

JOR 2015/350 Hoge Raad, 29-05-2015, 14/01835, ECLI:NL:HR:2015:1406, ECLI:NL:PHR:2015:161

Beroepsaansprakelijkheid advocaat, Maatstaf bij advisering, Beroepsfout advocaat bij advisering over selectieve betaling in het zicht van faillissement, Informatie- en waarschuwingsplicht, Verwijzing naar HR 2 april 1982, NJ 1983, 367; HR 29 november 1991, NJ 1992, 808 en HR 2 februari 2007, NJ 2007, 92

Publicatie	JOR 2015 afl. 12
Publicatiedatum	03 december 2015
College	Hoge Raad
Uitspraakdatum	29 mei 2015
Rolnummer	14/01835 LJN ECLI:NL:HR:2015:1406 ECLI:NL:PHR:2015:161
Rechter(s)	mr. Bakels mr. Streefkerk mr. Drion mr. De Groot mr. Tanja-van den Broek
Partijen	1. P, 2. Q, eisers tot cassatie, advocaten: mr. M.J. Schenck en mr. R.L.M.M. Tan, tegen 1. X, 2. Y, verweerders in cassatie, niet verschenen.
Noot	mr. M.H.J. van Maanen
Trefwoorden	Beroepsaansprakelijkheid advocaat, Maatstaf bij advisering, Beroepsfout advocaat bij advisering over selectieve betaling in het zicht van faillissement, Informatie- en waarschuwingsplicht, Verwijzing naar HR 2 april 1982, NJ 1983, 367; HR 29 november 1991, NJ 1992, 808 en HR 2 februari 2007, NJ 2007, 92,
Regelgeving	BW Boek 6 - 162

» **Samenvatting**

Tot uitgangspunt dient dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. De uitspraken HR 2 april 1982, NJ 1983, 367 en HR 29 november 1991, NJ 1992, 808 hebben betrekking op de wijze waarop een advocaat een procedure voert. De hiervoor genoemde zorgvuldigheidsplicht brengt mee dat een advocaat zijn cliënt daarbij niet onnodig blootstelt aan voorzienbare en vermijdbare risico's. Wanneer een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, brengt de hiervoor genoemde zorgvuldigheidsplicht mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (vgl. HR 2 februari 2007, NJ 2007, 92). Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn. Het hof heeft deze maatstaf niet miskend. Het heeft vastgesteld dat in de rechtspraak en literatuur ten tijde van de advisering door eiser sub 1 uiteenlopend werd gedacht over de rechtmatigheid van het doen van selectieve betalingen (aan andere schuldeisers dan groepsmaatschappijen) in het zicht van het eigen faillissement. Door te oordelen dat eiser sub 1 bij die stand van zaken verweerders had moeten wijzen op de

mogelijkheid dat de curator in het op handen zijnde faillissement van A hen als (indirect) bestuurder aansprakelijk zou houden voor de voorgenomen betaling van enkele crediteuren, en dat hij door dit na te laten niet de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

» **Uitspraak**

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Timmerman)

1. Feiten

1.1. [Verweerder 2] is enig aandeelhouder en bestuurder van [verweester 1]. [Verweester 1] is bestuurder van [A] (hierna: [A]). De enig aandeelhouder van [A] was [B] (hierna: [B]).

1.2. [Eiser 1] is werkzaam bij [eiseres 2] en heeft werkzaamheden uitgevoerd voor [A], (indirect) bestuurders van [A], en gelieerde vennootschappen.

1.3. Op 3 februari 2006 heeft er een algemene vergadering van aandeelhouders van [B] (enig aandeelhouder van [A]) plaatsgevonden in aanwezigheid van [eiser 1]. [Eiser 1] is daarbij als notulist opgetreden.

1.4. Op 2 maart 2006 is op advies van [eiser 1] en in zijn aanwezigheid, tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders van [A] besloten tot het aanvragen van het eigen faillissement van [A]. [Verweerdere] hebben op dezelfde datum – 2 maart 2006 – het door [eiser 1] opgestelde verzoekschrift tot faillietverklaring ondertekend.

1.5. Op 6 en 7 maart 2006 heeft [A] betalingen verricht aan diverse crediteuren voor een bedrag van in totaal € 533.388,92.

1.6. Op 8 maart 2006 is [A] op eigen aangifte failliet verklaard.

1.7. De curator van [A] heeft [verweerdere] aansprakelijk gesteld in hun hoedanigheid van bestuurder respectievelijk indirect bestuurder van [A].

1.8. In de procedure tussen de curator van [A] en [verweerdere], heeft de Rechtbank Arnhem bij eindvonnis van 16 september 2009 [verweerdere] veroordeeld tot betaling van een hoofdsom van € 527.088,08, vermeerderd met kosten.

1.9. In hoger beroep van dat vonnis oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden (evenals eerder de rechtbank) dat [verweerdere] door het verrichten van de betalingen van 6 en 7 maart 2006 onrechtmatig gehandeld hebben jegens de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van [A]. Bij arrest van 29 januari 2013 heeft het hof het vonnis van de rechtbank evenwel vernietigd voor zover [verweerdere] veroordeeld waren tot betaling van € 527.088,08. Het hof heeft daarbij, in zoverre opnieuw rechtdoende, [verweerdere] veroordeeld tot betaling van € 190.289,26 aan de curator van [A]. Tegen dit arrest van het hof in de procedure tussen de curator van [A] en [verweerdere], is geen cassatieberoep ingesteld.

2. Procesverloop

2.1. [Verweerdere] hebben [eisers] op 7 oktober 2011 gedagvaard voor de Rechtbank Arnhem. [Verweerdere] hebben gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat [eisers] toerekenbaar tekortgeschoten zijn althans onrechtmatig gehandeld hebben door onjuist te adviseren althans niet te waarschuwen voor risico's die verbonden zijn aan het verrichten van betalingen aan crediteuren na het moment dat besloten is tot het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring, en dat [eisers] aansprakelijk zijn voor de als gevolg daarvan geleden schade. Daarnaast hebben [verweerdere] gevorderd dat [eisers] veroordeeld worden tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat, en tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding (zie rov. 4.1).

2.2. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 14 november 2012 geoordeeld dat [eiser 1] en [eiseres 2] naast elkaar verantwoordelijk waren voor de uitvoering van de tussen partijen bestaande overeenkomst van opdracht, en dat zij in geval van een toerekenbare tekortkoming dan ook hoofdelijk aansprakelijk zijn (zie rov. 4.1 van het vonnis). Vervolgens heeft de rechtbank geoordeeld dat [eiser 1] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht (zie rov. 5.3 en 5.4 van het vonnis). De rechtbank heeft tot slot aan

[verweerders] opgedragen om feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat er sprake is van causaal verband tussen de vastgestelde beroepsfout en de door [verweerders] gestelde schade (zie dictum van het vonnis, en rov. 4.1 van het bestreden arrest) (Rb Arnhem 14 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6189).

2.3. Bij vonnis van 12 december 2012 heeft de rechtbank tussentijds hoger beroep opengesteld van het tussenvonnis van 14 november 2012 (zie rov. 4.2) (Rb Arnhem 12 december 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY7919).

2.4. [Eisers] hebben vervolgens bij dagvaarding van 19 december 2012 tussentijds hoger beroep ingesteld (zie rov. 2.1, 4.2).

2.5. Het Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, heeft bij (tussen)arrest van 24 december 2013 het hoger beroep verworpen en het tussenvonnis van de rechtbank bekrachtigd. [Eisers] zijn veroordeeld in de kosten van het hoger beroep (Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9849).

