij kan de nadelige gevolgen van een bindend advies niet afwentelen op de bindend adviseur alvorens deze nadelige gevolgen eerst (voor een deel) weg te nemen door het bindend advies te vernietigen op grond van artikel 7:904 lid 1 BW, waarna partijen hier niet meer aan gebonden zijn.²⁵

Conclusie

Bij de beoordeling of een bindend adviseur is tekortgeschoten in de uitvoering van zijn opdracht, het geven van een bindend advies, dient de strikte maatstaf van artikel 7:904 lid 1 BW te worden gevolgd. Deze maatstaf is van overeenkomstige toepassing op de beoordeling van de vraag of een bindend adviseur aansprakelijk is voor de schade die is ontstaan als gevolg van

een tekortkoming in de uitvoering van zijn opdracht. Aangezien de Hoge Raad eerst heeft vastgesteld dat het hier ging om een zuiver bindend advies, blijft de vraag of deze maatstaf ook geldt voor een onzuiver bindend advies. Hoewel in de literatuur voor wat betreft de invulling van de maatstaf voor aansprakelijkheid van de bindend adviseur een onderscheid wordt gemaakt tussen zuiver en onzuiver bindend advies, is het mijns inziens aan de rechter om hier duidelijkheid over te verschaffen.

22. Zie annotatie P.E. Ernste bij HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852, JOR 2012, 314 (PwC/Van Zanten) (onder verwijzing naar B. van Marwijk Kooy, De aansprakelijkheid van de arbiter en de bindend adviseur, NJB 1977, p. 347-350; Tjittes, noot bij HR 4 december 2009, JBPR 2010, 6 (Greenworld/Arbiters), punt 10).

23. Zie annotatie P.E. Ernste bij HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852, JOR 2012, 314 (PwC/Van Zanten).

24. Omdat het in onderhavige zaak ging om een zuiver bindend advies zal ik deze stelling van Ernste niet verder behandelen en verwijs ik naar haar annotatie (zie noot 25).

25. Zie hierover annotatie P.E. Ernste bij HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852, JOR 2012, 314 (PwC/Van Zanten) en ook J.G.C. Kamphuisen, Aansprakelijkheid van de expert voor de vaststelling van de schadeomvang bij wege van bindend advies, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt (Serie Onderneming & Recht, deel 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 306.