

ECLI:NL:PHR:2018:1460

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	21-12-2018
Datum publicatie	08-02-2019
Zaaknummer	18/00461
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Overeenkomst van opdracht. Is opdrachtnemer tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen door niet te wijzen op bepaalde fiscale gevolgen van de door hem geadviseerde optie? Was opdrachtnemer uit hoofde van art. 7:401 BW gehouden spontaan op deze gevolgen te wijzen?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

Zaaknr: 18/00461 mr. Hartlief

Zitting: 21 december 2018 Conclusie inzake:

1. [eiser 1]

2. [eiseres 2]

(hierna respectievelijk: ' [eiser 1] ' en ' [eiseres 2] ' en gezamenlijk: ' [eisers] ')

tegen

[verweerster]

(hierna: ' [verweerster] ')

In opdracht van [eisers] heeft [verweerster] geadviseerd over de wijze waarop [eisers] hun belang in een onderneming aan hun kinderen konden schenken, waarbij successierechten zoveel mogelijk konden worden vermeden. De door [verweerster] voorgedragen en daarop door [eisers] gekozen optie heeft tot gevolg dat [eisers] (nog steeds) geacht worden een aanmerkelijk belang in de onderneming te hebben en dat heeft weer (ongunstige) gevolgen voor de belastbaarheid in het kader van de inkomstenbelasting van door hen aan de onderneming ter beschikking gestelde panden. [eisers] verwijten [verweerster] hierover niet (juist) te hebben geadviseerd en vorderen in deze procedure, kort gezegd, vergoeding van de aldus door hen geleden schade. Nadat de rechtbank de vorderingen van [eisers] heeft afgewezen, heeft ook het hof geoordeeld dat [verweerster] niet is tekortgeschoten in de nakoming van de adviesopdracht en ook niet gehouden was spontaan te adviseren over de gevolgen van de gekozen optie voor de belastbaarheid in het kader van de inkomstenbelasting van de ter beschikking gestelde panden. [eisers] komen in cassatie tegen beide

oordelen op.

1 Feiten

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.¹

1.2 [eisers] woonden in 2006 al meer dan 10 jaren in België. In dat jaar waren zij in gemeenschap van goederen gehuwd en hadden zij drie kinderen. Hun dochter [betrokkene 1] woonde destijds in België, hun dochter [betrokkene 2] in Frankrijk en hun zoon [betrokkene 3] in Nederland.

1.3 In 1964 heeft [eiser 1] [A] (hierna: ' [A] ') opgericht. Op enig moment heeft hij de bedrijfsactiviteiten ondergebracht in meerdere werkmaatschappijen, B.V.'s. De aandelen van deze B.V.'s werden in 2006 gehouden door [B] (hierna: ' [B] '). [C] (verder te noemen: ' [C] ') is de Nederlandse (financiële) holding van [A] . [D] (hierna: ' [D] ') is enig aandeelhouder van [C] . Vanaf 1999 was [eiser 1] enig bestuurder van [D] . Tot 22 september 2006 hield [eiser 1] , via zijn Belgische vennootschap [E] , 75% van de certificaten van de aandelen in [C] . De overige 25% werd (indirect) gehouden door [betrokkene 3] , de zoon van [eisers] De door [eiser 1] in privé gehouden onroerende zaken werden aan [A] ter beschikking gesteld.

1.4 [verweester] is een accountants- en belastingadvieskantoor. Vanaf 1999 verrichtte zij werkzaamheden voor [A] . [verweester] verzorgde in dat kader onder meer de Nederlandse aangiften Inkomstenbelasting (hierna: 'IB') van [eisers]

1.5 Op 3 oktober 2005 hebben [eisers] , na daarover advies te hebben ingewonnen bij [verweester] , een onroerende zaak aan de [a-sstraat] te Valkenswaard (hierna: 'het pand aan de [a-sstraat] ') in eigendom verworven. Dit pand is door [eisers] aan [A] ter beschikking gesteld. In de aangiften IB 2005 en 2006 van [eisers] is deze zaak in box 1 opgenomen onder resultaten uit overige werkzaamheden door vermogensbestanddelen voor een bedrag van € 1.958.603,00.

