

De schimmige status van het advies

Naar een privaatrechtelijke regeling van de verplichtingen van adviseurs

1 Een onmisbaar hulpmiddel bij keuzes

De vrije markteconomie en de privaatrechtelijke contractvrijheid gaan er vanuit dat een mens in staat is zelfstandig keuzes te maken. Maar de maatschappij wordt steeds complexer en kiezen wordt steeds moeilijker. Welke medische behandeling? Welke beleggingsvorm? Welke pensioenvoorziening? Welke aanpak in een juridisch geschil? Welke automatiseringsoplossing? Welke verandering in de organisatie? Een mens met normale begaafdheden is niet in staat om zelfstandig de voor al die keuzes noodzakelijke informatie in te winnen. Dat betekent de onweerstaanbare opkomst van de professionele adviseur.

De adviesrelatie is echter niet wettelijk geregeld. Wat deze precies inhoudt en hoever deze strekt, kan men uit de rechtspraak en literatuur slechts met veel moeite afleiden. Dat is een groot gemis.

Eén van de belangrijkste problemen is dat de adviseur, aan wie wij ons belang toevertrouwen, mogelijkheden heeft om zijn positie te gebruiken voor zijn eigen doeleinden. Advies heeft vaak iets dubbels. Aan de ene kant is er die hulp en ondersteuning, maar aan de andere kant wil de adviseur ons gewoon zijn diensten of producten verkopen. Het wordt voor de advocaat die over proceskansen adviseert en voor de management-consultant die een reorganisatie aanraadt, immers pas interessant als de afnemer zijn advies opvolgt en de adviseur betrokken kan worden bij de uitvoering. Soms is er meer dan ongemak en voelen wij ons bedrogen. Niet zelden komen mensen tot de ontdekking dat de pensioen-constructie of de hypotheek die hen is aangeraden verre van optimaal is en dat hen dat tienduizenden gulden kost.

Advies is bovendien wat economen een ‘credence good’ noemen. De kwaliteit van het verkregen advies kan moeilijk door de afnemer worden gecontroleerd. De informatie die hij daarvoor zou moeten hebben, ontbreekt hem immers en dat was nu juist de reden om het advies te vragen. De kwaliteit van adviezen kan ook niet door ervaring worden

1 Hoogleraar verbonden aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht KU Brabant. De auteur dankt Edith van den Akker, Ivo Giesen, Marco Loos, Anne-Marie van Neer en Vincent Verouden voor hun commentaar op dit artikel, respectievelijk op de hoofdstukken uit het boek waarop dit voortbouwt.

geleerd, omdat afnemers de meeste soorten adviezen maar een enkele maal zullen betrekken.

Dit artikel is gebaseerd en bouwt voort op het boek 'Informatieplichten van dienstverleners' dat de auteur samen met E.J.A.M. van den Akker schreef.² In paragraaf 2 wordt een advies gedefinieerd als een beredeneerde aanbeveling tot handelen. Het professioneel gegeven advies impliceert toevertrouwing van een bepaald belang aan de adviseur. In paragraaf 3 komt aan de orde op wie een verplichting tot het geven van advies rust en in welke situaties. Adviesrelaties kunnen ontstaan uit een expliciet contract, maar ook wanneer de leverancier van een bepaalde prestatie suggereert dat het specifieke probleem van de afnemer wordt opgelost door de specifieke prestatie die voor de afnemer wordt gecreëerd. Paragraaf 4 gaat over de maatstaven waaraan een advies moet voldoen en welke nevenverplichtingen er op de adviseur rusten. In deze paragrafen wordt veelvuldig verwezen naar Franse, Duitse en Engelse literatuur en rechtspraak, omdat in Nederland nauwelijks materiaal voorhanden is.

Tegen deze achtergrond wordt vervolgens in paragraaf 5 gekeken naar de positie van de adviseur die de geadviseerde handelingen ook zelf uitvoert. Betoogd wordt in paragraaf 6 dat het onvoldoende is om beroepsgroepen die vaak adviezen geven te reguleren op de manier van bijvoorbeeld de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf en de Advocatenwet. Paragraaf 7 bevat de stelling dat het advies beter direct en in het algemeen privaatrechtelijk kan worden geregeld conform de suggesties uit paragraaf 4. Onderdeel van deze regeling zou kunnen de adviseur die ook uitvoert schriftelijk behoort te adviseren als het gaat om omvangrijker belangen. Want dat mensen en organisaties betrouwbare adviezen krijgen, waarmee zij goede keuzes kunnen maken, is wezenlijk voor hun welzijn en voor het goed functioneren van de markteconomie, zo besluit paragraaf 8.

2 Wat is een advies?

2.1 Een beredeneerde aanbeveling tot handelen

Wat is een advies precies? Aansluitend bij het spraakgebruik en bij de rol die het advies vervult bij het maken van keuzes zou men een advies kunnen omschrijven als: een beredeneerde aanbeveling om een bepaalde keuze te maken. De adviseur zal een onderzoek doen naar de omstandigheden en behoeften van de afnemer en zo het probleem afbakenen waarover wordt geadviseerd. De professionele adviseur zal dit probleem vervolgens analyseren vanuit een bepaalde expertise. Die analyse vormt de basis voor een aanbeveling om op een bepaalde manier te handelen om het probleem aan te pakken. Dit kan de raad zijn om iets te doen, maar ook om een keuze te maken uit

2 Barendrecht & Van den Akker 1999.

meerdere door de adviseur voorgelegde alternatieven, of om bepaalde handelingsmogelijkheden niet te benutten. De aanbeveling is een wezenskenmerk van het advies.³

2.2 *Grondslagen voor de verplichting tot advies*

3 Dit onderscheidt advies ook van zuivere gegevensverstrekking. Een marktonderzoeker analyseert de marktomstandigheden om de afnemer in staat te stellen een keuze te maken voor een juiste manier van bewerking van de markt, maar hij doet daarbij meestal geen aanbeveling.

De vraag is vervolgens hoe adviesverplichtingen in het privaatrechtelijk systeem kunnen worden ingepast. Vaak kan men aannemen dat de verplichting tot advisering de hoofdverbintenis uit het contract is.⁴ De overeenkomst zelf is gericht op de verstrekking van informatie met een aanbeveling en die overeenkomst is dan meteen ook de grondslag voor de adviesverplichting.⁵ Deze grondslag dringt zich vooral op als het gaat om dienstverleners die zich nadrukkelijk als adviseur presenteren: de belastingadviseur, de pensioenadviseur of de beleggingsadviseur bijvoorbeeld. De dienst die zij primair verstrekken, is immers advies. Althans: dat pretenderen zij, want vaak willen zij eigenlijk meer, zoals wij nog zullen zien.

Soms is het doen van een aanbeveling echter niet het primaire doel van de overeenkomst. De advocaat heeft bijvoorbeeld een adviesverplichting als uitvloeisel van het contract waarbij de cliënt hem inschakelt voor het verlenen van rechtshulp. Hij heeft een verplichting tot 'umfassender und möglichst erschöpfender Beratung und Belehrung des Auftraggebers auf der Grundlage seiner Prüfung der Rechtslage', zoals de Duitsers zeggen.⁶ De primaire verbintenis betreft een andere prestatie, maar in het kader daarvan is de leverancier van die prestatie tot advisering van de cliënt gehouden.⁷ Wij zullen zien dat leveranciers van prestaties betrekkelijk snel zo'n aanvullende adviesplicht hebben. Dat is ook niet verwonderlijk, want afnemers zullen vaak een aanbeveling van een leverancier van een goed of dienst willen krijgen en veel leveranciers zullen die ook graag willen geven.

