

152

Maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid advocaat jegens de schuldeisers van zijn cliënt

Hoge Raad

17 januari 2020, nr. 18/03867,

ECLI:NL:HR:2020:61

(mr. Streefkerk, mr. Tanja-van den Broek,
mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Lock)

(Concl. A-G Vlas)

Noot mr. M.H.J. van Maanen

Beroepsaansprakelijkheid advocaat jegens schuldeisers van cliënt voor betrokkenheid bij verhaalsbenadeling. Maatstaf. Advocaat dient onder omstandigheden rekening te houden met belangen van derden bij voorgenomen financiële transactie waarop dienstverlening betrekking heeft. Verwijzing naar HR 29 mei 2015, «JOR» 2015/350, m.nt. Van Maanen. Vervolg op Rb. Amsterdam 27 juli 2011, «JOR» 2012/24; Rb. Amsterdam 26 september 2012, «JOR» 2013/282; Rb. Amsterdam 23 maart 2016, «JOR» 2016/310 en Hof Amsterdam 12 juni 2018, «JOR» 2019/42, m.nt. Londonck Sluik.

[BW art. 6:162; Advocatenwet art. 10a lid 1 onder b; Verordening op de advocatuur art. 7.2 lid 1]

Een advocaat heeft de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt te behartigen en stelt zich daarbij partijdig op (art. 10a lid 1 onder b Advocatenwet). Onder omstandigheden kan een advocaat gehouden zijn bij zijn dienstverlening aan de cliënt rekening te houden met hem bekende of redelijkerwijs kenbare, gerechtvaardigde belangen van derden die in voor hen nadelige zin zouden kunnen worden geraakt door het (voorgenomen) handelen of nalaten waarop zijn dienstverlening betrekking heeft. Indien een advocaat weet, of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat sprake is van zodanige belangen en dat de betrokken derden door een (voorgenomen) handelen of nalaten op onaanvaardbare wijze in die belangen zouden kunnen worden geschaad, dient hij zijn dienstverlening aan de cliënt daarop af te stemmen. Daar-

bij valt te denken aan het ontraden van een voorgenomen transactie, of het waarschuwen van de cliënt voor de daaraan, in verband met de betrokken belangen van derden, verbonden risico's (HR 29 mei 2015, «JOR» 2015/350, m.nt. Van Maanen). Bij het voorgaande geldt dat een advocaat mag afgaan op de juistheid van de hem door de cliënt verstrekte gegevens zolang in redelijkheid aanwijzingen van het tegendeel ontbreken (art. 7.2 lid 1 Verordening op de advocatuur). Het antwoord op de vraag of een advocaat redelijkerwijs tot de conclusie moet komen dat mogelijke, gerechtvaardigde, belangen van derden door de van hem gevraagde dienstverlening op onaanvaardbare wijze kunnen worden geschaad – hetgeen meebrengt dat hij dan onder omstandigheden nader onderzoek daarnaar zal moeten doen – is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De wetenschap dat de vennootschap waaraan de advocaat zijn diensten verleent, of de groep waarvan deze deel uitmaakt, financieel in zwaar weer verkeert, is daartoe op zichzelf niet voldoende, ook niet als de betrokken advocaat is gespecialiseerd in het insolventierecht. Tot de relevante omstandigheden behoort voorts ook de inhoud en reikwijdte van de opdracht aan de advocaat.

1. *Mr. J.J. Dingemans* te Utrecht,
2. *mr. S.M.M. van Dooren* te 's Hertogenbosch, in hun hoedanigheid van curator in de faillissementen van A NV en B NV,
3. *mr. R. van Gompel* te Oud-Turnhout (België), in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de vennootschap naar Belgisch recht C Bvba,
4. *mr. J. van Cauwenberg* te Oud-Turnhout (België), in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de vennootschap naar Belgisch recht D Bvba, eisers tot cassatie, verweerders in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, advocaat: *mr. R.J. van Galen*, tegen
 1. *Banning NV* te 's Hertogenbosch,
 2. *X* verweerders in cassatie, eisers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, advocaten: *mr. T.T. van Zanten* en *mr. M.E. ten Brinke*.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Vlas)

In deze procedure stellen de curatoren Banning c.s. aansprakelijk. Zij hebben zowel namens de failliete vennootschappen als namens de gezamenlijke schuldeisers daarvan vorderingen ingesteld. De curatoren verwijten Banning c.s. dat zij als advocaat hebben meegewerkt aan de "onttrekking" van de opbrengst van de verkoop van een vliegtuig (circa € 2,8 miljoen) uit het vermogen van de failliete Belgische vennootschappen [C] Bvba (hierna: [C]) en [D] (hierna: [D]). Daardoor zouden (de aandeelhouders van) [C] en [D] zijn benadeeld, evenals de schuldeisers van deze vennootschappen.

1. Feiten¹ en procesverloop

1.1. De feiten kunnen kort als volgt worden weergegeven. [betrokkene 1] beheerste in de periode vóór 2007 een groep van vennootschappen (hierna: [E]-groep). Binnen dit conglomeraat bestonden drie takken van vennootschappen: [A]-groep, [F]-groep en [G]-groep. [C] behoorde tot [G]-groep. De aandelen in [D] werden voor 49% (indirect) gehouden door [A] en voor 51% (indirect) door [betrokkene 1]. Stichting Administratiekantoor [F], waarvan de dochters van [betrokkene 1] de certificaathouders waren, was aandeelhouder van [F] BV, waarvan onder meer de Zwitserse vennootschap [H] GmbH (hierna: [H]) een dochtermaatschappij was. [betrokkene 2] is bestuurder (dan wel vast vertegenwoordiger naar Belgisch recht) geweest van [C], [D] en [H].

1.2. Banning, vertegenwoordigd onder meer door [de advocaat] (hierna: de advocaat), die als advocaat aan Banning is verbonden, heeft juridische diensten verleend aan [betrokkene 1], [C] en [D].

1.3. [B] NV (hierna: [B]) heeft in 2002 het economisch eigendomsrecht (derhalve: het gebruiksrecht) met betrekking tot [het vliegtuig] (hierna: het vliegtuig) gekocht voor € 5.800.000,00. [A] heeft de aankoop gefinancierd en heeft ten gevolge daarvan een vordering op [B] van € 5.941.463,82.

1.4. [B] heeft op 18 december 2002 72% van dit gebruiksrecht aan [C] verkocht voor € 4.083.308,89 en 28% aan [D] voor € 1.587.953,46.

[C] en [D] zijn deze bedragen uit hoofde van geldlening aan [B] schuldig gebleven. De lening had een looptijd van zes jaar en zou eindigen op 27 december 2008.

1.5. Op 24 november 2004 is een vennootschap van [E]-groep – [I] BV – in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. Van Dooren (en later ook mr. Dingemans) tot curator.

1.6. [C] en [D] hebben het gebruiksrecht van het vliegtuig op 7 januari 2005 via vennootschappen van de Flying Group verkocht aan een in Amerika gevestigde koper, Bell Aviation Inc. voor USD 3,8 miljoen. De betaling van de koopprijs zou plaatsvinden door tussenkomst van een *escrow agent*, te weten de Amerikaanse vennootschap Aircraft Title Service Inc. (hierna: IATS).

1.7. Op 20 januari 2005 heeft Banning (per fax) onder ogen gehad een concept volmacht en concept betalingsinstructies betrekking hebbend op de verkoopprijs van het vliegtuig. Daarin stond onder meer vermeld dat een deel van de koopprijs zal worden uitbetaald aan piloot [betrokkene 3], een deel aan ANFO B.V.B.A. (Flying Partners/Flying Service en [betrokkene 3]) en een deel aan [betrokkene 4] (de echtgenote van [betrokkene 3]) en dat het restant van de koopprijs door tussenkomst van een notaris pro rata zal worden uitbetaald aan [C] en [D].

1.8. Het vliegtuig is op of omstreeks 23 januari 2005 naar Amerika overgevlogen.

1.9. Bij vonnis van 23 februari 2005 is [A] in staat van faillissement verklaard. Daarna zijn de volgende vennootschappen in [E]-groep in staat van faillissement verklaard: [J] B.V. op 25 februari 2005, [K] op 9 maart 2005, [G] op 27 april 2005, [F] op 1 mei 2006, [B] op 15 juni 2006, [D] op 13 februari 2007 en [C] op 8 mei 2007. Mrs. Dingemans en Van Dooren (hierna gezamenlijk: de Nederlandse curatoren) zijn benoemd tot curatoren van (onder meer) [A] en [B]. Mrs. Van Gompel en Cauwenberg (hierna gezamenlijk: de Belgische curatoren) zijn benoemd tot curatoren van respectievelijk [C] en [D].

1.10. Op 8 maart 2005 heeft een e-mailwisseling plaatsgevonden tussen Flying Group en de advocaat over de betaling van de koopprijs. In deze e-mailwisseling heeft de advocaat onder meer bericht dat eerdere betalingsinstructies achterhaald zijn, onder meer in die zin dat de verkoopopbrengst niet aan een notaris maar naar een door de advocaat rechtstreeks aan de *escrow* door te geven bestemming zal worden betaald.

1 De feitenweergave is gebaseerd op rov. 2.1-2.21 van het bestreden arrest van het hof Amsterdam van 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1938.

1.11. Op 8 maart 2005 heeft de Belastingdienst aangekondigd het faillissement van [G], de (indirect) aandeelhouder van [C], aan te gaan vragen indien een belastingsschuld van 4,18 miljoen euro niet zou worden voldaan.

1.12. Bij fax van 10 maart 2005 heeft de advocaat een concept betalingsinstructie, die volgens de mededeling van de advocaat in deze fax na invulling van de bedragen aan IATS zou kunnen worden gestuurd, aan [betrokkene 1] gezonden inhoudende:

“The following information is confidential and may not be disclosed to any third party, including Flying Group N.V, and/or any other persons directly or indirectly involved in this affair.

(...) [C] (...) is entitled to 72% of the nettorevenues of the sale of the aircraft. As we have understood the nettorevenues after deduction of costs to be paid to third parties are \$.... Therefore 72% from this amount = \$....has to be paid out to (...) [C] (...).

This payment must be transferred to:

[H] in [vestigingsplaats], Switzerland

(...)

IBAN number: (...).

Can you confirm the payment has taken place accordingly?”

1.13. Op 15 maart 2005 is overeenstemming bereikt over het aan Flying Service en Flying Partners te betalen bedrag. Bij e-mail van 15 maart 2005 om 15.02 heeft de advocaat aan Flying Service bericht dat het resterende saldo kan worden overgemaakt aan [H]. Hij heeft medegedeeld dat [betrokkene 2] deze instructie “per omgaande” zal kunnen ondertekenen.

1.14. De koopprijs van het vliegtuig is krachtens een document van 17 maart 2005 ondertekend door [betrokkene 2] namens [C] en [D] en getiteld “Special Proxy-Escrow Instructions” (hierna: de betalingsinstructie) uitbetaald, waarbij een bedrag van US\$ 2.864.754,23 (“being the balance of the Purchase Price”) aan [H] is uitbetaald.

1.15. De restant verkoopopbrengst van US\$ 2.864.754,23 is op 21 maart 2005 bijgeschreven op de rekening van [H] in Zwitserland. Na ontvangst van dit bedrag zijn ten laste van de bankrekening van [H] betalingen aan [F] gedaan voor een bedrag van in totaal € 1.151.547,00. De rest van het door [H] ontvangen bedrag is binnen een jaar verbruikt door betaling van andere [E]-vennootschappen, [betrokkene 2] en anderen. Het eind-

saldo van de rekening van [H] was op 31 maart 2006 nagenoeg nihil.

1.16. Banning heeft bij factuur van 12 april 2005 een bedrag van € 6.102,01 incl. btw inzake “(...)/ Advies Flying Group” aan [F] gedeclareerd.

1.17. Per februari 2005 beliep de vordering van Banning op [E] wegens onbetaalde declaraties een bedrag van ruim € 170.000,00; de oudste onbetaalde declaratie was van 8 september 2004. [F] heeft tussen 24 maart en 31 maart 2005 en later in 2005 declaraties van in totaal ongeveer € 240.000,00 aan Banning voldaan.

1.18. De curatoren hebben de door Banning van [F] ontvangen bedragen teruggevorderd op grond van de faillissementspauliana. De curatoren en Banning c.s. hebben omtrent deze kwestie een minnelijke regeling bereikt.

1.19. Tussen de Nederlandse curatoren en de Belgische curatoren is begin 2008 een onderhandse akte opgemaakt waarbij de vorderingen van de Belgische curatoren althans van [C] en [D] wegens (onrechtmatige) advisering en begeleiding bij de verkoop van het vliegtuig door de Belgische curatoren aan de Nederlandse curatoren zijn gecedeerd. In deze akte van cessie is voorts bepaald dat de netto-opbrengst van een procedure tegen Banning c.s. voor 70% toekomt aan de Nederlandse curatoren en voor 30% aan de Belgische curatoren.

1.20. Bij inleidende dagvaarding van 25 november 2010 hebben, voor zover thans in cassatie van belang, de curatoren betaling van € 2.134.814,85 gevorderd van Banning c.s., alsmede een verklaring voor recht dat Banning c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade van [C] en [D] en/of hun gezamenlijke schuldeisers voor zover het betreft de schade die is ontstaan door de onttrekking van de opbrengst van de vliegtuigtransactie.² De curatoren hebben zich op het standpunt gesteld dat de opbrengst van het vliegtuig in plaats van aan [C] en [D], is uitbetaald aan [H]. [H] biedt geen verhaal. De verkoopopbrengst is teniet gegaan, onder meer door betaling van openstaande declaraties van Banning c.s. Volgens de curatoren waren Banning c.s. al vanaf 2002 intensief

2 Zie ook rov. 3.2 van het tussenvonnissen van de rechtbank Amsterdam van 26 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY1621, voor de weergave van de grondslag van de vorderingen van de curatoren.

betrokken bij het vliegtuig en wisten zij al in januari 2005 van de verkoop ervan. Ook wisten zij dat [E]-groep in zwaar weer verkeerde en dat centrale vennootschappen in de groep al failliet waren verklaard. De curatoren zijn van mening dat Banning c.s. in de hoedanigheid van advocaat onzorgvuldig hebben gehandeld bij de onttrekking van de verkoopopbrengst van het vliegtuig aan het vermogen van [C] en [D] en ook tekort zijn geschoten in hun verplichtingen jegens hun cliënten. Zij hadden zich in de gegeven omstandigheden als advocaat dienen te onthouden van advisering over althans facilitering van betaling aan een ander dan de gerechtigden tot de verkoopopbrengst van het vliegtuig, althans zij hadden nadrukkelijk moeten wijzen op de benadelende gevolgen daarvan. Volgens de curatoren had de advocaat concrete wetenschap van schuldeisers van [C] en [D]. Hij moet ook wetenschap hebben gehad van de groepsstructuur nu hij al tien jaar (huis)advocaat van de groep was. Banning c.s. hebben ook geprofiteerd van de onttrekking in die zin dat door haar verzonden declaraties uit de onttrokken verkoopopbrengst zijn voldaan. [C] en [D] waren *single-purpose vehicles*, uitsluitend bestemd voor het houden van het vliegtuig. Zij hadden geen activa anders dan het vliegtuig en ook geen bedrijfsactiviteiten.

1.21. Banning c.s. hebben de vordering bestreden.³ Zij hebben betoogd, kort samengevat, dat de door de advocaat opgestelde concept betalingsinstructie niet is uitgevoerd en dat zij geen bemoeienis hebben gehad met de definitieve betalingsinstructie. In de cliëntrelatie met [C] en [D] hebben Banning c.s. de vereiste zorgvuldigheid in acht genomen. [C] en [D] hebben de betalingsinstructie zelf gestuurd en eventueel nadeel zelf veroorzaakt. Het is niet aan een advocaat om te beoordelen of bepaalde handelingen in het belang van de vennootschap zijn. Banning c.s. wisten niet en behoorden ook niet te weten dat door de overboeking van de gelden naar [H] sprake zou zijn van benadeling van de schuldeisers van [C] en [D]. Banning c.s. hadden geen wetenschap over de vermogenspositie van [C] en [D] en behoefden daarover ook niet te beschikken. Uit recent ontvangen informatie kan worden afgeleid dat met de overboeking van de verkoopopbrengst aan [H]

werd voldaan aan opeisbare betalingsverplichtingen uit hoofde van zogenaamde *inflatie exchange*-contracten. [C] en [D] hebben hun gebruiksrecht van een vliegtuig verpand aan de broer van [betrokkene 1], die een vordering heeft in verband met verrichte arbeid. Van schade veroorzaakt door de handelwijze van Banning c.s., is geen sprake. Wel is sprake van eigen schuld aan de zijde van de curatoren, aldus Banning c.s.

