

JA 2014/37 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, 24-12-2013, 200.120.384, ECLI:NL:GHARL:2013:9849

Beroepsaansprakelijkheid advocaat, Informatieverplichting

Publicatie	JA 2014 afl. 3
Publicatiedatum	27 maart 2014
College	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem
Uitspraakdatum	24 december 2013
Rolnummer	200.120.384 LJN ECLI:NL:GHARL:2013:9849
Rechter(s)	mr. Bethlem mr. Frankena mr. Vranken
Partijen	1. [Appellant sub 1] te [woonplaats], hierna: [appellant sub 1], 2. de maatschap [appellant sub 2] te [vestigingsplaats], hierna: [appellant sub 2], appellanten, hierna gezamenlijk in manlijk enkelvoud: [appellanten], advocaat: mr. J. Langerhuizen, tegen 1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [geïntimeerde sub 1] te [vestigingsplaats], hierna: [geïntimeerde sub 1], 2. [geïntimeerde sub 2] te [woonplaats], hierna: [geïntimeerde sub 2], geïntimeerden, hierna gezamenlijk in manlijk enkelvoud: [geïntimeerden], advocaat: mr. A.H.J. Cornelissen.
Noot	mr. H.J. Delhaas
Trefwoorden	Beroepsaansprakelijkheid advocaat, Informatieverplichting,
Regelgeving	BW Boek 6 - 162

» **Samenvatting**

Appellant sub 1 is advocaat en is werkzaam bij Appellant sub 2 (hierna gezamenlijk de "advocaat"). Geïntimeerden zijn (indirect) bestuurder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Wabru Gejo Infra BV ("Wabru"). De advocaat heeft werkzaamheden uitgevoerd voor Wabru, diens (indirect) bestuurders en gelieerde vennootschappen. Op 2 maart 2006 is op advies van de advocaat en in zijn aanwezigheid tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders van Wabru besloten tot het aanvragen van het eigen faillissement van Wabru. Op 6 en 7 maart 2006 heeft Wabru betalingen verricht aan diverse crediteuren.

De curator heeft geïntimeerden in hun hoedanigheid van (indirect) bestuurder aansprakelijk gehouden voor de betalingen die op 6 en 7 maart 2006 aan crediteuren zijn verricht. Over een deel van de betalingen heeft het hof geoordeeld dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld en hen veroordeeld dit bedrag aan de curator te voldoen.

Het hof oordeelt dat van onzorgvuldig handelen in een dergelijke situatie sprake is indien de advocaat op basis van de toen bestaande rechtspraak en literatuur er niet voldoende op mocht vertrouwen dat door de betalingen er voor geïntimeerden geen moeilijkheden waren te verwachten, en hij er dus niet van kon afzien om geïntimeerden te waarschuwen voor het risico dat zij als bestuurders (persoonlijk) aansprakelijk gesteld konden worden door de curator van Wabru.

De Hoge Raad had in het arrest Coral/Stalt geoordeeld over bestuurdersaansprakelijkheid

in geval van selectieve betaling aan tot de groep behorende crediteuren. De Hoge Raad had echter de (on)rechtmatigheid van ongelijke behandeling van crediteuren in andere gevallen in het midden gelaten. Het hof meent dat de advocaat uit deze jurisprudentie had moeten afleiden dat het nog geen uitgemaakte zaak was hoe de Hoge Raad zou oordelen over andere gevallen van selectieve betaling. In de literatuur werden verschillende standpunten ingenomen over selectieve betalingen door bestuurders (al dan niet) in het zicht van het faillissement en had de advocaat er achter kunnen komen dat het geen uitgemaakte zaak was of de betalingen zoals Wabru voornemens was te verrichten, niet tot moeilijkheden zouden kunnen leiden. Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat had volgens het hof voor de zekere weg moeten kiezen en zijn cliënt voor dit risico moeten waarschuwen, zodat hij niet aan een vermijdbaar risico zou worden blootgesteld.

» **Uitspraak**

1. Het geding in eerste aanleg

(...; red.)

2. Het geding in hoger beroep

(...; red.)

3. De vaststaande feiten

(...; red.)