2.6. Het hof oordeelde – evenals de rechtbank in eerste aanleg – dat [eiser 1] bij zijn advisering aan [verweerders] niet gehandeld heeft als een goed opdrachtnemer en dat hij niet de zorgvuldigheid in acht heeft genomen die in de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat verwacht mocht worden (zie rov. 4.4 t/m 4.8). Het hof heeft daarbij onder meer in aanmerking genomen de gang van zaken die geschetst wordt in rov. 4.5 van zijn arrest:

“4.5. In de door [eiser 1] opgestelde notulen van de op 3 februari 2006 gehouden AVA van [B] is onder meer opgenomen:

‘In dat verband adviseert [eiser 1] om – gelet op de winterperiode en de mogelijkheid om zonder veel verplichtingen aan te gaan de incasso van debiteuren zelf af te wikkelen – zoveel mogelijk zelf crediteuren te betalen. Vervolgens zou dan over een aantal weken eigen aangifte van het faillissement gedaan kunnen worden door [A]

In dat verband benadrukken de heren [E] nog eens, dat zij – ondanks hun betrokkenheid als aandeelhouder in [C] – wensen dat het betalingsbeleid van [A] geheel zal plaatsvinden overeenkomstig de wettelijke regels. Gelet op het standpunt van [F] kan onder de gegeven omstandigheden – mede gelet op de twijfels over de correctheid van de handelwijze van [C] – niet gezegd worden dat [C] zonder meer aanspraak kan maken op betaling, zodat iedere betaling onder de gegeven omstandigheden door een curator zal worden teruggevorderd. Hetzelfde geldt ook voor betalingen die vanuit [A] zouden worden gedaan aan [B] als aflossing op de rekeningcourantschuld aan de holdingvennootschap. Aflossing van de leningen van de aandeelhouders aan [B] is dus evenmin aan de orde.’

Vervolgens is op 2 maart 2006 tijdens de AVA van [A] het besluit genomen het eigen faillissement aan te vragen en heeft [verweerder 2] het door [eiser 1] opgestelde verzoekschrift tot faillietverklaring ondertekend. Aan dit besluit is een periode voorafgegaan waarbij [eiser 1] [verweerders] heeft geadviseerd over een mogelijke doorstart met gelijktijdig faillissement van [A]. In de brief van 14 december 2005 schrijft [eiser 1] aan [A] (ter attentie van onder andere [verweerder 2]) onder meer:

‘In dit verband wijs ik u erop, dat overleg met schuldeisers over betalingen aan hen kan leiden tot het terugdraaien ervan door de curator. Er is geen bezwaar tegen om schuldeisers min of meer vage beloften te doen van betalingen en vervolgens ook daadwerkelijk betalingen te doen. Problematisch is het, indien die betalingen berusten op echt overleg, neerkomend op afspraken terzake. Met name indien besloten zou worden om enig moment toch ook [D] te betalen, is dit uiteraard van groot belang, temeer daar er sprake is van een concernverhouding vanwege het aandeelhouderschap van de heren [E] in zowel [A] als [D].’

De administrateur van [A] heeft op 29 oktober 2009 schriftelijk verklaard (productie 23 bij inleidende dagvaarding) dat nadat het besluit tot eigen aangifte op 2 maart 2006 was genomen, op advies van [eiser 1] de behandeling van de faillissementsaanvraag van [A] is uitgesteld van 6 maart naar 8 maart 2008. Dit hield verband met de inning van een grote vordering van een debiteur van [A]. Op advies van [eiser 1] is hiervoor op 2 maart 2006 een deurwaarderskantoor ingeschakeld, waarna de desbetreffende debiteur tot betaling is overgegaan. Voorts blijkt uit de overgelegde correspondentie van 6 maart 2006 van en aan (onder andere) de administrateur van [A], dat [eiser 1] graag wil vernemen of deze debiteur ook heeft betaald met het oog op de

keuze van de juiste crediteurenlijst, die als bijlage bij de faillissementsaanvraag zou worden gevoegd. Vervolgens heeft [A] op 6 en 7 maart 2006 betalingen verricht aan diverse crediteuren voor een totaal bedrag van € 533.388,92.”

2.7. Het hof heeft bij beslissing van 4 februari 2014 bepaald dat tussentijds cassatieberoep kan worden ingesteld tegen zijn arrest van 24 december 2013.

2.8. [Eisers] hebben bij dagvaarding van 24 maart 2014 cassatieberoep ingesteld tegen het (tussen)arrest van het hof van 24 december 2013. Tegen [verweerders] is in cassatie verstek verleend. [Eisers] hebben hun cassatieberoep vervolgens nog schriftelijk toegelicht.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

Onderdeel 1

3.1. Onderdeel 1 (1.1 t/m 1.3) richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.3 en 4.6 van het bestreden arrest. Onderdeel 1.1 klaagt: “Voorzover het Hof, (mede) blijkens de gebruikte, sterk op elkaar gelijkende bewoordingen, heeft bedoeld zowel in r.ov. 4.3 als in r.ov. 4.6 weer te geven – en voor wat betreft r.ov. 4.6: te toetsen aan – de maatstaf voor (beroeps) aansprakelijkheid die [eiser 1] zelf zou hebben bepleit, zijn ’s Hof’s overwegingen tegenstrijdig en (reeds op die grond) onbegrijpelijk.” [noot:1]

3.2. De klacht van onderdeel 1.1 mist feitelijke grondslag. Het hof heeft kennelijk niet beoogd om in de beide door het onderdeel aangeduide passages uit rov. 4.3 en 4.6 weer te geven welke maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid er door [eiser 1] bepleit is, of om aan die maatstaf te toetsen. De aangeduide passage uit rov. 4.3 betreft de vaststelling van het hof dat volgens [eiser 1] uit de ten tijde van de advisering (althans begin 2006) bestaande jurisprudentie en literatuur volgt, samengevat, “dat het destijds nog geen uitgemaakte zaak was of het advies aan [verweerders] om de betalingen te verrichten zoals [A] heeft gedaan, tot een (persoonlijke) aansprakelijkheid van [verweerders] zou kunnen leiden.” De aangeduide passage uit rov. 4.6 betreft de feitelijke vaststelling van het hof dat indien [eiser 1] destijds wél nader onderzoek had gedaan, “hij er dus ook achter [had] kunnen komen dat het geen uitgemaakte zaak was of de betalingen zoals door [A] verricht, niet tot moeilijkheden zouden kunnen leiden in de zin dat de curator zich jegens [verweerders] beroept op bestuurdersaansprakelijkheid.” Onderdeel 1.1 wordt derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.3. Onderdeel 1.2 richt zich eveneens tegen de overweging van het hof (in rov. 4.3) dat volgens [eiser 1] uit de ten tijde van de advisering (althans begin 2006) bestaande jurisprudentie en literatuur volgt, samengevat, “dat het destijds nog geen uitgemaakte zaak was of het advies aan [verweerders] om de betalingen te verrichten zoals [A] heeft gedaan, tot een (persoonlijke) aansprakelijkheid van [verweerders] zou kunnen leiden.” Volgens het onderdeel is deze overweging in het licht van een achttal nader aangeduide stellingen van [eisers], onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd. Het onderdeel klaagt: “Deze stellingen kunnen redelijkerwijs niet aldus worden samengevat, althans uitgelegd, als het Hof in r.ov. 4.3 heeft gedaan [...], te weten dat [eiser 1] zich op het standpunt zou hebben gesteld dat van een beroepsfout (pas) sprake zou kunnen zijn, indien het een ‘uitgemaakte zaak’ zou zijn geweest dat (het advies tot) het verrichten van de betalingen tot aansprakelijkheid van [verweerders] zou kunnen leiden (en/of dat dit volgens [eiser 1] uit de destijds voorhanden literatuur en jurisprudentie zou volgen).”

3.4. Onderdeel 1.3 richt zich tegen de overweging van het hof (in rov. 4.6) dat indien [eiser 1] destijds nader onderzoek had gedaan, hij er “dus ook achter [had] kunnen komen dat het geen uitgemaakte zaak was of de betalingen zoals door [A] verricht, niet tot moeilijkheden zouden kunnen leiden in de zin dat de curator zich jegens [verweerders] beroept op bestuurdersaansprakelijkheid.” Het onderdeel klaagt dat deze overweging in het licht van de acht stellingen die vermeld worden in onderdeel 1.2, onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd is. Het onderdeel betoogt: “Die stellingen zijn immers redelijkerwijs (ook) niet aldus uit te leggen of samen te vatten als het Hof in r.ov. 4.6 heeft gedaan [...], te weten dat [eiser 1] zich op het standpunt zou hebben gesteld dat van een beroepsfout (reeds) sprake zou kunnen zijn, zolang het geen ‘uitgemaakte zaak’ zou zijn geweest dat het verrichten van de betalingen niet tot aansprakelijkheid van [verweerders] zou kunnen leiden.”

