

VU Research Portal

Over Opinions. Handleiding voor het opstellen en beoordelen van Nederlandsrechtelijke legal opinions

Mellenbergh, R.

published in

Maandblad voor Vermogensrecht
2017

DOI (link to publisher)

[10.5553/MvV/157457672017015001001](https://doi.org/10.5553/MvV/157457672017015001001)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Mellenbergh, R. (2017). Over Opinions. Handleiding voor het opstellen en beoordelen van Nederlandsrechtelijke legal opinions: Bespreking van het proefschrift van mr. J.M. van Dijk. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2017(1), 1-6. <https://doi.org/10.5553/MvV/157457672017015001001>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Over opinions. Handleiding voor het opstellen en beoordelen van Nederlandsrechtelijke legal opinions

Bespreking van het proefschrift van mr. J.M. van Dijk

*Mr. dr. R. Mellenbergh**

1 Ter ingeleide

Op 21 juni 2016 promoveerde Jan Marten van Dijk op een proefschrift getiteld *Over opinions. Handleiding voor het opstellen en beoordelen van Nederlandsrechtelijke legal opinions* (hierna: *Over opinions*),¹ dat betrekking heeft op legal opinions van advocaten/juristen die worden afgegeven binnen de zakelijke financieringspraktijk. Het proefschrift is gericht op de Nederlandse legal opinionpraktijk en bestrijkt een onderwerp van de financieringspraktijk waarover nog niet veel was geschreven in Nederland.

Het proefschrift is geschreven door een zeer ervaren advocaat en het verdient alle lof dat hij, alsmede het advocatenkantoor waaraan hij als partner is verbonden, De Brauw Blackstone Westbroek, het heeft aangedurfd om – in feite – hun legal opinion-knowhow te publiceren. Daarbij heeft de auteur ook een zeker risico genomen met het publiceren van dit proefschrift, aangezien er altijd commentaar mogelijk is op een dergelijk omvangrijk en vele juridische onderwerpen omvattend boek.

Nadat ik het proefschrift had gelezen, kwam ik tot de conclusie dat een bespreking van dit boek eigenlijk moet worden gesplitst in twee delen: (1) het boek in hoedanigheid van hand- of leerboek (par. 2) en (2) het boek in hoedanigheid van proefschrift(onderzoek) (par. 3). Hierna zal duidelijk worden waarom ik tot deze conclusie ben gekomen.

2 Het handboek *Over opinions*

Het boek *Over opinions* is geschreven als handboek. Dit blijkt duidelijk uit de opzet en uitwerking, alsmede uit de ondertitel van het boek. In de hoofdstukken 1 en 3 t/m 5 wordt een algemeen overzicht gegeven van de functie en inhoud van een opi-

nion letter² afgegeven in de zakelijke financieringspraktijk. Beschreven wordt hoe een opinion letter wordt voorbereid en afgegeven door een opiniongever, alsmede hoe een opinion letter er in het algemeen uitziet, en wat de voor deze praktijk kenmerkende rol en betekenis zijn van assumptions en qualifications opgenomen in een opinion letter.

Vervolgens wordt – systematisch en met uitleg van de achterliggende juridische vraagstukken – ingegaan op de belangrijkste legal opinions, assumptions en qualifications binnen de zakelijke financieringspraktijk: (1) *capacity* opinions (hoofdstuk 6) en (2) *enforceability* opinions (hoofdstukken 7 t/m 10). Daarbij wordt telkens door Van Dijk een standaard tekst van een legal opinion, assumption en qualification als uitgangspunt genomen.

De eerstgenoemde categorie van legal opinions (*capacity* opinions) heeft betrekking op Nederlandse privaatrechtelijke rechtspersonen en Nederlandse VOF's en CV's. Alle belangrijke juridische aspecten met betrekking tot 'capacity' van de privaatrechtelijke rechtspersonen en VOF's en CV's ten aanzien waarvan een opinion letter wordt afgegeven, zoals de oprichting en het bestaan van de rechtspersoon of vennootschap, de interne besluitvorming, de rol van de eventueel aanwezige ondernemingsraad en vertegenwoordiging van de rechtspersoon of vennootschap, komen in hoofdstuk 6 aan bod.

