

ECLI:NL:HR:2020:61

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	17-01-2020
Datum publicatie	17-01-2020
Zaaknummer	18/03867
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2019:867, Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHAMS:2018:1938, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Beroepsaansprakelijkheid advocaat. Procesrecht. Maatstaf voor aansprakelijkheid advocaat; medewerking advocaat aan betaling aan gelieerde vennootschap. Tussentijds hoger beroep tegen tussenvonnis waarin advocaat aansprakelijk is gehouden; mocht het hof de zaak aan zich houden en zelf afdoen (art. 356 Rv) en daarbij in het kader van de devolutieve werking het door de rechtbank gehonoreerde beroep van de advocaat op zijn verschoningsrecht herbeoordelen?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 18/03867

Datum 17 januari 2020

ARREST

In de zaak van

1. Jan Johan DINGEMANS,
wonende te Vught en kantoorhoudende te Utrecht,
2. Sebastiaan Maarten Marie VAN DOOREN,
wonende te Vught en kantoorhoudende te 's-Hertogenbosch,
beiden in hun hoedanigheid van curator in de faillissementen van [A] N.V. en [B] N.V.,
3. Rudi VAN GOMPEL, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de vennootschap naar Belgisch recht [C] Bvba,
kantoorhoudende te Oud-Turnhout, België,
4. Johan van CAUWENBERG, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de vennootschap naar Belgisch recht [D] Bvba,
kantoorhoudende te Oud-Turnhout, België,

EISERS tot cassatie, verweerders in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
hierna gezamenlijk: de curatoren,
advocaat: R.J. van Galen,

tegen

1. BANNING N.V.,
gevestigd te 's-Hertogenbosch,
hierna: Banning,
2. [de advocaat] ,
wonende te [woonplaats] ,
hierna: [de advocaat] ,

VERWEERDERS in cassatie, eisers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
hierna gezamenlijk: Banning c.s.,
advocaat: T.T. van Zanten.

1. Procesverloop

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

- a. de vonnissen in de zaak C/13/480127/HA ZA 11-196 van de rechtbank Amsterdam van 27 juli 2011, 2 november 2011, 26 september 2012, 22 mei 2013, 23 maart 2016 en 6 juli 2016 en de beschikking in die zaak van 15 oktober 2014;
- b. het arrest in de zaak 200.195.468/01 van het gerechtshof Amsterdam van 12 juni 2018.

De curatoren hebben tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld. Banning c.s hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Banning c.s. mede door mr. M.E. ten Brinke.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep.

De advocaat van de curatoren heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

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 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 verkoopprijs van het vliegtuig.

In deze stukken geven (onder meer) [C] en [D] volmacht aan Flying Group om het vliegtuig te verkopen voor een verkoopprijs 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 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?"

(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:

- 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 verkoopopbrengst van het vliegtuig aan een ander dan de daartoe gerechtigden, althans nadrukkelijk hadden moeten wijzen op de benadelende gevolgen daarvan, en
- 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 tussenvonniss tussentijds hoger beroep zal kunnen worden ingesteld.

2.5 Het hof heeft het tussenvonniss 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 rekeningen 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, 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 restant verkoopopbrengst 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 immers worden geacht zelf te hebben geweten dat zij door de overboeking naar [H] niet meer direct over de restant verkoopopbrengst 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 restant 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] ([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] diens gevolg 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, zo lang 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 Toegespitst 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 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 behoefde 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 tussenvonnis 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 tussenvonnis 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 tussenvonnis waartegen tussentijds hoger beroep 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 tussenvonnis vernietigt, de zaak aan zich houden om in hoger beroep op de hoofdzak 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 tussenvonnis 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 tussenvonnis waarvan hoger beroep is opengesteld dan wel tegen eerdere tussenvonnissen),⁸ ofwel daarmee te wachten totdat een later tussenvonnis 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 tussenvonnis zelf de zaak af te doen.

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, tot op deze uitspraak aan de zijde van Banning c.s. begroot op € 6.662,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien de curatoren deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en F.J.P. Lock, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer C.E. du Perron op 17 januari 2020.

¹ Rb. Amsterdam 23 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1585.

² Hof Amsterdam 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1938.

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.

⁵ Stcrt. 2014/36091.

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.