3.5. Ook de klachten van onderdelen 1.2 en 1.3 falen wegens gebrek aan feitelijke grondslag. De klachten gaan uit van een onjuiste lezing van rov. 4.3 en 4.6. Ik verwijs naar de bespreking van onderdeel 1.1.

Onderdeel 2

3.6. Onderdeel 2 (2.1 t/m 2.6) klaagt dat het hof (in rov. 4.4 t/m 4.7) bij de beantwoording van de vraag of [eiser 1] gehandeld heeft in strijd met een op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting, een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd, en dat het oordeel van het hof daaromtrent in elk geval onbegrijpelijk is of onvoldoende gemotiveerd.

3.7. Voordat ik inga op de afzonderlijke (sub)onderdelen 2.1 t/m 2.6, merk ik op dat het hof in rov. 4.4 heeft toegelicht wat de maatstaf is aan de hand waarvan de vordering van [verweerders] beoordeeld dient te worden. Het hof overweegt:

“4.4. Het hof stelt het volgende voorop. Ter beoordeling ligt voor of [eiser 1] bij zijn advisering aan [verweerders] heeft gehandeld als een goed opdrachtnemer en daarbij de zorgvuldigheid in acht heeft genomen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. In het onderhavige geval verwijt [verweerders] [eiser 1] dat hij hem niet heeft gewaarschuwd voor de risico's van het doen van betalingen aan een beperkt aantal crediteuren van [A] nadat het besluit tot het doen van eigen aangifte van faillissement op 2 maart 2006 tijdens de AVA van [A] was genomen. Van onzorgvuldig handelen is ingevolge HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355 en HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429 in een dergelijke situatie sprake indien [eiser 1] op basis van de toen bestaande rechtspraak en literatuur er niet voldoende op mocht vertrouwen dat door de betalingen er voor [verweerders] geen moeilijkheden waren te verwachten, en hij er dus niet van kon afzien om [verweerders] te waarschuwen voor het risico dat zij als bestuurders (persoonlijk) aansprakelijk gesteld konden worden door de curator van [A]. [...]”

In de daarop aansluitende rechtsoverwegingen 4.5 t/m 4.8 oordeelt het hof vervolgens dat [eiser 1] de toepasselijke norm geschonden heeft. [Eiser 1] heeft naar oordeel van het hof niet gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat verwacht mocht worden, door in de gegeven omstandigheden niet te waarschuwen voor het vermijdbare risico dat [verweerders] als direct respectievelijk indirect bestuurder van [A] persoonlijk aansprakelijk zouden worden gehouden wegens selectieve betaling van crediteuren van [A]. Het hof overweegt onder meer (rov. 4.7, 4.8):

“4.7. Onder die omstandigheden is een advocaat aansprakelijk jegens zijn cliënt doordat hij een situatie in het leven heeft geroepen waarin, naar hij had moeten begrijpen, hij op basis van de toen bestaande rechtspraak en literatuur niet erop mocht vertrouwen dat er geen moeilijkheden waren te verwachten, meer in het bijzonder dat redelijkerwijs niet was te verwachten dat de curator beroep zou doen op bestuurdersaansprakelijkheid. Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat had alsdan voor de zekere weg moeten kiezen en zijn cliënt voor dit risico moeten waarschuwen, zodat hij niet aan een vermijdbare risico, in dit geval (persoonlijke) aansprakelijkheid van (indirect) bestuurders [verweerders] van [A] zou worden blootgesteld. Het hof merkt ten overvloede nog op dat (de advisering over) het nemen van een beslissing om tot een doorstart over te gaan op zichzelf niet onrechtmatig is. Het handelen van [eiser 1] dient echter beoordeeld te worden aan de hand van de onder 4.4 genoemde norm in het licht van al de hiervoor genoemde omstandigheden.

4.8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat [eiser 1] niet als een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat bij zijn advisering aan [verweerders] heeft gehandeld. [...]”

3.8. Onderdeel 2.1 luidt: “s Hof's hiervoor onder 2.0 geciteerde overwegingen uit r.ov. 4.4 enerzijds en die uit r.ovv. 4.6 + 4.7 anderzijds, zijn innerlijk tegenstrijdig, althans (in hun onderlinge samenhang) onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd, in zoverre als het Hof in r.ov. 4.4 als maatstaf noemt, kort gezegd, of [eiser 1] er voldoende op mocht vertrouwen dat geen moeilijkheden te verwachten waren, terwijl het Hof in r.ovv. 4.6 + 4.7 het vertrouwen (zonder meer), dat geen moeilijkheden waren te verwachten, als maatstaf hanteert.”

3.9. De klachten van onderdeel 2.1 missen deugdelijke grond. Het hof spreekt in rov. 4.4 van “voldoende vertrouwen”, terwijl in rov. 4.6 en 4.7 kortweg gesproken wordt van “vertrouwen”. De genoemde rechtsoverwegingen kunnen in redelijkheid niet aldus opgevat worden dat het hof daarmee verschillende maatstaven heeft gehanteerd.

3.10. Onderdeel 2.2 klaagt dat het hof in rov. 4.4, 4.6 en 4.7 is uitgegaan van een onjuiste maatstaf en dat het oordeel om die reden blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Het onderdeel betoogt onder meer: “Voor de gevallen waarin de advisering door de advocaat zoals hiervoor bedoeld ten toets staat, heeft evenwel als maatstaf te gelden of de advocaat, gelet op

alle feiten en omstandigheden van het desbetreffende, concrete geval, in redelijkheid tot het advies heeft kunnen komen, met andere woorden of een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat in de gegeven omstandigheden niet een ander advies zou hebben gegeven.” Het onderdeel vervolgt: “Althans dient de maatstaf te zijn of de advocaat onder gegeven omstandigheden in redelijkheid kon menen althans gerechtvaardigd heeft kunnen vertrouwen dat het risico van moeilijkheden voor zijn cliënt niet zodanig groot was, dat hij als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat daarvoor uitdrukkelijk diende te waarschuwen.”

3.11. Ook de klachten van onderdeel 2.2 kunnen niet slagen. Het hof heeft geoordeeld dat [eiser 1] gehandeld heeft in strijd met de op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting. Naar het oordeel van het hof heeft [eiser 1] niet gehandeld als een goed opdrachtnemer en heeft hij niet de zorgvuldigheid in acht genomen die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat verwacht mocht worden, dit door zijn cliënt in de gegeven omstandigheden niet te waarschuwen voor het vermijdbare risico dat [verweerders] als direct respectievelijk indirect bestuurder van [A] persoonlijk aansprakelijk zouden worden gehouden wegens selectieve betaling van crediteuren van [A]. Daarbij heeft het hof onder meer acht geslagen op de in rov. 4.5 genoemde omstandigheden van het onderhavige geval (zie hierboven, onder 2.6). Verder heeft het hof in dit verband onder meer vastgesteld en in aanmerking genomen dat [eiser 1] had moeten beseffen dat er onzekerheid bestond omtrent de toelaatbaarheid van selectieve betalingen aan crediteuren die geen “groepscrediteuren” zijn, dat het daarom ook op de weg van [eiser 1] had gelegen om nader onderzoek te doen, en dat [eiser 1] aan de destijds bestaande rechtspraak en literatuur niet het vertrouwen kon en mocht ontlenen dat de selectieve betalingen voor [verweerders] niet tot moeilijkheden zouden leiden (zie rov. 4.4 t/m 4.8). Het oordeel van het hof geeft daarmee – anders dan het onderdeel stelt – geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. [noot:2] Ten overvloede merk ik op dat de door het onderdeel verdedigde maatstaf ook niet wezenlijk lijkt af te wijken van de maatstaf die het hof in het onderhavige geval heeft toegepast.