De tweede categorie van legal opinions (*enforceability* opinions) heeft betrekking op de rechtsgeldigheid en afdwingbaarheid van bepaalde aspecten van overeenkomsten, zekerheidsrechten, aandelen en de forumkeuze of keuze voor arbitrage in de overeenkomst(en) waarop de legal opinion betrekking heeft (hoofdstukken 7 t/m 10). Telkens wordt daarbij door de

* Mr. dr. R. Mellenbergh is universitair hoofddocent/associate professor bij de Afdeling Privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en directeur van het International Business Law-programma van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. J.M. van Dijk, *Over opinions. Handleiding voor het opstellen en beoordelen van Nederlandsrechtelijke legal opinions* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom juridisch 2016.

2. Ik maak in deze boekbespreking een onderscheid tussen (a) een opinion letter, waarin alle onderdelen zijn opgenomen, derhalve de legal opinions, assumptions, qualifications en eventuele andere bepalingen, en (b) legal opinions, waarmee (alleen) worden bedoeld de legal opinions opgenomen in de opinion letter.

auteur een gedegen overzicht gegeven van alle Nederlands-rechtelijke aspecten die (mogelijk) een rol van betekenis kunnen spelen bij het opstellen van legal opinions en de bijbehorende assumptions en qualifications.

Ten slotte wordt in het boek ingegaan op zogenaamde *diligence* opinions, *tax* opinions en opinions die in bepaalde gevallen op verzoek van de Amerikaanse Securities and Exchange Commission (SEC) moeten worden gegeven (hoofdstukken 11 t/m 13).

Is er dan inhoudelijk iets op of aan te merken over dit boek als handboek? Het antwoord is naar mijn mening: niet veel. Het is een degelijk handboek geschreven door iemand met veel praktijkervaring. Er zijn wel enkele passages in het handboek die naar mijn mening iets anders geformuleerd hadden kunnen worden, dan wel iets verder hadden kunnen worden uitgewerkt. Ik noem enkele voorbeelden.

2.1 Clean opinions

Ten aanzien van de terminologie binnen de legal opinionpraktijk zoals beschreven in dit handboek, welke terminologie overigens haar oorsprong vindt in de Amerikaanse praktijk en waarbij moet worden opgemerkt dat dit slechts terminologie ontwikkeld in de *praktijk* betreft en derhalve geen wettelijke basis heeft, schrijft Van Dijk op p. 37 stellig:³

‘Een opinion waarin geen andere dan gebruikelijke assumptions en qualifications zijn opgenomen, is een “unqualified opinion” of “clean opinion”.’

Het is echter maar de vraag of deze omschrijving door Van Dijk in de legal opinionpraktijk ook daadwerkelijk in alle omstandigheden wordt gehanteerd. Er zijn verschillende definities te vinden in de literatuur. Met een *zuivere* legal opinion wordt vaak bedoeld dat de desbetreffende legal opinion niet nader wordt genuanceerd door middel van het opnemen van assumptions en qualifications in de opinion letter. Zo stelt de American Bar Association (ABA), tezamen met enkele lokale *bar associations* uit de staat New York (TriBar), in dit kader:⁴

‘A clean opinion is generally understood to be an opinion that does not contain any legal analysis in the opinion letter.’⁵

De Amerikaanse auteur Sterba, naar wie Van Dijk met enige regelmaat verwijst, zegt het volgende over *clean* opinions:

‘Opinion recipient counsel, in discharging his or her duties, must endeavor to obtain clean opinions, to the

extent justified by the particular legal opinion, which are not based on assumptions.’⁶