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1. Deze zaak gaat kort gezegd over het volgende. [Geïntimeerde sub 2] is enig aandeelhouder en bestuurder van [geïntimeerde sub 1]. [Geïntimeerde sub 1] is bestuurder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Wabru Gejo Infra B.V. (hierna: Wabru). Enig aandeelhouder van Wabru was de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Gejo Infra B.V. (hierna: Gejo). [Appellant sub 1] is werkzaam bij [appellant sub 2] en heeft werkzaamheden uitgevoerd voor Wabru, diens (indirect) bestuurders en gelieerde vennootschappen. Op 2 maart 2006 is op advies van [appellant sub 1] en in zijn aanwezigheid tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders van Wabru besloten tot het aanvragen van het eigen faillissement van Wabru. [Geïntimeerden] heeft op dezelfde datum het door [appellant sub 1] opgestelde verzoekschrift tot faillietverklaring ondertekend. Op 6 en 7 maart 2006 heeft Wabru betalingen verricht aan diverse crediteuren voor een totaal bedrag van € 533.388,92.

Op 8 maart 2006 is Wabru op eigen aangifte failliet verklaard. De curator van Wabru heeft [geïntimeerden] aansprakelijk gesteld in de hoedanigheid van (indirect) bestuurders van Wabru. Bij eindarrest van 29 januari 2013 heeft het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, samengevat, de rechtbank Arnhem gevolgd in de in het eindarrest van 16 september 2009 opgenomen overweging, dat [geïntimeerden] onrechtmatig heeft gehandeld door de betalingen op 6 en 7 maart 2006 te verrichten, maar heeft het hof het vonnis vernietigd voor zover [geïntimeerden] was veroordeeld tot betaling van € 527.088,08 en heeft, opnieuw rechtdoend, [geïntimeerden] veroordeeld tot betaling van € 190.289,26 aan de curator. Tegen dit arrest is geen cassatie ingesteld. Nadat de curator de [geïntimeerden] in rechte had betrokken, heeft [geïntimeerden] op zijn beurt [appellanten] gedagvaard en een verklaring voor recht gevorderd dat [appellanten] jegens [geïntimeerden] toerekenbaar is tekortgeschoten althans onrechtmatig heeft gehandeld, door onjuist te adviseren althans niet te waarschuwen voor risico's van betalingen aan crediteuren na het besluit tot het doen van eigen aangifte, waarvoor [appellant sub 1] gezien de omstandigheden van het geval wel had moeten waarschuwen en als gevolg waarvan schade is ontstaan. Tevens heeft [geïntimeerden] een voorschot op de schadevergoeding gevorderd en verwijzing naar de schadestaatprocedure. In het tussenvonnis van 14 november 2012 heeft de rechtbank geoordeeld dat, kort gezegd, [appellant sub 1] een beroepsfout heeft gemaakt en heeft [geïntimeerden] bewijs opgedragen van feiten en omstandigheden waaruit het causaal verband volgt tussen de beroepsfout en de schade.

4.2. Bij vonnis van 12 december 2012 heeft de rechtbank tussentijds hoger beroep

opgesteld van het tussenvonnis van 14 november 2012. [Appellanten] richt zich met één grief tegen (de overwegingen die hebben geleid tot) de beslissing van de rechtbank dat door [geïntimeerden] niet te waarschuwen voor het feit dat betalingen na het besluit tot het doen van eigen aangifte niet geoorloofd en/of risicovol zouden kunnen zijn, toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht. Desgevraagd heeft [appellant sub 1] tijdens de zitting van 25 november 2013 toegelicht, dat [appellanten], ondanks de bereikte schikking tussen partijen, nog voldoende belang heeft bij beoordeling van de zaak.

4.3. [Appellant sub 1] heeft zijn stelling dat hij geen beroepsfout heeft gemaakt en als een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat heeft gehandeld, onderbouwd door uitvoerig te wijzen op de ten tijde van het advisering, althans begin 2006 bestaande jurisprudentie (met name naar het arrest Coral/Stalt, HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669) en literatuur, waaruit volgens hem samengevat volgt dat het destijds nog geen uitgemaakte zaak was of het advies aan [geïntimeerden] om de betalingen te verrichten zoals Wabru heeft gedaan, tot een (persoonlijke) aansprakelijkheid van [geïntimeerden] zou kunnen leiden.

4.4. Het hof stelt het volgende voorop. Ter beoordeling ligt voor of [appellant sub 1] bij zijn advisering aan [geïntimeerden] 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 [geïntimeerden] [appellant sub 1] dat hij hem niet heeft gewaarschuwd voor de risico's van het doen van betalingen aan een beperkt aantal crediteuren van Wabru nadat het besluit tot het doen van eigen aangifte van faillissement op 2 maart 2006 tijdens de AVA van Wabru 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 [appellant sub 1] op basis van de toen bestaande rechtspraak en literatuur er niet voldoende op mocht vertrouwen dat door de betalingen er voor [geïntimeerden] geen moeilijkheden waren te verwachten, en hij er dus niet van kon afzien om [geïntimeerden] te waarschuwen voor het risico dat zij als bestuurders (persoonlijk) aansprakelijk gesteld konden worden door de curator van Wabru. Het hof overweegt daarover als volgt.

