

# ECLI:NL:HR:2009:BH2624

|                      |  |
|----------------------|--|
| Instantie            | Hoge Raad  |
| Datum uitspraak      | 05-06-2009   |
| Datum publicatie     | 05-06-2009   |
| Zaaknummer           | 07/11607   |
| Formele relaties     | Conclusie: <a href="#">ECLI:NL:PHR:2009:BH2624</a>   |
| Rechtsgebieden       | Civiel recht   |
| Bijzondere kenmerken | Cassatie   |
| Inhoudsindicatie     | Beroepsaansprakelijkheid belastingadviseur (geruisloze inbreng van uittreedersom in eenmanszaak); reikwijdte belastingadvies, maatstaf; onbegrijpelijk oordeel omtrent niet-prijsgegeven stelling. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>RvdW 2009, 687<br>NJB 2009, 1208<br>NJ 2009, 256<br>FutD 2009-1242   |

## Uitspraak

5 juni 2009  
Eerste Kamer  
07/11607  
EV/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, verweerders in het incidentele cassatieberoep,  
advocaat: mr. E. Grabandt,

t e g e n

1. [Verweerder 1],

wonende te [woonplaats],

2. DELOITTE BELASTINGADVISEURS B.V., als rechtsopvolger van de maatschap Deloitte & Touche Belastingadviseurs,

gevestigd te Rotterdam,

VERWEERDERS in cassatie, eisers in het incidentele cassatieberoep,

advocaat: aanvankelijk mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, thans mr. R.A.A. Duk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] c.s. en [verweerder] c.s.

### 1. Het geding in feitelijke instanties

[Eiser] c.s. hebben bij exploit van 19 februari 1999 [verweerder] c.s. gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam en na wijziging van eis gevorderd, kort gezegd, [verweerder] c.s. te veroordelen om aan [eiser] c.s. te betalen:

a. *f* 380.000,-- met de wettelijke rente vanaf 20 juni 1996 tot aan de voldoening;

b. *f* 120.000,-- met de wettelijke rente sedert de betalingsdata daarvan tot aan de voldoening;

c. *f* 8.551,-- met de wettelijke rente vanaf 20 juni 1996 tot aan de voldoening;

d. *f* 230.000,-- met de wettelijke rente vanaf 2 maart 1998 tot aan de voldoening;

e. *f* 68.750,--, met de wettelijke rente vanaf 3 december 1998 tot aan de voldoening;

f. primair:

vergoeding van kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ten bedrage van *f* 15.000,--;

subsidiair:

verdiscontering van de primair gevorderde *f* 15.000,-- in de proceskostenveroordeling;

[Verweerder] c.s. hebben de vordering bestreden.

De rechtbank heeft, na tussenvonnissen van 29 augustus 2001, 18 december 2002 en 8 september 2004 en een deskundigenbericht en getuigenverhoren, bij eindvonnis van 25 mei 2005 het gevorderde afgewezen.

Tegen deze vonnissen hebben [eiser] c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.

[Verweerder] c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 24 mei 2007 heeft het hof, kort gezegd, de bestreden vonnissen vernietigd en [verweerder] c.s. veroordeeld om aan [eiser] c.s. te betalen € 54.285,27, met rente. Voorts heeft het hof de vonnissen voor het overige bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben [eiser] c.s. beroep in cassatie ingesteld. [Verweerder] c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor [verweerder] c.s. mede door mrs. M.V. Polak en H.R.P. Boon, advocaten te Amsterdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot verwerping van zowel het principale als het incidentele beroep voor zover onvoorwaardelijk ingesteld.

De advocaat van [eiser] c.s. heeft bij brief van 20 februari 2009 op die conclusie gereageerd.

### 3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie gaat het om het volgende. [Eiser 1] was van 1983 tot 1 januari 1989 vennoot van een accountantsmaatschap. Op 4 oktober 1988 heeft hij aan [verweerder 1], die toen werkzaam was als senior fiscaal compagnon in een maatschap die later is opgegaan in Deloitte, opdracht gegeven hem te adviseren over de fiscale consequenties van zijn ([eiser 1]) uittreden uit de maatschap, in verband waarmee hem een bedrag van f 1.235.000,-- als uittreedsom toekwam. [Verweerder 1] adviseerde een geruisloze inbreng van de onderneming van [eiser 1], bestaande in diens gerechtigdheid in de maatschap, in een uiterlijk op 1 april 1989 op te richten besloten vennootschap.

Deze vennootschap is op 22 maart 1989 opgericht.