‘An opinion may be unqualified (sometimes called flat or clean), qualified or reasoned (...). (...). In order to meet that standard in an unqualified opinion, the opiner *may have* [cursivering RM] to condition or limit his opinion with some customary assumptions or exceptions (for that type of opinion); but, so limited, the legal conclusion is without reservation or explanation.’⁷

2.2 Onderhandelingen met betrekking tot opinion letters

Op p. 194, voetnoot 570, verwijst Van Dijk naar mijn artikel dat in 2015 in dit tijdschrift is gepubliceerd.⁸ Ten aanzien van de standaardisatie in de legal opinionpraktijk, die meerdere voordelen heeft, concludeerde ik in dit artikel – dat uiteraard maar een aantal pagina’s beslaat en veel minder uitgebreid is dan een handboek – dat er mogelijk ook een nadeel kan kleven aan standaardisatie:

‘Een nadeel van deze vergaande vorm van standaardisatie door de beroepsgroep is dat er nauwelijks valt te onderhandelen over de inhoud van de opinion letter namens de geadresseerden van de opinion letter.’⁹

Volgens Van Dijk is deze zin ‘(...) op zijn minst te kort door de bocht’. Maar Van Dijk zegt zelf het volgende over het aspect onderhandelingen in de legal opinionpraktijk:

‘Dat overleg wordt vaak aangeduid als “onderhandelingen”. (...) Waar het overleg ziet op de inhoud van het oordeel van de opiniegever, is de aanduiding echter ongelukkig. Dat oordeel is het deskundig oordeel van de opiniegever. Over een deskundig oordeel is debat mogelijk, maar het is niet vatbaar voor onderhandelingen. (...) Een juistere aanduiding voor dit overleg is “discussie”.’¹⁰

‘Waar modellen bestaan, kennen kantoren vaak een regel dat daarvan alleen bij uitzondering mag worden afgeweken. Soms vergt afwijking goedkeuring van de opinioncommissie (...). Voor het overige kan de opinionontvanger echter niet verlangen dat de opiniegever afstapt van zijn modellen. Het opiniegebruik dat de meeste opiniegevers slechts hun eigen modelopinions gebruiken en de mildheid die de opinionontvanger bij het beoordelen van de opinion past (...) staan daaraan in de weg.’¹¹

3. Van Dijk nuanceert zijn stelligheid in algemene zin in zijn ‘Verantwoording’ op p. 6.

4. Zie over hun rol in dit kader nader par. 3.2.

5. Committee on Legal Opinions and the TriBar Opinion Committee, The Collected ABA and TriBar Opinion Reports, American Bar Association 2005, p. 189.

6. M.J. Sterba, Jr. (red.), *Legal Opinion Letters. A Comprehensive Guide to Opinion Letter Practice* (3de druk), New York: Wolters Kluwer 2016, 2015 supplement, p. 12-76.

7. Sterba 2016, p. 1-11.

8. R. Mellenbergh, *De legal opinion-praktijk in Nederland*, MvV 2015, afl. 10, p. 279-288.

9. Mellenbergh 2015, p. 284.

10. Van Dijk 2016, p. 192.

11. Van Dijk 2016, p. 196.

Deze beschrijving van de legal opinionpraktijk door Van Dijk duidt op een vergaande standaardisatie, die mogelijke onderhandelingen ten aanzien van de inhoud in vergaande mate beperkt. Uiteraard kunnen de op te nemen standaard legal opinions wisselen afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar ten aanzien van de inhoud van die legal opinions en de bijbehorende assumptions en qualifications zélf is weinig onderhandelingsruimte mogelijk.

Het lijkt er een beetje op of Van Dijk zich wil onderscheiden van een andere auteur, terwijl er eigenlijk door die andere auteur niet iets heel anders wordt geconcludeerd of gesuggereerd. Hoogstens wordt een en ander noodzakelijkerwijs bondig(er) geformuleerd. Het aspect van zich willen onderscheiden van andere auteurs, terwijl die andere auteurs eigenlijk iets anders zeggen dan Van Dijk suggereert, komt in deze bespreking terug bij de discussie omtrent de mogelijke aansprakelijkheid van een opiniegever (par. 3.3).