3.12. Onderdelen 2.3 en 2.4 betogen, kort samengevat, dat [eiser 1] gezien een zestal nader aangeduide omstandigheden, ten tijde van de advisering in redelijkheid kon menen, althans er gerechtvaardigd op kon vertrouwen, dat het risico van moeilijkheden voor [verweerders] niet dusdanig groot was dat hij [verweerders] daarvoor uitdrukkelijk diende te waarschuwen. Volgens de onderdelen heeft het hof, door ondanks de betreffende omstandigheden te oordelen dat [eiser 1] een beroepsfout heeft gemaakt door niet te waarschuwen, met zijn oordeel blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel zou in elk geval onbegrijpelijk zijn of onvoldoende gemotiveerd.

3.13. De klachten van onderdelen 2.3 en 2.4 zijn ongegrond. Het hof heeft in rov. 4.6 vastgesteld dat [eiser 1], gezien ook de destijds kenbare jurisprudentie en literatuur, er niet op mocht vertrouwen dat er voor [verweerders] geen moeilijkheden waren te verwachten indien er in de gegeven situatie selectieve betalingen werden gedaan aan crediteuren van [A]. Deze vaststelling, die in belangrijke mate een feitelijk karakter heeft, geeft als zodanig geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd, ook niet in het licht van de stellingen en betogen van onderdelen 2.3 en 2.4. Zie in dit verband onder meer hetgeen het hof in rov. 4.6 overweegt over het standpunt dat [eiser 1] zelf in deze procedure heeft ingenomen omtrent de betekenis van het arrest Coral/Stalt: “Uit het arrest Coral/Stalt volgt echter, zoals [eiser 1] overigens ook zelf heeft betoogd (o.m. in zijn pleitaantekeningen onder 33), dat die beslissing was toegespitst op een voorkeursbehandeling van tot de ‘groep’ behorende crediteuren, maar dat de Hoge Raad uitdrukkelijk de (on)rechtmatigheid van andere gevallen van ongelijke behandeling van crediteuren bij het doen van betalingen aan hen, in het midden heeft gelaten” (rov. 4.6). De onderdelen bevatten overigens ook geen adequate verwijzingen naar in eerdere aanleg aangevoerde stellingen waarop door het hof onvoldoende gerespondeerd zou zijn.

3.14. Onderdeel 2.5 beroept zich zowel op de zes in onderdeel 2.3 gestelde omstandigheden als op een vijftal in onderdeel 2.5 aangeduide stellingen waarvan de juistheid door het hof in het midden gelaten zou zijn. Het onderdeel klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 4.4, 4.6 en 4.7 gezien die gestelde feiten en omstandigheden blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, en dat het oordeel gezien die stellingen in elk geval onbegrijpelijk is of onvoldoende gemotiveerd.

3.15. Ook onderdeel 2.5 wordt tevergeefs voorgesteld. Het bestreden oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd, ook niet in het licht van de door het onderdeel gestelde feiten en omstandigheden en de door het onderdeel aangeduide stellingen van [eisera]. Daarbij merk ik op dat het hof onder meer heeft

vastgesteld dat het op de weg van [eiser 1] had gelegen om nader onderzoek te doen, en dat is vastgesteld dat [eiser 1] dergelijk nader onderzoek niet heeft gedaan (zie rov. 4.6). Die vaststelling wordt door het onderdeel niet bestreden, althans niet op een voldoende duidelijke en begrijpelijke wijze. Verder merk ik op dat het oordeel van het hof omtrent de vraag of [eiser 1] voldoende zorgvuldigheid heeft betracht, verweven is met waarderingen van feitelijke aard; dit oordeel kan om die reden in cassatie slechts in beperkte mate getoetst worden. Voor een integrale herbeoordeling is hier in cassatie – in tegenstelling tot hetgeen het onderdeel lijkt te veronderstellen – geen ruimte. Ik wijs er nog op dat het hof geenszins heeft verlangd dat [eiser 1] in de omstandigheden van het geval een uitgebreid en academisch advies diende uit te brengen. Volgens het hof had [eiser 1] [verweerders] gelet op de omstandigheid dat [A] niet al haar schuldeisers kon voldoen en zelf haar faillissement ging aanvragen en op hetgeen in het arrest Coral/Stalt is beslist moeten waarschuwen voor het risico dat het verrichten van betalingen aan enkelen van de schuldeisers tot juridische moeilijkheden voor [verweerders] zou kunnen leiden. Door een dergelijke waarschuwing achterwege te laten heeft [eiser 1] een situatie in het leven geroepen waarin [verweerders] een onnodig risico gelopen.

3.16. Onderdeel 2.6 klaagt dat het oordeel van het hof (in rov. 4.4 t/m 4.7) onvoldoende gemotiveerd is gelet op de uitspraak van het Hof van Discipline welke als productie “A” bij de memorie van grieven is gevoegd.

3.17. Onderdeel 2.6 mist deugdelijke grond. Reden daarvoor is reeds dat uit het middel niet blijkt dat in deze procedure een beroep op de betreffende uitspraak van het Hof van Discipline is gedaan. Overigens heeft het hof in zijn bestreden arrest mijns inziens een juiste benadering gevolgd: het hof heeft er terecht op gewezen dat de Hoge Raad in het arrest Coral/Stalt de (on) rechtmatigheid van andere betalingen dan die aan groepscrediteuren in het midden liet. Hieruit had [eiser 1] moeten afleiden dat in de rechtspraak onzekerheid bestond over de rechtmatigheid van dergelijke betalingen aan die andere schuldeisers. M.i. is dit een begrijpelijke redenering.

Onderdeel 3

3.18. Onderdeel 3 (3.1 en 3.2) richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.6 van zijn arrest. Het bestreden oordeel luidt:

“4.6. [...] [eiser 1] heeft nog aangevoerd dat de betalingen erop waren gericht om een doorstart van [A] mogelijk te maken. Aan deze stelling kan slechts de betekenis worden verbonden dat de selectieve betalingen aan de crediteuren [A] werden gedaan om een eigen belang te dienen, namelijk om het mogelijk maken dat de ondernemingsactiviteiten van [A] in afgeslankte vorm door een andere vennootschap in de toekomst konden worden voortgezet. Anders dan [eiser 1] heeft aangevoerd, kon hij aan de destijds kenbare jurisprudentie en literatuur niet het vertrouwen ontleenen dat er geen moeilijkheden waren te verwachten in een situatie waarin [A] betalingen ging verrichten, terwijl het besluit om het eigen faillissement van [A] aan te vragen was genomen – zodat er ook geen twijfel meer bestond voor [verweerders] dat [A] niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen – en de behandeling van faillissementsaanvraag bovendien is uitgesteld teneinde nog een grote betaling van een debiteur te kunnen incasseren om op 6 en 7 maart 2006 bepaalde crediteuren te kunnen voldoen.”

3.19. Onderdeel 3.1 klaagt dat het bovengenoemde oordeel (in rov. 4.6) blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting “voor zover daarin besloten ligt, dat de omstandigheid dat selectieve betalingen, gedaan vóór het faillissement van een vennootschap, zijn verricht met het oog op een ‘doorstart’ van de door die vennootschap gedreven onderneming in een nieuwe, althans andere vennootschap, met gelijktijdig faillissement van de oorspronkelijke vennootschap, nimmer een rechtvaardigingsgrond voor deze betalingen zou kunnen opleveren.”

3.20. De klacht van onderdeel 3.1 is ongegrond. De door het onderdeel aangeduide rechtsopvatting ligt niet in het oordeel van het hof besloten. Het hof heeft geoordeeld dat er in het onderhavige geval geen rechtvaardiging bestond voor de selectieve betalingen aan de crediteuren van [A], nu de betalingen slechts gedaan werden om een eigen belang te dienen (een eigen belang bij de voortzetting van de ondernemingsactiviteiten van [A] door een andere vennootschap) (zie rov. 4.6).