1.22. Naast hun vorderingen in de hoofdzak hebben de curatoren op de voet van art. 843a Rv afgifte gevorderd van (onder meer) alle bescheiden aangaande het vliegtuig en de vliegtuigtransactie, waaronder juridische adviezen, correspondentie en declaraties, evenals de urenadministratie van Banning. Banning c.s. hebben zich verzet tegen afgifte van deze stukken en daartoe een beroep gedaan op het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht. Bij vonnis in het incident van 27 juli 2011 heeft de rechtbank Amsterdam dit beroep gehonoreerd en de vorderingen van de curatoren afgewezen.⁴

1.23. Banning c.s. hebben ook een beroep gedaan op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van de vorderingen die de Belgische curatoren hebben ingesteld namens de gezamenlijke schuldeisers van [C] en [D]. Volgens Banning c.s. gaat het hier om een Belgische "pauliaanse onrechtmatige daadvordering" ter zake waarvan de Belgische rechter exclusief bevoegd is. Weliswaar hebben de Belgische curatoren die vordering gecedeerd aan de Nederlandse curatoren, maar Banning c.s. hebben de geldigheid van die cessie betwist.⁵

1.24. Bij tussenvonnis van 26 september 2012 heeft de rechtbank het beroep op onbevoegdheid afgewezen.⁶ Volgens de rechtbank is niet gebleken dat de cessie ongeldig was (rov. 4.2) en is op grond van art. 3 lid 1 van de (destijds geldende) Insolventieverordening⁷ de rechter van het land van de insolventieprocedure bevoegd om kennis te nemen van een op de faillissementspauliana gebaseerde vordering. Deze bevoegdheid is echter niet exclusief (rov. 4.3).

4 ECLI:NL:RBAMS:2011:BR5020.

5 Conclusie van antwoord van 5 oktober 2011, nrs. 2 en 5.2.

6 ECLI:NL:RBAMS:2012:BY1621.

7 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, PbEG 2000, L 160/1.

3 Zie rov. 3.3 van het tussenvonnis van 26 september 2012.

1.25. Vervolgens heeft de rechtbank in hetzelfde tussenvonnis de vorderingen van de curatoren inhoudelijk beoordeeld. Volgens de rechtbank mag een advocaat in beginsel vertrouwen op de juistheid van mededelingen van zijn cliënt. De advocaat mocht in dit geval ervan uitgaan dat [H] deel uitmaakte van de financieel gezonde [F]-groep en dat alle crediteuren van [D] bij uitvoering van de betalingsinstructie zouden worden voldaan (rov. 4.6). Bij die stand van zaken was de advocaat volgens de rechtbank niet gehouden te onderzoeken of [C] en [D] hun schulden konden dragen en of [C] en [D] of hun schuldeisers of aandeelhouders zouden worden benadeeld doordat de opbrengst bij verkoop van het vliegtuig ten goede kwam aan onder meer [H] (rov. 4.6). Dit alles kan anders zijn, indien blijkt dat Banning c.s. gegronde reden hadden te twifelen aan de juistheid van de mededelingen van hun cliënt. De curatoren zijn door de rechtbank in de gelegenheid gesteld om bewijs te leveren van hun stellingen op dit punt (rov. 4.8 en 5.1).

1.26. Bij tussenvonnis van 23 maart 2016 heeft de rechtbank geoordeeld dat de curatoren in het bewijs van hun stellingen zijn geslaagd.⁸ Volgens de rechtbank is gebleken dat de opdracht aan Banning c.s. niet beperkt was tot specifieke vragen rondom de opbrengst van het vliegtuig (rov. 3.2.1). Verder is niet gebleken dat [betrokkene 1] aan Banning c.s. heeft medegedeeld dat [H] deel uitmaakte van de financieel gezonde [F]-groep en dat alle crediteuren van [D] bij uitvoering van de betalingsinstructie zouden worden voldaan; Banning c.s. konden hier dus niet vanuit gaan (rov. 3.2.2). Banning c.s. wisten begin 2005, toen de overdracht van het vliegtuig en de betaling van de koopprijs aan [H] plaatsvonden, dat [E]-groep financieel in zwaar weer verkeerde (rov. 3.2.3 en 3.2.5). Banning c.s. mochten er daarom niet vanuit gaan dat bij de uitvoering van de door de advocaat opgestelde betalingsinstructie waardoor de koopprijs van het vliegtuig bij [H] terecht zou komen, alle crediteuren van [D] zouden worden voldaan en [C] en [D] zelf (en hun schuldeisers) niet zouden worden benadeeld. Voorts is gebleken dat het vliegtuig meermalen onderwerp van gesprek is geweest tussen de curatoren en [betrokkene 1] voordat de transactie plaatsvond (rov. 3.4) en dat de advocaat zich, anders dan Banning heeft

gesteld, actief heeft beziggehouden met het opstellen van de definitieve betalingsinstructie op grond waarvan de koopprijs van het vliegtuig aan [H] werd betaald (rov. 3.5). Banning c.s. hebben door aldus actief mee te werken aan de betaling van de koopprijs van het vliegtuig aan [H], in plaats van aan de (economisch) gerechtigden [C] en [D], zonder dat daarvoor een (kenbare en niet kennelijk ondeugdelijke) rechtsgrond was, onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig gehandeld jegens de schuldeisers van [C] en [D] (rov. 3.6-3.7). Banning c.s. zijn aansprakelijk voor de schade die [C] en [D] en hun schuldeisers als gevolg van de betaling van de koopprijs aan [H] hebben geleden (rov. 3.9). Banning c.s. zijn in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over (onder meer) kwesties van causaliteit en eigen schuld, waartoe de zaak naar de rol is verwezen (rov. 4.1).

1.27. Bij vonnis van 6 juli 2016 heeft de rechtbank het verzoek van de curatoren toegewezen om in hoger beroep te gaan van het op 23 maart 2016 gewezen tussenvonnis. Bij appeldagvaarding van 22 juni 2016 zijn Banning c.s. onder aanvoering van zestien grieven in hoger beroep gekomen van de tussenvonnissen van 26 september 2012, 22 mei 2013 en 23 maart 2016. Ook hebben Banning c.s. wederom een beroep gedaan op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter.

1.28. Bij arrest van 12 juni 2018 heeft het hof zich bevoegd geacht om van de Belgische "pauliaanse onrechtmatige daadvordering" kennis te nemen, omdat deze samenhangt met de vorderingen die de Nederlandse curatoren jegens Banning c.s. aanhangig hebben gemaakt en terzake waarvan de Nederlandse rechter bevoegd is (rov. 3.5). Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat geen sprake is van onrechtmatig handelen of wanprestatie van Banning c.s. jegens hun cliënten [C] en [D], en evenmin van onrechtmatig handelen jegens de schuldeisers van [C] en [D].

1.29. Het hof heeft, kort weergegeven, het volgende overwogen. Het hof heeft de maatstaf vooropgesteld die moet worden gehanteerd voor de vraag of een advocaat jegens een cliënt onrechtmatig heeft gehandeld of toerekenbaar tekort is geschoten (rov. 3.9). Niet is gebleken dat Banning c.s. hebben geadviseerd om de verkoopopbrengst niet naar [C] en [D], maar naar [H] over te maken; dit blijkt onvoldoende uit de verschillende getuigenverklaringen. Het moet er daarom voor worden gehouden dat de betalingsinstructie door de advocaat is opgesteld overeenkomstig de in-

8 ECLI:NL:RBAMS:2016:1585.

structies van zijn cliënten. Niet kan worden gezegd dat Banning c.s. hun cliënten hadden moeten waarschuwen voor de risico's verbonden aan het overboeken van de restantopbrengst van de verkoop naar [H]: het gaat hier immers om een aan de groep gelieerde vennootschap met dezelfde bestuurder als [C] en [D]. [C] en [D] moeten in staat worden geacht zelf te hebben geweten dat zij door de overboeking niet meer zelf over de verkoopopbrengst konden beschikken. Ook kan niet worden volgehouden dat Banning c.s. hadden moeten onderzoeken wat de grondslag was voor de overboeking van de verkoopopbrengst naar [H]. Daarvoor is redengevend dat [H] een aan de cliënten [C] en [D] gelieerde vennootschap was en [H] dezelfde bestuurder had als [C] en [D] (namelijk [betrokkene 2]). Dat openstaande declaraties van Banning uit de verkoopopbrengst zouden worden voldaan, brengt nog niet met zich dat Banning c.s. hun cliënten onrechtmatig hebben geadviseerd of in die adviserende toerekenbaar tekort zijn geschoten. Er is onvoldoende grond om te kunnen oordelen dat Banning c.s. onrechtmatig hebben gehandeld (of toerekenbaar tekort zijn geschoten) jegens hun cliënten [C] en [D] (rov. 3.10).

1.30. Voor het oordeel over de vraag of Banning c.s. jegens de schuldeisers van [C] en [D] aansprakelijk zijn, heeft het hof ook de te hanteren maatstaf vooropgesteld (rov. 3.11). Volgens het hof wisten Banning c.s. dat het ten tijde van de betaling van de vliegtuigopbrengst financieel niet goed ging met [E]-groep en moesten zij ernstig ermee rekening houden dat ook [C] en [D] door deze deconfiture zouden worden geraakt. Niet is gebleken dat Banning c.s. hebben geadviseerd om de koopprijs van het vliegtuig naar [H] over te boeken; de hierop gerichte betalingsinstructie is overeenkomstig de instructies van [C] en [D] door de advocaat opgesteld. [C] en [D] waren bevoegd tot verkoop van hun eigendomsrechten en tot het geven van de betalingsinstructie. Banning c.s. hebben voldoende toegelicht waarom bepaalde crediteuren niet uit de opbrengst van het vliegtuig zijn voldaan en niet is gebleken dat Banning c.s. hiertoe hebben geadviseerd. Ook kan niet worden vastgesteld dat Banning c.s. tijdens de gewraakte handelingen wisten of behoorden te begrijpen dat [C] en [D] geen aanspraken jegens [H] geldend zouden kunnen maken en dat hun crediteuren zodoende zouden worden benadeeld. Banning c.s. hebben daarom jegens hun cliënten

niet in strijd met een zorgvuldigheidsnorm gehandeld. Daarbij is van doorslaggevend belang dat [H] gelieerd was aan [C] en [D] en dezelfde bestuurder had ([betrokkene 2]); deze laatste heeft de betalingsinstructie ondertekend. Daar komt bij dat [C] en [D] pas veel later, op 7 mei 2007 respectievelijk 17 februari 2007, zijn gefailleerd. Ook indien het betaald krijgen van openstaande declaraties voor Banning c.s. de belangrijkste drijfveer vormde om mee te werken aan de betaling van de verkoopopbrengst van het vliegtuig, betekent dit volgens het hof niet dat Banning c.s. de vereiste wetenschap hadden van de benadeling van de crediteuren van [C] en [D]. Banning c.s. kan, gelet op de geheimhoudingsplicht van de advocaat, niet worden verweten dat de advocaat tijdens de bespreking van 30 maart 2005 niet heeft gezegd dat de restantopbrengst van de verkoop van het vliegtuig al was overgeboekt naar [H]. Banning c.s. hadden zich, toen zij bemerkten dat [betrokkene 1] tijdens deze bijeenkomst niet de waarheid sprak, mogelijk moeten onthouden van verdere dienstverlening, maar zij hebben toegelicht dat zij na deze bijeenkomst geen werkzaamheden meer voor [C] en [D] hebben verricht. Het hof komt tot de slotsom dat het oordeel van de rechtbank dat Banning c.s. jegens de crediteuren van [C] en [D] onrechtmatig hebben gehandeld, niet in stand kan blijven. Het hof heeft de vonnissen waarvan beroep vernietigd en de zaak zelf afgedaan door de vorderingen van de curatoren jegens Banning c.s. af te wijzen.

1.31. De curatoren hebben tegen het arrest van 12 juni 2018 (tijdig) cassatie ingesteld. Banning c.s. hebben verweer gevoerd en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, gevolgd door re- en dupliek.

2. Bespreking van het *principale cassatieberoep*

2.1. Het middel in het *principale cassatieberoep* bestaat, naast een weergave van de feiten, uit zes onderdelen.

2.2. *Onderdeel 1* (onder nrs. 2-18) is gericht tegen rov. 3.11 en 3.12 van het bestreden arrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat Banning c.s. niet aansprakelijk zijn jegens de schuldeisers van [C] en [D].

2.3. Het onderdeel (onder nrs. 4 en 5) betoogt dat het hof een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd. Het hof heeft miskend dat onder omstandigheden van een advocaat mag worden verwacht dat hij

nader onderzoek doet (vragen stelt aan zijn cliënt) voordat hij eraan meewerkt dat een belangrijk boedelactief wordt onttrokken aan het vermogen van die cliënt. Van aansprakelijkheid van een advocaat jegens derden kan dus niet slechts sprake zijn als er aanwijzingen zijn dat de opgedragen diensten strekken tot onwettige activiteiten of als de advocaat wist of behoorde te begrijpen dat zijn handelingen zouden leiden tot benadeling van de schuldeisers van zijn cliënt.

2.4. Deze klacht stelt de vraag aan de orde in hoeverre van een advocaat kan worden gevergd dat hij uit eigen beweging onderzoekt of aan een opgedragen handeling nadelen zijn verbonden voor derden (schuldeisers van zijn cliënt), ook bij gebrek aan concrete aanwijzingen of wetenschap van de advocaat van dergelijke (mogelijke) nadelen. Uitgangspunt is dat een advocaat primair het belang van zijn cliënt dient, maar – net als andere beroepsbeoefenaars – onder omstandigheden ook verplicht is de belangen van derden in acht te nemen bij de uitoefening van zijn werkzaamheden.⁹ Aansprakelijkheid van een advocaat jegens derden is echter uitzonderlijk. De zorgplicht van de advocaat ten opzichte van derden wordt namelijk in de eerste plaats begrensd doordat de advocaat optreedt als “instrument” van zijn cliënt. Dat betekent dat zijn handelen in beginsel heeft te gelden als dat van zijn cliënt, tenzij de advocaat persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt.¹⁰ Het betekent ook dat hij in beginsel mag vertrouwen op de juistheid van de informatie die zijn cliënt hem verstrekt, zolang in redelijkheid aanwijzingen van het tegendeel ontbreken.¹¹ Verder brengt de positie van de advocaat als – in beginsel – eenzijdig belangenbehartiger van zijn cliënt¹² mee dat een advocaat niet snel verplicht is om de belangen van een derde in acht te nemen wanneer deze in strijd zijn met de belangen van zijn cliënt.

Dat is dus anders wanneer deze belangen daarmee niet strijdig zijn of wanneer de opdracht aan de advocaat juist mede ertoe strekt de belangen van derden te dienen.¹³ Een derde belangrijke begrenzing van de zorgplicht van de advocaat ten opzichte van derden is zijn geheimhoudingsplicht, die hem verbiedt aan derden informatie te verstrekken die hij in de verhouding tot zijn cliënt geheim moet houden.¹⁴

2.5. Een uitzondering op de terughoudendheid die geldt bij het aannemen van aansprakelijkheid van een advocaat jegens derden, wordt gemaakt als de advocaat medewerking verleent aan een handeling waarvan in redelijkheid aanwijzingen bestaan dat deze dient tot de voorbereiding, ondersteuning of afscherming van onwettige activiteiten.¹⁵ In dat geval zal hij zich van medewerking moeten onthouden. Relevant is verder of het handelen van de advocaat eveneens onzorgvuldig is jegens zijn cliënt. Niet iedere onrechtmatige daad of wanprestatie van een advocaat jegens zijn cliënt levert uiteraard ook aansprakelijkheid jegens een derde op. De advocaat zal als contractspartij onder omstandigheden echter wel rekening moeten houden met belangen van een derde die zo nauw bij de overeenkomst zijn betrokken, dat deze derde schade kan lijden als gevolg van wanprestatie van een van de contractspartijen.¹⁶

2.6. Uit het voorgaande komt naar voren dat het debat over de eventuele aansprakelijkheid van een advocaat voor schade van derden zich vaak zal concentreren op de vraag in hoeverre deze schade voor de advocaat voorzienbaar was.¹⁷ Daaraan gaat de vraag vooraf of de advocaat wist of kon weten dat belangen van derden in het geding zou-

9 Zie E.A.L. van Emden, M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, 2014, p. 10-14; E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, diss. Tilburg, 2000, p. 85-118; A.T. Bolt, J. Spier, ‘De uitdijende reikwijdte van aansprakelijkheidsrecht?’, in A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV, 1996, p. 152-158; Groene Serie *Onrechtmatige Daad*, aant. VI.2.2.6 (W.G. Huijgen).