1.6 Vanaf eind 2005 hebben [eisers] met [verweester] en anderen gesproken over overdracht van vermogen van [eisers] aan hun kinderen. Hiertoe hebben in aanwezigheid van (onder meer) [eisers] , de heren [betrokkene 4] (hierna: [betrokkene 4]) en [betrokkene 5] (hierna: ' [betrokkene 5] '), beiden namens [verweester] , en [betrokkene 6] en [betrokkene 7] , beiden van het advocaten- en notariskantoor De Brauw Blackstone Westbroek (hierna: 'De Brauw'), vier besprekingen plaatsgevonden, te weten op 13 maart 2006, 4 april 2006, 12 mei 2006 en 27 juni 2006. Van deze besprekingen zijn door De Brauw verslagen opgesteld.²

1.7 Op 22 september 2006 is een notariële akte "van schenking door [eiser 1] aan zijn kinderen van certificaten van aandelen in het kapitaal van [E] onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik" verleden.³ Vanaf 22 september 2006 zijn naast [eiser 1] ook [eiseres 2] en de drie kinderen van [eiser 1] bestuurders van [D] .

1.8 Na de 'bedrijfsoverdracht', waarmee [eisers] bedoelen voornoemde schenking van certificaten aan de kinderen, heeft [eiser 1] nog drie onroerende zaken in eigendom verworven en aan [A] ter beschikking gesteld. Het betreft:

- een pand aan het [b-sstraat] te Geldrop , gekocht op 10 april 2007;
- een pand aan de [c-sstraat 1] te Eindhoven , gekocht op 28 februari 2008; en
- een pand aan de [c-sstraat 2] te Eindhoven , gekocht op 30 september 2008.

In de aangifte IB 2007 van [eisers] heeft [verweester] de panden aan de [a-sstraat] en het [b-sstraat] in box 3 opgegeven onder voordelen uit sparen en beleggen uit overige onroerende zaken.

1.9 Per brief d.d. 26 juni 2009 heeft [betrokkene 5] van [verweerder] aan de Belastingdienst meegedeeld⁴:

“De ingediende aangifte inkomstenbelasting (...) 2006 van bovengenoemde belastingplichtige [eisers] , A-G] blijkt niet correct. Per abuis is in de aangifte geen rekening gehouden met de overdracht van de aandelen in [E] per 22 september 2006. Als gevolg van deze overdracht verschuift het pand in Valkenswaard alsmede de schuld met betrekking tot het pand van box 1 naar box 3. (...) Wij willen u vriendelijk verzoeken bij het opleggen van de definitieve aanslag rekening te houden met bovengenoemde verschuiving.”

1.10 In de aangiften IB 2008 tot en met 2011 van [eisers] heeft [verweerder] telkens de door [eiser 1] aan [A] ter beschikking gestelde bedrijfspanden in box 3 opgegeven.

1.11 Op 20 april 2013 heeft [eiser 1] een koopovereenkomst gesloten met Ahold met betrekking tot het pand aan de [a-straat] onder de ontbindende voorwaarde dat de gemeente meewerkt aan de vestiging van een supermarkt in dit pand. De overeengekomen koopprijs bedraagt € 3.460.000,00.

1.12 Per brief d.d. 19 september 2013⁵ heeft [eiser 1] [verweerder] aansprakelijk gesteld voor de schade die [eisers] lijden in de vorm van verschuldigde inkomstenbelasting, boetes en rente als gevolg van de advisering van [verweerder] in het kader van het voorbehouden recht van vruchtgebruik.

1.13 Op 23 december 2013 heeft [eiser 1] afstand gedaan van het in 2006 gevestigde recht van vruchtgebruik op de certificaten van aandelen.

1.14 Medio 2014 is tussen [eisers] en de Belastingdienst een vaststellingsovereenkomst gesloten.⁶ Deze houdt onder meer in:

“1. Boxherstel 2006-2012.

Het herstel over de jaren 2006 tot en met 2012 zal plaatsvinden in de aangiften inkomstenbelasting 2012 van de belanghebbende en zijn echtgenote [eisers] , A-G] (...).