De belastingdruk zou volgens het advies f 405.000,-- bedragen. Het verzoek tot geruisloze inbreng is evenwel door de belastingdienst afgewezen. Dit resulteerde in een belastingaanslag van f 588.333,--, welk bedrag, na bezwaar en beroep, op grond van een op 20 juni 1996 gesloten compromis is verminderd tot f 480.000,--.

3.2 De vordering van [eiser 1] strekt tot schadevergoeding wegens een door [verweerder 1] gemaakte beroepsfout, hierin bestaande dat (i) hij niet heeft geadviseerd gebruik te maken van de belastingfaciliteiten die voortvloeien uit de zogenoemde ruilarresten, (ii) hij niet zonder meer tot geruisloze inbreng had mogen adviseren, en (iii) hij niet een kansloos beroep bij het hof had mogen instellen, met alle daaraan verbonden advieskosten. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

3.3 Het hof heeft geoordeeld dat [verweerder 1] een beroepsfout heeft gemaakt door de belastingfaciliteit die voortvloeit uit de ruilarresten niet in zijn advies te betrekken. Daarvan uitgaande was het volgens het hof aan [eiser 1] te stellen en te bewijzen dat hij de kans heeft gemist van deze faciliteit gebruik te maken, omdat slechts van schade sprake kan zijn als [eiser 1] ten tijde van zijn uittreden zich bij een in economische zin met het vorige vergelijkbaar accountantskantoor zou hebben kunnen inkopen, althans op dat moment een concreet voornemen daartoe had kunnen hebben "om vervolgens binnen een jaar daarna dat vermogen in te brengen in een nieuwe onderneming van soortgelijke aard" (rov. 2.12). Partijen zijn het erover eens - aldus het hof in rov. 2.5 - dat bij een in economische zin vergelijkbare onderneming moet worden gedacht aan een groot accountantskantoor. Omdat [eiser 1] daaromtrent geen stellingen had ontwikkeld heeft het hof geoordeeld (rov. 2.14) dat de ruilarresten hier niet van toepassing zijn en heeft het hof [eiser 1] niet tot bewijsvoering toegelaten.

3.4 Op grond van het in eerste aanleg uitgebrachte deskundigenbericht was het hof van oordeel dat het voorstel van [verweerder 1] tot geruisloze inbreng niet haalbaar was. Hij heeft [eiser 1] blootgesteld aan de gereede kans dat deze de daarover gevoerde procedure zou verliezen. In rov. 2.16 komt het hof tot de conclusie dat [verweerder 1] [eiser 1] heeft geadviseerd een onbegaanbare weg te bewandelen en dat [verweerder 1] onvoldoende heeft bestreden dat bezwaar en beroep achterwege hadden kunnen blijven indien zijn advies aan [eiser 1] volledig zou zijn geweest en vervolgens op basis van een ruisende inbreng belastingaangifte was gedaan. Het hof heeft ten slotte overwogen dat als onvoldoende betwist vaststaat dat de kosten van een deugdelijk advies en van afwikkeling van de aangifte niet meer dan f 19.000,-- zouden hebben belopen, en dat de f 120.000,-- die daarenboven zijn gedeclareerd, nodeloos gemaakte kosten zijn.

### 4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Onderdeel 1 klaagt, onder verwijzing naar de ook in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.3 aangehaalde passage uit de conclusie na enquête in eerste aanleg, over onbegrijpelijkheid van het oordeel van het hof in rov. 2.5 dat partijen het erover eens zijn dat voor toepassing van de ruilarresten in het onderhavige geval vereist zou zijn dat sprake was van inkoop in een groot accountantskantoor.

Deze klacht is gegrond. Bedoelde passage laat immers geen andere uitleg toe dan dat [eiser 1] zich op het standpunt stelde dat voor die toepassing voldoende was dat sprake was van een investering met economisch gelijkwaardige functie, zodat ook inkoop in een kleine of middelgrote maatschap voldoende zou kunnen zijn geweest. Niets wijst erop dat [eiser 1] zijn hiervoor bedoelde standpunt ondubbelzinnig heeft prijsgegeven.

4.2 De overige onderdelen - die onder meer de ontkennend te beantwoorden vraag aan de orde stellen of voor toepassing van de ruilarresten hier inkoop in een groot accountantskantoor vereist zou zijn geweest - behoeven geen behandeling, omdat de al dan niet toepasselijkheid van de ruilarresten na verwijzing (zodanig) opnieuw beoordeeld moet worden.

## 5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1.1 Onderdeel 1a keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof dat in het advies van [verweerder 1] alle fiscale faciliteiten de revue zouden moeten passeren, omdat daartoe geen noodzaak bestond.