10 Van den Akker, a.w., p. 104.

11 Zie art. 7.2 lid 1 van de Verordening op de advocatuur.

12 Zie art. 10a onder b *Advocatenwet*.

13 Van den Akker noemt als voorbeeld dat de advocaat is gevraagd een echtscheidingsconvenant op te stellen waarin ook de belangen van de kinderen worden behartigd: Van den Akker, a.w., p. 116.

14 Van den Akker, a.w., p. 107.

15 Art. 7.3 Verordening op de advocatuur; Van den Akker, a.w., p. 115-116.

16 Van Emden en De Haan, a.w., p. 13-14 onder verwijzing naar HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:AO9069, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron en HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7495, NJ 2012/59.

17 Bolt en J. Spier, a.w., p. 153; Van Emden en De Haan, a.w., p. 13.

den kunnen zijn (kenbaarheid).¹⁸ Men hoeft immers geen rekening te houden met belangen waarmee men niet bekend is.¹⁹ De Verordening op de advocatuur geeft in dit verband als hoofdregel dat de advocaat mag vertrouwen op de juistheid van informatie die door zijn cliënt wordt verstrekt (art. 7.2 lid 1) en moet nagaan of deze informatie aanwijzingen bevat dat onwettige activiteiten worden voorbereid, ondersteund of afgeschermd (art. 7.2 lid 2). Daaruit volgt dat de advocaat niet uit eigen beweging, zonder dat daarvoor aanwijzingen zijn, op zoek hoeft te gaan naar informatie die erop wijst dat met de opgedragen handeling belangen van derden zouden kunnen worden geschaad.²⁰

2.7. Het voorgaande sluit aan bij de maatstaf die voortvloeit uit de arresten van de Hoge Raad inzake de *Tilburgse Hypotheekbank* over de zorgplicht van de notaris.²¹ In die zaak stelden de curatoren van de Tilburgse Hypotheekbank (THB) een notaris aansprakelijk, die meewerkte aan bepaalde onroerendgoedtransacties die uiteindelijk het faillissement van THB meebrachten. Het hof oordeelde dat de notaris slechts aansprakelijk was wanneer hij, gezien de hem bekende gegevens, heeft geweten of had moeten weten dat zijn medewerking aan de onroerendgoedtransacties ernstig gevaar voor de insolventie van THB zou meebrengen. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand, en voegde eraan toe dat het hof met dit criterium terecht tot uitdrukking bracht dat een notaris slechts onder uitzonderlijke omstandigheden een zorgplicht heeft jegens derden.²² Ik teken daarbij

aan dat een advocaat, anders dan een notaris, geen publieke taak heeft, zodat nog minder snel aanleiding zal zijn voor aansprakelijkheid van een advocaat jegens derden.

2.8. De slotsom luidt dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden aanleiding is voor aansprakelijkheid van een advocaat jegens een derde, omdat een advocaat in beginsel uitsluitend het belang van zijn cliënt behartigt. Van een zorgplicht jegens derden kan alleen sprake zijn als de advocaat op grond van de hem bekende informatie weet of kan weten dat belangen van derden in het geding zijn, en het voor hem voorzienbaar is dat deze belangen door de opgedragen handelwijze zullen worden geschaad.

2.9. Uit het voorgaande vloeit voort dat het hof in rov. 3.11 is uitgegaan van de juiste maatstaf inzake de eventuele zorgplicht van een advocaat jegens derden. De door het onderdeel (onder nr. 4) verdedigde opvatting dat een advocaat, ook bij gebrek aan aanwijzingen dat belangen van een derde door een gevraagde handeling kunnen worden geschaad, daarnaar zelf onderzoek moet doen (bijvoorbeeld door navraag bij zijn cliënt), vindt geen steun in het geldende recht. De klacht faalt daarom.

2.10. Het onderdeel (onder nr. 6) klaagt nog dat het hof onvoldoende zou hebben gemotiveerd waarom Banning c.s. in dit geval niet behoefden te twijfelen aan de juistheid van de door hun cliënt [betrokkene 1] verstrekte informatie. Volgens de curatoren was het recente strafrechtelijke verleden van [betrokkene 1] een aanwijzing dat de door hem verstrekte informatie niet juist was.

2.11. Het hof heeft deze stelling in rov. 3.11 echter uitdrukkelijk verworpen door te overwegen dat uit de omstandigheid dat [H] in Zwitserland was gevestigd en [betrokkene 1] in het verleden strafrechtelijk was veroordeeld, niet in voldoende mate volgt dat Banning c.s. wisten of hadden moeten weten dat de belangen van de schuldeisers door het overboeken van de verkoopopbrengst zouden worden geschaad. De klacht faalt derhalve.

2.12. Het onderdeel (onder nrs. 6 en 7) klaagt verder dat het oordeel van het hof in rov. 3.12, waar het de aansprakelijkheid van Banning c.s. jegens de schuldeisers heeft afgewezen, onvoldoende is gemotiveerd, waar het hof heeft geoordeeld dat 1e) het niet heeft kunnen vaststellen dat Banning c.s. ten tijde van de gewraakte handeling wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat [C] en

18 Zie over dit onderscheid tussen kenbaarheid en voorzienbaarheid: D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, 2002, p. 115-118.

19 HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, NJ 1984/536, m.nt. W.C.L. van der Grinten; HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0485, NJ 2013/46. Zie Van Emden en De Haan, a.w., p. 13; Van den Akker, a.w., p. 32; Boks, a.w., p. 115 e.v.

20 Van den Akker, t.a.p., p. 115.

21 HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627 (*Curatoren THB*), HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628 (*Curatoren THB II*) en HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:ZC1801, NJ 1996/629, m.nt. W.M. Kleijn (*Curatoren THB III*).

22 Zie rov. 3.5.3 van HR 23 december 1994 (*Curatoren THB*), reeds aangehaald en rov. 4.5.4 van HR 23 december 1994 (*Curatoren THB II*), reeds aangehaald.

[D] geen aanspraken jegens [H] geldend zouden kunnen maken en dat hierdoor hun crediteuren zouden worden benadeeld, en 2e) dat Banning c.s. bij gebrek aan deze wetenschap niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens de crediteuren. Het onderdeel betoogt dat dit oordeel onbegrijpelijk is, omdat het hof niet heeft vastgesteld dat Banning c.s. enig onderzoek hebben verricht of de overboeking zou leiden tot benadeling van de crediteuren.

2.13. Zoals ik hierboven heb geschreven, geldt niet de regel dat een advocaat bij gebrek aan aanwijzingen daarvoor zelf moet onderzoeken of aan zijn handelingen eventuele nadelen voor derden verbonden kunnen zijn. Er was dan ook voor het hof geen aanleiding om te beoordelen of Banning c.s. dergelijk onderzoek in dit geval hebben verricht. Hierop stuit de klacht reeds af. Ook miskent het onderdeel dat het hof aan zijn oordeel niet slechts ten grondslag heeft gelegd dat niet is gebleken dat Banning c.s. wisten dat [C] en [D] geen aanspraken jegens [H] geldend zouden kunnen maken, maar ook (i) dat het [C] en [D] zelf zijn geweest die de betalingsinstructie hebben gegeven, (ii) dat zij hiertoe bevoegd waren, (iii) dat er een verklaring is gegeven voor het feit dat werd afgeweken van de oorspronkelijke betalingsinstructie, (iv) dat [C] en [D] aan [H] gelieerd waren en dezelfde bestuurder hadden (die de betalingsinstructie heeft geaccordeerd) en (v) dat [C] en [D] pas veel later zijn gefailleerd. Hiermee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat er geen aanwijzingen waren voor Banning c.s. dat de door [C] en [D] verstrekte informatie onjuist was, of dat de overboeking strekte tot (voorbereiding van) onwettige activiteiten. Dit alles wordt door het middel niet bestreden.

2.14. Het onderdeel (onder nr. 14)²³ is gericht tegen rov. 3.12 en klaagt dat het hof ten onrechte doorslaggevend heeft geacht dat [H] gelieerd was aan [C] en [D] en dezelfde bestuurder had. Het hof had hieruit niet mogen afleiden dat de vorderingen van [C] en [D] op [H] zouden worden voldaan, zeker omdat er in dit geval geen goede verklaring was voor de overboeking. Het onderdeel (onder nrs. 14 en 15) klaagt bovendien dat het hof voorbij is gegaan aan de essentiële stelling dat Banning c.s. door hun medewerking de over-

boeking van een “schijn van legitimiteit” hebben voorzien.

2.15. Voor zover het onderdeel betoogt dat Banning c.s. verplicht waren te onderzoeken of de vorderingen zouden worden voldaan en wat de reden was voor de overboeking, bouwt het op de voorgaande onderdelen voort en faalt de klacht. Van een essentiële stelling is verder geen sprake. Ook als juist is dat Banning c.s. door aan de overboeking mee te werken ten onrechte (bij derden of bij hun cliënten) de indruk hebben gewekt dat voor de overboeking een geldige reden bestond, kan dat geen wanprestatie of onrechtmatige daad opleveren, nu zij, zoals het hof met juistheid heeft overwogen, niet verplicht waren onderzoek te doen naar de reden voor de overboeking.

2.16. Het onderdeel (onder nr. 17)²⁴ is een herhaling van de eerdere klachten van het onderdeel en behoeft geen bespreking.

2.17. Het onderdeel (onder nr. 18) klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.12 onvoldoende is gemotiveerd in het licht van tien nader in het onderdeel genoemde omstandigheden (genummerd als (i) t/m (x)). Ik meen dat de klacht faalt en licht dit kort nader toe.

2.18. *Stellingen (i) en (ii)* komen erop neer dat Banning c.s. kennis hadden van de financiële problemen van [E]-groep. Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het hof heeft deze stellingen aan het begin van rov. 3.12 in zijn beoordeling betrokken, en dus niet miskend. *Stelling (iii)* houdt in dat Banning c.s. gespecialiseerd zijn in het insolventierecht en daarom alarmbellen hadden moeten afgaan. Het hof heeft een verklaring gegeven voor de afwijking van de betalingsconstructie (rov. 3.10). Het gaat hier dus niet om een aanwijzing die Banning c.s. ertoe hadden moeten aanzetten nader onderzoek te doen naar de achtergrond van de overboeking. Dat zij in het insolventierecht waren gespecialiseerd, doet daarbij niet ter zake.²⁵ *Stellingen (iv), (v) en (vi)* komen erop neer dat [C] en [D] geen andere activa hadden dan de opbrengst van het vliegtuig en dat zij als gevolg van de overboeking niet aan hun verplichtingen konden voldoen. Deze stellingen verliezen uit het oog dat – zoals het hof heeft geoordeeld – [C] en [D] een vordering kregen op [H], en dat het voor Ban-

23 De nrs. 9-13 van het onderdeel bevatten een toelichting en geen klacht.

24 Nr. 16 van het onderdeel bevat geen klacht.

25 De regels van art. 7.1-7.3 Verordening gelden immers voor alle advocaten in gelijke mate.

ning c.s. niet voorzienbaar was dat [H] deze vorderingen niet zou voldoen. *Stelling (vii)* houdt in dat de titel voor de overboeking van [C] en [D] naar [H] (het bestaan van *inflation exchange-contracten*) Banning c.s. ten tijde van de overboeking niet bekend was. Deze stelling is niet relevant, nu het hof heeft geoordeeld dat voor Banning c.s. geen aanleiding bestond om ten tijde van de overboeking uit eigen beweging onderzoek te doen naar deze titel. *Stelling (viii)* betoogt dat Banning c.s. hebben moeten weten dat de met de overboeking gemoeide gelden zouden worden gebruikt om haar declaraties te voldoen. Het hof heeft in rov. 3.12 uitdrukkelijk overwogen dat ook als het betaald krijgen van declaraties een drijfveer was voor Banning c.s. om mee te werken, dit niet betekent dat zij wisten of moesten weten dat de crediteuren van [C] en [D] door de overboeking zouden worden benadeeld. *Stelling (ix)* houdt in dat, anders dan het hof heeft vastgesteld, Banning c.s. wel degelijk hebben geadviseerd dat de overboeking geoorloofd was. Het hof heeft deze stelling echter niet miskend, maar verworpen. Het hof heeft in rov. 3.12 (en in rov. 3.10) geoordeeld dat niet is gebleken dat Banning c.s. hebben geadviseerd om de verkoopopbrengst niet naar [C] en [D], maar naar [H] over te maken. Het advies van Banning c.s. zag, volgens het hof, op de vraag of het [D] vrijstond haar aandeel in de economische eigendom van het vliegtuig te verkopen (rov. 3.10). Dat de rechtbank daarover anders oordeelde, is niet relevant. In het oordeel van het hof ligt een verwerping besloten van de stelling dat uit de urendeclaratie van Banning c.s. met betrekking tot de overboeking zou kunnen worden afgeleid dat zij meer heeft gedaan dan de betalingsinstructie aanpassen. *Stelling (ix)* houdt ook in dat het advies van Banning c.s. er mede op zag dat de declaraties van Banning c.s. uit de verkoopopbrengst zouden kunnen worden voldaan. Het hof heeft dit “declaratiemotief” echter irrelevant geacht (rov. 3.12). Onder *stelling (x)* wordt een aantal omstandigheden genoemd die inhouden dat aan de overboeking nadelen waren verbonden voor (de schuldeisers van) [C] en [D] en dat Banning c.s. eraan hebben meegewerkt de verdachte omboeking te “bedekken”. Deze stellingen zijn echter niet essentieel, nu zij onverlet laten dat, zoals het hof heeft geoordeeld, er voor Banning c.s. geen aanwijzingen waren om vraagtekens te plaatsen bij de overboeking.

2.19. Onderdeel 1 faalt derhalve in zijn geheel.

2.20. *Onderdeel 2* (onder nrs. 19-25) is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.9 en 3.10 dat Banning c.s. niet aansprakelijk zijn jegens hun cliënten [C] en [D].

2.21. Het onderdeel (onder nrs. 23-25)²⁶ klaagt dat het hof met zijn oordeel een onjuiste toepassing heeft gegeven aan de door Banning c.s. als advocaat in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm, doordat het heeft miskend dat Banning c.s. verplicht waren nader onderzoek te doen naar de risico's verbonden aan de overboeking, zowel voor [C] en [D] als voor hun schuldeisers. Het onderdeel (onder nr. 24) noemt een aantal redenen waarom het oordeel van het hof onbegrijpelijk zou zijn.

2.22. In rov. 3.9 heeft hof terecht overwogen dat de vraag of een advocaat jegens een cliënt onrechtmatig heeft gehandeld of toerekenbaar tekort is geschoten, dient te worden beoordeeld aan de hand van de zorgvuldigheid die in de gegeven omstandigheden van een redelijk handelend advocaat kan worden verwacht.²⁷ Ook is juist dat het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer relevant zijn de ernst en de omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan blijk heeft gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.²⁸

2.23. Deze maatstaf met betrekking tot de waarschuwingsplicht van een advocaat is door de Hoge Raad geformuleerd in een geval waarin de advocaat uitdrukkelijk was gevraagd om te adviseren over een te nemen beslissing. In dat kader moet een advocaat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarschuwen voor aan een bepaalde beslissing verbonden risico's, zodat zijn

26 Het onderdeel bevat in nrs. 19-22 geen klacht.

27 Zie o.a. HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1304, NJ 2003/302; HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159, NJ 2000/460. Zie onder meer Van den Emden en De Haan, a.w., p. 15; I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, 1995, p. 24-25; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/200.