2.3 *Verbintenisrechtelijke en niet-verbintenisrechtelijke overeenkomsten*

Op p. 366 maakt Van Dijk onderscheid tussen overeenkomsten waarop de legal opinion betrekking heeft: enerzijds zijn er volgens Van Dijk overeenkomsten die in de kern verbintenisrechtelijk zijn, zoals een kredietovereenkomst, anderzijds zijn er overeenkomsten die in de kern niet-verbintenisrechtelijk zijn, zoals een pandovereenkomst. Ik begrijp bij nadere lezing hetgeen Van Dijk hier wil betogen, maar toch komt dit onderscheid enigszins onduidelijk over. Een pandovereenkomst, oftewel de titel tot verpanding, is immers een verbintenisrechtelijke overeenkomst waarin de pandgever zich, onder andere, verplicht tot het vestigen van pandrecht(en) ten gunste van de pandhouder. De vestiging(shandeling)¹² van het pandrecht is vervolgens goederenrechtelijk van aard. Dat een pandovereenkomst ook dienst kan doen als pandakte en betrekking heeft op goederenrechtelijke aspecten, maakt dit niet anders. Ook een kredietovereenkomst of kredietofferte wordt in de praktijk immers regelmatig gebruikt als (stam)pandakte,¹³ en bevat bepalingen die betrekking hebben op goederenrechtelijke aspecten.

Al met al hebben voormelde opmerkingen slechts betrekking op details van een omvangrijk handboek, die niet afdoen aan het gedegen en helder geformuleerde handboek van Van Dijk.

3 Het proefschrift(onderzoek) Over opinions

Het boek *Over opinions* is uitgegeven als handelseditie, maar via het digitale systeem van de Universiteit van Amsterdam – UvA-DARE (Digital Academic Repository) – kan een nadere verantwoording van het proefschriftonderzoek, met daarin

opgenomen een vraagstelling en de conclusies van de auteur, worden gevonden.

3.1 *Vraagstelling en conclusies*

Bestudering van de vraagstelling, die derhalve achterhaald kan worden via UvA-DARE, leert dat het proefschrift als centrale vraagstelling heeft: wat is een opinion precies, en wat is de zorgplicht van een jurist die een Nederlandsrechtelijke opinion geeft? Het proefschriftonderzoek en de beantwoording van de vraagstelling zijn daarom – met name – terug te vinden in hoofdstuk 2 van het proefschrift, getiteld ‘De zorgplicht van de opiniegever’.¹⁴

3.2 *Het proefschriftonderzoek – werkwijze en verantwoording*

Van Dijk verwijst in zijn proefschrift vele malen naar opvattingen in de Amerikaanse literatuur en de Amerikaanse legal opinionpraktijk.¹⁵ Van Dijk noemt dit de ‘derde lijn’ van zijn onderzoek, waarbij hij opmerkt dat de Nederlandse opinionpraktijk niet goed is te begrijpen zonder een verkenning van de Amerikaanse opinionpraktijk.¹⁶ Toch zijn de verwijzingen naar deze Amerikaanse literatuur in het boek soms wat lastig in te bedden in dit proefschriftonderzoek: het onderzoek heeft immers betrekking op de zorgplicht van een opiniegever naar Nederlands recht. Verwijzingen naar Amerikaanse literatuur kunnen in het kader van rechtsvergelijkend onderzoek zeker nuttig zijn, maar in hoeverre zijn deze verwijzingen relevant voor de beantwoording van de onderzoeksvraag? Wordt door Van Dijk impliciet een rechtsvergelijkend onderzoek gedaan ten behoeve van de beantwoording van de onderzoeksvraag?