2. Beëindiging terbeschikkingstellingsregeling box 1 in 2013.

a. (...)

b. De waarde van het vastgoed te Valkenswaard⁷ is compromissoir overeengekomen en bedraagt op het beëindigingsmoment € 1.700.000.

(...)

De aangiften inkomstenbelasting 2012 en 2013 van de belanghebbende en diens echtgenote worden (...) ingediend en door de inspecteur ten spoedigste vastgesteld.”

1.15 De overdracht van het pand aan de [a-straat] aan Ahold heeft uiteindelijk niet plaatsgevonden.

2 Procesverloop

2.1 Het procesverloop kan worden weergegeven als volgt.⁸

2.2 [eisers] hebben bij dagvaarding van 29 december 2014 [verweerder]⁹ gedagvaard voor de rechtbank Oost-Brabant, locatie 's-Hertogenbosch en, samengevat, het volgende gevorderd:

(i) veroordeling van [verweerder] tot betaling aan [eisers] van een bedrag van € 358.221,86 ter

zake van schadevergoeding;

(ii) een verklaring voor recht dat de door [eiser 1] per brief van 22 september 2014 ingeroepen buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomst(en) van opdracht tussen [C] en/of [B] enerzijds en [verweerster] anderzijds rechtsgevolg heeft, althans ontbinding van deze overeenkomst(en) door de rechtbank op grond van de tekortkomingen van [verweerster] in de nakoming daarvan;

(iii) veroordeling van [verweerster] tot ongedaanmaking van alle op grond van deze overeenkomst(en) verrichte prestaties, waaronder begrepen terugbetaling van de declaraties; en

(iv) veroordeling van [verweerster] tot betaling aan [eisers] van een bedrag van € 139.089,87 ter zake van buitengerechtelijke incassokosten;

vorderingen (i), (iii) en (iv) vermeerderd met wettelijke rente, een en ander met veroordeling van [verweerster] in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente, en de nakosten.

2.3 Aan deze vorderingen hebben [eisers] in eerste aanleg ten grondslag gelegd dat [verweerster] jegens [C] en/of [B] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichting om bij haar werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen en dat zij daarmee ook onrechtmatig jegens [eiser 1] heeft gehandeld. [eisers] hebben daartoe, kort samengevat, aangevoerd dat [verweerster] heeft nagelaten [eisers] in het kader van de voorgenomen bedrijfsoverdracht te adviseren over dan wel te wijzen op de fiscale gevolgen voor [eiser 1] van een voorbehoud van het recht van vruchtgebruik bij schenking van aandelen van [C] aan hun kinderen en dit ook niet later alsnog hebben gedaan en dat [verweerster] aangiftes IB van [eisers] onjuist heeft opgesteld.

2.4 De rechtbank heeft de vorderingen van [eisers] bij eindvonnis van 2 december 2015¹⁰ afgewezen. Ten aanzien van de gevorderde verklaring voor recht dat de overeenkomst van opdracht is ontbonden en de daaruit volgende ongedaanmakingsverplichting oordeelt de rechtbank kort gezegd dat niet is komen vast te staan dat de ontbindingsbevoegdheid (ook) toekomt aan [eisers], die bij de overeenkomst geen partij zijn (rov. 3.6.).¹¹ Ten aanzien van de gevorderde schadevergoeding heeft de rechtbank, kort samengevat, overwogen dat niet in rechte is komen vast te staan dat [verweerster] als belastingadviseur is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [C] en/of [B] uit hoofde van overeenkomst(en) van opdracht en daarmee ook onrechtmatig jegens [eiser 1] heeft gehandeld (rov. 3.23.).

2.5 Bij appeldagvaarding van 5 januari 2016 hebben [eisers] hoger beroep ingesteld tegen het eindvonnis. [eisers] hebben, met elf grieven, klachten opgeworpen tegen de oordelen van de rechtbank inzake het onderwerp en de omvang van de opdracht aan [verweerster] (grief 1 en 2), de gestelde verplichting van [verweerster] om spontaan te adviseren over de gevolgen van het recht van vruchtgebruik (grief 3 tot en met 5), de verzorgde aangiften IB (grief 6), de gestelde tekortkoming van [verweerster] jegens [B] en/of [C] (grief 7), de gevorderde verklaring voor recht dat de opdrachtovereenkomst is ontbonden en de daarmee gemoeide ongedaanmakingsverplichting (grief 8 en 9), de rente en buitengerechtelijke incassokosten (grief 10) en de proceskostenveroordeling (grief 11).