28 HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, NJ 2015/267, rov. 3.3; zie ook HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3260, RvdW 2018/76.

cliënt goed geïnformeerd kan beslissen.²⁹ In de zaak die thans in cassatie speelt, heeft het hof echter geoordeeld (rov. 3.10) dat Banning c.s. *niet* zijn gevraagd om te adviseren over de risico's verbonden aan de overboeking, maar enkel uitvoering hebben gegeven aan instructies van hun cliënten over het aanpassen en verzenden van de betalingsinstructie. Banning c.s. hebben volgens het hof alleen geadviseerd over de vraag of [D] bevoegd was haar aandeel in de economische eigendom van het vliegtuig te verkopen (rov. 3.10). Het oordeel van het hof moet tegen die achtergrond worden begrepen.

2.24. Het onderdeel (onder nr. 24) bevat verschillende motiveringsklachten. In de kern betoogt het onderdeel dat het hof heeft miskend dat de aan de overboeking verbonden risico's niet beperkt waren tot het risico (waarmee [C] en [D] bekend konden worden geacht) dat zij niet langer over de verkoopopbrengst zouden kunnen beschikken, maar veel verder strekten. De klacht miskent dat, gegeven het feit dat Banning c.s. niet gevraagd waren hierover te adviseren, niet gezegd worden dat Banning c.s. gehouden waren deze risico's te onderzoeken en hiervoor te waarschuwen. Het hof heeft dus terecht geoordeeld dat Banning c.s. op dit punt geen waarschuwingsplicht hadden, zodat de klacht op dit punt faalt. Voor zover de klacht betoogt dat onjuist is het uitgangspunt van het hof dat een advocaat niet behoef te waarschuwen over hetgeen zijn cliënt al weet of had kunnen begrijpen, faalt de klacht eveneens. Het onderdeel miskent dat het hof heeft geoordeeld dat het advies van Banning c.s. niet zag op de overboeking, maar uitsluitend op de vraag of [D] bevoegd was haar aandeel in het vliegtuig te verkopen (of dit advies juist was, staat niet ter discussie). Het advies van Banning c.s. zag dus op de verkoop als zodanig, niet op de bestemming van de verkoopopbrengst, zodat niet is in te zien waarom Banning c.s. de overboeking met hun advies over de verkoop een "schijn van legitimiteit" zouden hebben gegeven.

2.25. Het onderdeel (onder nr. 24) klaagt nog dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat Banning c.s. niet behoefden te onderzoeken of een titel bestond voor de overboeking van de ver-

koopopbrengst naar [H]. De klacht faalt, omdat het hof niet heeft geoordeeld dat aan een overboeking tussen groepsvennootschappen geen risico's verbonden kunnen zijn, maar heeft geoordeeld dat [C] en [D] de aan de overboeking verbonden risico's kenden of behoorden te kennen, nu de overboeking plaatsvond naar een tot dezelfde groep behorende vennootschap met dezelfde bestuurder.

2.26. Het onderdeel (onder nr. 25) bouwt voort op onderdeel 1 (onder nr. 18) en moet het lot daarvan delen.

2.27. *Onderdeel 3* is gericht tegen rov. 3.10, 3.12 en 3.13 van het bestreden arrest, waarin het hof heeft geoordeeld over de aard en de inhoud van de opdracht van Banning c.s. Het onderdeel valt in drie subonderdelen uiteen.

2.28. *Subonderdeel 3.1* (onder nrs. 26-29) klaagt dat het hof niet heeft gerepsondeerd op het betoog van de curatoren, dat (onder meer uit een getuigenverklaring) zou zijn gebleken dat Banning c.s. wel degelijk hebben geadviseerd over de overboeking van de verkoopopbrengst. De klacht faalt, omdat het hof in rov. 3.10 heeft geoordeeld dat de verklaringen van de getuige op dit punt ook zo kunnen worden uitgelegd, dat het advies van Banning (alleen) zag op de vraag of het [D] vrijstond haar aandeel in de economische eigendom van het vliegtuig te verkopen. In dat oordeel ligt een verwerping besloten van de stelling dat Banning c.s. weliswaar niet hebben geadviseerd om de verkoopopbrengst naar [H] over te boeken, maar wel zouden hebben geadviseerd dat "de betaling geoorloofd was".

2.29. Voor het overige bevat subonderdeel 3.1 (onder nrs. 30-31) een herhaling van voorafgaande klachten en moet het subonderdeel het lot daarvan delen. Het subonderdeel (onder nr. 30) klaagt nog dat het hof niet op een andere door de curatoren gestelde grondslag voor aansprakelijkheid van Banning c.s. heeft gerepsondeerd, namelijk het advies over de verkoop van het vliegtuig. Dit advies werd, volgens het subonderdeel, voorbereid mede op basis van de concept-instructies inzake de betaling aan [H], en hield in dat er geen reden was voor [D] om medewerking aan de verkoop te weigeren, terwijl volgens de curatoren de schuldeisers van [C] en [D] zouden worden bena-

29 HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, NJ 2015/267; zie ook HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92, rov. 3.4.2.

deeld door de overboeking.³⁰ Ik merk hierover het volgende op. Op de plaatsen in het dossier waarnaar het subonderdeel verwijst, is gesteld dat Banning c.s. hun advies *niet* baseerden op concept-instructies waarin de betaling zou plaatsvinden aan [H].³¹ Daarnaast zag het advies van Banning c.s. erop of de verkoop van het vliegtuig “botste met enig op dat moment uitgesproken faillissement of anderszins problematisch zou kunnen zijn”.³² Op de plaatsen in de gedingstukken waarnaar het subonderdeel verwijst, is weliswaar gesteld dat Banning c.s. onderzoek moesten doen naar mogelijke crediteursbenadeling, maar niet dat die verplichting al begrepen was in de adviesopdracht over de verkoop van het vliegtuig en dat Banning c.s. hierin dus zouden zijn tekortgeschoten.³³ De curatoren hebben aan hun betoog dat Banning c.s. in hun verplichtingen zouden zijn tekortgeschoten dus niet ten grondslag gelegd dat het advies over de verkoop van het vliegtuig gebrekkelig was. Ook deze klacht faalt daarom.

2.30. *Subonderdeel 3.2* ziet op het oordeel van het hof in rov. 3.13 over het beroep van de advocaat op zijn verschoningsrecht. De advocaat is door de curatoren opgeroepen als getuige. De advocaat heeft zich op zijn verschoningsrecht beroepen. De rechter-commissaris heeft dit beroep bij beschikking van 15 oktober 2014 gehonoreerd. In het bestreden arrest heeft het hof in respons op het betoog van de curatoren dat het hof de zaak niet zelf kan afdoen omdat hen het recht zou worden ontnomen hoger beroep in stellen tegen deze beschikking, geoordeeld dat deze beschikking juist is. Het subonderdeel (onder nr. 32) klaagt dat het hof daarbij een onjuiste maatstaf heeft aangelegd, omdat de rechter-commissaris in zijn beschik-

king onder meer heeft overwogen dat “alleen de verschoningsgerechtigde zelf [kan] beslissen of en in hoeverre hij zich op verschoningsrecht moet/kan beroepen”. Volgens het subonderdeel heeft het hof miskend dat het aan de rechter is om te beoordelen of een beroep op het verschoningsrecht geoorloofd is.

2.31. De klacht faalt, omdat de geciteerde overweging uit de beschikking van de rechter-commissaris duidelijk verwijst naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad, waarin is geoordeeld dat alleen de verschoningsgerechtigde zelf kan beoordelen of bepaalde informatie of stukken onder het verschoningsrecht vallen.³⁴ Dat de rechter in het geheel geen rol zou hebben bij de beoordeling van de vraag of het beroep op het verschoningsrecht in een concreet geval moet wijken voor andere belangen, heeft de rechter-commissaris niet overwogen.

2.32. Het subonderdeel (onder nr. 33) klaagt verder dat het oordeel van het hof dat de advocaat zich op zijn verschoningsrecht kon beroepen, onvoldoende is gemotiveerd. Het subonderdeel vermeldt een aantal omstandigheden op grond waarvan het beroep op het verschoningsrecht ongegrond had moeten worden verklaard. Zij houden onder meer in dat Banning c.s. een ernstig verwijt wordt gemaakt, dat Banning c.s. procespartij zijn,³⁵ en dat belanghebbenden bij cliënten al hebben verklaard over de onderwerpen waarover de advocaat zou moeten worden gehoord³⁶ en dat de curatoren in bewijsmoeilijkheden verkeren.³⁷ In de beschikking van de rechter-commissaris en in het vonnis in het incident

30 Inleidende dagvaarding, nrs. 3 en 59(3), aantekeningen comparitie nr. 11 en memorie van antwoord nrs. 155 en 177.

31 Met zoveel woorden in memorie van antwoord nrs. 155 en 177.

32 Productie 3 bij inleidende dagvaarding, p. 4.

33 Ter comparitie in eerste aanleg hebben de curatoren weliswaar gesteld dat het “verkeerd” was van Banning c.s. om zich in het advies te beperken tot de belangen van “gesecureerde en beslagleggende crediteuren”, maar zij hebben niet onderbouwd waaruit zou blijken dat de adviesopdracht breder was dan dat (aantekeningen ten behoeve van de comparitie van partijen op 13 maart 2012, mrs. F.E. Vermeulen en A.M. Boot, nr. 11).

34 Onder meer HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6324, NJ 2004/47 m.nt. H.J. Sniijders. Zie ook het tussenvonnis in twee incidenten in de onderhavige zaak van 27 juli 2011, rov. 4.8.

35 In HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6324, NJ 2004/47, m.nt. H.J. Sniijders is uitgemaakt dat het verschoningsrecht ook geldt als de verschoningsgerechtigde als partijgetuige optreedt. Zie J. Ekelmans, *De exhibitieplicht*, 2010, nr. 7.9.4.

36 Uit de reeds aangehaalde beschikking van HR 9 augustus 2002, rov. 4.2.2, volgt overigens dat dit geen reden is voor een beperking van het verschoningsrecht.

37 Dit is evenmin een reden om een uitzondering op het verschoningsrecht te aanvaarden, zie HR 22 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1810, NJ 1996/55, rov. 3.3.

van 27 juli 2011, waarnaar de beschikking verwijst, zijn de genoemde omstandigheden meegevoegd, maar is geoordeeld dat zij geen uitzondering op het verschoningsrecht rechtvaardigen. Het hof heeft zich daarmee verenigd en overwogen dat deze beslissing, gelet op de in acht te nemen terughoudendheid, juist is. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, zodat de klacht faalt.

2.33. Het subonderdeel (onder nr. 34) richt een klacht tegen rov. 3.13, waarin het hof heeft geoordeeld dat de afwijzing door de rechtbank van de vordering van de curatoren tot afgifte (op grond van art. 843a Rv) juist is. De rechtbank heeft deze vordering afgewezen, omdat de advocaat zich in dit verband op zijn verschoningsrecht kon beroepen. Voor zover het subonderdeel voortbouwt op de voorafgaande klachten, faalt het om dezelfde reden. Voor zover het subonderdeel nog klaagt dat het hof heeft miskend dat een beroep door de advocaat op zijn verschoningsrecht misbruik van recht (art. 3:13 BW) kan opleveren, althans niet heeft gerepondeerd op het betoog van de curatoren dat dit het geval is, faalt de klacht eveneens. Het hof heeft zich aangesloten bij het oordeel van de rechtbank dat zich in dit geval geen uitzonderlijke omstandigheden voordoen die een uitzondering op het verschoningsrecht van de advocaat rechtvaardigen. Daarin ligt besloten een verwerping van het betoog dat sprake zou zijn van misbruik van recht.

2.34. Het subonderdeel (onder nr. 35) vermeldt nog een aantal omstandigheden die de curatoren hebben gesteld ter onderbouwing van het betoog dat een uitzondering op het verschoningsrecht gerechtvaardigd is, althans dat het beroep op het verschoningsrecht misbruik van recht oplevert. Het subonderdeel is in wezen een herhaling van voorafgaande klachten en faalt op dezelfde gronden. Voor zover de klacht betoogt dat het oordeel van het hof onvoldoende is gemotiveerd omdat het verwijst naar de beschikking van de rechter-commissaris, die slechts zag op de vraag of de advocaat als getuige kon worden gehoord, mist de klacht feitelijke grondslag, omdat het hof ook heeft gedoeld op het tussenvonnissen van de rechtbank van 27 juli 2011 ("de beschikkingen van de rechtbank").

2.35. *Subonderdeel 3.3* (onder nr. 36) betoogt dat het hof heeft miskend dat aan het beroep van de advocaat op zijn verschoningsrecht bewijsrechtelijke gevolgen moeten worden verbonden, zoals een verzwaaring van de op Banning c.s. rustende

stel- of motiveringsplicht, het aannemen van een vermoeden of een omkering van de bewijslast. De curatoren hebben dit in eerste aanleg betoogd en het hof had daarop moeten responderen.³⁸ Nu het hof de gegrondheid van het beroep op het verschoningsrecht heeft beoordeeld, lag ook deze daarop voortbouwende kwestie ter beoordeling voor bij het hof.

2.36. Anders dan het subonderdeel betoogt, was er geen aanleiding voor een bewijsrechtelijke tegemoetkoming. Het subonderdeel verwijst naar rechtspraak van de Hoge Raad, maar daarin is niet uitgemaakt dat aan een beroep op het verschoningsrecht sancties moeten worden verbonden. In die rechtspraak is slechts overwogen dat een beroep op het verschoningsrecht negatieve consequenties kan hebben, in die zin dat de verschoningsgerechtigde daarvan ook zelf ook nadeel kan ondervinden.³⁹ Die mogelijkheid brengt mee dat slechts in uitzonderlijke gevallen aanleiding is voor het verbinden van bewijsrechtelijke consequenties aan een beroep op het verschoningsrecht.⁴⁰ Voor het hof bestond geen aanleiding om rechtsgevolgen te verbinden aan het honoreren van het beroep van de advocaat op zijn verschoningsrecht. Het subonderdeel faalt dus.

2.37. *Subonderdeel 3.4* (onder nrs. 37-39) is gericht tegen het oordeel van het hof dat het de zaak zelf kan afdoen. Het subonderdeel klaagt dat het hof zou hebben miskend dat het vonnis in het incident tot afgifte van 27 juli 2011 een tussenvon-

38 Onder meer inleidende dagvaarding, nrs. 129-131, aantekeningen ten behoeve van de comparitie op 13 maart 2012 van mrs. F.E. Vermeulen en A.M. Boot, nrs. 3, 4 en 18.

39 Verwezen wordt naar HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6324, NJ 2004/47, m.nt. H.J. Sniijders en HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4529, NJ 2006/78.

40 Zie J. Ekelmans, *De exhibitieplicht*, 2010, nr. 7.9.4. Het arrest van 20 januari 2006, waarop het subonderdeel een beroep doet, zag overigens op een geheel andere situatie dan in dit geval aan de orde is. De zaak betrof het geval waarin een verzekeraar procedeerde tegen haar verzekerde. De verzekerde bewerkstelligde dat twee als getuige opgeroepen artsen zich op hun verschoningsrecht beriepen. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof in stand dat in dit geval aanleiding bestond voor het omkeren van de bewijslast ten nadele van de verzekerde (dus niet ten nadele van de verschoningsgerechtigde).

nis is en niet een deelvonnis. Volgens het subonderdeel betekent het door het hof in rov. 3.13 genoemde belang dat tegenstrijdige uitspraken zoveel mogelijk moeten worden voorkomen, niet dat het hof de zaak zelf moest afdoen, maar wijst dit er juist op dat de zaak had moeten worden teruggewezen. Verder betoogt het middel (onder nr. 39) dat het hof niet vrijstond om de zaak aan zich te trekken, omdat de curatoren de vrijheid hadden al dan niet (tussentijds) incidenteel appel in te stellen tegen het tussenvonnis van 27 juli 2011.