2.3 De verwachtingen die een professional wekt door het doen van een aanbeveling

Of de verbintenis tot het verstrekken van een advies nu de hoofdverbintenis is of een nevenverplichting zal voor de inhoud van die verbintenis weinig uitmaken. Die inhoud zal moeten worden vastgesteld door uitleg en aanvulling van de overeenkomst op basis van art. 6:248 lid 1 BW. Daarbij zijn de in concreto gewisselde wilsverklaringen doorslaggevend: de contractvrijheid staat voorop. Heel vaak zullen die ontbreken, zodat de branchegebruiken en de aard van de rechtsverhouding zullen bepalen welke verplichtingen de adviseur heeft. Maar het lijkt wel mogelijk om uitspraken te doen over wat in het algemeen de aard is van een overeenkomst tot het verstrekken van advies, ongeacht de materie waarover wordt geadviseerd. Wij hebben immers het uitgangspunt van een advies als een beredeneerde aanbeveling tot handelen. Wie een ander een bepaalde gedragslijn aanbeveelt, pretendeert nogal wat, en wekt daarmee verwachtingen.

4 Abegglen 1995, p. 123 met verdere verwijzingen; Wessels 1995, p. 45.

5 Fabre-Magnan 1992, nr. 19 en 25.

6 BGH NJW 1992, 1159.

7 In Frankrijk neemt men vaak een 'obligation de conseil' aan die accessoir is aan een ander contract, zie Fabre-Magnan 1992, nr. 465 en 470 e.v.

Een keuze aanbevelen die een ander zou moeten maken, impliceert immers dat de adviseur zich in de situatie van die ander verplaatst. Wie zich opstelt als adviseur, wekt daarmee in de eerste plaats de indruk dat hij met en voor de afnemer denkt. Hij suggereert dat hij de verantwoordelijkheid voor het voorbereiden van de te maken keuze in zekere zin van die afnemer overneemt. De afnemer zal daarom in de tweede plaats van de adviseur verwachten dat deze in beginsel alleen met de belangen van die afnemer rekening houdt en zich niet door eigen belangen laat beïnvloeden. De verwachtingen van de afnemer worden nog sterker als de adviseur beroepsmatig handelt. De reden waarom een professioneel advies wordt gevraagd, zal immers in het algemeen zijn dat de dienstverlener op het betrokken terrein expertise bezit. Behoudens bijzondere omstandigheden zal de afnemer er in de derde plaats op vertrouwen dat die expertise voor het advies wordt ingezet.

De contouren beginnen nu helder te worden. Als men deze bij de afnemer opgewekte verwachtingen ook gerechtvaardigd acht, komt het er bij professioneel advies op neer dat de afnemer de behartiging van een belang aan de adviseur toevertrouwt.⁸ De afnemende partij mag er vanuit gaan dat zij dat belang goed zal dienen, als zij de informatie en de aanbeveling van de adviseur tot zich neemt en op basis daarvan een keuze maakt. Zij mag in het bijzonder verwachten dat de adviseur zich in haar positie inleeft, dat de adviseur alleen rekening houdt met haar belangen en dat de expertise van de adviseur voor haar belang wordt ingezet.⁹

3 Wanneer kan een adviesplicht worden aangenomen?

3.1 Professionele aanbieders met een adviesplicht

8 Staudinger/Wittmann 1995, § 676, Rdn. 9.

9 Niet wezenlijk lijkt ondeskundigheid van de afnemer. Het kan zijn dat een deskundige afnemer toch advies wil, of een second opinion wil hebben, omdat hij zich nog onvoldoende zeker voelt.

Wanneer ontstaat nu zo'n aanvullende adviesplicht? Bij sommige dienstverleners ligt het voor de hand om in beginsel steeds aan te nemen dat sprake is van een adviesrelatie.¹⁰ Met name veel van de klassieke vrije beroepsbeoefenaren zijn zich steeds meer gaan opstellen als adviseur. De daarbij behorende overname van verantwoordelijkheid voor een belang van de afnemer is terug te vinden in de voor hen geldende regels. De arts zal zijn patiënt een behandeling aanbevelen en welke informatie hij daarbij moet geven is in de wet geregeld. De verplichting tot advisering van de advocaat naar Duits recht bespreken wij al. Die komt eveneens tot uiting in de rechtspraak van de Hoge Raad die de advocaat verplicht zich niet te beperken tot de verrichtingen waarom de cliënt uitdrukkelijk heeft gevraagd, maar tevens zelfstandig te beoordelen wat voor de zaak van nut kan zijn.¹¹ Dat in beginsel sprake is van een adviesrelatie geldt ook voor een belastingadviseur en voor anderen die zich nadrukkelijk als adviseur aan de afnemer presenteren, zoals beleggings-, verzekerings- en pensioenadviseurs.

Een notaris, een accountant, een architect, een aannemer, een bank, een verzekeraar, of een leverancier van software zullen niet altijd een adviesplicht op zich nemen. Maar steeds meer van deze aanbieders van prestaties trachten een nauwere relatie met de afnemer te verkrijgen door zich te presenteren als behartiger van het belang van die afnemer. Banken stellen zich in hun reclame-uitingen bijvoorbeeld op als persoonlijk adviseur en pretenderen daarbij een hoog kennisniveau en een grote mate van competentie.¹² Deze tendens gaat nog niet zo ver dat een afnemer die zich tot een dienstverlener van deze soort wendt, in het algemeen er van uit mag gaan dat hij zijn belang geheel aan deze dienstverlener kan toevertrouwen. Maar de individuele dienstverlener die zich als belangenbehartiger profileert, zal wel snel de extra verplichtingen van een adviseur naar zich toe halen.

3.2 De sluipende overgang naar advies

Een probleem is dus dat de overgang naar een adviesrelatie sluipend kan gaan. Dat kan zowel voor degene die een prestatie aanbiedt als voor de afnemer een onduidelijke situatie opleveren. Daarom is het belangrijk om te bepalen wanneer de overgang precies plaatsvindt. De bank en andere aanbieders van financiële producten komen volgens de Duitse literatuur in een adviesrelatie, wanneer zij ingaan op vragen van de afnemer om raad. Het zou zelfs voldoende zijn dat het voor de dienstverlener duidelijk was dat de afnemer voor een bepaalde beleggingsbeslissing de bijzondere kennis en relaties van de bank wilde benutten.¹³ Over de overgang van bemiddeling naar advies bij beleggingstransacties wordt wel gezegd dat een bank adviseur wordt, wanneer de contactpersoon het persoonlijk in hem te stellen vertrouwen gaat gebruiken. Dat gebeurt bijvoorbeeld wanneer de bankemployee beweert dat een bepaalde belegging eerst is geselecteerd nadat deze door de bank is onderzocht, of wanneer hij een beroep doet op

10 Hoewel de relatie in een bijzonder geval een andere kan zijn.

11 HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420 (mr. B./H.).

12 Abegglen 1995, p. 25.

13 Abegglen 1995, p. 23; Vortmann 1997, Rn. 354.

eigen competentie.¹⁴ Voor de Duitse notaris wordt aangenomen dat deze een adviesplicht heeft voor zover de gedachten van de partijen over de transactie nog open zijn. Dat is onder meer het geval wanneer partijen hun wil nog slechts in algemene termen uiten zonder een bepaalde regeling voor te stellen.¹⁵

Waar moet de grens nu liggen? Een adviesrelatie kan inderdaad ontstaan wanneer de afnemer nog niet weet welke oplossing hij zal kiezen. Maar het enkele feit dat de dienstverlener vervolgens één of meerdere diensten aanbiedt, lijkt onvoldoende om tot een adviesrelatie te leiden. Dan zou er in vrijwel iedere situatie waarin een product of een dienst wordt aangeboden een adviesrelatie zijn.