3.21. Onderdeel 3.2 klaagt dat het oordeel van het hof (in rov. 4.6) blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting “aangezien [eiser 1] ten tijde van zijn advisering, begin 2006, op basis van de toenmalige stand van de literatuur en jurisprudentie – hetgeen te dezen beslissend is – in redelijkheid kon menen, althans gerechtvaardigd kon vertrouwen, dat selectieve betalingen,

verricht met het oog op een ‘doorstart’ via het faillissement van de oorspronkelijke vennootschap, geoorloofd waren, ook indien dergelijke betalingen werden verricht op het moment waarop het faillissement onafwendbaar was en ook indien met de ‘doorstart’ in zoverre een ‘eigen belang’ werd gediend, dat een of meer van de belanghebbenden bij de oorspronkelijke vennootschap tevens belanghebbenden bij de overnemende vennootschap waren.”

3.22. De klachten van onderdeel 3.2 falen eveneens. Het hof heeft in rov. 4.6 vastgesteld dat [eiser 1] aan de destijds kenbare jurisprudentie en literatuur niet het vertrouwen kon ontleen dat er geen moeilijkheden waren te verwachten indien [A] in de gegeven situatie de selectieve betalingen zou verrichten. Deze vaststelling, die in belangrijke mate berust op waarderingen van feitelijke aard, geeft als zodanig geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

Slotsom

3.23. Nu geen van de klachten van onderdelen 1 t/m 3 doel treft, dient het cassatieberoep verworpen te worden.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerder 2] is enig aandeelhouder en bestuurder van [verweester 1]. [Verweester 1] is bestuurder van [A] (hierna: [A]). De enig aandeelhouder van [A] was [B](hierna: [B]).

(ii) [eiser 1] is als advocaat werkzaam bij [eiseres 2] en heeft werkzaamheden uitgevoerd voor [A], (indirect) bestuurders van [A], en gelieerde vennootschappen.

(iii) Op 2 maart 2006 is op advies van [eiser 1] en in zijn aanwezigheid, tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders van [A] besloten tot het aanvragen van het eigen faillissement van [A]. [Verweesters] hebben op dezelfde datum het door [eiser 1] opgestelde verzoekschrift tot faillietverklaring ondertekend.

(iv) Op 6 en 7 maart 2006 heeft [A] betalingen verricht aan diverse crediteuren voor een bedrag van in totaal € 533.388,92.

(v) Op 8 maart 2006 is [A] op eigen aangifte failliet verklaard.

(vi) De curator van [A] heeft [verweesters] aansprakelijk gesteld in hun hoedanigheid van bestuurder respectievelijk indirect bestuurder van [A].

(vii) Het hof heeft (evenals eerder de rechtbank Arnhem) in een andere procedure geoordeeld dat [verweesters] door het verrichten van de betalingen van 6 en 7 maart 2006 onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement van [A] en [verweesters] veroordeeld tot betaling van € 190.289,26 aan de curator van [A]. Tegen dit arrest is geen cassatieberoep ingesteld.

3.2.1. In dit geding vorderen [verweesters] voor recht te verklaren dat [eisers] aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van onjuist adviseren, althans niet waarschuwen voor risico's die zijn verbonden aan het verrichten van betalingen aan crediteuren na het moment dat besloten is tot het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring. Tevens vorderen zij veroordeling van [eisers] tot vergoeding van die schade.

3.2.2. Bij tussenvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat [eiser 1] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht en dat [eiser 1] en [eiseres 2] daarvoor hoofdelijk aansprakelijk zijn. Zij heeft [verweesters] opgedragen feiten en

omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat sprake is van causaal verband tussen de vastgestelde beroepsfout en de door [verweerdere] gestelde schade.

3.2.3. Het hof heeft het tegen dat tussenvonnis gerichte beroep verworpen. Het heeft daartoe overwogen:

“4.4. (...) Ter beoordeling ligt voor of [eiser 1] bij zijn advisering aan [verweerdere] heeft gehandeld als een goed opdrachtnemer en daarbij de zorgvuldigheid in acht heeft genomen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. In het onderhavige geval verwijt [verweerdere] [eiser 1] dat hij hem niet heeft gewaarschuwd voor de risico's van het doen van betalingen aan een beperkt aantal crediteuren van [A] nadat het besluit tot het doen van eigen aangifte van faillissement op 2 maart 2006 tijdens de AVA van [A] was genomen. Van onzorgvuldig handelen is ingevolge HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355 en HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429 in een dergelijke situatie sprake indien [eiser 1] op basis van de toen bestaande rechtspraak en literatuur er niet voldoende op mocht vertrouwen dat door de betalingen er voor [verweerdere] geen moeilijkheden waren te verwachten, en hij er dus niet van kon afzien om [verweerdere] te waarschuwen voor het risico dat zij als bestuurders (persoonlijk) aansprakelijk gesteld konden worden door de curator van [A]. (...)

4.5. In de door [eiser 1] opgestelde notulen van de op 3 februari 2006 gehouden AVA van [B] is onder meer opgenomen:

‘In dat verband adviseert [eiser 1] om – gelet op de winterperiode en de mogelijkheid om zonder veel verplichtingen aan te gaan de incasso van debiteuren zelf af te wikkelen – zoveel mogelijk zelf crediteuren te betalen. Vervolgens zou dan over een aantal weken eigen aangifte van het faillissement gedaan kunnen worden door [A]

In dat verband benadrukken de heren [E] nog eens, dat zij – ondanks hun betrokkenheid als aandeelhouder in [C] – wensen dat het betalingsbeleid van [A] geheel zal plaatsvinden overeenkomstig de wettelijke regels. Gelet op het standpunt van [F] kan onder de gegeven omstandigheden – mede gelet op de twijfels over de correctheid van de handelwijze van [C] – niet gezegd worden dat [C] zonder meer aanspraak kan maken op betaling, zodat iedere betaling onder de gegeven omstandigheden door een curator zal worden teruggevorderd. Hetzelfde geldt ook voor betalingen die vanuit [A] zouden worden gedaan aan [B] als aflossing op de rekeningcourantschuld aan de holdingvennootschap. Aflossing van de leningen van de aandeelhouders aan [B] is dus evenmin aan de orde.’

Vervolgens is op 2 maart 2006 tijdens de AVA van [A] het besluit genomen het eigen faillissement aan te vragen en heeft [verweerder 2] het door [eiser 1] opgestelde verzoekschrift tot faillietverklaring ondertekend. Aan dit besluit is een periode voorafgegaan waarbij [eiser 1] [verweerdere] heeft geadviseerd over een mogelijke doorstart met gelijktijdig faillissement van [A]. In de brief van 14 december 2005 schrijft [eiser 1] aan [A] (ter attentie van onder andere [verweerder 2]) onder meer:

‘In dit verband wijs ik u erop, dat overleg met schuldeisers over betalingen aan hen kan leiden tot het terugdraaien ervan door de curator. Er is geen bezwaar tegen om schuldeisers min of meer vage beloften te doen van betalingen en vervolgens ook daadwerkelijk betalingen te doen. Problematisch is het, indien die betalingen berusten op echt overleg, neerkomend op afspraken terzake. Met name indien besloten zou worden om enig moment toch ook [D] te betalen, is dit uiteraard van groot belang, temeer daar er sprake is van een concernverhouding vanwege het aandeelhouderschap van de heren [E] in zowel [A] als [D].’

De administrateur van [A] heeft op 29 oktober 2009 schriftelijk verklaard (...) dat nadat het besluit tot eigen aangifte op 2 maart 2006 was genomen, op advies van [eiser 1] de behandeling van de faillissementsaanvraag van [A] is uitgesteld van 6 maart naar 8 maart 2008. Dit hield verband met de inning van een grote vordering van een debiteur van [A]. Op advies van [eiser 1] is hiervoor op 2 maart 2006 een deurwaarderskantoor ingeschakeld, waarna de desbetreffende debiteur tot betaling is overgegaan. Voorts blijkt uit de overgelegde correspondentie van 6 maart 2006 van en aan (onder andere) de administrateur van [A], dat [eiser 1] graag wil vernemen of deze debiteur ook heeft betaald met het oog op de keuze van de juiste crediteurenlijst, die als bijlage bij de faillissementsaanvraag zou worden gevoegd. Vervolgens heeft [A] op 6 en 7 maart 2006 betalingen verricht aan diverse crediteuren voor een totaal bedrag van € 533.388,92.