2.38. Het hof heeft in rov. 3.13 overwogen dat de omstandigheid dat de curatoren zelf geen hoger beroep hebben ingesteld tegen het tussenvonnis van 27 juli 2011 niet betekent dat de zaak moet worden teruggewezen naar de rechtbank. Het hof heeft daarbij in het midden gelaten of het desbetreffende vonnis al dan niet als een deelvonnis moet worden beschouwd. Het hof heeft verder overwogen dat de vordering tot afgifte van stukken en de getuigenis van de advocaat van belang is binnen de rechtsstrijd van het onderhavige geding over de aansprakelijkheid van Banning c.s.⁴¹ Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De beslissing van het hof om de zaak op de voet van art. 356 Rv aan zich te trekken, is overgelaten aan het beleid van het hof en leent zich niet voor toetsing in cassatie.⁴² Op dit laatste stuit ook de klacht van het subonderdeel (onder nr. 39) af, waarin wordt betoogd dat het hof niet vrijstond om de zaak aan zich te trekken, omdat de curatoren de vrijheid hadden al dan niet (incidenteel) appel in te stellen tegen het tussenvonnis van 27 juli 2011. Het hof heeft terecht overwogen dat de devolutieve werking van het appel meebrengt dat moet worden beoordeeld of de rechtbank op juiste gronden de vordering tot afgifte van stukken heeft afgewezen en het beroep van de advocaat op zijn verschoningsrecht heeft toegewezen. Uit art. 356 Rv volgt dat het hof het

gehele geschil zelf kan afdoen. De door het subonderdeel verdedigde uitzondering op art. 356 Rv, kan niet worden aanvaard.

2.39. *Onderdeel 4* (onder nrs. 40-43) is gericht tegen het oordeel van het hof over het “declaratiebetalingsmotief”, te weten de stelling van de curatoren dat voor de beoordeling van het handelen van Banning c.s. relevant is dat zij wisten dat hun declaraties uit het met de overboeking gemoeide bedrag zouden worden voldaan. Het hof heeft dit betoog in rov. 3.10 en 3.12 verworpen. Het onderdeel (onder nr. 42) klaagt dat het hof heeft miskend dat Banning c.s. hierdoor ook optraden als behartiger van hun eigen belang, dat conflicteerde met het belang van hun cliënt, terwijl het belang van de cliënt centraal moet staan. Ook wordt geklaagd (onder nr. 43) dat het hof heeft miskend dat het feit dat declaraties van Banning c.s. uit het overgeboekte bedrag zouden worden voldaan, voldoende concrete aanwijzingen opleverden dat met die overboeking onrechtmatig werd gehandeld jegens [C] en [D] en hun schuldeisers.

2.40. Het onderdeel miskent dat het hof in rov. 3.10 heeft geoordeeld dat niet is gebleken dat Banning c.s., ook als zij wisten dat hun declaraties door de overboeking zouden worden betaald, tekort zijn geschoten of onrechtmatig gehandeld hebben bij de advisering van hun cliënt. Ook miskent de klacht dat het hof het betoog over het “declaratiebetalingsmotief” in rov. 3.10 en 3.12 uitdrukkelijk heeft verworpen. Hierop stuit het onderdeel in zijn geheel af.

2.41. *Onderdeel 5* (onder nrs. 44-47) is gericht tegen rov. 3.10 en 3.12 en heeft betrekking op de wetenschap die Banning c.s. volgens de curatoren hadden van de schulden van [C] en [D]. Het onderdeel betoogt (onder nr. 44) dat het hof heeft miskend dat de ernst en de omvang van het risico van verhaalsbenadeling en de mate waarin de advocaat zich hiervan bewust is, een rol spelen bij de beoordeling of de advocaat onrechtmatig heeft gehandeld jegens zijn cliënt en/of diens schuldeisers. Het onderdeel (onder nr. 45 en 46) wijst op stellingen van de curatoren over schulden die [C] en [D] reeds hadden bij [B] uit hoofde van een lening en op schulden bij piloot [betrokkene 3], diens echtgenote [betrokkene 4] en ANFO BVBA; het hof zou in rov. 3.12 ten onrechte niet hebben geoordeeld over de vraag of deze betalingen nog verschuldigd waren. Volgens het onderdeel (onder nr. 47) is de vaststelling van het hof dat [C] en [D] pas in 2007 zijn gefailleerd, in dit verband

41 Vgl. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3264, NJ 2013/288, m.nt. H.B. Krans, waarin is overwogen dat een dergelijk vonnis een tussenvonnis is, tenzij een vordering op grond van art. 843a Rv wordt ingesteld in een aparte procedure, zoals in een kort geding (zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6111, NJ 2013/107).

42 HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3018, NJ 2018/212, m.nt. A.I.M. van Mierlo. Zie ook Asser/Balkes, Hammerstein en Wesseling-van Gent 4 2018/144.

onbegrijpelijk, omdat dit niets zegt over hun schuldenpositie ten tijde van de overboeking.

2.42. De klachten falen, omdat Banning c.s. volgens het hof niet hebben geadviseerd om de verkoopopbrengst niet naar [C] en [D], maar naar [H] over te maken (rov. 3.0 en 3.12), en uitsluitend overeenkomstig de instructies van hun cliënten de betalingsinstructie hebben opgesteld. In de relatie van Banning c.s. tot hun cliënten heeft het hof daarbij ook van belang geacht dat [C] en [D] zelf in staat moesten worden geacht om de aan de overboeking verbonden risico's te overzien (rov. 3.10). Volgens het hof komt dus geen belang toe aan hetgeen Banning c.s. wisten over de schulden van [C] en [D] bij derden: de opdracht aan Banning c.s. hield niet in dat zij, mede met het oog op eventuele schulden van [C] en [D], zouden adviseren over de overboeking. Het hof heeft dus terecht niet beoordeeld in welke mate Banning c.s. van de schulden van [C] en [D] op de hoogte waren. De schulden aan [betrokkene 3], [betrokkene 4] en ANFO BVBA zijn voor het hof alleen relevant geacht bij zijn oordeel dat het feit, dat de betalingsinstructie niet mede betaling van deze schulden omvatte, voor Banning c.s. geen aanwijzing behoeft te zijn dat met de overboeking onrechtmatige activiteiten werden beoogd.

2.43. *Onderdeel 6* (onder nr. 48-62) is gericht tegen de gegrondbevinding van de grieven van Banning c.s. Het onderdeel (onder nr. 48) klaagt dat het hof de grieven 4 t/m 16 gezamenlijk heeft behandeld, maar een aantal daarvan ten onrechte niet (expliciet) heeft besproken. Het onderdeel (onder nrs. 49-62) vermeldt iedere grief waarvan onduidelijk zou zijn of en zo ja, op welke grond het hof die grief zou hebben gehonoreerd.

2.44. De uitleg en de wijze van behandeling van de grieven is voorbehouden aan het hof.⁴³ Het hof heeft overwogen dat de grieven 4 t/m 16 zich alle richten tegen het oordeel van de rechtbank dat Banning c.s. aansprakelijk is voor de schade van [C] en [D] en hun schuldeisers, en deze grieven gegrond bevonden. Het stond het hof vrij om de grieven op deze wijze uit te leggen en hen gezamenlijk te bespreken. In het oordeel van het hof dat Banning c.s. niet aansprakelijk zijn, ligt een gegrondbevinding besloten van alle bezwaren van Banning c.s. tegen dit oordeel van de rechtbank

en tegen alle oordelen die daarop voortbouwen of daarmee verband houden. Het hof behoeft daarom niet al deze grieven afzonderlijk te bespreken. Het onderdeel faalt dus.

2.45. De slotsom luidt dat alle klachten van het principale cassatieberoep falen.

3. *Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep*

3.1. Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat het principale cassatieberoep (deels) gegrond wordt bevonden. Nu die voorwaarde niet is vervuld, kan de bespreking van het voorwaardelijk incidentele beroep achterwege blijven.

4. *Conclusie*

De conclusie strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep.

Hoge Raad

(...; *red.*)

2. *Uitgangspunten en feiten*

2.1. Deze zaak gaat in hoofdzaak over de vraag of de advocaat van twee – inmiddels gefailleerde – vennootschappen aansprakelijk is voor de schade die deze vennootschappen en hun (gezamenlijke) schuldeisers hebben geleden doordat de verkoopopbrengst van een vliegtuig van die twee vennootschappen niet aan hen is betaald, maar aan een gelieerde derde vennootschap, die geen verhaal biedt.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

De relevante (rechts)personen

(i) [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) beheerste in de periode voor 2007 een groep van vennootschappen (hierna: [E]). Binnen [E] bestonden drie takken van vennootschappen: [G]-groep, [A]-groep en de [F]-groep.

(ii) In [G]-groep bevond zich onder meer [L] B.V. (hierna: [L]). De aandelen in [L] werden gehouden door [betrokkene 1]. Een (indirecte) 100%-dochtervennootschap van [L] was de Belgische vennootschap [C] Bvba (hierna: [C]).

(iii) In [A]-groep bevond zich onder meer [A] N.V. (hierna: [A]). Een (indirecte) 100% dochtervennootschap van [A] was [B] N.V. (hierna: [B]). [A] hield verder (indirect) 49% van de aandelen

43 Zie H.J. Snijders, A. Wendels, *Civiel appel*, 2009, nr. 218.

in de Belgische vennootschap [D] Bvba (hierna: [D]). De overige 51% van de aandelen in [D] werd (indirect) gehouden door [betrokkene 1].

(iv) In de [F]-groep bevond zich onder meer [F] B.V. (hierna: [F]). Een dochtermaatschappij van [F] was de Zwitserse vennootschap [H] GmbH (hierna: [H]).

(v) Bestuurder (dan wel vast vertegenwoordiger naar Belgisch recht) van zowel [C], [D] als [H] was [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]).

(vi) Banning heeft juridische diensten verleend aan onder meer [betrokkene 1], [C] en [D]. Een van de advocaten van Banning die deze juridische diensten heeft verleend was [de advocaat].

Het vliegtuig binnen [E]

(vii) In 2002 heeft [B] het economisch eigendomsrecht (hierna: het gebruiksrecht) op een vliegtuig gekocht voor € 5.800.000,-. [A] heeft de aankoop gefinancierd, ten gevolge waarvan een vordering van [A] op [B] ontstond van € 5.941.463,82.

(viii) Op 18 december 2002 heeft [B] het gebruiksrecht van het vliegtuig verkocht aan [C] (voor 72%, tegen een bedrag van € 4.083.308,89) en [D] (voor 28%, tegen een bedrag van € 1.587.953,46). [C] en [D] zijn deze bedragen uit hoofde van een geldlening aan [B] schuldig gebleven. Deze lening had een looptijd van zes jaar en zou eindigen op 27 december 2008.

(ix) Het gebruiksrecht van het vliegtuig was in de periode 2004-2007 het enige relevante actief van [C] en [D].

De verkoop van het vliegtuig en de diverse faillissementen binnen [E]

(x) Op 24 november 2004 is [I] B.V. (hierna: [I]) in staat van faillissement verklaard. [I] was indirect een 100% dochtervennootschap van [A].

(xi) [C] en [D] hebben het gebruiksrecht van het vliegtuig op 7 januari 2005 via Flying Group N.V., Flying Partners C.V.B.A. (hierna: Flying Partners) en Flying Service N.V. (hierna: Flying Service) (hierna gezamenlijk: Flying Group) verkocht aan de Amerikaanse vennootschap Bell Aviation Inc. voor \$ 3.800.000,- (hierna: de vliegtuigtransactie). De betaling van de koopprijs zou plaatsvinden door tussenkomst van een *escrow agent*, te weten de Amerikaanse vennootschap Aircraft Title Service Inc. (hierna: IATS).

(xii) [C] en [D] hebben op 7 januari 2005 aan Flying Group volmacht verleend tot het geven van

de betalingsinstructie aan IATS, inhoudende dat uit de verkoopopbrengst eerst de schulden aan Flying Partners en Flying Service dienden te worden voldaan en dat het restant van de verkoopopbrengst diende te worden overgemaakt naar notaris [betrokkene 6], die zou zorgdragen voor pro rata betaling aan [C] en [D].

(xiii) Op 20 januari 2005 heeft Banning een concept volmacht en concept betalingsinstructies onder ogen gehad die betrekking hadden op de koopprijs van het vliegtuig.

In deze stukken geven (onder meer) [C] en [D] volmacht aan Flying Group om het vliegtuig te verkopen voor een koopprijs van \$ 3.750.000,-. Verder is in de stukken vermeld dat de koopprijs door de koper op een escrow-rekening van IATS zal worden betaald. Uit de betalingsinstructies volgt dat een deel van de koopprijs zal worden betaald aan piloot [betrokkene 3], een deel aan ANFO Bvba (Flying Partners/Flying Services en [betrokkene 3]) en een deel aan [betrokkene 4] (de echtgenote van [betrokkene 3]) en dat het restant van de koopprijs zal worden overgemaakt aan notaris [betrokkene 6], die deze opbrengst pro rata zal uitbetalen aan [C] en [D].

(xiv) Bij vonnis van 23 februari 2005 is [A] – voor 49% (indirect) aandeelhouder in [D] – in staat van faillissement verklaard. Bij vonnis van 25 februari 2005 is [J] B.V. – onderdeel van [A]-groep – in staat van faillissement verklaard.

(xv) Op 8 maart 2005 heeft een e-mailwisseling plaatsgevonden tussen [betrokkene 5] van Flying Group en [de advocaat] over de betaling van de koopprijs.

In deze e-mailwisseling heeft [de advocaat] onder meer bericht dat eerdere betalingsinstructies achterhaald zijn en dat de nieuwe betalingsinstructies als volgt luiden. Na aftrek van de algemene kosten van Flying Partners, dient 28% van de opbrengst rechtstreeks naar [D] te gaan. [D] voldoet hieruit [betrokkene 3] en [betrokkene 4]. De resterende 72% komt toe aan [C] en moet, in tegenstelling tot eerdere berichten, niet naar notaris [betrokkene 6] gaan, maar naar een door [de advocaat] rechtstreeks aan IATS door te geven bestemming.

(xvi) Op 8 maart 2005 heeft de Belastingdienst aangekondigd het faillissement van [L] aan te vragen indien een belastingschuld van € 4.180.000,- niet zou worden voldaan.

(xvii) Bij vonnis van 9 maart 2005 is [K] N.V. – onderdeel van [A]-groep – in staat van faillissement verklaard.

(xviii) Bij fax van 10 maart 2005 heeft [de advocaat] een concept betalingsinstructie, die volgens de mededeling van [de advocaat] in deze fax na invulling van de bedragen aan IATS zou kunnen worden gestuurd, aan [betrokkene 1] gezonden, inhoudend:

“The following information is confidential and may not be disclosed to any third party, including Flying Group N.V., and/or any other persons directly or indirectly involved in this affair.

(...) [C] (...) is entitled to 72% of the nett revenues of the sale of the aircraft. As we have understood the nett revenues after deduction of costs to be paid to third parties are \$.... Therefore 72% from this amount = \$....has to be paid out to (...) [C] (...).

This payment must be transferred to:

[H] in [vestigingsplaats], Switzerland

(...)

IBAN number: (...).

Can you confirm the payment has taken place accordingly?”

(xix) Bij e-mail van 15 maart 2005 heeft [de advocaat] aan [betrokkene 5] van Flying Group bericht:

“Inmiddels is ook het rekeningnummer bekend waar het resterende saldo naar toe moet, zodat dat direct in de proxy kan worden opgenomen (...).

Die begunstigde is:

[H]

Gevestigd te [vestigingsplaats], Zwitserland

(...)

BIC code: (...)

IBAN number: (...)

Ik verzoek U vriendelijk dit in de proxy aan te passen en mij een aangepast exemplaar te zenden. [betrokkene 2] is in de gelegenheid om vervolgens per omgaande te tekenen.”

(xx) Bij e-mail van 16 maart 2005 heeft [de advocaat] aan [betrokkene 5] bericht:

“Ik heb zojuist ten laste van mijn kantoorrekening een credit cardnummer doorgefaxt teneinde voor betaling van de Trust Company zorg te dragen (...).”

(xxi) De koopprijs van het vliegtuig is krachtens een document van 17 maart 2005, ondertekend door [betrokkene 2] namens [C] en [D] en getiteld “Special Proxy-Escrow Instructions” (hierna: de betalingsinstructie), als volgt uitbetaald:

- \$ 731.781,61 aan Flying Partners;
- \$ 66.623,46 aan Flying Service;
- \$ 86.840,70 aan Cessna Aircraft Company;

– \$ 2.864.754,23 (“being the balance of the Purchase Price”) aan [H].

Het bedrag van \$ 2.864.754,23 is op 21 maart 2005 bijgeschreven op de rekening van [H] in Zwitserland.