Tevens heeft Van Dijk gekozen voor een werkwijze waarbij naar ‘slechts’ drie Amerikaanse (hand)boeken over legal opinions wordt verwezen.¹⁷ Het gevolg van deze werkwijze is dat een aantal interessante en omvangrijke wetenschappelijke artikelen in de Amerikaanse literatuur niet is meegenomen in dit proefschriftonderzoek. Dit heeft meerdere consequenties voor het onderzoek van Van Dijk. Ten eerste blijven door deze werkwijze bepaalde interessante gezichtspunten in de Amerikaanse literatuur buiten beeld. Bijvoorbeeld het uitgebreide en empirisch onderbouwde onderzoek van Lipson, die mede ingaat op aspecten van aansprakelijkheid van een opiniegever in de Verenigde Staten,¹⁸ en een artikel over de rol en aansprakelijkheid van opiniegevers en een weergave van mogelijke

12. Waarbij vaak wordt aangenomen dat er sprake is van een ‘goederenrechtelijke overeenkomst’.

13. HR 3 februari 2012, NJ 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Dix q.q./ING), r.o. 4.2, met betrekking tot de zogenaamde verzamel-pandakte-constructie.

14. Dit blijkt ook uit de conclusies, waarin Van Dijk opmerkt dat in het bijzonder hoofdstuk 2 zich leent voor het trekken van een aantal algemene conclusies. Zie UvA-DARE.

15. De ABA en TriBar trachten zo veel mogelijk eenheid in de legal opinionpraktijk te creëren door middel van het publiceren van standaard teksten en toelichtingen daarop, alsmede door middel van het formuleren van bepaalde gedragsregels voor opiniegevers. Zie <http://apps.americanbar.org/buslaw/tribar/>.

16. Van Dijk in zijn ‘Verantwoording’ op p. 7; zie UvA-DARE.

17. Van Dijk 2016, p. 7 en 25.

18. J.C. Lipson, Price, Path and Pride: Third-Party Closing Opinion Practice among U.S. Lawyers (A Preliminary Investigation), *Berkeley Business Law Journal* (59) 2005, afl. 3, p. 59-127.

kritiek op de zakelijke opinionpraktijk door Schwarcz.¹⁹ Ten tweede heeft deze werkwijze tot gevolg dat er slechts indirect wordt verwezen naar Amerikaanse jurisprudentie, waardoor de lezer afhankelijk is van de interpretatie van die rechtspraak (en het in dat kader verrichte onderzoek) door de desbetreffende Amerikaanse auteur(s).²⁰ In een proefschrift mag je, mijns inziens, verwachten dat de onderzoeker de primaire bronnen raadpleegt en daarnaar verwijst.

3.3 Aansprakelijkheid van de opiniegever; uitleg van een legal opinion

De hoofdvraag van het proefschriftonderzoek heeft betrekking op de mogelijke aansprakelijkheid van de opiniegever. Op p. 108 stelt Van Dijk vast dat de opiniegever bij het geven van zijn opinion een hoge mate van zorg in acht moet nemen, en dat deze zorgplicht principieel niet anders is dan de zorg die een advocaat moet betrachten bij ander werk dat hij voor een cliënt verricht. In zijn onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van een opiniegever in Nederland zet Van Dijk zich op p. 109 af tegen auteurs van de (schaarse) Nederlandse literatuur in dit kader: Zaman,²¹ Hofstede,²² Mellenbergh en Brink en Raaijmakers. Deze auteurs bepleiten volgens Van Dijk dat een opiniegever met zijn opinion letter een aansprakelijkheid op zich neemt die in de buurt komt van de aanvaarding van risicoaansprakelijkheid en daarmee de juistheid van de informatie in de opinion letter garandeert. Volgens Van Dijk hebben deze auteurs het allen bij het verkeerde eind, aangezien het onderzoek van de opiniegever op allerlei punten is beperkt.