4.6. Uit de hiervoor geschetste gang van zaken volgt dat [eiser 1] zich bij zijn advisering rekenschap lijkt te hebben gegeven van de in het arrest Coral/Stalt geformuleerde regel over betalingen aan groepsmaatschappijen ten nadele van andere schuldeisers (...). Uit het arrest Coral/Stalt volgt echter (...) dat die beslissing was toegespitst op een voorkeursbehandeling van tot de ‘groep’ behorende crediteuren, maar dat de Hoge Raad uitdrukkelijk de (on)rechtmatigheid van andere gevallen van ongelijke behandeling van crediteuren bij het doen van betalingen aan hen, in het midden heeft gelaten. Dit had bij [eiser 1] tot het besef moeten leiden dat aan het arrest geen bredere betekenis kon worden toegekend dan de in het arrest genoemde afbakening, en dat over de (on)rechtmatigheid van ongelijke betalingen aan andere crediteuren dan de ‘groepscrediteuren’ onzekerheid bestond, bijvoorbeeld wanneer betaald werd nadat al besloten was het eigen faillissement aan te vragen. Dit betekent dat het op de weg van [eiser 1] had gelegen om nader onderzoek te doen (...). Indien [eiser 1] dit nadere onderzoek destijds wel had gedaan, had hij kunnen ontdekken dat er in de literatuur verschillende standpunten werden ingenomen over selectieve betalingen door bestuurders (al dan niet) in het zicht van het faillissement en had hij er dus ook achter kunnen komen dat het geen uitgemaakte zaak was of de betalingen zoals door [A] verricht, niet tot moeilijkheden zouden kunnen leiden in de zin dat de curator zich jegens [verweerd] beroept op bestuurdersaansprakelijkheid.

(...)

4.7. (...).

Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat had alsdan voor de zekere weg moeten kiezen en zijn cliënt voor dit risico moeten waarschuwen, zodat hij niet aan een vermijdbaar risico, in dit geval (persoonlijke) aansprakelijkheid van (indirect) bestuurders [verweerd] van [A] zou worden blootgesteld. (...).

4.8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat [eiser 1] niet als een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat bij zijn advisering aan [verweerd] heeft gehandeld. (...)

3.2.4. Het hof heeft bepaald dat tussentijds cassatieberoep kan worden ingesteld.

3.3. Onderdeel 2.2 klaagt dat het hof een onjuiste maatstaf heeft toegepast. Het betoogt, samengevat, dat de maatstaf uit HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, NJ 1983/367 en HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429, NJ 1992/808, welke uitspraken zien op processuele rechtshandelingen, niet is toegesneden op en niet geschikt is voor een geval als het onderhavige, waarin het gaat om advisering. Daarvoor heeft als maatstaf te gelden of de advocaat, gelet op alle feiten en omstandigheden van het desbetreffende, concrete geval, in redelijkheid tot zijn advies heeft kunnen komen. Althans dient de maatstaf te zijn of de advocaat onder gegeven omstandigheden in redelijkheid kon menen dat het risico van moeilijkheden voor zijn cliënt niet zodanig groot was, dat hij als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat daarvoor uitdrukkelijk diende te waarschuwen. Het enkele feit dat ten tijde van het geven van het advies in de literatuur verschillende standpunten werden ingenomen of dat in de lagere jurisprudentie uitspraken in verschillende zin voorkwamen, terwijl de Hoge Raad het desbetreffende punt vooralsnog in het midden heeft gelaten, is onvoldoende om het achterwege laten van een waarschuwing als een beroepsfout aan te merken. De onderdelen 2.3 en 2.4 klagen dat het oordeel van het hof in elk geval onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is in het licht van een aantal in die onderdelen vermelde omstandigheden en stellingen.

3.4.1. Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.

3.4.2. De door het hof genoemde uitspraken van 2 april 1982 en 29 november 1991 hebben betrekking op de wijze waarop een advocaat een procedure voert. De hiervoor in 3.4.1 genoemde zorgvuldigheidsplicht brengt mee dat een advocaat zijn cliënt daarbij niet onnodig blootstelt aan voorzienbare en vermijdbare risico's.

3.4.3. Wanneer een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, brengt de hiervoor in 3.4.1 genoemde zorgvuldigheidsplicht mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (vgl. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92). Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In

dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.

3.5. Het hof heeft deze maatstaf niet miskend. Het heeft vastgesteld dat in de rechtspraak en literatuur ten tijde van de advisering door [eiser 1] uiteenlopend werd gedacht over de rechtmatigheid van het doen van selectieve betalingen (aan andere schuldeisers dan groepsmaatschappijen) in het zicht van het eigen faillissement. Het middel bestrijdt dat niet. Door te oordelen dat [eiser 1] bij die stand van zaken [verweerders] had moeten wijzen op de mogelijkheid dat de curator in het op handen zijnde faillissement van [A] hen als (indirect) bestuurder aansprakelijk zou houden voor de voorgenomen betaling van enkele crediteuren, en dat hij door dit na te laten niet de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het heeft zijn oordeel bovendien voldoende gemotiveerd, ook in het licht van de in de onderdelen 2.3 en 2.4 genoemde omstandigheden en stellingen. De onderdelen 2.2-2.4 falen derhalve.

3.6. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eisers] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerders] begroot op nihil.

» **Noot**

1. *Inleiding.* Wanneer in 2006 het bestuur van een vennootschap beseft dat een faillissement onafwendbaar is, maar een doorstart mogelijk nog een optie, wordt de advocaat om advies gevraagd. Zou de vennootschap, die niet in staat is om al haar verplichtingen na te komen, voorafgaand aan het faillissement nog een aantal selectieve betalingen mogen doen? De advocaat wijst in de eerste plaats op art. 47 Fw en benadrukt dat met de crediteuren die nog betaald zullen krijgen geen overleg moet worden gepleegd. Indien deze verplichte rechtshandeling niet aantastbaar is met de faillissementspauliana, is er behoudens bijzondere omstandigheden ook geen sprake van onrechtmatig handelen, zo leidt de advocaat af uit HR 16 juni 2000, «JOR» 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*). Blijkens r.o. 3.4.6 liggen immers in de paulianabepalingen “mede regels besloten ten aanzien van hetgeen in de periode vóór het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is”. Met die bepalingen worden dus in beginsel de grenzen afgebakend van wat wel en niet mag.

2. Tot de bijzondere omstandigheden waarin van onrechtmatig handelen sprake kan zijn, hoewel aan de vereisten voor vernietiging ex art. 47 Fw niet is voldaan, rekent men dan al de nakoming van verplichte rechtshandelingen binnen concernverband wanneer de vennootschap zich in een liquidatiefase bevindt en externe crediteuren door deze selectieve betaling zullen worden benadeeld. Hoewel HR 12 juni 1998, «JOR» 1998/107, m.nt. Van den Ingh (*Coral/Stalt*) ziet op een procedure van een individuele onbetaald gelaten crediteur, maakt de Hoge Raad in dat arrest duidelijk dat selectieve betaling ook een normschending jegens de gezamenlijke crediteuren kan inhouden.

3. In zijn advies aan het bestuur en de aandeelhouders van de vennootschap refereert de advocaat aan voormelde arresten om inzichtelijk te maken waar de Hoge Raad de piketpalen heeft geslagen. Wat hij niet in zijn advisering betreft, is dat er in de literatuur op dat moment door sommige auteurs een ruimere benadering van het leerstuk van de selectieve betaling wordt bepleit en dat er lagere rechtspraak bestaat waarin die benadering is gevolgd. Hij waarschuwt niet voor het risico dat het vasthouden aan genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad toch aansprakelijkheidsrisico's met zich kan brengen, althans, dat een curator hierin aanleiding zou kunnen zien voor een vordering uit onrechtmatige daad op de bestuurders.