(xxii) Na ontvangst van dit bedrag zijn ten laste van de bankrekening van [H] betalingen aan [F] gedaan voor een bedrag van in totaal € 1.151.547,-. De rest van het door [H] ontvangen bedrag is binnen een jaar verbruikt door betalingen aan andere vennootschappen van [E], [betrokkene 2] en anderen.

Het eindsaldo van de rekening van [H] was op 31 maart 2006 nagenoeg nihil.

(xxiii) Na afronding van de vliegtuigtransactie zijn onder meer de volgende vennootschappen van [E] in staat van faillissement verklaard:

- [L] op 27 april 2005;
- [F] op 1 mei 2006;
- [B] op 15 juni 2006;
- [D] op 13 februari 2007; en
- [C] op 8 mei 2007.

De meeste andere vennootschappen in [E] zijn in de periode 2004-2007 eveneens in staat van faillissement verklaard. Op 11 januari 2007 zijn ook [betrokkene 1] en zijn echtgenote failliet verklaard.

Cessie van de vordering van de Belgische curatoren

(xxiv) Begin 2008 hebben de Belgische curatoren (in de faillissementen van [C] en [D]) hun vorderingen, althans die van [C] en [D], wegens (onrechtmatige) advisering en begeleiding bij de verkoop van het vliegtuig, gecedeerd aan de Nederlandse curatoren.

2.3. In deze procedure vorderen de curatoren, voor zover in cassatie van belang, Banning c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 2.134.814,85 en voor recht te verklaren dat Banning c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade van (de gezamenlijke schuldeisers van) [C] en [D], voor zover het betreft de schade die is ontstaan door onttrekking van de opbrengst van de vliegtuigtransactie aan het vermogen van deze vennootschappen.

De curatoren hebben aan deze vordering ten grondslag gelegd dat Banning c.s. aansprakelijk zijn:

- i. jegens [C] en [D] uit hoofde van nalatige (onrechtmatige) advisering, nu Banning c.s. zich hadden moeten onthouden van advisering over, althans facilitering van, betaling van de ver-

koopopbrengst van het vliegtuig aan een ander dan de daartoe gerechtigden, althans nadrukkelijk hadden moeten wijzen op de benadelende gevolgen daarvan, en

ii. jegens de gezamenlijke schuldeisers van [C] en [D] uit hoofde van onrechtmatige daad, door te adviseren over betaling van de verkoopopbrengst van het vliegtuig aan een ander dan de daartoe gerechtigden, dan wel die betaling te faciliteren, en daarmee de opbrengst van de vliegtuigtransactie aan verhaal door de schuldeisers te onttrekken.

2.4.1. De rechtbank heeft, na diverse eerdere tussenvonnissen, bij tussenvonnis van 23 maart 2016¹, kort samengevat, als volgt overwogen.

Banning c.s. hebben onzorgvuldig en onrechtmatig gehandeld jegens de schuldeisers van [C] en [D] door actief mee te werken aan de betaling van de koopprijs van het vliegtuig aan [H], in plaats van aan de (economisch) gerechtigden [C] en [D], zonder dat daarvoor een (kenbare en niet ondeugdelijke) rechtsgrond bestond. (rov. 3.6)

Onder omstandigheden als aan de orde in het onderhavige geval mag en moet van een advocaat worden verwacht dat hij nader onderzoek doet voordat hij eraan meewerkt dat de verkoopopbrengst van een belangrijk actief wordt onttrokken aan het vermogen van zijn cliënt. Niet is gebleken dat Banning c.s. dit hebben gedaan. (rov. 3.7.4)

Banning c.s. hebben voorts tegenover [C] en [D] niet gehandeld zoals van een redelijk handelend advocaat in de gegeven omstandigheden had mogen worden verwacht. Zij hebben geen, althans onvoldoende, onderzoek gedaan naar de risico's verbonden aan de betalingsomleiding en de benadeling van schuldeisers die daarvan mogelijk het gevolg zou kunnen zijn en [C] en [D] niet geadviseerd over die risico's en de mogelijke benadelende gevolgen daarvan. (rov. 3.8)

De rechtbank heeft vervolgens overwogen dat het debat over de omvang van de door Banning c.s. te vergoeden schade nog niet ten volle is gevoerd en de zaak daartoe naar de rol verwezen. (rov. 3.12.5)

2.4.2. De rechtbank heeft op verzoek van Banning c.s. toegestaan dat van het op 23 maart 2016 gewezen tussenvonnis tussentijds hoger beroep zal kunnen worden ingesteld.

2.5. Het hof heeft het tussenvonnis vernietigd, de zaak aan zich gehouden, en de vorderingen van de curatoren afgewezen.² Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, over de gestelde aansprakelijkheid als volgt overwogen:

“3.3. De in dit hoger beroep aan de orde zijnde vorderingen van de Curatoren jegens Banning c.s. steunen op twee pijlers:

(i) aansprakelijkheid van Banning c.s. jegens hun cliënten [C] en [D] uit hoofde van nalatige (onrechtmatige) advisering;

(ii) aansprakelijkheid van Banning c.s. jegens de gezamenlijke crediteuren van [C] en [D] uit hoofde van onrechtmatige daad.

(...)

Aansprakelijkheid ten opzichte van cliënten [C] en [D]

3.9. Het hof stelt voorop dat de vraag of een advocaat jegens een cliënt onrechtmatig heeft gehandeld of toerekenbaar tekort is geschoten dient te worden beoordeeld aan de hand van de zorgvuldigheid die in de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat mag worden verwacht. Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt 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.

3.10. Niet in geschil is dat [de advocaat] de concept betalingsinstructie van 10 maart 2005 heeft opgesteld en de e-mail van 15 maart 2005 aan Flying Group heeft verzonden, welke stukken (wat betreft het aandeel van [C]) de basis vormden voor de definitieve volmacht met betalingsinstructies van 17 maart 2005.

Op dat moment verkeerden een aantal van de [E] vennootschappen, waaronder de mede-aandeelhouder van [D], [A], in staat van faillissement. Het hof heeft niet kunnen vaststellen dat Banning c.s. [C] en [D] hebben geadviseerd om de opbrengst van het vliegtuig niet naar eigen rekenin-

1 Rb. Amsterdam 23 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1585 («JOR» 2016/310; *red.*).

2 Hof Amsterdam 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1938 («JOR» 2019/42, m.nt. Londonck Sluijk; *red.*).

gen van [C] en [D], maar naar een rekening van [H], over te boeken.
(...)

Uit de overige getuigenverklaringen, afzonderlijk en in onderlinge samenhang beschouwd met de verklaringen van [betrokkene 1] en [betrokkene 2], kan evenmin worden afgeleid dat Banning c.s. hebben geadviseerd om de restantverkoopopbrengst niet naar [C] en [D], maar naar [H] over te maken. Ook uit de overige stellingen van [de] Curatoren volgt niet in voldoende mate een verdergaande betrokkenheid van Banning c.s. bij de betaling aan [H]. Banning c.s. hebben een verklaring gegeven voor het ter beschikking stellen van de kantoor credit card (de trustee wilde zekerheid voor haar eigen kosten en [C] en [D] beschikten niet over credit cards). Ook overigens is dit gegeven onvoldoende om tot een grotere betrokkenheid van Banning c.s. te concluderen.

Dit geldt ook voor de declaratie van Banning van 14 april 2005 ad € 6.102,01 incl btw.

Het hof houdt het er gezien het vorenstaande, in onderlinge samenhang beschouwd, op dat de concept betalingsinstructie van 10 maart 2005 en de e-mail van 15 maart 2005 aan Flying Group overeenkomstig de instructies van zijn cliënten [C] en [D] door [de advocaat] zijn opgesteld. (...) Uiteindelijk heeft [betrokkene 2] namens [C] en [D] de definitieve volmacht met betalingsinstructies van 17 maart 2005 ondertekend.

Niet is gebleken, en de Curatoren hebben dit ook niet gesteld, dat [C] en [D] niet bevoegd waren tot verkoop van hun eigendomsrechten in het vliegtuig en tot het geven van de betalingsinstructie.

Anders dan in HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406 («JOR» 2015/350, m.nt. Van Maanen; *red.*), waarin is geoordeeld dat de betrokken advocaat de bestuurder van de vennootschap had moeten waarschuwen voor de risico's verbonden aan het doen van betalingen nadat het besluit om op eigen aangifte het faillissement van de vennootschap aan te vragen al was genomen, kan niet zonder meer worden gezegd dat Banning c.s. hun cliënten [C] en [D] (nog daargelaten dat Banning c.s. enige betrokkenheid bij het betalen van het aandeel van [D] in de restantverkoopopbrengst aan [H] betwisten) hadden moeten waarschuwen voor de risico's verbonden aan het overboeken van de restantopbrengst naar de rekening van een in Zwitserland gevestigde, aan de groep gelieerde vennootschap met dezelfde bestuurder als [C] en [D]. [C] en [D] moeten im-

mers worden geacht zelf te hebben geweten dat zij door de overboeking naar [H] niet meer direct over de restantverkoopopbrengst zouden kunnen beschikken, maar dat zij hoogstens een vordering op [H] zouden verkrijgen. Dat [C] en [D] dit wisten of redelijkerwijs hadden behoren te begrijpen blijkt ook uit de getuigenverklaring van [betrokkene 2] dat de Belgische vennootschappen (na de betaling aan [H]) een vordering kregen op [H]. Evenmin kan worden volgehouden dat Banning c.s., in relatie tot hun cliënten [C] en [D], hadden moeten onderzoeken wat de grondslag was voor de overboeking van de restantverkoopopbrengst naar [H]. Daarvoor is redengevend dat [H] een aan de cliënten [C] en [D] gelieerde vennootschap was en [H] dezelfde bestuurder had als [C] en [D] ([betrokkene 2]). Dat openstaande declaraties van Banning uit de verkoopopbrengst zouden worden voldaan (Banning c.s. hebben betwist dat zij daaromtrent wetenschap hadden), brengt nog niet met zich dat Banning c.s. hun cliënten onrechtmatig hebben geadviseerd of in die advisering toerekenbaar tekort zijn geschoten. De slotsom is dat er onvoldoende grond is om te kunnen oordelen dat Banning c.s. onrechtmatig hebben gehandeld (of toerekenbaar tekort zijn geschoten) jegens hun cliënten [C] en [D].

Aansprakelijkheid ten opzichte van de schuldeisers van [C] en [D]

3.11. Het hof stelt voorop dat een advocaat onder omstandigheden uit hoofde van een onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden ten opzichte van de schuldeisers van een cliënt. Dit kan het geval zijn indien de advocaat een eigen zorgvuldigheidsnorm ten aanzien van deze schuldeisers heeft geschonden.

Bij de beantwoording van de vraag of een advocaat uit hoofde van een onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden jegens de schuldeisers van zijn cliënt spelen voorts de volgende gezichtspunten een rol.

Een advocaat is gehouden bij zijn beroepsuitoefening het belang van zijn cliënt voorop te stellen. Voorts is een advocaat verplicht tot geheimhouding. Dit was in de hier relevante periode neergelegd in regel 5 en 6 van de Gedragsregels 1992 (thans: art. 10a van de Advocatenwet). Indien er in redelijkheid aanwijzingen bestaan dat de opgedragen diensten strekken tot (de voorbereiding van) onwettige activiteiten dient een advocaat zich te onthouden van het verlenen van deze diensten of de opdracht neer te leggen (destijds

neergelegd in art. 5 lid 1 van de Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen (Bruyninckx-richtlijnen), thans: art. 7.3 van de Verordening op de Advocatuur). Een advocaat mag voorts in beginsel, zolang in redelijkheid aanwijzingen van het tegendeel ontbreken, uitgaan van de juistheid van de informatie die zijn cliënt aan hem heeft verstrekt.

Dit alles neemt niet weg dat een advocaat aansprakelijk kan worden gehouden jegens de schuldeisers van zijn cliënt indien hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de gewraakte handelingen of advisering zouden leiden tot benadeling van de (gezamenlijke) crediteuren van zijn cliënt.

3.12. Banning c.s. hebben gedurende een periode van circa tien jaren verschillende dossiers behandeld voor vennootschappen uit [E]. Banning c.s. wisten dat het financieel niet goed ging met (een aantal van) de vennootschappen uit [E]. De declaraties van Banning werden al maanden niet door [E] betaald. Ten tijde van de betrokkenheid van Banning c.s. bij de betaling van de (restant) vliegtuigopbrengst verkeerden een aantal van de [E]-vennootschappen, waaronder de mede-aandeelhouder van [D], bovendien in staat van faillissement en dreigde een faillissement van de (indirect) aandeelhouder van [C]. Banning c.s. moeten redelijkerwijs hebben geweten, althans er ernstig rekening mee hebben gehouden, dat mogelijk ook [C] en [D] door deze deconfiture zouden worden geraakt.

Zoals in r.o. 3.10 reeds is overwogen, heeft het hof niet kunnen vaststellen dat Banning c.s. [C] en [D] hebben geadviseerd om de opbrengst van het vliegtuig niet naar eigen rekeningen van [C] en [D], maar naar een rekening van [H] over te boeken. Voldoende is komen vast te staan dat de concept betalingsinstructie van 10 maart 2005 en de e-mail van 15 maart 2005 aan Flying Group, welke stukken (wat betreft het aandeel van [C]) de basis vormden voor de definitieve volmacht met betalingsinstructies van 17 maart 2005, door [de advocaat] zijn opgesteld overeenkomstig de instructies van zijn cliënten [C] en [D].

[C] en [D] waren, zoals hiervoor is overwogen, op zichzelf genomen bevoegd tot verkoop van hun eigendomsrechten in het vliegtuig en tot het geven van de betalingsinstructie. Banning c.s. hebben voldoende toegelicht waarom de in de aanvankelijke escrow-instructies voorziene

betalingen aan [betrokkene 3], ANFO BVBA en [betrokkene 4] in de definitieve betalingsinstructie niet zijn opgenomen (er bestond discussie met [betrokkene 3] over de hoogte van zijn vordering, hetgeen wordt bevestigd in de verklaring die [betrokkene 2] als getuige heeft afgelegd, inhoudende dat op de declaraties van [betrokkene 3] nogal wat af te dingen was, dat [betrokkene 3] alleen nog recht had op een bedrag van € 30.000 aan achterstallig salaris en dat [betrokkene 4] geen vordering had op de Belgische vennootschap). Het hof heeft overigens ook niet kunnen vaststellen dat het Banning c.s. zijn geweest, die hebben geadviseerd om deze crediteuren toch niet uit de opbrengst van het vliegtuig te voldoen. Dat Banning c.s. ten tijde van de gewraakte handelingen wisten of redelijkerwijs hadden behoren te begrijpen dat [C] en [D] geen aanspraken jegens [H] geldend zouden kunnen maken (omdat de restant verkoopopbrengst uit [H] zou verdwijnen) en dat de crediteuren van [C] en [D] diensgevolge zouden worden benadeeld, heeft het hof evenmin kunnen vaststellen. Uit de omstandigheid dat [H] in Zwitserland was gevestigd en [betrokkene 1] in het verleden strafrechtelijk was veroordeeld, volgt dit niet in voldoende mate. Bij gebreke van voldoende concrete aanwijzingen dat de restant verkoopopbrengst uit [H] zou verdwijnen en dat [H] ook overigens geen verhaal zou bieden – en derhalve wetenschap dat de crediteuren van [C] en [D] zouden worden benadeeld –, heeft [de advocaat] als advocaat van [C] en [D] niet in strijd gehandeld met een door hem jegens de schuldeisers van [C] en [D] in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm door overeenkomstig de aanwijzingen van zijn cliënten [C] en [D] de concept betalingsinstructie van 10 maart 2005 op te stellen en op 15 maart 2005 verdere instructies ten aanzien van de betaling aan Flying Group te mailen – en aldus medewerking te verlenen aan de betaling aan [H] – zonder verder te onderzoeken wat de grondslag was voor de overboeking van de restant verkoopopbrengst naar [H]. Hierbij is van doorslaggevend belang dat [H] gelieerd was aan de cliënten [C] en [D] en dezelfde bestuurder had als [C] en [D] ([betrokkene 2]). De definitieve volmacht met betalingsinstructies is door [betrokkene 2] ondertekend. Daar komt bij dat [C] en [D] pas veel later, op 7 mei 2007 respectievelijk 17 februari 2007, zijn gefailleerd. (...)”