Brink en Raaijmakers en ikzelf nemen echter in dit kader een genuanceerd standpunt in, waarbij niet het standpunt wordt ingenomen dat er sprake is van een ‘garantie’ van de opiniegever. Uiteraard is het onderzoek van de opiniegever op allerlei punten beperkt, en wordt het onderzoek genuanceerd door het opnemen van assumptions en qualifications in de opinion letter. Zelf zeg ik over dit onderwerp in mijn artikel:

‘Volgens Brink en Raaijmakers kunnen een opinion letter en de daarin opgenomen legal opinions juridisch echter niet worden gekwalificeerd als een contractuele garantie. Zij concluderen dat een opiniegever een juridisch deskundig oordeel geeft, maar dit juridisch deskundig oordeel niet geeft met als oogmerk zich op enigerlei wijze garant te stel-

len voor de nakoming van de verplichtingen die zijn cliënt – de opdrachtgever – op grond van de aan de zakelijke transactie ten grondslag liggende overeenkomst op zich heeft genomen. Een opinion letter en de daarin opgenomen legal opinions zijn meer dan een zuiver juridisch advies, maar minder dan een contractuele garantie.²³ Veel zal afhangen van de daadwerkelijke formulering van de desbetreffende legal opinion: des te stelliger de legal opinion is geformuleerd, des te meer de geadresseerde van de opinion letter daarop mag vertrouwen.^{24, 25}

‘De omstandigheid dat de opiniegever juridisch concludeert dat een bepaalde vennootschap rechtsgeldig is opgericht naar Nederlands recht en rechtsgeldig een overeenkomst kan aangaan, betekent niet dat dit *dux* ook zal gebeuren.²⁶

‘Gezien het karakter, de functie en de wijze van formulering van een opinion letter mogen de eisen wat betreft de juistheid en betrouwbaarheid van de in de opinion letter afgegeven legal opinions hoog zijn. De meeste opiniegevers zullen daarom in de praktijk de opinion letter voorbereiden en opstellen met de “druk” van aanvaarding van risicoaansprakelijkheid ten aanzien van de inhoud van de daarin opgenomen legal opinions.²⁷

Deze standpunten in de literatuur zijn derhalve genuanceerder dan Van Dijk doet voorkomen in zijn proefschriftonderzoek. De functie, vorm en formulering van een opinion letter kunnen immers een rol spelen bij de vaststelling van (de omvang van) de eventuele aansprakelijkheid van de opiniegever. Dat geldt uiteraard ook ten aanzien van andersoortige juridische adviezen, maar andersoortige juridische adviezen kunnen soms gedeeltelijk een weergave zijn van de interpretatie of eigen opvatting van de desbetreffende juridisch adviseur, en kunnen daarom meer genuanceerd zijn weergegeven. Dat, zoals Van Dijk vaststelt, opvattingen over wat rechtens is met de tijd kunnen veranderen en dat die veranderingen kunnen terugwerken,²⁸ zal denk ik geen van de voormelde auteurs ontkennen.²⁹ Al met al denk ik dat Van Dijk de gezichtspunten van enkele door hem aangehaalde auteurs te ongenueanceerd weergeeft, en dat de door hem geformuleerde norm (‘hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht’³⁰) materieel gezien niet zoveel afwijkt van die gezichtspunten, zoals door hem gesuggereerd. Deze gezichtspunten worden immers ingekleurd naar aanleiding van die norm.

19. S.L. Schwarcz, *The Limits of Lawyering: Legal Opinions in Structured Finance*, *Texas Law Review* (84) 2005, afl. 1, p. 1-58.

20. Bijv. een verwijzing naar de uitspraak van het US Supreme Court uit 1879 ten aanzien van aansprakelijkheid van een opiniegever, *Savings Bank v. Ward* 100 U.S. 195 (1879), ontbreekt. Uit deze uitspraak blijkt dat er andere (oudere) voorbeelden zijn dan de door Van Dijk gemelde oudste bekende legal opinion in de Verenigde Staten uit 1899, zie Van Dijk 2016, p. 22. Ook op p. 74 (voetnoot 178) geeft Van Dijk een indirecte verwijzing naar Amerikaanse rechtspraak, zonder deze rechtspraak te specificeren.