4. Het vervolg is bekend. De vennootschap vraagt faillissement aan en verricht daarna nog enkele selectieve betalingen. De curator houdt de bestuurders aansprakelijk omdat zij met het

verrichten van de selectieve betalingen de *paritas creditorum* zouden hebben geschonden. De rechtbank blijkt diens visie op dit leerstuk te delen, en ook het hof is van oordeel dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld. Na de faillissementsaanvraag stond het hun niet langer vrij om bepaalde crediteuren wel en andere niet te voldoen, maar hadden zij de verdeling van het boedelactief aan de curator moeten overlaten. Daarbij wordt erop gewezen dat de Hoge Raad in Coral/Stalt, alvorens de intraconcernbetalingen onrechtmatig te achten, in r.o. 3.4.3 heeft opgemerkt dat “in het midden kan blijven welke omstandigheden in het algemeen kunnen meebrengen dat een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, onrechtmatig handelt door zijn schuldeisers ongelijk te behandelen”. Uit deze zinsnede blijkt immers dat de Hoge Raad op voorhand niet uitgesloten acht dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin selectieve betalingen aan crediteuren buiten het concern eveneens als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt. In Coral/Stalt zelf heeft de Hoge Raad deze grondslag echter niet uitgewerkt, hoewel de vennootschap blijkens r.o. 3.4.2 ook alle handelscrediteuren behalve Coral had voldaan.

5. De bestuurders zien af van cassatie. De Hoge Raad krijgt derhalve geen gelegenheid om het leerstuk van de selectieve betaling aan externe crediteuren, vele jaren na Coral/Stalt, van een nieuwe duiding te voorzien. Voor de rechtspraak is dat een gemiste kans. Temeer daar in de literatuur inmiddels een scala aan opvattingen over deze materie naar voren is gebracht. Zolang de Hoge Raad geen positie kan kiezen in deze kwestie, heeft elke auteur het mogelijk bij het rechte eind. Wellicht heeft de advocaat het gelijk aan zijn zijde, en getuigt de benadering van de rechtbank en hof van een onjuiste rechtsopvatting.

6. *De maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid van de advocaat.* De zaak die de Hoge Raad wel haalt en aanleiding vormt voor het hiervoor weergegeven arrest, ziet slechts op de vraag of de advocaat in kwestie een beroepsfout heeft gemaakt door in zijn advisering niet te waarschuwen dat over het leerstuk van selectieve betaling in de lagere rechtspraak en literatuur andere opvattingen werden gehuldigd, en dat de bestuurders derhalve het risico liepen door de curator te worden aangesproken wanneer zij selectieve betalingen zouden verrichten. Zowel de rechtbank als het hof waren van oordeel dat de advocaat dat risico in zijn advisering had moeten betrekken. De Hoge Raad gaat daarin mee.

7. De eerste vraag waar de Hoge Raad zich voor gesteld ziet, is of ten aanzien van advisering aan een cliënt een wezenlijk andere maatstaf zou moeten gelden dan ten aanzien van beslissingen met betrekking tot een procedure. Daarvoor ziet het rechtscollege geen aanleiding. Het uitgangspunt is dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht (r.o. 3.4.1). In r.o. 3.4.3 vervolgt de Hoge Raad: “Wanneer een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, brengt de genoemde zorgvuldigheidsplicht mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (vgl. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007, 92). Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.”

8. Die met Kelderluikcriteria verrijkte maatstaf lijkt mij niet controversieel en voor de rechtspraak goed toepasbaar. Van grotere betekenis acht ik de wijze waarop de Hoge Raad vervolgens in r.o. 3.5 een koppeling aanbrengt met de beoordeling door het hof. Het hof blijkt de zojuist door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf niet te hebben miskend. De Hoge Raad overweegt dat het hof heeft vastgesteld dat in de rechtspraak en literatuur ten tijde van de advisering door de advocaat uiteenlopend werd gedacht over de rechtmatigheid van het doen van selectieve betalingen (aan andere schuldeisers dan groepsmaatschappijen) in het zicht van het eigen faillissement. Het middel heeft dat niet bestreden. Door te oordelen dat de advocaat bij die stand van zaken de bestuurders had moeten wijzen op de mogelijkheid dat de curator in het op handen zijnde faillissement van de vennootschap hen als bestuurder aansprakelijk zou houden voor de voorgenomen betaling van enkele crediteuren, en dat hij door dit na te laten niet de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht, heeft het hof volgens de Hoge Raad geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het heeft zijn oordeel bovendien voldoende gemotiveerd.

9. Een eerste observatie is dat het voor de beoordeling of sprake is van een beroepsfout niet van (beslissende) betekenis is of de advocaat ten aanzien van de rechtsvraag gelijk heeft. Het hof

had in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure niet vastgesteld dat de curator gelijk had. De advocaat had simpelweg behoren te voorzien dat er een risico was dat de bestuurders zouden worden aangesproken, ongeacht de uitkomst van die procedure. Dat de bestuurders moeilijkheden zou kunnen krijgen met de curator was voor het hof al genoeg reden om een waarschuwingplicht aan te nemen. Daarbij was van betekenis dat de curator voor zijn aansprakelijkstelling steun kon putten uit de literatuur en lagere rechtspraak. Zou de curator een volstrekt nieuwe invalshoek hebben gekozen, en er zijn genoeg curatoren die dat doen, dan staat bepaald niet vast dat de advocaat eenzelfde waarschuwingplicht zou hebben gehad. Deze benadering brengt echter ook mee dat de advocaat die constateert dat rechtbank en hof de vorderingen van de curator jegens zijn cliënt afwijzen, nog steeds een beroepsfout kan hebben gemaakt door niet te waarschuwen voor het risico dat de curator de procedure zou starten. De cliënt heeft immers in zijn afweging te betrekken dat een bepaalde gedraging tot een procedure kan leiden. Dat de cliënt waarschijnlijk niet aansprakelijk is, betekent niet dat de advocaat hem niet behoort te waarschuwen voor een aansprakelijkstelling. De cliënt dient immers zelf, goed geïnformeerd, te beslissen of hij het risico van een procedure wenst te lopen. Dat is een breder vraagstuk dan of de cliënt uiteindelijk het recht aan zijn zijde heeft. In veel gevallen heeft de cliënt liever rust dan na tien jaar gelijk. Vanuit deze optiek is waarschuwen voor risico's dus het devies. Dat een en ander in de rechtspraktijk tot frustraties kan leiden, is duidelijk. Cliënten hebben immers een begrijpelijke weerzin tegen raadslieden die met "enerzijds, anderzijds"-adviezen volstaan. Men wil, zeker in insolventiesituaties, een loods die hen in de storm bekwaam langs de klippen leidt. Een advocaat die omwille van zijn eigen aansprakelijkheidsrisico's volstaat met het wijzen op risico's voor de cliënt, vervult die taak niet. Niettemin is het van belang te onderkennen dat het de taak van de advocaat is om zijn cliënt zodanig te informeren dat deze zelf een verantwoorde beslissing kan nemen. Het is niet aan de advocaat om dat voor zijn cliënt te beslissen.

10. Een tweede observatie is dat de Hoge Raad belang hecht aan wat in de rechtsliteratuur over een bepaalde onderwerp wordt betoogd, zeker wanneer de Hoge Raad er zelf geen aandacht aan heeft kunnen wijden. Het hoogste rechtscollege krijgt niet vaak een kans om een bijdrage te leveren aan de doctrine, en laat het ook vaak aan literatuur en lagere rechtspraak om in te vullen waar hij zelf niet aan is toegekomen. Een groot deel van de rechtsvorming vindt aldus plaats op een lager niveau, zij het dat niet vaststaat dat de Hoge Raad voor een bepaalde zienswijze steun zal bieden. De onderhavige zaak leert dat een advocaat acht heeft te slaan op wat in rechtsliteratuur en lagere rechtspraak als rechtens juist wordt verdedigd, ook al is de advocaat het daarmee oneens gelet op diens eigen begrip van de jurisprudentie van de Hoge Raad. In diens advisering vormt deze onderstroom een factor van betekenis. Uiteraard kan hij menen dat een vonnis van een rechtbank niet spoot met de doctrine, dat een dissertatie al te optimistisch is over de gelding van het daarin besproken onderwerp, of dat een artikel te lichtzinnig omgaat met de materie. Er zijn annotatoren die na elk groen licht van de Hoge Raad kunnen toelichten waarom het op oranje staat. Maar dit arrest maakt duidelijk dat een advocaat met al deze zienswijzen terdege rekening moet houden en niet slechts mag afgaan op wat het hoogste rechtscollege aan regels markeert.