14 Vortmann 1997, Rn. 286 e.v.

15 Haug 1997, nr.411 en 427.

Volgens sommige schrijvers is kenmerkend voor advies dat de informatie die een leverancier over zijn prestatie verschaft in verband wordt gebracht met het doel dat de afnemer voor ogen heeft met de prestatie.¹⁶ Een adviesplicht zou daarmee ontstaan zodra de leverancier dat doel kent. Dat lijkt echter te bezwaarlijk voor de leverancier. Wanneer de aanbieder weet met het oog waarop de afnemer de prestatie nodig heeft, bepaalt dat wel mede welke informatie hij zijn afnemer moet geven.¹⁷ Hij mag de afnemer niet op het verkeerde been zetten. Maar daarmee ontstaat nog niet de verplichting om een aanbeveling te doen en alle voor de keuze noodzakelijke informatie aan de afnemer te verstrekken. Het doel dat de afnemer voor ogen heeft, kan immers van velerlei aard zijn. De leverancier heeft mogelijk niet de expertise om te beoordelen of de prestatie geschikt is ter bereiking van dat doel, of wil die expertise misschien niet zonder meer ter beschikking stellen aan de afnemer.

3.3 De suggestie door de aanbeveling het specifieke probleem van de afnemer op te lossen

Het lijkt redelijker om beslissend te laten zijn welke indruk de leverancier zelf wekt. Men zou aan kunnen nemen dat een adviesrelatie ontstaat als de leverancier suggereert dat het specifieke probleem van de afnemer wordt opgelost door de specifieke prestatie die voor de afnemer wordt gecreëerd of uitgezocht. Wie maatwerkoplossingen aanbiedt, suggereert immers dat hij zich in de situatie van de afnemer verplaatst en met een oplossing komt die op diens belangen is toegesneden. Komt daarbij nog een voorsprong in deskundigheid van de dienstverlener, dan zal de afnemer zijn belang in de praktijk snel toevertrouwen aan de dienstverlener en zal de dienstverlener daarop ook speculeren. De gedachte dat het suggereren van een maatwerkoplossing en een adviesplicht over het algemeen samengaan, vindt men bijvoorbeeld terug in de Duitse, Franse en Belgische rechtspraak en literatuur over automatiseringsopdrachten.¹⁸

Deze keuze past voorts in het verdere privaatrechtelijke systeem. Ook de regels van misleidende reclame verbieden het wekken van een onjuist suggestie aan afnemers. Wie het probleem van een ander beweert of suggereert op te lossen, moet instaan voor de juistheid en volledigheid van die bewering of suggestie, zo kan men redeneren.¹⁹

De concrete verhouding tussen partijen kan echter ook heel anders zijn. Als de dienstverlener expliciet kenbaar maakt dat de afnemer zelf de verantwoordelijkheid heeft om te bezien of de aangeboden maatwerkoplossing voor hem de juiste is, dan kan

16 Fabre-Magnan 1992, nr. 471 e.v.

17 Vgl. HR 10 december 1993, NJ 1994, 667 (Van Ittersum/Rabo).

18 Zahrt 1995, p. 1786; Le Tourneau & Cadet 1996, no. 2617; Juris-Classeur Responsabilité Civile et Assurances, Fasc. 398-2, nr. 9-13; Vandenberghe 1984, p. 82/83; Flamée 1990, p. 86.

19 Vgl. art. 6:194 BW.

dat een weerlegging zijn van het vermoeden dat het aanbieden van een maatwerk-oplossing een adviesplicht meebrengt.

Voor deze afgrenzing pleiten goede argumenten, maar zij is wel een verstrekkende. Legt men de grens hier dan heeft dat tot gevolg dat iedere verkoper van een stofzuiger of een computer, die een aanbeveling doet toegesneden op de persoonlijke omstandigheden van de afnemer, een advies verstrekt en ook aan de maatstaven voor advies is gebonden.

4 Maatstaven voor advies

4.1 Onderzoek naar omstandigheden en behoeften afnemer

Welke de maatstaven voor aansprakelijkheid van de adviseur zouden moeten zijn, kan in belangrijke mate worden afgeleid uit de gedachte dat de afnemer een belang aan de adviseur toevertrouwt. Dat de afnemer verwacht een aanbeveling voor de oplossing van zijn probleem te verkrijgen, betekent in de eerste plaats dat de adviseur een onderzoek zal moeten doen naar de omstandigheden en behoeften van de afnemer.²⁰ Het advies zal immers op die omstandigheden en behoeften moeten zijn toegesneden.

De adviseur moet zich blijkens de jurisprudentie inderdaad, zoals dat wel heet, verdiepen in het behoeften- en risicoprofiel van de afnemer.²¹ Hij heeft de plicht te onderzoeken wat die (huidige en toekomstige) behoeften precies inhouden en moet daarbij in de huid kruipen van de afnemer.²² De effecteninstelling die een beleggingsadvies geeft, moet zich bijvoorbeeld verdiepen in de financiële situatie van de belegger, zijn deskundigheid, zijn ervaring en zijn doeleinden.²³ De Duitse advocaat heeft een 'Aufklärungspflicht' betreffende de feitelijke situatie.²⁴

4.2 De gegevensverzameling en -verstrekking

20 Daarbij mag de adviseur in beginsel wel afgaan op door de afnemer verstrekte mededelingen, zie Barendrecht & Van den Akker 1999, nr. 126.

21 Zie Canaris 1988, Rdn. 101 en Wessels 1995, p. 76.

22 Zie voor de Duitse informatieseeder Zahrnt 1995, p. 1787 en voor Frankrijk Vivant c.s. 1998, nr. 1012.

23 Art. 28 lid 1 en 43 lid 1 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999, waarover Grundmann-van de Krol 1999, p. 220. Voor Duitsland geldt § 31.2 Wertpapierhanselsgesetz, waarover Vortmann 1997, Rn. 343 e.v. Vgl. voor Engeland Principle 4 uitgevaardigd door de Securities and Investments Board.

24 Palandt/Heinrichs 1998, § 276, Rn. 40.

In de tweede plaats zal de adviseur aansprakelijk zijn als de basis voor zijn advies, zijn analyse, onjuist of onvolledig is. De adviseur zal er immers voor moeten zorgen dat de afnemer alle informatie krijgt die deze redelijkerwijs nodig heeft om de beoogde beslissing te kunnen nemen²⁵ en wel in enigszins gestructureerde vorm.²⁶ Volgens de Duitse rechtspraak bijvoorbeeld, moet de beleggingsadviseur volledig zijn en alle voor de beslissing van belang zijnde omstandigheden mededelen.²⁷ De Franse notaris moet bij zijn advies rekening houden met alle elementen van een transactie, zodat hij de betrokken personen de mogelijkheid geeft hun belangen optimaal te behartigen.²⁸

Maar de contractvrijheid staat weer voorop en de gerechtvaardigde verwachtingen van de afnemer blijven beslissend. Dit betekent dat de adviseur niet altijd het uiterste aan onderzoek hoeft te doen. Het is een algemeen belang dat deskundigen zo vaak mogelijk hun expertise ter beschikking stellen van anderen.²⁹ Zij moeten desgewenst oppervlakkiger adviezen kunnen geven, waaraan minder research ten grondslag ligt.³⁰ Omdat expliciete afspraken over de diepgang van de analyse veelal niet zullen zijn gemaakt, zal een afnemer er over het algemeen op mogen vertrouwen dat het advies van 'goede gemiddelde kwaliteit is'.³¹ Is de analyse van een lager niveau dan de afnemer mag verwachten van een dienstverlener die een advies als het onderhavige geeft, dan zal de dienstverlener dat aan de afnemer moeten laten weten.³²

Dit biedt ook de leveranciers van producten en diensten de mogelijkheid minder gefundeerde adviezen te geven. De afnemer van een stofzuiger of televisie zal immers niet te veel diepgang mogen veronderstellen. Maar als leveranciers suggereren het specifieke probleem van de afnemer op te lossen met hun aanbeveling, dan blijven zij wel gebonden aan de basis-normen voor advies: toevertrouwing van een belang, waarbij de afnemende partij er vanuit mag gaan dat de adviseur zich in haar positie inleeft, dat de adviseur alleen rekening houdt met haar belangen en dat de expertise van de adviseur voor haar wordt ingezet.