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1. Onderdeel 1 van het middel ziet op het oordeel van het hof over de gestelde aansprakelijkheid van Banning c.s. jegens de schuldeisers van [C] en [D]. Het klaagt onder meer dat het hof in de rov. 3.11 en 3.12 heeft miskend dat onder bepaalde omstandigheden van een advocaat mag en moet worden verwacht dat hij nader onderzoek doet voordat hij eraan meewerkt dat de verkoopopbrengst van een belangrijk actief wordt onttrokken aan het vermogen van zijn cliënt. Die omstandigheden behoeven niet in te houden dat aanwijzingen aanwezig zijn dat de opgedragen diensten strekken tot (de voorbereiding van) onwettige activiteiten, of dat de advocaat wist of behoorde te begrijpen dat de gewraakte handelingen of advisering zouden leiden tot benadeling van de schuldeisers van zijn cliënt. Van een advocaat aan wie wordt gevraagd te adviseren over of mee te werken aan een omleiding van geld in een situatie waarin de groep waartoe de gerechtigde vennootschap behoort, in financiële moeilijkheden verkeert, mag worden gevergd dat hij vragen stelt en onderzoekt of van een ongeoorloofde omleiding sprake is, dan wel alle medewerking weigert. Voor advocaten die gespecialiseerd zijn in het insolventierecht, zoals [de advocaat], geldt dit eens te meer, aldus nog steeds de kernklacht van het onderdeel.

3.1.2. Een advocaat heeft de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt te behartigen en stelt zich daarbij partijdig op (art. 10a lid 1, onder b, Advocatenwet). Daarbij dient een advocaat wel oog te hebben voor de context van dat belang, alsmede voor de belangen van andere betrokkenen (zoals de wederpartij of derden). Zo nodig confronteert hij zijn cliënt met gerechtvaardigde belangen van die anderen. De advocaat moet voorts in ieder geval handelen overeenkomstig de wet, en de belangenbehartiging van cliënten mag dan ook alleen met rechtmatige middelen worden nagestreefd.³

3.1.3. Onder omstandigheden kan een advocaat gehouden zijn bij zijn dienstverlening aan de cliënt rekening te houden met hem bekende of redelijkerwijs kenbare, gerechtvaardigde belangen van derden die in voor hen nadelige zin zouden kunnen worden geraakt door het (voorgenomen)

handelen of nalaten waarop zijn dienstverlening betrekking heeft. Indien een advocaat weet, of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat sprake is van zodanige belangen en dat de betrokken derden door een (voorgenomen) handelen of nalaten op onaanvaardbare wijze in die belangen zouden kunnen worden geschaad, dient hij zijn dienstverlening aan de cliënt daarop af te stemmen. Daarbij valt te denken aan het ontraden van een voorgenomen transactie, of het waarschuwen van de cliënt voor de daaraan, in verband met de betrokken belangen van derden, verbonden risico's.⁴

3.1.4. Bij het voorgaande geldt dat een advocaat mag afgaan op de juistheid van de hem door de cliënt verstrekte gegevens zolang in redelijkheid aanwijzingen van het tegendeel ontbreken, zoals thans in art. 7.2 lid 1 Verordening op de advocatuur is vastgelegd⁵. In de toelichting bij deze bepaling is vermeld:

“De vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt brengt met zich mee dat een advocaat, zolang redelijke aanwijzingen van het tegendeel ontbreken, in beginsel mag afgaan op de juistheid van gegevens die zijn cliënt hem verstrekt. De advocaat heeft dus in het algemeen geen onderzoeksplicht. Hij mag dergelijke gegevens in het kader van zijn dienstverlening aan de cliënt voor waar aannemen en gebruiken, met inachtneming van de gebruikelijke maatstaven van aanvaardbaarheid jegens derden (...).”

3.1.5. Toespitst op een kwestie als in deze zaak aan de orde, brengt het voorgaande mee dat een advocaat bij zijn dienstverlening met betrekking tot een voorgenomen financiële transactie geen rekening hoeft te houden met mogelijke belangen van derden, tenzij hij uit de hem door de cliënt verschaftte gegevens of de overige omstandigheden van het geval redelijkerwijs behoort af te leiden dat zodanige, gerechtvaardigde, belangen door de van hem gevraagde dienstverlening op onaanvaardbare wijze kunnen worden geschaad. Het antwoord op de vraag of een advocaat redelijkerwijs tot de conclusie moet komen dat zodanige situatie zich kan voordoen – hetgeen meebrengt dat hij dan onder omstandigheden nader onderzoek daarnaar zal moeten doen – is afhankelijk

3 Kamerstukken II 2009/10, 32382, nr. 3, p. 8-9.

4 Zie voor dat laatste HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406 («JOR» 2015/350, m.nt. Van Maanen; *red.*).

5 Stcrt. 2014/36091.

van de omstandigheden van het geval. De wetenschap dat de vennootschap waaraan de advocaat zijn diensten verleent, of de groep waarvan deze deel uitmaakt, financieel in zwaar weer verkeert, is daartoe op zichzelf niet voldoende, ook niet als de betrokken advocaat is gespecialiseerd in het insolventierecht. Tot de relevante omstandigheden behoort voorts ook de inhoud en reikwijdte van de opdracht aan de advocaat.

3.1.6. Uit hetgeen hiervoor in 3.1.3-3.1.5 is overwogen volgt dat het onderdeel op een onjuiste rechtsopvatting berust.

3.1.7. Ook voor het overige faalt het onderdeel.

Het hof heeft aan het slot van rov. 3.11 vooropgesteld dat een advocaat aansprakelijk kan worden gehouden jegens de schuldeisers van zijn cliënt indien hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de gewraakte handelingen of advisering zouden leiden tot benadeling van de (gezamenlijke) schuldeisers van zijn cliënt. Dat strookt met hetgeen hiervoor in 3.1.3-3.1.5 is overwogen. Voorts heeft het hof, zoals blijkt uit hetgeen het in rov. 3.12 in verbinding met rov. 3.10 heeft overwogen, niet miskend dat het “redelijkerwijze behoren te begrijpen” onder omstandigheden kan meebrengen dat een advocaat met het oog op eventuele belangen van derden nader onderzoek dient te verrichten. Het hof heeft in dat verband onder ogen gezien dat Banning c.s. wisten dat het financieel niet goed ging met (een aantal van) de vennootschappen uit [E] en dat zij redelijkerwijs moeten hebben begrepen dat ook [C] en [D] mogelijk zouden worden geraakt door de financiële problemen en de daarmee gepaard gaande faillissementen binnen [E].

Het daaropvolgende oordeel van het hof houdt in dat dit, in de omstandigheden van het geval, [de advocaat] niet ervan behoeft te weerhouden de van hem verlangde medewerking te verlenen. Daarbij heeft het hof onder meer in aanmerking genomen dat niet is komen vast te staan dat de advisering door Banning c.s. mede betrekking had op de betaling van de verkoopopbrengst aan [H], en dat evenmin is komen vast te staan dat het handelen van Banning c.s. uit meer bestond dan het op verzoek van [C] en [D] opstellen en aan Flying Group verzenden van de (nadere) betalingsinstructies. Voorts heeft het hof in aanmerking genomen dat, bij gebreke van voldoende concrete aanwijzingen in die richting, niet kan worden vastgesteld dat Banning c.s. wisten of redelijkerwijs hadden behoren te begrijpen dat de

verkoopopbrengst uit [H] zou verdwijnen en [H] geen verhaal zou bieden voor de vordering die [C] en [D], vanwege de betaling van hun deel in de verkoopopbrengst aan [H], op deze vennootschap verkregen.

Voor zover het onderdeel op andere uitgangspunten berust, mist het feitelijke grondslag. Voor zover het deze door het hof in aanmerking genomen uitgangspunten bestrijdt, faalt het, nu de vaststelling van deze uitgangspunten in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk is.

In het licht van bedoelde uitgangspunten geeft het oordeel van het hof dat Banning c.s. niet onrechtmatig hebben gehandeld door mee te werken aan de instructie tot betaling van een deel van de verkoopopbrengst aan [H] geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de overige stellingen van de curatoren (zie daarover de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.18).

Overige klachten

3.2.1. Onderdeel 3.4 klaagt over de wijze waarop het hof de zaak heeft afgedaan. In rov. 3.13 heeft het hof overwogen:

“3.13. De grieven zijn terecht voorgesteld. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. De Curatoren hebben geen andere stellingen of feiten betrokken die tot toewijzing van hun vorderingen zouden kunnen leiden. Aan (nadere) bewijslevering komt het hof niet toe. (...)

De zaak behoeft wat betreft de vorderingen jegens Banning c.s. weergegeven in r.o. niet te worden terugverwezen naar de rechtbank. (...)

Het hof gaat voorts voorbij aan het betoog van de Curatoren dat het hof de zaak niet zelf kan afdoen omdat de Curatoren dan het recht zou worden ontnomen om hoger beroep in te stellen tegen het tussenvonnissen van 27 juli 2011 waarbij de rechtbank een incidentele vordering tot afgifte van stukken heeft afgewezen en de beschikking van de rechter-commissaris van 15 oktober 2014 waarbij het [de advocaat] (behoudens één vraag) is toegestaan om zich te beroepen op zijn verschoningsrecht.

Voor zover het tussenvonnissen van 27 juli 2011 al niet als een deelvonnis (met betrekking tot de afwijzing van de gevorderde afgifte van stukken) moet worden beschouwd, maakt de omstandigheid dat de curatoren zelf geen hoger beroep tegen deze tussenvonnissen hebben ingesteld niet dat de zaak moet worden terugverwezen naar de

rechtbank. In dit geding staan centraal de vorderingen die zien op de aansprakelijkheid van Banning c.s. op de in r.o. 3.3 weergegeven gronden. De stukken waarvan de Curatoren in eerste aanleg de afgifte hebben gevorderd en de getuigenis van [de advocaat] zijn binnen die rechtsstrijd van belang. In het kader van de devolutieve werking zal het hof beoordelen of de rechtbank op juiste gronden de gevorderde afgifte van stukken heeft afgewezen en het beroep op het verschoningsrecht van [de advocaat] heeft toegewezen. Dit strookt ook met de eisen van een goede procesorde en de omstandigheid dat tegenstrijdige beslissingen zoveel mogelijk moeten worden voorkomen. Immers, bij een later succesvol hoger beroep tegen de hier relevante beslissingen van de rechtbank zouden de stukken waarvan afgifte is gevorderd en/of de verklaring van [de advocaat] alsnog in de beoordeling worden betrokken, hetgeen tot tegenstrijdige uitspraken zou kunnen leiden. Ten aanzien van het beroep op het verschoningsrecht en de vordering tot afgifte van stukken is het hof, gelet op de terughoudendheid waarmee uitzonderingen op het verschoningsrecht van een vertrouwenspersoon als een advocaat moeten worden aangenomen, van oordeel dat de beslissingen van de rechtbank juist zijn. Op de door de rechtbank genoemde gronden is voor het aannemen van een dergelijke uitzondering onvoldoende dat [de advocaat] partij is in de onderhavige procedure en dat de cliënten, waarop de stukken en de verklaringen betrekking hebben, in staat van faillissement verkeren. Het hof kan de zaak zelf afdoen. De vorderingen van de Curatoren weergegeven in r.o. 3.3 jegens Banning c.s. zullen worden afgewezen. (...).”

3.2.2. Het onderdeel betoogt onder meer dat het hof heeft miskend dat door de grieven van Banning c.s. in hoger beroep niet de rechtsstrijd is ontsloten over (i) de afwijzing van de incidentele vordering tot afgifte in het vonnis van 27 juli 2011 en (ii) de toewijzing van het beroep van [de advocaat] op zijn verschoningsrecht in de beschikking van 15 oktober 2014.

Daarnaast heeft het hof volgens het onderdeel miskend dat de in de rechtspraak aanvaarde rechtsregel dat het de geïntimeerde vrijstaat om bij tussentijds hoger beroep al dan niet (tussentijds) incidenteel appel in te stellen, meebrengt dat de appelrechter niet op grond van art. 356 Rv de zaak aan zich mag houden bij vernietiging van het tussenvonnissen waartegen tussentijds hoger be-

roep is ingesteld. Het hof had de zaak dan ook moeten terugwijzen naar de rechtbank.

In ieder geval had het hof de curatoren in de gelegenheid moeten stellen zich in hoger beroep uit te laten over de door de rechtbank afgewezen vorderingen tot afgifte van stukken en over het door de rechtbank gehonoreerde beroep van Banning c.s. op hun verschoningsrecht, aldus het onderdeel.

3.2.3. Op grond van art. 356 Rv kan de rechter in hoger beroep, wanneer hij een tussenvonnissen vernietigt, de zaak aan zich houden om in hoger beroep op de hoofdzaak te beslissen. Het is aan het beleid van de appelrechter overgelaten om al dan niet gebruik te maken van deze bevoegdheid. Dat beleid leent zich in beginsel niet voor toetsing in cassatie.⁶ De bevoegdheid de zaak zelf af te doen wordt wel begrensd door de eisen van een goede procesorde en in het bijzonder door het beginsel van hoor en wederhoor.⁷ Daarbij is echter uitgangspunt dat partijen rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de appelrechter gebruik zal maken van bedoelde bevoegdheid en dat zij, voor zover de rechtsstrijd in hoger beroep daartoe aanleiding geeft, hun stellingen op het gebruik van die mogelijkheid dienen af te stemmen. Zij kunnen in beginsel niet erop rekenen daartoe nog bij afzonderlijke beslissing in de gelegenheid te worden gesteld.

3.2.4. De bevoegdheid van de rechter in hoger beroep om na vernietiging van een tussenvonnissen zelf de zaak af te doen, wordt niet begrensd door de keuzevrijheid van de geïntimeerde om ofwel ook zelf dadelijk hoger beroep in te stellen (tegen het tussenvonnissen waarvan hoger beroep is opengesteld dan wel tegen eerdere tussenvonnissen),⁸ ofwel daarmee te wachten totdat een later tussenvonnissen of het eindvonnis is gewezen.⁹ Ook bij de afweging om al dan niet dadelijk incidenteel hoger beroep in te stellen, dient de geïntimeerde rekening te houden met de mogelijkheid dat de appelrechter gebruik zal maken van zijn bevoegdheid om na vernietiging van een tussenvonnissen zelf de zaak af te doen.

6 HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3018, rov. 3.4.2.

7 Vgl. in het kader van de devolutieve werking b.v. HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7892, rov. 3.5.3.

8 HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3168, rov. 3.4-3.5.

9 HR 24 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1073, rov. 3.2.

3.2.5. Uit het voorgaande volgt dat het hof bevoegd was de zaak aan zich te houden en zelf af te doen. Omdat de grieven de aansprakelijkheid van Banning c.s. jegens (de gezamenlijke schuldeisers van) [C] en [D] ten gronde aan de orde stelden, dienden de curatoren er rekening mee te houden dat bij het afdoen van de zaak door het hof ook het – zowel in het kader van de incidentele vordering tot afgifte van stukken, als bij het getuigenverhoor van [de advocaat] gedane – beroep op het verschoningsrecht van [de advocaat] van belang zou kunnen zijn. Uit de memorie van antwoord van de curatoren blijkt dat zij dat onder ogen hebben gezien. Anders dan het onderdeel betoogt, was er dus geen aanleiding de curatoren in de gelegenheid te stellen zich nog nader uit te laten.

3.3. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.4. Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het principale beroep;
- veroordeelt de curatoren in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

1. Twee Belgische vennootschappen binnen een overwegend Nederlands concern vragen het advocatenkantoor Banning om enkele hand- en spandiensten met betrekking tot de opbrengst van een vliegtuig dat zij hebben verkocht en geleverd aan een partij in de Verenigde Staten. Aan de Amerikaanse escrow-agent, die de koopsom onder zich houdt, stuurt Banning een betalingsinstructie. Wanneer de bestuurder van de cliënten kort daarna besluit dat de betaling moet plaatsvinden aan een Zwitserse vennootschap binnen het concern, die hij ook bestuurt, stuurt Banning op diens verzoek de rekeninggegevens door. Het kantoor wordt niet gevraagd over de transactie

te adviseren. Lang nadien blijkt dat de verkoopopbrengst is uitgegeven en dat de Zwitserse vennootschap geen verhaal biedt voor vorderingen van de inmiddels gefailleerde Belgische vennootschappen. De curatoren houden Banning aansprakelijk voor haar betrokkenheid bij een transactie die de gezamenlijke crediteuren heeft benadeeld, en cederen hun vordering aan curatoren van de Nederlandse onderdelen.