2.6 [eisers] vorderen in hoger beroep bij wege van eisvermeerdering terugbetaling van de reeds aan [verweerster] betaalde proceskostenvergoeding.

2.7 Het hof heeft de grieven 1 tot en met 7 gezamenlijk behandeld. Het heeft vastgesteld dat [verweerster] heeft erkend dat aan de advisering door [verweerster] in het kader van de bedrijfsoverdracht en de voor [eisers] verzorgde aangiften IB een contractuele relatie tussen [eisers] en [verweerster] ten grondslag lag. Het hof heeft geoordeeld dat op [verweerster] in dat kader jegens [eisers] de zorgplicht van een goed opdrachtnemer rust (art. 7:401 BW) en dat derhalve in hoger beroep de vraag voorligt of [verweerster] deze zorgplicht heeft geschonden en op grond daarvan aansprakelijk is voor de door [eisers] daardoor geleden schade. Het hof heeft vooropgesteld dat de zorgplicht bij beroepsbeoefenaren, zoals in deze zaak een

belastingadviseur, aldus wordt ingevuld dat het gaat om de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mag worden verwacht (rov. 3.6.).

2.8 Het hof heeft in rov. 3.7. de door [eisers] in het kader van de voorgenomen bedrijfsoverdracht aan [verweerster] gemaakte verwijten weergegeven, die kort gezegd inhouden dat [verweerster] [eisers] niet of niet juist en/of volledig heeft geadviseerd over de fiscale gevolgen voor [eisers] van de schenking van de certificaten van aandelen in [C] aan hun kinderen onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik. Naar de mening van [eisers] had [verweerster] het pand aan de [a-straat] bij het adviestraject moeten betrekken en had zij (i) [eisers] moeten wijzen op de fiscale gevolgen van het voorbehouden recht van vruchtgebruik voor de wijze waarop het pand aan de [a-straat] belast wordt en (ii) hen na de bedrijfsoverdracht in dat kader moeten adviseren afstand te doen van het recht van vruchtgebruik. Vervolgens heeft het hof overwogen dat wat in het concrete geval van [verweerster] als redelijk handelend en redelijk bekwaam belastingadviseur mocht worden verwacht, samenhangt met de aard, de omvang en het doel van de aan [verweerster] verstrekte opdracht. Het hof heeft overwogen dat [eisers] in dat kader hebben gesteld dat het doel van de opdracht was om te adviseren over de herstructurering van het vermogen van [eisers] (het familievermogen), waarbij niet alleen de focus lag op het bedrijfsvermogen maar ook op het privé-vermogen van [eisers] (bestaande uit met name het pand aan de [a-straat]) en dat dit laatste door [verweerster] gemotiveerd is betwist (rov. 3.8.).

2.9 Het hof heeft eerst onderzocht in hoeverre het advies van [verweerster] over de aankoop van het pand aan de [a-straat] onjuist was:

“3.8.1. Het hof stelt bij de beoordeling voorop dat JVZ [[verweerster] , A-G] in maart 2005 [eiser 1] heeft geadviseerd over de mogelijke aankoop van het pand aan de [a-straat] . Het pand is in oktober 2005 gekocht door [eiser 1] en, zoals ook blijkt uit de aangifte IB van [eiser 1] over het jaar 2005, door hem aan de vennootschap (waarin hij een aanmerkelijk belang had) ter beschikking gesteld. Kosten in verband met het pand gemaakt, zijn als aftrekposten in box 1 opgevoerd. Gesteld noch gebleken is dat het advies van JVZ, destijds gegeven, onjuist zou zijn. De stelling van [eisers] dat het destijds al de bedoeling was om het pand als beleggingspand in box 3 onder te brengen, verwerpt het hof als niet dan wel onvoldoende onderbouwd.”