11. Is deze benadering nu gelukkig? Ik zou menen dat we er goed aan doen het belang van rechtsliteratuur iets te relativiseren ten opzichte van de rechtspraak. Het komt *the marketplace of ideas* ten goede wanneer auteurs zich vrij voelen om buiten platgetreden paden te treden. Een dergelijke discussie is gebaat bij maximale vrijheid. Die vrijheid wordt ontegenzeggelijk beperkt wanneer artikelen in de rechtsliteratuur al de grondslag kunnen vormen van beroepsaansprakelijkheidsclaims tegen de advocaat die deze onvoldoende gewicht heeft toegekend. De bijdrage van de rechtsliteratuur aan de rechtsvorming wordt mijns inziens dan ook niet bevorderd door de koppeling die in dit arrest wordt aangebracht tussen de artikelenstroom en de waarschuwingplicht van de advocaat. In die zin was het verfrissend om het oordeel van het Hof van Discipline in deze zaak te lezen, waarin de tuchtklachten tegen de advocaat werden afgewezen nu de stand van de jurisprudentie anno 2006 geen aanleiding bood anders te adviseren dan de advocaat had gedaan.

12. *De selectieve betaling*. Ik kom terug bij het vraagstuk wanneer selectief betalen nu onrechtmatig moet worden geacht. Mijn persoonlijke opvatting is dat de bestuurder van een latere failliet die onverplicht selectieve betalingen verricht en daarmee de gezamenlijke crediteuren benadeelt in hun verhaalsmogelijkheden, aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatige daad ongeacht of de rechtshandeling vernietigbaar is op grond van art. 42 Fw. Het gebrek aan rechtens relevante wetenschap bij de wederpartij is derhalve van geen betekenis voor de aansprakelijkheid van de bestuurder van de failliet, en het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO I brengt daarin geen verandering. Dat arrest is wel relevant voor de vraag of de wederpartij van

de failliet aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatige daad in gevallen waarin aan de vereisten van de faillissementspauliana niet is voldaan (vgl. HR 10 oktober 2014, «JOR» 2014/297 (*Pommé c.s./Bisscheroux q.q.*)).

13. Ten aanzien van verplichte rechtshandelingen is de situatie, zou ik menen, een andere. Uit art. 47 Fw blijkt reeds dat nakoming daarvan slechts in uitzonderingsgevallen met vernietiging wordt bedreigd. Hoofregel is dat de crediteur buiten faillissement het volste recht heeft om betaling te verlangen. Het heeft iets ongerijms om ten aanzien van de nakoming van verplichte rechtshandelingen de crediteur de steun te bieden van het recht, behoudens art. 47 Fw-situaties, maar de bestuurder van de latere failliet die voor de nakoming moet zorgdragen te bedreigen met aansprakelijkheid ter zake van dezelfde transactie. Om die reden zou ik de uitzondering die terecht in Coral/Stalt is gemaakt voor betalingen binnen het concern, niet zonder meer willen uitbreiden naar selectieve betalingen aan externe creditoren. Het effect daarvan is immers dat creditoren in een situatie waarin zij de paritas creditorum nog niet hoeven te eerbiedigen en nakoming mogen afdwingen, een bestuurder tegenover zich kunnen vinden die de paritas creditorum schendt zodra hij gevolg geeft aan de eisen van de crediteur. Zo breidt de paritas creditorum als leidend beginsel zich almaar verder uit tot de weken die aan de faillietverklaring voorafgaan, zonder dat evident is waar de nieuwe piketpaal moet worden geslagen. Daar zou de Hoge Raad dan toch eens antwoord op moeten geven, al dan niet via cassatie in belang der wet. Voor de praktijk is minstens zo relevant om te weten wanneer een bestuurder niet aansprakelijk is, als wanneer hij dat wel is.

14. In dat verband zij nog gewezen op HR 26 maart 2010, «JOR» 2010/127, m.nt. Strik (*Zandvliet/ING Bank*). In die zaak werd de bestuurder jegens de bank aansprakelijk gehouden nu hij de bank had toegezegd dat de enige substantiële bate die de vennootschap nog te verwachten had, geheel zou worden aangewend voor aflossing van het krediet, en hij vervolgens die verplichting van de vennootschap niet nakwam. In plaats daarvan werden onder meer andere creditoren voldaan, waarna het faillissement intrad en de bank geen verhaal vond. De Hoge Raad erkende dat het de bestuurder in beginsel vrij stond om te bepalen welke creditoren werden betaald, wat erop zou kunnen wijzen dat de Hoge Raad de paritas creditorum in dat stadium niet van toepassing achtte. In de omstandigheden van het geval achtte de Hoge Raad het niettemin ernstig verwijtbaar dat de bestuurder had belet dat de verplichting jegens de bank werd nagekomen. A-G Timmerman overwoog zelfs dat de bestuurder bewust in de verhouding tot de bank zijn vrijheid om te bepalen welke schuldeisers zouden worden voldaan, had opgegeven.

15. Gesteld nu dat een bestuurder indachtig dit arrest de volgende keer de bank geheel betaalt (al dan niet na zichzelf met een toezegging klem te hebben gezet), valt dan te voorspellen of de bestuurder met succes een aansprakelijkstelling van de curator op grond van selectieve betaling kan afweren? Zou de bestuurder voldoende bescherming ontlenen aan de enkele zin die de Hoge Raad eraan heeft gewijd? Helemaal duidelijk is dit niet.

16. Ik breng tot slot de maatstaf voor aansprakelijkheid nog in herinnering. De Hoge Raad heeft de rechtsontwikkeling op dit vlak een dienst bewezen door in HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*) te bepalen dat de bestuurder – die in casu verweten werd selectieve betalingen te hebben verricht binnen het concern – slechts aansprakelijk is jegens de gezamenlijke creditoren wanneer hem ter zake persoonlijk een ernstig verwijt treft. Diezelfde maatstaf was uiteraard al van toepassing in de Ontvanger/Roelofsen-geschillen tussen individuele creditoren en de bestuurder, maar tot 2014 was onduidelijk of hetzelfde criterium zou worden overgeheveld naar de Peeters/Gatzen-jurisprudentie in het geval de aangesproken partij bestuurder was van de failliet. Het toepassen van eenzelfde maatstaf biedt de bestuurder in elk geval de zekerheid dat zijn optreden aan dezelfde norm zal worden getoetst. Maar zolang de Hoge Raad geen uitsluitel biedt over de reikwijdte van de paritas creditorum en de (on)rechtmatigheid van selectieve betalingen aan externe creditoren, blijft onzekerheid over de beoordeling in rechte bestaan. Daar is niemand mee gediend.

mr. M.H.J. van Maanen, advocaat bij BarentsKrans te Den Haag

» Voetnoten

[1]

Omwille van de leesbaarheid heb ik bij het citeren van passages uit de cassatiedagvaarding, de in de oorspronkelijke tekst gebruikte onderstrepingen achterwege gelaten.

[2]

Zie over de maatstaf voor de beoordeling van beroepsaansprakelijkheid onder andere E.A.L. van Emden en M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, onder andere par. 2.1, 2.3 en 3.4 t/m 3.7; J.M.L. van Duin, T. Novakovski en C.B. de Vreede, 'Wanneer is fout ook goed fout? Beroepsaansprakelijkheid van advocaten onder de loep', *MvV* 2012, nr. 9, p. 245-254; en R. Verkijk, *De advocaat in het burgerlijk proces*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, par. 3.4.3.3 t/m 3.4.3.6. Zie bijvoorbeeld ook A-G Van Peurse in zijn conclusie (onder 2.2 t/m 2.7) voor HR 31 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2013:2388, RvdW 2014/254; plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie (onder 19) voor HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:24, RvdW 2013/1161, alsmede de door hen vermelde jurisprudentie.