De adviseur is niet aansprakelijk voor ieder achteraf blijkend gebrek in de informatie die hij aan de afnemer heeft verschaft. De adviseur zal niet aan te spreken zijn voor fouten in zijn analyse, die een redelijk handelend en redelijk bekwaam

25 Abegglen 1995, p. 124 spreekt van 'umfassende Beratung'.

26 Vivant c.s. 1998, nr. 1168 stellen dat een adviesplicht 'une panoplie cohérente d'informations' behoort in te houden, die de afnemer ondersteunt bij zijn beslissing, zie ook Barendrecht & Van den Akker 1999, nr. 350.

27 Vortmann 1997, Rn. 361.

28 Juris-Classeur Responsabilité Civile et Assurances, Fasc. 420-3, nr. 4. Zie verder Barendrecht & Van den Akker 1999, nr. 344 e.v.

29 De opstellers van het BGB hebben daarom in § 676 de aansprakelijkheid voor het geven van raad of aanbevelingen in beginsel uitgesloten. De uitzondering voor aansprakelijkheid uit contract is met het opkomen van professionele adviseurs echter hoofdregel geworden, zie Staudinger-Wittmann 1995, § 676, Rdn. 5.

30 Vgl. Black 1997, p. 179, die signaleert dat een financieel adviseur soms niet eens in staat zal zijn de gehele markt te overzien om het beste product voor zijn cliënt te selecteren.

31 Zie art. 6:28 BW voor de levering van soortzaken. Niet valt in te zien waarom dit voor de levering van diensten anders zou moeten liggen.

32 Zie BGH NJW-RR 1993, 1114. Vgl. ten aanzien van de makelaar De Rooij 1996, p. 115.

adviseur niet kan voorkomen. Op hem rust geen risico-aansprakelijkheid of resultaatsverbintenis.

4.3 De aanbeveling

Ook de aanbeveling zelf kan gebrekkig zijn. Aansprakelijkheid voor de aanbeveling zal in het algemeen ontstaan als het gaat om een advies dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur niet had mogen geven. Dat volgt uit de maatstaf die voor opdrachtnemers in het algemeen geldt.³³

De aanbeveling zal in redelijkheid moeten kunnen worden afgeleid uit de verrichte analyse. Wat uit de analyse naar voren komt, moet op een concludente manier in de aanbeveling worden verwerkt. Als een bepaalde beslissingsrichting meebrengt dat de afnemer ook nog andere beslissingen moet nemen om het bewuste belang te dienen, dan mag een advies daarover niet ontbreken, eventueel in de vorm van de aanbeveling daarvoor een andere adviseur in te schakelen. Wie maatwerk op het gebied van informatisering aanbiedt, en daarmee een adviesplicht naar zich toe trekt, zal bijvoorbeeld ook aanwijzingen aan de afnemer moeten geven over de in verband met de informatisering nodige organisatorische maatregelen binnen het bedrijf en wellicht suggesties moeten doen voor de opleiding van het personeel.³⁴

4.4 Plicht om risico's te vermelden

Een professioneel advies suggereert bij de afnemer daarvan dat hij met de verstrekte informatie klaar is voor de beslissing. Om een goede beslissing te kunnen nemen, zal de afnemer de verschillende mogelijke keuzes met hun voor- en nadelen moeten kunnen afwegen. Het ligt dus in de rede dat de adviseur in het algemeen verplicht is om de risico's te vermelden die verbonden zijn aan de aanbevolen handelingen en voor de arts is dat ook in de wet vastgelegd.³⁵

Op welke risico's adviseurs moeten wijzen, hangt volgens de rechtspraak en de literatuur onder meer af van het product van de omvang van het risico en de kans dat dit zich verwezenlijkt. Voorts speelt een rol of risico's vermijdbaar zijn door het gebruik van alternatieven. Met name zal de adviseur het risico moeten vermelden van het niet bereiken van een oplossing voor het probleem van de afnemer. Is dit laatste type risico substantieel dan ligt het voor de hand om aan te nemen dat dit behoort te worden gekwantificeerd, zodat de afnemer in ieder geval een basale afweging kan maken van de kosten van de voorgestelde maatregelen en de kans op resultaat.³⁶

4.5 Plicht om alternatieven te vermelden

33 Art. 7:401 BW.

34 Vivant c.s. 1998, nr. 1012.

35 Art. 7:448 lid 2 sub b BW.

36 Zie uitvoerig Barendrecht & Van den Akker 1999, nr. 209 e.v.

Risico's krijgen vooral reliëf in relatie tot de aanwezige alternatieven. De adviseur zal ook daarop moeten wijzen. De plicht van de arts voor te lichten over alternatieve onderzoeks- en behandelingsmethoden is neergelegd in art. 7:448 BW. Richt een opdrachtgever zich tot een advocaat met een bepaald juridisch conflict, dan neemt de Duitse literatuur aan dat de advocaat - met het oog op de risico's en kosten verbonden aan een procedure - een voorlichtingsplicht heeft over 'alternative Vorgehensweisen'. De voor- en nadelen verbonden aan procederen moeten worden afgezet tegen de voor- en nadelen verbonden aan het schikken van het juridische geschil.³⁷

De vraag is hoe reëel alternatieven moeten zijn om te worden vermeld. Moet de arts bijvoorbeeld alleen alternatieven vermelden met gelijke vooruitzichten op succes, maar met andersoortige risico's, of wanneer het alternatief de risico's vermindert? Of brengt het zelfbestemmingsrecht van de patiënt mee dat deze over een veel ruimer aanbod van alternatieven moet worden geïnformeerd, zodat de patiënt ook alternatieven kan afwegen die minder voor de hand liggen? Van een adviseur kan, zo lijkt het, in veel gevallen worden verwacht dat hij op zijn minst één alternatief vermeldt. Het meest in aanmerking komende alternatief is immers bij uitstek een geschikt middel om een te maken keuze in het juiste perspectief te plaatsen. Het moeten vermelden van een alternatief hoeft geen zware last voor adviseurs te betekenen. Ook als er eigenlijk geen reële keuze is, kan de geadviseerde keuze worden afgezet tegen de gevolgen van niet handelen.

4.6 Informatieplicht over conflicterende belangen

Er kunnen, voor de afnemer veelal verborgen, belangen zijn die maken dat een dienstverlener zich mogelijk niet optimaal zal inzetten voor een bepaalde afnemer. Een bank die een risicovolle belegging adviseert in een onderneming, waarvan zijzelf de belangrijkste kredietverstrekker is, heeft daarbij eigen belangen die voor de afnemer in beginsel niet kenbaar zijn. Ook in de advocatuur en de makelaardij komen tegengestelde belangen zeer regelmatig voor, bijvoorbeeld als de organisatie waartoe de dienstverlener behoort ook wel eens zaken doet met de wederpartij van de afnemer.

37 Staudinger-Martinek, § 675, Rdn. C19.

Binnen veel beroepsgroepen bestaan regels die het de beroepsbeoefenaar in bepaalde situaties met conflicterende belangen verbieden om hun diensten te verlenen.³⁸ Die regels staan onder druk door de concentratie van dienstverlenende organisaties in branches als het bank- en verzekeringswezen, de accountancy en de advocatuur. Om dienstverlening van goede kwaliteit te verkrijgen, nemen sommige afnemers een bepaald conflicterend belang op de koop toe. Zij gaan er daarbij van uit dat deze grotere organisaties een groot belang hebben bij een goede marktreputatie en veronderstellen dat deze het conflicterende belang daarom niet mee zullen laten wegen bij de uitvoering van hun dienstverlening. Afnemers zullen echter in ieder geval aanspraak kunnen maken op informatie over het conflicterende belang, om dan zelf hun keuzes te kunnen maken.³⁹ Een conflicterend belang is zodanig strijdig met het wezen van een advies, dat daarover steeds een mededelingsplicht behoort te bestaan.⁴⁰

4.7 Begrenzing door toevertrouwde belang

38 Zie voor de advocatuur Gedragsregel 7, die de advocaat 'in het algemeen' verplicht zich geheel uit de zaak terug te trekken, zodra een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict ontstaat, voor de notaris art. 1 lid 3 Beroeps- en Gedragsregels, die blijkens de toelichting daarop als partij-adviseur mag optreden mits hij zijn positie als zodanig vooraf aan alle betrokkenen duidelijk maakt en voor de accountant art. 9 GBR en GBAA (vgl. ook art. 2a lid 4 voor de openbare accountant).

