

ECLI:NL:HR:2015:1406

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	29-05-2015
Datum publicatie	29-05-2015
Zaaknummer	14/01835
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2015:161 , Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2013:9849 , Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Beroepsfout advocaat. Maatstaf aansprakelijkheid bij proceshandelingen (HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, NJ 1983/367 en HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429, NJ 1992/808). Maatstaf bij advisering (HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92); waarschuwingsplicht?
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 6 Burgerlijk Wetboek Boek 6 74 Burgerlijk Wetboek Boek 7 Burgerlijk Wetboek Boek 7 400
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl FutD 2015-1369 NJB 2015/1096 RvdW 2015/697 NJ 2015/267 JIN 2015/136 met annotatie van N.E.N. de Louwere JA 2015/90 met annotatie van mr. L.C. Dufour NTHR 2015, afl. 4, p. 205 JOR 2015/350 met annotatie van mr. M.H.J. van Maanen G.C.W. van der Feltz annotatie in TBR 2016/15

Uitspraak

29 mei 2015

Eerste Kamer

14/01835

EE

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. [eiser 1],
wonende te [woonplaats],
2. [eiseres 2],
gevestigd te [vestigingsplaats],
EISERS tot cassatie,
advocaat: mr. M.J. Schenck,

t e g e n

1. [verweerster 1],
gevestigd te [vestigingsplaats],
2. [verweerder 2],
wonende te [woonplaats],
VERWEERDERS in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eisers] en [verweerders]

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 221965/HA ZA 11-1408 van de rechtbank Arnhem van 18 januari 2012 en 14 november 2012;
- b. het arrest in de zaak 200.120.384 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2013.
Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben [eisers] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerders] is verstek verleend.

De zaak is voor [eisers] toegelicht door hun advocaat en mr. R.L.M.M. Tan.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van [eisers] heeft bij brief van 13 maart 2015 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) [verweerder 2] is enig aandeelhouder en bestuurder van [verweerster 1]. [verweerster 1] is bestuurder van [A] (hierna: [A]). De enig aandeelhouder van [A] was [B](hierna: [B]).
- (ii) [eiser 1] is als advocaat werkzaam bij [eiseres 2] en heeft werkzaamheden uitgevoerd voor [A], (indirect) bestuurders van [A], en gelieerde vennootschappen.
- (iii) Op 2 maart 2006 is op advies van [eiser 1] en in zijn aanwezigheid, tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders van [A] besloten tot het aanvragen van het eigen faillissement van [A]. [verweerders] hebben op dezelfde datum het door [eiser 1] opgestelde verzoekschrift tot faillietverklaring ondertekend.

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

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

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

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

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

3.2.2 Bij tussenvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat [eiser 1] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht en dat [eiser 1] en [eiseres 2] daarvoor hoofdelijk aansprakelijk zijn. Zij heeft [verweerders] opgedragen feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat sprake is van causaal verband tussen de vastgestelde beroepsfout en de door [verweerders] gestelde schade.

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

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

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

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

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

Vervolgens is op 2 maart 2006 tijdens de AVA van [A] het besluit genomen het eigen faillissement aan te vragen en heeft [verweerder 2] het door [eiser 1] opgestelde verzoekschrift tot faillietverklaring ondertekend. Aan dit besluit is een periode voorafgegaan waarbij [eiser 1] [verweerders] heeft

geadviseerd over een mogelijke doorstart met gelijktijdig faillissement van [A]. In de brief van 14 december 2005 schrijft [eiser 1] aan [A] (ter attentie van onder andere [verweerder 2]) onder meer:

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

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

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

- 4.7 (...). Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat had alsdan voor de zekere weg moeten kiezen en zijn cliënt voor dit risico moeten waarschuwen, zodat hij niet aan een vermijdbaar risico, in dit geval (persoonlijke) aansprakelijkheid van (indirect) bestuurders [verweerders] van [A] zou worden blootgesteld. (...).
- 4.8 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat [eiser 1] niet als een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat bij zijn advisering aan [verweerders] heeft gehandeld. (...)"

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

- 3.3 Onderdeel 2.2 klaagt dat het hof een onjuiste maatstaf heeft toegepast. Het betoogt, samengevat, dat de maatstaf uit HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, NJ 1983/367 en HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429, NJ 1992/808, welke uitspraken zien op processuele rechtshandelingen, niet is toegesneden op en niet geschikt is voor een geval als het onderhavige, waarin het gaat om advisering. Daarvoor heeft als maatstaf te gelden of de advocaat, gelet op alle feiten en omstandigheden van het desbetreffende, concrete geval, in redelijkheid tot zijn advies heeft kunnen komen. Althans dient de maatstaf te zijn of de advocaat onder gegeven omstandigheden in redelijkheid kon menen dat het risico van moeilijkheden voor zijn cliënt niet zodanig groot was, dat hij als redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat daarvoor uitdrukkelijk diende te waarschuwen. Het enkele feit dat ten tijde van het

geven van het advies in de literatuur verschillende standpunten werden ingenomen of dat in de lagere jurisprudentie uitspraken in verschillende zin voorkwamen, terwijl de Hoge Raad het desbetreffende punt vooralsnog in het midden heeft gelaten, is onvoldoende om het achterwege laten van een waarschuwing als een beroepsfout aan te merken. De onderdelen 2.3 en 2.4 klagen dat het oordeel van het hof in elk geval onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is in het licht van een aantal in die onderdelen vermelde omstandigheden en stellingen.

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

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

3.4.3 Wanneer een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, brengt de hiervoor in 3.4.1 genoemde zorgvuldigheidsplicht mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (vgl. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92). Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekenis toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.

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

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

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

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

Dit arrest is gewezen door de vice-president F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren C.A. Streefkerk, C.E. Drion, G. de Groot en T.H. Tanja-van den Broek, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president E.J. Numann op 29 mei 2015.