21. D.F.M.M. Zaman, *De grenzen van de notariële exoneratie*, WPNR 2010/6859, p. 731-733.

22. R.F. Hofstede, *Tegenstrijdig belang, aanwijsbevoegdheid en legal opinions*, *TvOB* 2007, afl. 4, p. 105-113.

23. M. Brink & G.T.M.J. Raaijmakers, *Beroepsaansprakelijkheid en legal opinions*, AA (44) 1995, afl. 6, p. 466-474, m.n. p. 470-471.

24. Brink & Raaijmakers 1995, p. 472.

25. Mellenbergh 2015, p. 282.

26. Mellenbergh 2015, p. 287.

27. Mellenbergh 2015, p. 287.

28. Van Dijk 2016, p. 109.

29. Vgl. ook Schwarcz 2005, p. 42.

30. Van Dijk 2016, p. 110.

Gezichtspunten die overigens, indien er toch wordt gekeken naar de situatie in de Verenigde Staten, ook in de Amerikaanse literatuur zijn terug te vinden.³¹ Ik vermeld hier een aantal van die gezichtspunten uit de Amerikaanse literatuur:

‘Writing third-party closing opinions is not quite like other fields of business law practice. When a lawyer delivers a third-party closing opinion, she is placing herself in harm’s way to a greater extent than in perhaps any other aspect of business law practice. While courts have understandably developed doctrinal mechanisms to limit or disperse these risks, it nevertheless appears that opinion-practice creates legitimate concerns for lawyers in ways that other features of practice (e.g., negotiating and drafting documents) do not.’³²

‘To be sure, there is some logic underlying the trend in favor of expanding liability. After all, it is peculiar to posit the absence of a duty owed by a professional whose negligence severely injures a foreseeable and reasonably reliant third party, while instead positing a duty owed to opiner’s client, which may well be an entity that was not seriously injured by negligence. It is peculiar to find that a false statement negligently made by a borrower to a lender will be actionable, whereas a false statement negligently made by the same borrower’s lawyer will not.’³³

‘The extent of lawyer’s accountability for their legal opinions remains an issue in flux. (...) Enthusiasm for expanding the vistas of liability for lawyers and accountants and other professional opiners peaked some years ago.’³⁴

‘Because hindsight bias is exacerbated when emotions are high, the fact that legal opinions are not intended to be guarantees of particular outcomes often can be lost. Indeed, at least some of the criticism of lawyers providing structured-finance opinions may well boil down to the flawed syllogism previously mentioned – the public is harmed; lawyer opinions are a *sine qua non* of the harm, and lawyers are the only deep pockets; so lawyers should be liable for the harm. Lawyers therefore must always be cautious when giving legal opinions to try to anticipate changing norms to conform their conduct (and due diligence) accordingly, always balancing the benefits of these cautions against their cost.’³⁵

‘Because a lawyer will generally not be held liable for an improper opinion that was not within her scope of representation, defining the scope of an opinion letter is fundamental. The next important step in avoiding liability is

ensuring that opinion recipients are aware if the subject law is unclear or likely to change. In addition, opining counsel should either avoid the use of subjective language apt to lead to litigation over interpretation or define such subjective language specifically.’³⁶

Om bij het laatstgenoemde citaat uit de Amerikaanse literatuur aan te haken: Van Dijk stelt zich op het standpunt dat een legal opinion moet worden uitgelegd als ware zij door een goed opiniegever gegeven. Een legal opinion mag dan ook niet taalkundig worden uitgelegd, aldus Van Dijk. Taalkundige uitleg is volgens hem praktisch onwerkbaar omdat hij de opiniegever ertoe aanzet alle risico’s die verbonden zijn aan de rechtsverhouding waarop de legal opinion ziet in de legal opinion te noemen. Taalkundige uitleg zou de opinieontvanger ertoe nopen om zeker te stellen dat in de legal opinion geen beperkingen zijn opgenomen waarachter de opiniegever zich in weerwil van zijn zorgplicht zou kunnen verschuilen.³⁷ Voorts zou taalkundige uitleg miskennen dat het opstellen van legal opinions mensenwerk is, en deze dus onvermijdelijk fouten bevatten.³⁸ Dit is een andere opvatting dan die van Brink en Raaijmakers, die stellen dat een legal opinion naar de letter moet worden uitgelegd.³⁹