39 Zo ten aanzien van de Duitse bank Vortmann 1997, Rn. 151 met veel verwijzingen naar jurisprudentie.

40 Daaraan doet een eventuele geheimhoudingsplicht jegens de andere afnemer niet af, zie Barendrecht & Van den Akker 1999, nr. 402 e.v., alwaar ook de problematiek van de 'chinese walls' aan de orde komt.

Een belangrijke beperking van de verplichtingen van de adviseur ligt in het probleem dat de afnemer aan de adviseur voorlegt. De adviesplicht is begrensd door het aan de dienstverlener toevertrouwde belang.⁴¹ Soms is afbakening daarvan moeilijk. Dat geldt met name als de diensten die door de adviseur worden aangeboden weinig precies omschreven zijn, zoals bijvoorbeeld bij banken of accountants die een zeer breed pakket van diensten aanbieden. Zo is bijvoorbeeld de vraag in hoeverre een adviserende accountant spontaan moet wijzen op de fiscale mogelijkheden.⁴² De aangeboden diensten kunnen dan geen indicatie vormen voor het toevertrouwde belang. Dat moet dan worden afgeleid uit de tussen partijen gewisselde verklaringen en dat zal meestal lastig zijn.

Een andere vraag is of een adviseur zich mag beperken tot het terrein van zijn eigen expertise. Kan hij wezenlijke informatie niet in zijn analyse en dus niet in zijn advies betrekken, omdat hij daarvoor de expertise mist, dan zal de adviseur dat in deze redenering aan de afnemer moeten melden om te voorkomen dat deze zonder meer op het advies afgaat.⁴³ Dit zal anders liggen als de adviesovereenkomst uitdrukkelijk beperkt is tot bepaalde aspecten van een keuze.

5 De adviseur die ook uitvoert

5.1 Schets belangentegenstelling

De afnemer vertrouwt er op dat hij een optimale keuze maakt, wanneer hij op het advies af gaat. Dat levert grote spanning op met het belang van de adviseur om handelingen aan te bevelen die hij zelf als dienstverlener kan uitvoeren.⁴⁴ De kans dat dit eigen belang het advies kleurt, is aanmerkelijk. Natuurlijk zal de adviseur daarbij denken aan zijn reputatie. Dat zal een prikkel zijn om kwaliteit te leveren en uitsluitend in het belang van de afnemer te denken. De eigen normen en waarden van de adviseur en die van zijn beroepsgroep zullen in dezelfde richting werken.

Maar dat levert geen garantie op dat iedere adviseur steeds het belang van de afnemer volledig centraal zal stellen. Regelmatig zal een adviseur in de verleiding komen de handeling waaraan hij het meeste verdient het gunstigst voor te stellen. Wellicht hangt zijn toekomst van het verwerven van extra inkomsten af en de kans op

41 Zie Staudinger-Wittmann 1995, § 676, Rdn. 12. HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420 (mr B./H.), sprekend van 'de zaak' bij de dienstverlening door de advocaat, en HR 22 januari 1999, NJ 1999, 244 (Dinkgreve/Grondzaken) over 'de opdracht' van een professioneel adviseur en bemiddelaar.

42 Juris-Classeur Responsabilité Civile et Assurances, Fasc. 376, nr. 39 en 76.

43 Zie Barendrecht & Van den Akker 1999, nr., 360 e.v.

44 Vgl. Mackaay 1980, p. 148; Schuck 1994, p. 927.

ontdekking is klein. Hij zal deze afweging meestal niet bewust maken, al zal dat zeker voorkomen. Meestal zal het subtieler gaan. De beroepsbeoefenaar of diens organisatie zal deze wijze van advisering bijvoorbeeld voor zichzelf rechtvaardigen door een verwijzing naar de eigen bedrijfscultuur ('wij zijn nu eenmaal een advocatenkantoor dat het onderste uit de kan haalt in procedures'), of naar de beperktheid van de opdracht ('wij geven nu eenmaal alleen assurantieadvies over de verzekeringsproducten die wij voeren'). De kleuring van het advies kan ook komen, doordat de adviseur zelf gelooft in de door hemzelf aangeboden prestaties, of geen volledig overzicht heeft van de daarvoor bestaande alternatieven. De chirurg die alles oplost door snijden en niet veel ziet in fysiotherapie is het standaardvoorbeeld, maar waarschijnlijk geldt voor de meeste beroepsbeoefenaren dat zij de heilzaamheid van hun eigen prestaties overschatten en die van door anderen aangeboden alternatieven onderschatten.

Dat de adviseur met de uitvoering wordt belast, en niet een ander, is overigens regelmatig ook in het belang van de afnemer. Het werkt vaak kostenbesparend wanneer het onderzoek naar de beste oplossing en de uitvoering in dezelfde hand liggen. Als de auto eenmaal uit elkaar is gehaald voor de diagnose van het probleem, is het maar beter dat dezelfde monteur ook de geadviseerde reparatie verricht. Dat betekent dat de kosten van uitvoering lager worden en dat de afnemer de kosten uitspaart, die moeten worden gemaakt om de uitvoerende dienstverlener te informeren over de diagnose en over de geadviseerde handelingen.⁴⁵

Afnemers advies nodig, omdat zij nu eenmaal niet zelfstandig keuzes kunnen maken. Leveranciers van prestaties spelen daarop in. Zij profileren zich vaak als adviseurs en bieden dat advies gratis of beneden de kostprijs aan. Dat wordt hen gemakkelijk gemaakt door het ontbreken van expliciete normen waaraan hun adviezen moeten voldoen. Zij proberen vervolgens inkomsten te halen uit de uitvoering van hun adviezen. De kosten van het advies worden verdisconteerd in de prijs van de prestatie.

Tegen deze concurrentie op de 'adviesmarkt' is moeilijk op te boksen en daardoor wordt het moeilijk om een bestaan op te bouwen als 'zuiver adviseur'. Degenen die dat proberen, zullen ook ervaren dat de informatie die zij geven zich snel onder afnemers zal verspreiden, bijvoorbeeld via belangenverenigingen van consumenten en 'self-help' publicaties. Dit alles betekent dat de afnemers moeilijk zuiver advies zullen kunnen krijgen. Als hen dat al lukt, lopen zij een flinke kans daarvoor dubbel te betalen, omdat de advieskosten in de prijs voor de uiteindelijk te betrekken prestatie zijn verdisconteerd.

5.2 *Advies, bemiddeling en provisie*

45 Mackaay 1980, p. 148.

Een voor een afnemer bijzonder ondoorzichtige situatie kan ontstaan als de adviseur tevens bemiddelt bij de totstandkoming van geadviseerde overeenkomsten en hij zijn beloning ontvangt van de contractspartij van de afnemer.⁴⁶ Dit speelt bij reisbureaus, maar vooral bij verzekeringstussenpersonen, pensioen- en hypotheekadviseurs, die bemiddelen bij de afzet van financiële producten. Op deze wijze van beloning is niets tegen zolang het blijft bij bemiddeling.