Het onderdeel betoogt dat [verweerder 1] [eiser 1] niet behoefde te wijzen op fiscale faciliteiten die niet in aanmerking kwamen.

5.1.2 Het onderdeel slaagt. Het oordeel van het hof dat in het advies alle fiscale faciliteiten, en daarmee ook de mogelijkheid van de ruilarresten, betrokken hadden moeten worden, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Een belastingadviseur zal zich mogen beperken tot het geven van een advies waarin de in het specifieke geval - hier: een uit een maatschap uittredende accountant die in verband daarmee een uittreedsom ontvangt en die nadien in enigerlei vorm de accountancy wil blijven uitoefenen - in aanmerking komende fiscale mogelijkheden zijn omschreven en hij hoeft niet te wijzen op fiscale faciliteiten die weliswaar in theorie van toepassing zouden kunnen zijn doch waarvan redelijkerwijs valt uit te sluiten dat zij in de gegeven omstandigheden voor toepassing in aanmerking komen.

5.2. Gelet op de gegrondbevinding van onderdeel 1a behoeven de onderdelen 1b en 1c geen behandeling. De in de onderdelen 1b en 1c bedoelde stellingen van [verweerder] c.s. kunnen na verwijzing nog aan de orde komen bij beantwoording van de vraag of [verweerder 1] ook de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten in zijn advies aan [eiser 1] had moeten betrekken.

5.3.1 Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 2.15 en 2.16 waarin het hof heeft geoordeeld dat het voorstel van [verweerder 1] betreffende de geruisloze inbreng niet haalbaar was, en dat op grond van een volledig advies, waarna op basis van een ruisende inbreng belastingaangifte was gedaan, bezwaar en beroep achterwege zouden zijn gebleven zodat de daarop betrekking hebbende kosten nodeloos zijn gemaakt.

5.3.2 Onderdeel 2a verwijt het hof niet te hebben gerespondeerd op het verweer van [verweerder] c.s. dat de inspecteur zich op het standpunt had gesteld dat [eiser 1] zijn onderneming reeds in september 1988 had gestaakt, zodat van enige inbreng, ruisend of geruisloos, geen sprake kan zijn. Nu de inspecteur dit standpunt heeft ingenomen naar aanleiding van een desbetreffende mededeling van [eiser 1] omstreeks 26 september 1988, toen zulks nog allerm minst zeker was, is de eventuele schade volgens [verweerder] c.s. te wijten aan de eigen schuld van [eiser 1]. De procedure heeft ertoe geleid dat de inspecteur het standpunt dat geen sprake was van inbreng, heeft laten varen en heeft ingestemd met een compromis dat fiscale voordelen voor [eiser 1] bevatte.

5.3.3 Het onderdeel stuit hierop af dat het hof in navolging van het deskundigenbericht van Schonis heeft geoordeeld dat ook als [verweerder 1] tijdig in overleg was getreden met de belastingdienst over de door hem voorgestane weg een positieve uitkomst onwaarschijnlijk was. In dit oordeel ligt besloten dat het door [verweerder] c.s. bedoelde verweer niet opgaat.

5.3.4 Onderdeel 2b, dat strekt ten betoge dat niet zonder meer vaststaat dat de inspecteur akkoord zou zijn gegaan met ruisende inbreng, faalt, omdat het hof heeft vastgesteld dat [verweerder] c.s. onvoldoende hebben bestreden dat bij ruisende inbreng bezwaar en beroep achterwege hadden kunnen blijven, en die op de aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken gebaseerde vaststelling niet onbegrijpelijk is.

5.3.5 De voorwaarde waaronder onderdeel 2c is voorgesteld, is vervuld. Dit onderdeel treft doel. Het hof heeft eraan voorbijgezien dat in het bedrag van f 19.000,-- een advies over de ruilarresten niet is begrepen. Als de gestelde beroepsfout van [verweerder 1], aangenomen dat deze na verwijzing zou komen vast te

staan, achterwege was gebleven, had [eiser 1] de kosten van advisering over dit onderwerp moeten betalen, zodat hij in zoverre geen schade heeft geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. Na verwijzing zal moeten worden beoordeeld over welk bedrag het hier gaat.

## 6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale en in het incidentele beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 24 mei 2007;

verwijst de zaak naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep:

veroordeelt [verweerder] c.s. in de kosten van het beroep in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] c.s. begroot op € 3.697,03 voor verschotten en € 2.600,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:

veroordeelt [eiser] c.s. in de kosten van het beroep in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] c.s. begroot op € 68,07 voor verschotten en € 2.600,-- voor salaris;

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 5 juni 2009.