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

“In dat verband adviseert Mr [appellant sub 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 Wabru Gejo Infra B.V.

In dat verband benadrukken de heren [belanghebbenden] nog eens, dat zij – ondanks hun betrokkenheid als aandeelhouder in BNR Bouwstoffen B.V. – wensen dat het betalingsbeleid van Wabru Gejo Infra B.V. geheel zal plaatsvinden overeenkomstig de wettelijke regels. Gelet op het standpunt van Presikhaaf kan onder de gegeven omstandigheden – mede gelet op de twijfels over de correctheid van de handelwijze van BNR – niet gezegd worden dat BNR 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 Wabru Gejo Infra B.V. zouden worden gedaan aan Gejo Infra B.V. als aflossing op de rekening-courantschuld aan de holdingvennootschap. Aflossing van de leningen van de aandeelhouders aan Gejo Infra B.V. is dus evenmin aan de orde.”

Vervolgens is op 2 maart 2006 tijdens de AVA van Wabru het besluit genomen het eigen faillissement aan te vragen en heeft [geïntimeerde sub 2] het door [appellant sub 1] opgestelde verzoekschrift tot faillietverklaring ondertekend. Aan dit besluit is een periode voorafgegaan waarbij [appellant sub 1] [geïntimeerden] heeft geadviseerd over een mogelijke doorstart met gelijktijdig faillissement van Wabru. In de brief van 14 december 2005 schrijft [appellant sub 1] aan Wabru (ter attentie van onder andere [geïntimeerde sub 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 [bedrijfsnaam belanghebbenden] te betalen, is dit uiteraard van groot belang, temeer daar er sprake is van een concernverhouding vanwege het aandeelhouderschap van de heren [belanghebbenden] in zowel Wabru als [bedrijfsnaam belanghebbenden].”

De administrateur van Wabru heeft op 29 oktober 2009 schriftelijk verklaard (productie 23 bij inleidende dagvaarding) dat nadat het besluit tot eigen aangifte op 2 maart 2006 was genomen, op advies van [appellant sub 1] de behandeling van de faillissementsaanvraag van Wabru is uitgesteld van 6 maart naar 8 maart 2008. Dit hield verband met de inning van een grote vordering van een debiteur van Wabru. Op advies van [appellant sub 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 Wabru, dat [appellant sub 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 Wabru 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 [appellant sub 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 (zie de hiervoor gepasseerde passages uit de brief van 14 december 2005 en de notulen van 3 februari 2006). Uit het arrest Coral/Stalt volgt echter, zoals [appellant sub 1] overigens ook zelf heeft betoogd (o.m. in zijn pleitaantekeningen onder 33), dat die beslissing was toegespitst op een voorkeursbehandeling van tot de “groep” behorende crediteuren, maar dat de Hoge Raad uitdrukkelijk de (on)rechtmatigheid van andere gevallen van ongelijke behandeling van crediteuren bij het doen van betalingen aan hen, in het midden heeft gelaten. Dit had bij [appellant sub 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 [appellant sub 1] had gelegen om nader onderzoek te doen, hetgeen hij – zoals hij heeft erkend – niet heeft gedaan (zie het proces-verbaal van comparitie in eerste aanleg). Indien [appellant sub 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 Wabru verricht, niet tot moeilijkheden zouden kunnen leiden in de zin dat de curator zich jegens [geïntimeerden] beroept op bestuurdersaansprakelijkheid. [Appellant sub 1] heeft nog aangevoerd dat de betalingen erop waren gericht om een doorstart van Wabru mogelijk te maken. Aan deze stelling kan slechts de betekenis worden verbonden dat de selectieve betalingen aan de crediteuren Wabru werden gedaan om een eigen belang te dienen, namelijk om het mogelijk maken dat de ondernemingsactiviteiten van Wabru in afgeslankte vorm door een andere vennootschap in de toekomst konden worden voortgezet. Anders dan [appellant sub 1] heeft aangevoerd, kon hij aan de destijds kenbare jurisprudentie en literatuur niet het vertrouwen ontlenuen dat er geen moeilijkheden waren te verwachten in een situatie waarin Wabru betalingen ging verrichten, terwijl het besluit om het eigen faillissement van Wabru aan te vragen was genomen – zodat er ook geen twijfel meer bestond voor [geïntimeerden] dat Wabru niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen – en de behandeling van faillissementsaanvraag bovendien is uitgesteld teneinde nog een grote betaling van een debiteur te kunnen incasseren om op 6 en 7 maart 2006 bepaalde crediteuren te kunnen voldoen.