2.10 Vervolgens heeft het hof enkele feiten vastgesteld die het van belang acht in het kader van het doel van de opdracht (rov. 3.8.2. en 3.8.3.), waarover partijen twisten, en is het tot een oordeel ter zake gekomen (rov. 3.9.):

“3.8.2. In of kort na voornoemde aankoop hebben partijen met elkaar gesproken over, zoals JVZ het in haar brief van 23 november 2005 aangeeft, “vermogens- c.q. bedrijfsoverdracht binnen familieverband”. De brief behelst een notitie aangaande dit onderwerp op hoofdlijnen met een aantal mogelijke stappenplannen. Zij beoogt slechts een eerste aanzet tot een nadere gedachtevorming te geven, zo staat aangegeven. Daarmede staat vast dat deze notitie niet aan het concreet gegeven advies (kort gezegd: het schenken van certificaten aan de kinderen met daarop gevestigd een vruchtgebruik) ten grondslag ligt.

3.8.3. In de bespreking van maart 2006 vraagt JVZ [eisers] naar de daadwerkelijke motieven om tot bedrijfsovername en schenking te komen. Dan blijkt dat [eisers] met een bedrijfsoverdracht wilden bereiken dat zij te zijner tijd geen/minder (Belgisch) successierecht verschuldigd zouden zijn en dat [eisers] enige vorm van zeggenschap in en inkomen uit de bedrijven bleven behouden. Dit blijkt uit de volgende passages van het verslag:

'Alvorens in te gaan op de mogelijkheden van bedrijfsovername en schenking, zoals verwoord in de notitie ¹² , vraagt [betrokkene 6] eerst naar de daadwerkelijke motieven van [eisers] om daartoe te besluiten.

(...). [eisers] geven tijdens de bespreking aan dat zij er beiden eigenlijk emotioneel nog niet aan toe zijn om nu over te gaan tot een volledige bedrijfsovername door [betrokkene 3] en tot

schenking van hun ondernemingsvermogen aan de drie kinderen. De enige echte drijfveer is gelegen in de besparing van successierecht. Zij begrijpen heel goed dat het belangrijk is om tijdig te regelen wat er dient te gebeuren bij een onverhoopt overlijden van een van hen, om te voorkomen dat daar later problemen door ontstaan. (...). Aan de andere kant vinden zij het thans nog wel vroeg om zulke drastische stappen te nemen. (...).

[eiser 1] en [betrokkene 3] hebben in het verleden bepaalde afspraken gemaakt over de wijze waarop [betrokkene 3] thans als directeur kan functioneren en welke rol [eiser 1] daar nog bij speelt. (...). [eiser 1] geeft in de bespreking aan dat hij in bepaalde gevallen absoluut zeggenschap wenst te behouden. (...).'

3.9. Het hof verwerpt de stelling van [eisers] dat het doel van de opdracht aan JVZ was om te adviseren over iedere mogelijke herstructurering van het vermogen van [eisers] (het familievermogen). Uit de onder 3.8 aangehaalde besprekingsverslagen blijkt dat [eisers] JVZ heeft gevraagd om hen zodanig te adviseren dat zij enerzijds successierechten konden besparen (door enige vorm van bedrijfsoverdracht) maar anderzijds zoveel mogelijk de zeggenschap over en de inkomsten uit de bedrijfsactiviteiten konden behouden. Het vermogen van [eisers] moest beperkt worden geherstructureerd, en dus enkel voor zover nodig om successierecht te kunnen besparen.”

2.11 In rov. 3.10. tot en met 3.12. heeft het hof onderzocht of [verweerster] gezien het daarvóór door het hof vastgestelde doel van de opdracht onjuist heeft geadviseerd:

“3.10. Ter uitvoering van deze opdracht heeft JVZ drie opties aangedragen, te weten schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik, schenking onder beding van een lijfrente en schenking onder beding van een tegenprestatie in geld. Over de optie van de schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik is, gezien het verslag, tijdens de bespreking opgemerkt:

“Het voordeel van de vruchtgebruikconstructie is dat [eisers] beheerszeggenschap behouden. Zij zitten zoals gezegd “aan de kraan”. Zij kunnen in hun positie zelf bepalen of zij vruchten wensen te ontvangen of niet. [eisers] zouden kunnen besluiten om op enig moment afstand te doen van hun recht van vruchtgebruik. (...).'