2. De vordering wordt door de curatoren gebaseerd op de Peeters/Gatzen-doctrine, het verweer van Banning vooral op jurisprudentie over beroepsaansprakelijkheid van advocaten. Het arrest van de Hoge Raad legt een verbinding tussen die twee en vormt daarmee, na HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590 (*Notaris/THB*), een belangrijk nieuw standaardarrest. De betekenis van het arrest reikt aanmerkelijk verder dan insolventiesituaties, en bestrijkt meer algemeen de vraag wanneer een advocaat ten opzichte van derden een norm schendt.

3. De Peeters/Gatzen-vordering (PGV) heeft zoals bekend in *Notaris/THB* een brede reikwijdte gekregen. Deze kon door curatoren worden ingesteld tegen elke derde die betrokken was bij de benadeling van de gezamenlijke crediteuren in hun verhaalsmogelijkheden. Doel was om de boedel te herstellen als ware de benadeling uitgebleven. Maatstaf voor aansprakelijkheid was dat de derde wist of behoorde te weten dat de transactie een ernstig risico van insolventie zou meebrengen. Die algemene maatstaf werd twintig jaar in de rechtspraak gehanteerd, ongeacht de hoedanigheid van de aangesproken partij. In HR 23 mei 2014, «JOR» 2014/229, m.nt. Van Bekum (*Kok/Maas q.q.*) bepaalde de Hoge Raad echter dat voor aangesproken bestuurders tevens sprake moest zijn van een ernstig persoonlijk verwijt, de maatstaf die tot dan toe in gevallen van benadeling van individuele crediteuren was gehanteerd, maar niet bij generieke benadeling. Uit dit arrest bleek dat de algemene maatstaf van *Notaris/THB* niet langer vanzelfsprekend was. Ten opzichte van andere derden die bij de benadelende transactie betrokken waren, zouden ook nieuwe maatstaven kunnen worden ontwikkeld, toegespitst op hun specifieke betrokkenheid, hoedanigheid en verantwoordelijkheid.

4. De Hoge Raad zet deze lijn inderdaad door met het huidige arrest over de positie van de advocaat. Curatoren onderkennen dat de advocaten niet aanstonds wetenschap zouden hebben van

de benadeling van crediteuren. Zij stelden dat Banning wist of behoorde te weten dat de transactie een ernstig risico op insolventie zou meebrengen, conform Notaris/THB, en dat het kantoor ter zake een onderzoeksplicht had verzaakt. Dat onderzoek naar de context en de gevolgen van het omleiden van de verkoopopbrengst zou hebben meegebracht dat een behoorlijke advocaat zijn medewerking aan de transactie zou hebben geweigerd. Dat gold temeer, nu de betrokken advocaten in het insolventierecht waren gespecialiseerd. De rechtbank («JOR» 2013/282) kon zich in deze redenering vinden. Hof («JOR» 2019/42, m.nt. Londonck Sluijk) en Hoge Raad kwamen tot een wezenlijk ander oordeel.

5. De Hoge Raad plaatst de kwestie in een bredere kader, namelijk de algehele – partijdige – dienstverlening van de advocaat aan de cliënt. In r.o. 3.1.3 wordt overwogen dat de advocaat onder omstandigheden gehouden kan zijn om rekening te houden met hem bekende of redelijkerwijs kenbare, gerechtvaardigde belangen van derden die in nadelige zin zouden kunnen worden geraakt door het handelen of nalaten waarop zijn dienstverlening betrekking heeft. Indien hij weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat dergelijke belangen op onaanvaardbare wijze zouden kunnen worden geschaad, dient hij zijn dienstverlening daarop af te stemmen. De Hoge Raad geeft als voorbeeld het ontreden van een transactie of het waarschuwen van de cliënt voor de daaraan, in verband met de betrokken belangen van derden, verbonden risico's. Daarbij wordt verwezen naar HR 29 mei 2015, «JOR» 2015/350, m.nt. Van Maanen.

6. Het is niet duidelijk of de Hoge Raad met deze verwijzing bedoelt te zeggen dat de advocaat in die zaak, die het bestuur van de vennootschap adviseerde over voorgenomen selectieve betalingen, had moeten begrijpen dat de belangen van de bestuurders zelf (als derden) op onaanvaardbare wijze zouden worden geschaad, vanwege het risico van aansprakelijkheidsprocedures, of de belangen van de overige crediteuren. Aangenomen werd dat de advocaat een norm had geschonden jegens de bestuurders. Of de belangen van crediteuren op onaanvaardbare wijze werden geschaad, werd door Hoge Raad niet beantwoord en is – mede gelet op HR 17 januari 2020, «JOR» 2020/55, m.nt. Salemink (*Ingwersen q.q./X c.s.*) – onzeker.

7. De Hoge Raad komt in r.o. 3.1.5 tot het oordeel dat een advocaat bij zijn dienstverlening met betrekking tot een voorgenomen financiële transactie geen rekening hoeft te houden met mogelijke belangen van derden, tenzij hij op grond van de door cliënt verstrekte gegevens of andere omstandigheden van het geval redelijkerwijs behoort af te leiden dat zodanige, gerechtvaardigde, belangen door de van hem gevraagde dienstverlening op onaanvaardbare wijze kunnen worden geschaad. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of een advocaat redelijkerwijs tot de conclusie moet komen dat die situatie zich kan voordoen, wat mogelijk meebrengt dat hij nader onderzoek zal moeten doen. Dat de advocaat weet dat de cliënt (of diens groep) financieel in zwaar weer verkeert, is op zichzelf niet voldoende, ook niet als de advocaat gespecialiseerd is in het insolventierecht. Tot de relevante omstandigheden behoren voorts de inhoud en reikwijdte van de opdracht aan de advocaat.

8. Het is duidelijk dat de Hoge Raad geen scherp afgebakend criterium wenst te formuleren voor een breed scala aan dienstverlening door advocaten. Wat de advocaat behoort te weten en behoort te doen zal telkens afhangen van de omstandigheden van het geval. Belangen van derden zullen doorgaans niet als gerechtvaardigd kwalificeren en het schaden ervan niet als onaanvaardbaar. Dient de advocaat te onderkennen dat die situatie zich toch kan voordoen, dan is mogelijk nader onderzoek geboden. Maar de omstandigheden van dit concrete geval boden die basis niet, zoals de Hoge Raad in r.o. 3.1.7 uitvoerig motiveert.

9. Ten aanzien van de op de PGV gebaseerde maatstaf die het hof had vooropgesteld, geeft de Hoge Raad in r.o. 3.1.7 aan dat deze maatstaf strookt met de overwegingen van de Hoge Raad in r.o. 3.1.3-3.1.5. Er is geen versoepeling of verzwarende beoogd. Wel is duidelijk dat het huidige arrest voortaan het toetsingskader aanreikt, en dat curatoren niet langer met een verwijzing naar de PGV kunnen volstaan.

10. Wat zijn de consequenties van dit arrest? De eerste vaststelling is dat advocaten aan dit arrest de nodige bescherming ontnemen voor vorderingen van derden, inclusief curatoren. Wie de advocaat aansprakelijk wil houden voor betrokkenheid bij een benadelende transactie, zal meer moeten stellen omtrent de informatie die de advocaat bekend had behoren te zijn. De onder-

zoeksplicht van de advocaat naar de gevolgen voor derden dient immers te worden ontleend aan de informatie waarover de advocaat reeds kan beschikken. De eiser zal ook dienen te stellen dat de getroffen belangen gerechtvaardigd waren en het schaden van die belangen door de advocaat – niettegenstaande zijn partijdigheid – onaanvaardbaar.

11. Aan die maatstaf zal niet snel zijn voldaan en dat lijkt maatschappelijk wenselijk. Aan de andere kant zou dit ook moeten meebrengen dat een cliënt of diens bestuurder zich niet te snel met succes moet kunnen beroepen op de betrokkenheid van de advocaat bij de transactie ter afwending van een eigen aansprakelijkheid voor de benadelende gevolgen ervan. De advocaat die met beperkte informatie en instructies betrokken raakt bij een transactie, legitimeert die niet en reduceert ook niet de eigen verantwoordelijkheid van de cliënt.

12. De betrokkenheid van een advocaat bij de vennootschap of het concern kan ook ertoe leiden dat deze wel degelijk bedacht moet zijn op onregelmatigheden. Een advocaat die bijvoorbeeld weet dat een bestuurder de juridische grondslag voor geldstromen binnen het concern niet eens benoemt, zolang er maar geld beschikbaar is voor het betalen van de meest urgente schulden, zal die kennis mijns inziens moeten betrekken bij verzoeken om assistentie. Een advocaat krijgt van de Hoge Raad in dit arrest geen oogkleppen aangereikt.

13. Een tweede vaststelling is dat advocaten in deze context meer te duchten hebben van hun eigen cliënten (inclusief hun bestuurders). De bestuurder die aansprakelijk wordt gesteld, zal in (vrijwarings)procedures tegen de advocaat betogen dat de kennis van de advocaat zodanig was dat deze hem had behoren te waarschuwen voor de risico's. Het eerder aangehaalde arrest van 29 mei 2015 vormt daar een belangrijke basis voor. Er zal in de praktijk regelmatig gesteggel ontstaan over wat de advocaat wist of behoorde te weten, en de meeste advocaten blinken niet uit in de accurate vastlegging van wat de cliënt hen bijvoorbeeld mondeling aan informatie toevertrouwt.

14. Een derde vaststelling is dat de Hoge Raad inmiddels voor notarissen, bestuurders en advocaten een specifiek toetsingskader heeft ontwikkeld dat op de PGV van toepassing is. Voor andere derden moet duidelijk zijn dat hun

aansprakelijkheid mogelijk ook aan een meer specifieke, nog te ontwikkelen maatstaf zal worden getoetst. Deze diversificatie biedt dus niet slechts houvast, maar leidt voor sommigen ook tot rechtsonzekerheid.

15. In het strafrecht geldt als fundamenteel uitgangspunt dat niemand strafbaar kan zijn zonder voorafgaande strafbaarstelling. In het civiele recht kan iemand voor gedrag van vele jaren geleden aansprakelijk worden gehouden op grond van een maatstaf die pas net in de rechtspraak is ontwikkeld. Enerzijds is dit gelet op het niet-statische karakter van het onrechtmatigedaadsrecht moeilijk te vermijden, anderzijds zijn de gevolgen voor de aansprakelijke partijen zo substantieel dat dit ervoor pleit om bij het formuleren van nieuwe maatstaven de drempel voor aansprakelijkheid niet te snel te verlagen.

16. Dat de Hoge Raad met dit arrest een belangrijke invulling heeft kunnen geven aan het normatieve kader voor de advocatuur, is te danken aan het feit dat curatoren de vordering in de sleutel hadden geplaatst van het Nederlands recht en Banning strategisch geen reden zag om daar verweer tegen te voeren. Gelet op het oordeel van het Hof van Justitie (6 februari 2019, «JOR» 2019/116, m.nt. Welling-Steffens (*NK/BNP Paribas Fortis*)) dat de PGV niet valt onder de Insolventieverordening, maar als onrechtmatige daad onder de EEX-Verordening en voor het toepasselijk recht onder Rome II, zou de onderhavige *pauliaanse onrechtmatigedaaadvordering* van Belgische curatoren waarschijnlijk ingevolge art. 4 lid 1 Rome II worden beheerst door het recht van het land waar de schade was ingetreden. Nederland was in deze zaak geen *Erfolgsort*. Weliswaar zou op grond van art. 17 Rome II rekening moeten worden gehouden met gedragsregels voor de aansprakelijke partij in het *Handlungsort*, maar dat zou een veel smallere basis hebben geboden voor enige beoordeling in cassatie. Juist omdat eenieder, ook een advocaat, zijn doen en laten in beginsel afstemt op het normatieve kader dat hij kent, is het een goede zaak dat de Hoge Raad deze kans heeft gekregen en benut.

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

153

Geen grond voor achterstelling aandeelhouderslening in faillissement Thermphos

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda
22 januari 2020, rolnr. HA ZA 18-794
(mr. Hermans)
Noot mr. drs. N.B. Pannevis

Faillissement Thermphos. Renvooprocedure. Aandeelhouderslening niet te beschouwen als informele kapitaalverschaffing die moet worden achtergesteld. Ontbreken van verwevenheid. Zorgplicht moeder vennootschap in concernverhoudingen. Beroep van (indirect) aandeelhouder op concurrente verhaalspositie is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar en niet onrechtmatig jegens overige schuldeisers. Verwijzing naar Hof Amsterdam 5 november 2005, «JOR» 2007/51, m.nt. Bartman en Rb. Breda 7 juli 2010, «JOR» 2010/293, m.nt. Tekstra.

[BW art. 3:277 lid 2, 6:2, 6:162; Fw art. 122]

Vooropgesteld wordt dat er geen wettelijke regel is dat een aandeelhouderslening moet worden gekwalificeerd als informeel kapitaal en evenmin dat een dergelijke lening op die grond moet worden achtergesteld bij andere concurrente crediteuren. De curatoren doen dan ook een beroep op het leerstuk van informeel kapitaal zoals dat zich in de rechtspraak en literatuur heeft ontwikkeld. Uit Hof Amsterdam 5 november 2005, «JOR» 2007/51, m.nt. Bartman en Rb. Breda 7 juli 2010, «JOR» 2010/293, m.nt. Tekstra volgt dat de enkele kwalificatie van een aandeelhouderslening of een vordering uit rekening-courant als informele kapitaalverschaffing op zich nog niet tot achterstelling van de lening leidt. Het zijn de bijzondere omstandigheden van het geval die maken dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn wanneer de aandeelhouder zijn vordering niet achterstelt bij de overige concurrente crediteuren. Nog daargelaten dat eiseres geen directe, maar indirecte aandeelhouder is, zodat van een kapitaalvervangende lening in feite geen sprake kan zijn, zijn er

onvoldoende bijzondere omstandigheden gesteld om tot achterstelling van de geldleningen te komen. In feite voeren de curatoren niet meer aan dan dat de geldleningen zijn verstrekt door eiseres als (indirect) aandeelhouder en dat daarmee een groot risico werd genomen. Ook indien zou komen vast te staan dat eiseres een groot risico heeft genomen met het verstrekken van de geldleningen, leidt dit nog niet tot het oordeel dat de vordering van eiseres dient te worden achtergesteld. Daartoe ontbreekt de grote mate van verwevenheid tussen eiseres van failliet, waarvan in de Ambacht-zaak (Rb. Breda 7 juli 2010, «JOR» 2010/293, m.nt. Tekstra) sprake was. In het onderhavige geval is de enige verwevenheid dat eiseres indirect aandeelhouder is van failliet. Anders dan in de Ambacht-zaak, werd de financiering niet volledig verstrekt door de (indirect) aandeelhouder, maar door een bankconsortium. Dat de banken aanvullende financiering van failliet door eiseres als voorwaarde hebben gesteld voor het blijven verstrekken van krediet aan failliet, maakt nog niet dat eiseres gehouden is haar leningen achter te stellen bij de crediteuren van failliet. Het beroep van eiseres op haar concurrente verhaalspositie ten opzichte van de overige concurrente crediteuren is dan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. Evenmin is het beroep van eiseres op haar concurrente verhaalspositie onrechtmatig jegens de overige crediteuren. Weliswaar wordt algemeen aanvaard dat een moeder vennootschap bij de financiering van haar dochter vennootschap onder omstandigheden rekening moet houden met de belangen van de (toekomstige) crediteuren van haar dochter vennootschap, maar voor het aannemen van deze zorgplicht van de moeder vennootschap in concernverhoudingen zal eerst gemotiveerd moeten worden gesteld waarom deze zorgplicht op de moeder vennootschap rust, alsmede op grond waarvan deze is geschonden. De curatoren hebben daartoe onvoldoende aangevoerd. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vorderingen van eiseres tot erkenning van haar vordering zullen worden toegewezen.

De vennootschap naar het recht van het Groothertogdom Luxemburg AIMG Sàrl te Luxemburg, eiseres tot verificatie,
advocaat: mr. S.H. Wiggers,
tegen
1. mr. F.T. Hiemstra te Middelburg,