Ik ben het met Van Dijk eens in die zin dat bij de uitleg van een legal opinion naar de omstandigheden van het geval moet worden gekeken: de tekst van een legal opinion moet worden gezien in het licht van de tekst van de gehele opinion letter, en indien relevant in het licht van de omstandigheden van het geval en het, zoals Van Dijk dat noemt, ‘opiniongebruik’. Echter, een derde, vaak een (internationale) kredietverstrekker/bank, zal in geval van een *third-party* opinion letter afgaan op de tekst van die opinion letter. Gezien de hoge mate van standaardisatie van opinion letters, de omstandigheid dat gespecialiseerde juristen/advocaten de opinion letters opstellen en er daardoor een soort van ‘opiniongebruik’ is ontstaan, alsmede de omstandigheid dat – in geval van *third-party* opinion letters – derden afgaan op de juistheid van de tekst van de opinion letter, lijkt het voor de hand te liggen dat een rechter in dergelijke gevallen een meer geobjectiveerde uitleg, oftewel de zogenaamde ‘objectieve Haviltex-norm’, in plaats van een subjectieve uitleg zal toepassen ten aanzien van de tekst van een legal opinion. Ook binnen een geobjectiveerde uitleg kan er immers rekening worden gehouden met andere omstandigheden dan alleen een taalkundige uitleg.⁴⁰ Het argument van Van Dijk dat het opstellen van legal opinions mensenwerk is

31. Van Dijk stelt zich echter op het standpunt dat de benadering anders is in de Verenigde Staten, zie Van Dijk 2016, p. 109.

32. Lipson 2005, p. 124.

33. Sterba 2016, 2014 supplement, p. 12-85.

34. Sterba 2016, 2014 supplement, p. 12-150.

35. Schwarcz 2005, p. 58.

36. L. Blackshear, ‘Wait... What Did I Just Say?’ What Lawyers Need to Be Concerned about When Issuing Third-Party Closing Opinions, *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law* (10) 2008, p. 71-104, citaat op p. 103-104.

37. Van Dijk 2016, p. 172.

38. Van Dijk 2016, p. 173.

39. Brink & Raaijmakers 1995, p. 472.

40. Zie over de verschillende uitlegnormen ten aanzien van contractuele bepalingen, met verwijzing naar relevante literatuur en jurisprudentie, R. Mellenbergh, Uitleg van onoverdraagbaarheidsbedingen ingevolge het arrest Coface/Intergamma: (wet)systematisch of niet?, *MvV* 2016, afl. 9, p. 225-234.

en dus onvermijdelijk fouten bevat, vind ik overigens geen sterk argument, aangezien dat voor elke (juridische) tekst geldt.

4 Ter afsluiting

Mijn conclusies naar aanleiding van het lezen van dit boek zijn: een must have als handboek voor eenieder die in Nederland werkzaam is binnen de legal opinionpraktijk zoals omschreven in dit handboek, en voor eenieder die zich verder wil bekwamen in dit onderdeel van de financieringspraktijk. Eindelijk is er ook op dit onderdeel van de juridische adviespraktijk een gedegen handboek beschikbaar waarop de (praktijk)jurist kan terugvallen.

Als proefschrift had dit onderzoek wat mij betreft op sommige punten wel iets scherper en diepgaander mogen zijn. Daarbij valt op dat de auteur soms stelling neemt tegen bepaalde gezichtspunten van andere auteurs, maar dat bij nadere lezing de verschillen tussen zijn opvatting en die van anderen minder groot zijn dan door hem wordt gesuggereerd.