Maar als de bemiddelaar zich tevens opstelt als adviseur, dan is er iets fundamenteel anders aan de hand. De leverancier stimuleert de tussenpersoon immers door het verstrekken van provisie om zoveel mogelijk transacties aan te raden, en om die transacties aan te bevelen die de tussenpersoon een hoge provisie opleveren. De afnemer die dit zou zien als een poging tot omkoping van zijn adviseur heeft niet helemaal ongelijk. Het is alleen een gelegitimeerde vorm van omkoping, want wettelijk is het de assurantietussenpersoon tot op heden niet eens toegestaan zich op een andere manier dan door provisie te laten belonen.⁴⁷

6 Regels voor adviseurs/uitvoerders

6.1 Regulering per beroepsgroep schiet tekort: Wet assurantiebemiddelingsbedrijf en Advocatenwet als voorbeelden

Op het niveau van de verschillende beroepsgroepen die zich met advisering bezighouden, worden deze problemen ten dele al langer onderkend. Eén van de doeleinden van de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf is bijvoorbeeld het bevorderen van kwalitatief goed advies.⁴⁸ Daartoe worden eisen gesteld aan toetreding tot deze beroepsgroep en aan de opleiding van degenen die daarvan deel uitmaken. Voorts is de provisie wettelijk geregeld en was deze tot voor kort door een privaatrechtelijke overeenkomst gemaximeerd, zodat de mogelijke invloed op adviezen van tussenperso-

46 Vgl. Van Huizen 1994, p. 91 e.v.

47 Art. 13 en 15 Wet assurantiebemiddelingsbedrijf.

48 Zie laatstelijk de MvT bij het ontwerp voor de wijziging van de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf (26531), waarin op p. 4 wordt gesteld dat de rol van adviseurs van toenemend belang is. Men wil door de afschaffing van de huidige verplichte beloning via provisie een aparte markt voor advies scheppen, zie p. 12.

nen minder groot was.⁴⁹ De Advocatenwet is op een soortgelijke afweging gebaseerd. Ook daar gelden toelatingseisen en was de beloning gereguleerd.⁵⁰

Deze regelingen per beroepsgroep schieten echter meer en meer tekort. Zij beperken in de eerste plaats de concurrentie. Met name de regulering van de beloning wordt niet meer gerechtvaardigd geacht.⁵¹ Maar ook bij de toelatings- en opleidingseisen worden vraagtekens gezet.

49 Zie voor het lot van de privaatrechtelijke provisiemaximeringsovereenkomst, de MvT op w.o. 26.531, p. 14.

50 Denk aan het enige jaren afgeschafte declaratietarief en aan de thans onder druk staande regel inzake beloning op basis van 'no cure no pay' (Gedragsregel 25).

51 W.o. 26.531 wil art. 13 en 15 Wabb laten vervallen.

In de tweede plaats bevorderen toelatings- en opleidingseisen op zijn best indirect dat kwalitatief goede adviezen worden gegeven, waarvan de inhoud niet wordt beïnvloed door de eigen belangen van de adviseur. Om die beïnvloeding te voorkomen, zijn er natuurlijk ook nog de normen en waarden die binnen de beroepsgroep worden gecultiveerd. Maar de normen en waarden van de beroepsgroep voor wat betreft de kwaliteit en de neutraliteit van de te leveren adviezen plegen niet erg te zijn uitgekristalliseerd. De Wet assurantiebemiddelingsbedrijf geeft geen enkele regel over de wijze van advisering. De Gedragsregels voor advocaten bepalen slechts dat voor de advocaat het belang van de cliënt en niet dat van de advocaat beslissend moet zijn.⁵²

Beroepsbeoefenaren als assurantietussenpersonen en advocaten richten zich in de derde plaats steeds duidelijker op het maken van winst. Het lijkt niet verstandig om deze tendens te ontkennen en te blijven speculeren op de normen en waarden van de beroepsgroep. Het is realistischer om de ondernemingen van deze beroepsbeoefenaren als gewone bedrijven te gaan zien, mede omdat hun op efficiëntie gerichte aanpak de maatschappij ook veel voordelen oplevert. De opheffing van de concurrentiebeperkingen voor deze beroepsgroepen sluit aan bij deze tendens. Tegelijkertijd vergroot zij ook het probleem, want zij versterkt en legitimeert de gerichtheid op winstmaximalisatie.⁵³ De huidige vorm van regelgeving is niet passend voor de adviseur/uitvoerder die zijn winst probeert te maximaliseren.

In de vierde plaats heeft regulering per beroepsgroep als nadeel dat er steeds nieuwe producten en diensten ontstaan met de daarbij behorende advisering, die nog niet onder een bestaande regeling vallen.⁵⁴ En juist bij die nieuwe producten en diensten is de behoefte aan informatie bij afnemers en dus de behoefte aan advies groot.

6.2 Regulering nodig?

Men zou kunnen redeneren dat afnemers zullen beseffen dat adviseurs eigen belangen zullen hebben en dat zullen verdisconteren bij de waarde die zij aan het advies toekennen. Maar die gedachtegang komt er op neer dat de afnemer niet gerechtvaardigd mag vertrouwen op de neutraliteit van het advies. Zij levert een legitimatie op voor het geven van adviezen die door eigen belangen zijn gekleurd.

Afzien van enige vorm van regulering betekent dat afnemers steeds minder zullen vertrouwen op adviezen. Omdat zij niet zonder advies kunnen, zullen zij weer andere adviseurs moeten inschakelen om hun eerste adviseurs te controleren. Dat een dergelijke 'adviesinflatie' optreedt, kan men om zich heen zien. Financiële dienstverleners profileren zich vrijelijk met 'onafhankelijk advies', terwijl zij er vooral uit zijn om producten verkopen om provisie te genereren. Adviseurs geven 'second opinions' af op adviezen van beroepsgenoten. De adviezen van aannemers, architecten en leveranciers

52 Gedragsregel 5. Gedragsregel 1 vermeldt bovendien dat het vertrouwen in advocatuur niet mag worden geschaad.

53 Zie MvT op w.o. 26.531, p. 15 en 28 waaruit blijkt dat men de sterkere beïnvloeding van het advies die dan kan plaatsvinden op de koop toeneemt.

54 Zo valt bijvoorbeeld de zuivere advisering niet onder de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf, zie MvT op w.o. 26.531, p. 24.

van informatica-oplossingen worden gecontroleerd door nieuwe soorten adviseurs. Maar ook deze nieuwe adviseurs zullen het moeilijk krijgen, omdat hun markt wordt verstoord door adviezen van leveranciers die onder de marktprijs worden verstrekt.

In de ‘markwerking- en deregulerings-euforie’ ontstaat de neiging om contractspartijen zelf de werkzaamheden van adviseurs te laten reguleren.⁵⁵ Dat afnemers zelf maatstaven zullen formuleren waaraan het advies moet voldoen, is echter onwaarschijnlijk. De kennis die daarvoor nodig is, zal hen meestal ontbreken en in de vertrouwenwekkende context waarin een advies wordt gegeven, kan van afnemers niet worden verwacht dat zij op vastlegging van afspraken aandringen. Het initiatief tot het formuleren van kwaliteitsnormen waaraan de afnemer iets heeft, zal waarschijnlijk ook niet van de adviseur uitgaan.

6.3 Scheiding van advies en uitvoering?

Dat hier iets moet gebeuren, is gemakkelijk te constateren. De wijze van aanpak is moeilijker te bepalen. Eén van de dilemma’s is nu juist precies dat advies een lage marktwaarde heeft gekregen, zodat het gevaar is dat maatregelen er toe leiden dat nog minder kwalitatief goed advies wordt aangeboden. Een ander dilemma is dat bepaalde branches, zoals bijvoorbeeld de financiële dienstverlening, economisch voor een belangrijk deel gebouwd zijn op de vermenging van advies en uitvoering.

Alleen daarom al is het niet haalbaar om de markten voor advies en voor uitvoering strikt te scheiden en adviseurs te verbieden hun eigen adviezen uit te voeren. Een dergelijk verbod zou bovendien moeilijk te handhaven zijn en strijdig met het belang van vele afnemers bij kostenbesparing door de combinatie van advies en uitvoering. Evenmin lijkt het realistisch om te streven naar een voor de consument helder onderscheid tussen soorten adviseurs naar de mate van gebondenheid aan degene die de te adviseren diensten verstrekt, zoals lang is geprobeerd voor de assurantiebemiddeling.⁵⁶

6.4 Maatregelen die een gedeeltelijke oplossing vormen

Er zijn wel andere mogelijke vormen van regulering, die de afnemer tenminste enige bescherming bieden. Een route zou kunnen zijn dat de adviseur die tevens uitvoert een informatieplicht krijgt over het belang dat hij heeft bij die uitvoering, net zoals hij dat heeft over andere conflicterende belangen. Die informatieplicht zou bijvoorbeeld aan het

55 Zo bijvoorbeeld de MvT op w.o. 26.531 p. 11 e.v. en p. 22 e.v. Men wil ook geen standaard opdrachtformulier invoeren, p. 23.