4.7. Onder die omstandigheden is een advocaat aansprakelijk jegens zijn cliënt doordat hij

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

4.8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat [appellant sub 1] niet als een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat bij zijn advisering aan [geïntimeerden] heeft gehandeld. De grief faalt dan ook. Het hof ziet, gelet op bestaande en niet omstreden rechtspraak (zie onder 4.4) aan de hand waarvan de rechtsvraag in dit geding beantwoord dient te worden, geen aanleiding voor toepassing van artikel 392 Rv, zoals door [appellant sub 1] is gesuggereerd.

5. Slotsom

5.1. De grief faalt, zodat het bestreden tussenvonnissen moet worden bekrachtigd.

5.2. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van [geïntimeerden] zullen worden vastgesteld op € 4.836 aan verschotten (griffierecht) en € 894 aan salaris advocaat (1 punt x tarief II).

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van 14 november 2012 van de rechtbank Arnhem;

veroordeelt [appellanten] hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geïntimeerden] vastgesteld op € 4.836 voor verschotten en op € 894 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft) uitvoerbaar bij voorraad.

wijst het meer of anders gevorderde af.

» Noot

Wanneer is een advocaat aansprakelijk voor een advies dat hij heeft gegeven over een juridische kwestie waarover in de jurisprudentie en literatuur nog discussie bestaat? Dat is in een notendop de door het hof in dit arrest beantwoorde vraag.

De advocaat had de (indirect) bestuurders van een vennootschap begin 2006 geadviseerd over het doen van betalingen aan bepaalde schuldeisers vlak voor faillissement. De advocaat had geen (diepgaand) onderzoek gedaan naar literatuur en jurisprudentie over een dergelijke selectieve betaling. Het arrest Coral/Stalt had de advocaat (impliciet) wel meegenomen in zijn advisering. Dit arrest ziet op bestuurdersaansprakelijkheid in geval van selectieve betaling aan tot de groep behorende crediteuren; beoordeling van andere gevallen van ongelijke behandeling van crediteuren heeft de Hoge Raad in dat arrest uitdrukkelijk in het midden gelaten. Deze nuancering had de advocaat gemist en hij heeft het arrest toegepast op de situatie van zijn cliënten, hoewel deze feitelijk afweek van de casus in het arrest (op het punt van "tot de groep behorende crediteuren"). De advocaat heeft tijdens de comparitie van partijen in eerste aanleg verklaard dat hij geen literatuur en jurisprudentieonderzoek had verricht, zodat hem niet bekend was dat in de literatuur een discussie gaande was over selectieve betaling in het zicht van faillissement.

Algemene maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid is de redelijk handelende en redelijk bekwame advocaat. Op de advocaat rust geen resultaatsverbintenis maar een inspanningsverbintenis. Dit betekent dat niet iedere beoordelingsfout of tekortkoming tot aansprakelijkheid leidt (hetgeen overigens in de regel niet van toepassing is op evidente beroepsfouten, zoals het ongebruikt laten verstrijken van een appeltermijn. In dergelijke gevallen is aansprakelijkheid een gegeven). Aan de hand van de concrete omstandigheden van een geval dient te worden beoordeeld of een andere advocaat tot een vergelijkbare wijze van adviseren had kunnen komen.

Het hof heeft voor de toetsing van de aansprakelijkheid de bewoordingen van een arrest uit 1991 centraal gesteld. In literatuur en jurisprudentie wordt de rechtsregel uit dit arrest meestal als volgt samengevat: een advocaat mag zijn cliënt niet onnodig een voorzienbaar risico laten lopen (zie bijv. de conclusie van de A-G bij HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:848). Het hof heeft niet deze samenvatting als uitgangspunt genomen, maar de (meer gedetailleerde) bewoordingen van dat arrest uit 1991 ingevuld met de (rechts)vraag uit deze zaak; aldus komt het hof tot de maatstaf dat de advocaat op basis van de toen bestaande rechtspraak en literatuur er niet voldoende op mocht vertrouwen dat door de betalingen er voor de cliënten geen moeilijkheden waren te verwachten, en hij er dus niet van kon afzien om zijn cliënten te waarschuwen voor het risico dat zij als bestuurders (persoonlijk) aansprakelijk gesteld konden worden door de curator (zie r.o. 4.4).