56 Het ingetrokken wetsvoorstel 23.577 probeerde de mate van gebondenheid transparanter te maken. Dit is echter opgegeven in verband met de grote verscheidenheid aan bindingen en de problemen die een adequate controle zou opleveren, zie MvT op w.o. 26.531, p. 27.

licht brengen dat er bij het professioneel aanbieden van gratis advies een addertje onder het gras zit. De adviseur zal moeten vermelden hoe hij dan wel inkomsten verwerft.

De wet kent al een informatieplicht als op de adviseur de regels voor lasthebbers van toepassing zijn.⁵⁷ De dienstverlener dient de afnemer dan in kennis te stellen van het directe of indirecte belang dat hij bij de totstandkoming van de rechtshandeling heeft.⁵⁸ Deze informatieplicht geldt mede voor assurantietussenpersonen, maar lijkt in de praktijk nog niet sterk te leven.⁵⁹ Te overwegen zou zijn om haar sterker te benadrukken, bijvoorbeeld door een dergelijke informatieplicht op te nemen in de bijzondere wetten die op deze beroepsgroepen van toepassing zijn, of door schriftelijke informatie te verlangen.⁶⁰ Deze informatieplicht zou ook effectiever kunnen worden gemaakt door aan te nemen dat schending daarvan door de tussenpersoon tot vernietigbaarheid van de aangegane rechtshandeling leidt met een bijbehorende schadevergoedingsplicht. Men zou bijvoorbeeld kunnen redeneren dat het niet verkregen hebben van deze informatie dwaling aan de zijde van de afnemer impliceert.⁶¹ Dat zou voor aanbieders van financiële producten een reden kunnen vormen om hun tussenpersonen te prikkelen om deze informatieplicht na te leven.

De afnemer kan ook een zekere bescherming krijgen als wordt voorkomen dat de adviseur zichzelf als uitvoerder naar voren schuift, terwijl hij daar eigenlijk de expertise voor mist. In de literatuur wordt wel betoogd dat de adviseur zijn afnemer onder omstandigheden zal moeten doorverwijzen naar een ander die beter in staat is de dienst te verrichten.⁶² In de jurisprudentie komt langzamerhand ook aan de orde of een dienstverlener zijn afnemer moet wijzen op de mogelijkheid hem aansprakelijk te stellen als fouten zijn gemaakt bij de uitvoering van de werkzaamheden.⁶³

57 Zie art. 7:414 lid 1 BW en de schakelbepalingen van art. 7:424 lid 1 en art. 7:425 BW, waarover Asser/Kortmann 1994, nr. 127-132 en 191 e.v. die een ruime toepassing van de lastgevingsbepalingen bepleit, aangezien de problematiek van de conflicterende belangen van algemeen-vermogensrechtelijke aard is.

58 Zie art. 7:418 lid 1 BW; deze regel geldt tenzij de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van beide partijen is uitgesloten, wat zich niet snel zal voordoen.

59 Vgl. Van Huizen 1994, p. 94 en Kamphuisen 1994, p. 18 en 52 e.v. die wel diep ingaat op art. 7:417 BW over het dienen van twee heren, maar niet op de informatieplicht van art. 7:418 BW. Een oorzaak daarvoor is wellicht dat in w.o. 23.577 tot wijziging van de Wet Assurantiebedrijfsbedrijf (zie thans Stb. 1995, 178 en 252) aanvankelijk een passieve informatieplicht (informatieverstrekking op verzoek van de afnemer) was opgenomen, die echter na kritiek uit de kamer, die deels een spontane informatieplicht wenste, bij Nota naar aanleiding van het nader verslag d.d. 15 december 1994 is geschrapt in verband met de administratieve lasten die aan andere onderdelen van de wet waren verbonden.

60 Daartegen echter MvT op w.o. 26.531, p. 23.

61 Waarbij art. 3:66 lid 2 BW zo zou moeten worden geïnterpreteerd dat de kennis van de tussenpersoon hier niet aan de afnemer wordt toegerekend. Een beletsel voor een dergelijke redenering zou gelegen kunnen zijn in art. 7:418 lid 2 BW dat andere sancties vermeldt op de niet naleving van de informatieplicht van het eerste lid.

62 Vgl. Wessels 1995, p. 80; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 42 e.v.; en uitvoerig Barendrecht & Van den Akker 1999, nr. 261 e.v.

63 Zie uitvoerig Barendrecht & Van den Akker 1999, nr. 398 e.v.

7 Een pleidooi voor een privaatrechtelijke regeling van het advies

7.1 Duidelijke en strenge inhoudelijke normen voor advies door uitvoerders

Deze maatregelen zullen de kern van het probleem echter niet oplossen en dat is dat afnemers behoefte zullen houden aan (goedkoop) advies van aanbieders van producten en diensten, terwijl die aanbieders daarop zullen inspelen met kwalitatief ontoereikende en mogelijk gekleurde adviezen. De beste manier om dat in goede banen te leiden, lijkt dat de door uitvoerders te verstrekken adviezen aan inhoudelijke normen moeten voldoen, zoals die in paragraaf 4 zijn besproken. Juist de adviseur-uitvoerder moet voldoende onderzoek naar de omstandigheden en behoeften doen, zijn expertise ten volle inzetten, een afgewogen aanbeveling doen, risico's omschrijven en alternatieven vermelden. Als de normen voor advies worden geëxpliciteerd, kunnen afnemers hun adviseurs aan die normen houden. Omdat voor adviseurs duidelijker wordt wat van hen wordt verlangd, zullen zij voorts minder gemakkelijk tegenover zichzelf kunnen rechtvaardigen dat zij een gekleurd advies geven.

Volgt men die aanpak dan wordt duidelijk dat een advies niet de plaats is om reclame te maken, hoe moeilijk het ook zal zijn voor sommige adviseurs om hun enthousiasme over de door hen zelf op de markt gebrachte dienstverlening te verbergen. Wie gewoon zijn eigen product of dienst wil aanprijzen, kan dat doen. Maar hij moet zich dan wel onthouden van de suggestie dat hij het probleem van de afnemer kan oplossen, of uitdrukkelijk melden dat zijn aanbeveling geen volledige voorlichting geeft, waarop de afnemer zonder meer kan afgaan.

Een dergelijke aanpak zou voor veel adviseurs-uitvoerders een aanscherping van de door hen ervaren normen inhouden, al zal deze aansluiten bij wat adviseurs die belang hechten aan een goede reputatie toch al doen. Voor een advocaat is bijvoorbeeld al duidelijk dat hij een uitvoerig onderzoek zal moeten doen naar de feiten. Maar minder helder is dat hij de behoeften van de afnemer in kaart dient te brengen. Sommige advocaten richten hun advies nog op de vraag hoe de afnemer een optimaal juridisch resultaat kan boeken, in plaats van zich af te vragen wat die afnemer eigenlijk wil bereiken. De advocaat zal in de huidige tijd wellicht ook uitvoeriger in moeten gaan op de alternatieven voor een procedure: schikkingspogingen, mediation of zelfs berusting. Voorts wordt vaak alleen in algemenere termen op de risico's van een procedure gewezen, zodat de afnemer vooral zal denken dat het gaat om het risico dat de procedure wordt verloren. Dat risico is inderdaad wezenlijk voor de afnemer, zodat dit zou moeten worden gekwantificeerd. Daarnaast is er echter het risico van escalatie van het conflict, omdat procedurele maatregelen tegenmaatregelen uitlokken, en daarmee van hoog oplopende directe kosten. Voorts beseft een afnemer zich niet altijd welke psychische en andere indirecte lasten een procedure meebrengt, zeker wanneer deze escaleert.

Voor andere adviseurs-uitvoerders, zoals die in de financiële sector, kan een soortgelijke analyse worden verricht van informatie die de adviseur in het algemeen zal

moeten verschaffen.⁶⁴ Daarbij zal de uitvoerigheid die het advies moet hebben natuurlijk gerelateerd moeten worden aan het belang van de afnemer dat in het geding is. Uiteindelijk gaat het er immers om dat diens keuzes worden verbeterd. De kosten van de informatieverstrekking om die keuze te verbeteren, zullen lager moeten zijn dan de baten daarvan, zeker omdat de adviseur-uitvoerder de advieskosten op één of andere manier zal doorberekenen aan de afnemer.

7.2 *Controleerbaarheid van advies: verplichting tot schriftelijke vastlegging*

Zoekt men de oplossing voor deze belangentegenstelling inderdaad in bescherming van de afnemer via inhoudelijke eisen aan het advies zelf, dan is de controleerbaarheid daarvan wezenlijk. Vaak zal de afnemer pas jaren later bemerken dat hij niet goed is geadviseerd en bewijslevering zal dan moeilijk zijn. Daarom zou kunnen worden aangenomen dat in bepaalde situaties schriftelijk behoort te worden geadviseerd. Een bijkomend voordeel van een schriftelijk advies is dat de afnemer er beter over kan nadenken, of het met derden kan doorspreken, wat de kwaliteit van de te maken keuze zal verhogen.

In het tuchtrecht voor de advocaat is er een voorzichtige tendens om in bepaalde situaties een schriftelijk advies te verlangen, bijvoorbeeld als het gaat om de kansen van een hoger beroep.⁶⁵ Een soortgelijke verplichting tot het geven van schriftelijk advies zou men kunnen aannemen in andere gevallen waarin de adviseur een belang heeft bij uitvoering van het geadviseerde, terwijl het om aanzienlijke belangen van de afnemer gaat. Voorbeelden daarvan zijn adviezen over pensioenvoorzieningen of over andere transacties met een hoge financiële inzet. Maar te denken valt ook aan bepaalde kostbare

64 In Engeland zijn eerst verschillende andere regelingen voor de financiële sector uitgetoetst, waarna men inderdaad is uitgekomen op een duidelijke inhoudelijke norm voor advies. De adviseur voldoet niet aan zijn wettelijke verplichting tot het geven van 'best advice', wanneer er een algemeen verkrijgbaar financieel product is dat beter tegemoet zou komen aan de behoeften van de afnemer. Voor 'onafhankelijke' adviseurs die deel uitmaken van een financieel conglomeraat dat ook zelf financiële producten op de markt brengt, werd zelfs een 'better than best' regel aanvaard, krachtens welke de 'eigen' dienst alleen mag worden aangeraden als deze beter is dan wat elders op de markt verkrijgbaar is, zie uitvoerig Black 1997, p. 153 e.v.

65 Gedragsregel 8 schrijft schriftelijke informatieverschaffing voor waar nodig ter voorkoming van misverstand, onzekerheid of geschil. Zie verder Boekman 1998, p. 79 en 148.

behandelingen in de medische sfeer, zoals ingrijpende vormen van tandheelkundige hulp.⁶⁶

8 Kunnen vertrouwen op advies is wezenlijk

De adviesrelatie is in de huidige tijd een zeer wezenlijk contract. Zij bergt een aantal problemen in zich, die principieel samenhangen met de aard van deze relatie. Die betekenen dat er veel is te zeggen voor een algemene privaatrechtelijke regeling van het advies: wettelijk of door de jurisprudentie gevormd. Advies is een belangrijk onderdeel van een goed functionerend overeenkomstenrecht. Zonder behoorlijk advies kan de wilsautonomie geen gestalte krijgen. Wij moeten onze adviseurs kunnen vertrouwen, ook in een tijd waarin adviseurs zich eerder laten leiden door bedrijfseconomische principes dan door de normen en waarden van hun beroepsgroep. Dat wij dat vertrouwen kunnen hebben, is op de langere termijn juist ook in het belang van die beroepsgroepen. Dit artikel laat zien dat de kiemen van een leerstuk 'advies' al bestaan en dat er alle reden is om dit verder tot ontwikkeling te laten komen.

Literatuurlijst

- Abegglen 1995 S. Abegglen, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft. Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Bern: Stämpfli 1995.
- Asser/Kortmann 1994 C. Asser, bewerkt door S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht (5-III). Bijzondere overeenkomsten. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- Barendrecht & Van den Akker 1999 J.M. Barendrecht en E.J.A.M. van den Akker, Informatieplichten van dienstverleners, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, verschijnt september 1999.
- Black 1997 J. Black, Rules and regulators, Oxford: Clarendon Press 1997.
- Boekman 1998 S. Boekman, Het huidige advocatentucht recht in de beslissingen van het Hof van Discipline, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

⁶⁶ De wet gaat hier echter niet verder dan een recht van de patiënt om schriftelijke vastlegging te verlangen, zie art. 7:448 lid 1 en vgl. 7:451 BW (vastlegging op verzoek van toestemming voor verrichtingen van ingrijpende aard).

- Canaris 1988 C.-W. Canaris, *Bankvertragsrecht I*, Berlin: de Gruyter 1988.
- Fabre-Magnan 1992 M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris: LGDJ 1992.
- Flamée 1990 M. Flamée, noot bij Hof van Beroep Brussel 17 febr. 1987, *Computerrecht* 1990, p. 86.
- Grundmann-van de Krol 1999 C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door het effectenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Haug 1997 K.H. Haug, *Die Amtshaftung des Notars. Handbuch der Berufspflichten unter besonderer Berücksichtigung der gesamten Haftpflicht-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, München: C.H. Beck 1997.
- Van Huizen 1994 Ph. van Huizen, *Het assurantiebemiddelingsbedrijf in (on)gebondenheid*, VA 1994, p. 91 e.v.
- Kamphuisen 1994 J.G.C. Kamphuisen, *De opdracht aan de assurantie-tussenpersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- Mackaay 1980 E.J.P. Mackaay, *Economics of information and law*, Montreal: Groupe de Recherche en Consommation 1980.
- Michiels van Kessenich-I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Be-Hoogendam 1995 roepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Palandt 1998 O. Palandt, bewerkt door o.a. H. Heinrichs & H. Thomas, *Bürgerliches Gesetzbuch. Beck'sche Kurzkomentare*, München: C.H. Beck 1998.
- De Rooij 1996 S. de Rooij, *De mededelingsplicht van de makelaar*, *Jaarboek Consumentenrecht* 1996, p. 115.
- Schuck 1994 P. Schuck, *Rethinking informed consent*, *Yale Law Journal* 1994, p. 903.
- Staudinger 1995 J. von Staudinger, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: De Gruyter 1995.
- Le Tourneau & Cadiet 1996 Ph. Le Tourneau & L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Paris: Dalloz 1996.
- Vandenberghe 1984 G. Vandenberghe, *Partijenaansprakelijkheid bij softwarecontracten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 1984, p. 73 e.v.
- Vivant c.s. 1998 M. Vivant c.s., *Droit de l'informatique et des reseaux*, Lamy: Paris 1998.
- Vortmann 1997 J. Vortmann, *Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken*, Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum 1997.
- Wessels 1995 B. Wessels, *Risicobeheer bij advisering*, in: W.J. Slagter & B. Wessels, *Risicobeheersing. Preadviezen van de*

Zahrnt 1995

Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs, Deventer: Law & Practice Publishers 1995.

C. Zahrnt, Die Rechtsprechung zu Aufklärungs- und Beratungspflichten vor Computerbeschaffungen, NJW 1995, p. 1785.