De advocaat is volgens het hof op twee verschillende manieren de fout ingegaan. In de eerste plaats heeft de advocaat fout gehandeld ten aanzien van de toepassing van het arrest Coral/Stalt, namelijk door deze toe te passen op een feitelijke situatie waarop het arrest niet zag. Voorts heeft de advocaat verzuimd zich te verdiepen in de literatuur, zodat de discussie over dit arrest hem was ontgaan. Dat de advocaat voor de gevolgen hiervan aansprakelijk wordt gehouden, is goed te begrijpen aangezien een advocaat voor zijn juridische kennis en expertise wordt ingeschakeld. De cliënt is (als leek) aangewezen op de vakkennis van zijn advocaat en mag er op vertrouwen dat de dienstverlening van voldoende niveau is. Bannier heeft verdedigd dat al van beroepsaansprakelijkheid sprake moet zijn als een advocaat zijn beroepskennis niet op peil houdt en onvoldoende onderzoek doet of inlichtingen inwint (zie Bannier/Fanoy/Mulder, 2011, *Beroep: advocaat*, p. 221). In een andere procedure die eveneens zag op een vraagstuk waarover geen juridische eenduidigheid bestond, werd op gelijke wijze over de aansprakelijkheid van de adviserende advocaat geoordeeld. De Rechtbank Middelburg oordeelde over de aansprakelijkheid van een advocaat die de korte verjaringstermijn van art. 7:23 BW over het hoofd had gezien en ondervond dat de algemene verjaringstermijn in zulke gevallen niet ook kan worden toegepast. De advocaat betoogde dat dit een juridisch novum was, waarvoor hij niet aansprakelijk was. De rechtbank oordeelde anders. Op grond van de Parlementaire Geschiedenis en literatuur had een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat minst genomen rekening moeten houden met het aanzienlijke risico dat de vordering na twee jaar zou verjaren (Rb. Middelburg 13 april 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BQ2355).

Het hof komt in deze zaak tot de slotsom dat het advies dat de advocaat heeft gegeven achteraf onjuist of onvolledig is gebleken (zie r.o. 4.7). Hiertoe is het advies nauwkeurig getoetst aan geldende jurisprudentie en literatuur (r.o. 4.6). Het hof noemt niet de literatuur en jurisprudentie waarin de discussie is gevoerd; het is relevant of de discussie was gevoerd in vooraanstaande tijdschriften of in obscure bladen. Het hof lijkt het handelen van deze advocaat inhoudelijk en integraal te hebben getoetst, terwijl in dergelijke gevallen ook regelmatig marginaal wordt getoetst. Overigens geeft een onjuist advies op zichzelf geen beroepsfout, maar leidt pas dan tot aansprakelijkheid indien het advies niet door een redelijk oordelend advocaat zou zijn gegeven (zie HR 7 maart 2003, NJ 2003/302). Deze toets heeft het hof niet (impliciet maar niet met zoveel woorden) toegepast.

Het advies dat de advocaat in deze zaak heeft gegeven miste enige nuancering, onder meer omdat mogelijke risico's van de voorgenomen betalingen niet aan de orde zijn geweest. Dit lijkt de crux van dit arrest te zijn.

Een advocaat dient zijn cliënt in te lichten over de eventuele risico's, de ernst van de gevolgen van het intreden van zulke risico's en over eventuele alternatieven. Bij het

bepalen van de inhoud van de norm gaat het er om dat de cliënt de informatie ontvangt die hij nodig heeft om een weloverwogen beslissing te kunnen nemen (zie bijv. Rb. Haarlem 27 juli 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BT2492). Het verstrekken van informatie strekt er niet toe de cliënt te beschermen tegen die risico's, maar hem in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen (zie HR 2 februari 2007, *NJ* 2007/92).

Uit jurisprudentie volgt voorts dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat wordt verwacht dat hij ervoor zorgt dat zijn cliënt niet wordt blootgesteld aan onnodige risico's. Een risico is onnodig, als het in de gegeven omstandigheden voorzienbaar was en gemakkelijk had kunnen worden vermeden, zonder dat daardoor andere risico's in het leven zouden zijn geroepen (zie bijv. Rb. Noord-Nederland 13 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7360).

Deze zaak had ongetwijfeld een andere afloopt gekend, als de advocaat zijn cliënten had gewezen op risico's, bijvoorbeeld die van bestuurdersaansprakelijkheid. Als hij dat had gedaan, had het niet uitgemaakt wat de cliënten met dat advies hadden gedaan en wat de gevolgen waren geweest. Wellicht ontstaat de indruk dat het hof de advocaat streng heeft aangepakt, maar dat is te billijken door alle risico's (onder andere van bestuurdersaansprakelijkheid) die rondom een faillissement(saanvraag) altijd spelen.

mr. H.J. Delhaas, WIJ advocaten te Amsterdam