Uit het verslag [volgt] dat [eisers] de voorkeur gaven aan de optie van schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik:

‘[eisers] voelen het meeste voor de mogelijkheid om te schenken onder voorbehoud van vruchtgebruik. Het gevolg van de schenking zal zijn dat [eisers] als vruchtgebruikers het beheer van het geschonken vermogen houden. De vruchten van het geschonken vermogen komen ook aan hen toe. (...).'

Op pagina 4 van het verslag van de bespreking op 4 april 2006 (productie 6 bij inleidende dagvaarding), waarvan de inhoud evenmin is betwist, komt nogmaals naar voren dat [eisers] belang hechtten aan het behoud van zeggenschap en daarom kozen voor de optie van de schenking onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik: *‘(...) Wij bespreken of [eisers] ook in de nieuwe opzet de aandelen [C] N.V. zullen schenken onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik. [eisers] geven aan daar wel voor te voelen, aangezien ze daarmee ‘zelf aan de kraan’ blijven zitten. (...).'*

3.11. Vervolgens hebben [eisers] het advies opgevolgd en hun aandelen [C] N.V. aan de kinderen geschonken onder het voorbehoud van vruchtgebruik. De notaris van De Brauw Blackstone Westbroek heeft bij brief van 13 september 2006 (prod. 11 bij inleidende dagvaarding) aan de kinderen van [eisers] bevestigd dat de beweegredenen voor [eisers] om tot schenking van de aandelen met behoud van vruchtgebruik over te gaan gelegen waren in het vermijden van Belgisch successierecht en het behoud van het recht op de vruchten van en zeggenschap in de onderneming:

‘(...)

C. Overwegingen die ten grondslag liggen aan de schenking van de certificaten van aandelen in het kapitaal van [E]

Uw ouders hebben te kennen gegeven om in het kader van de besparing van successierechten over te

willen gaan tot overheveling van een gedeelte van hun vermogen aan uw drieën.

(...).

Uw ouders hebben te kennen gegeven de certificaten aan u te willen schenken, onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik teneinde zelf toch een zekere mate van zeggenschap te houden. Voorts kunnen zij door dividend op de aandelen te laten uitkeren gelden ter beschikking krijgen (...). Bij de schenking wordt bepaald dat de vruchtgebruiker het geschonken vermogen beheert. (...).'

3.12. Gegeven de inhoud van de aan JVZ verstrekte opdracht is gesteld noch gebleken dat het gegeven advies, het schenken van certificaten onder voorbehoud van het recht op vruchtgebruik, onjuist zou zijn geweest. [eisers] betoogt dat JVZ had moeten adviseren om de certificaten te schenken zonder het hiervoor omschreven voorbehoud. Het hof verwerpt dit betoog nu in dat geval er een wijziging zou plaatsvinden ten aanzien van de uit te keren inkomsten uit het vermogen en deze wijziging niet nodig was voor het gewenste doel, zijnde besparing van de successierechten."

2.12 Het hof heeft vervolgens de vraag of [verweerster] [eisers] spontaan had moeten adviseren over de fiscale positie van [eisers] met betrekking tot het pand aan de [a-straat] , ontkennend beantwoord. Na te hebben overwogen dat een adviseur op grond van vaste jurisprudentie onder omstandigheden ook zonder concrete opdracht zijn cliënt dient te adviseren of waarschuwen, heeft het hof dit oordeel als volgt onderbouwd:

"3.13. (...) Naar het oordeel van het hof is dit hier niet het geval omdat [eisers] hun positie ten opzichte van het bedrijfsvermogen zoveel mogelijk ongewijzigd wilden laten en, bij het uitvoeren van het advies, ontstond er geen verandering in hun (fiscale) positie in relatie tot het ter beschikking gestelde pand. Ook na de schenking behield [eiser 1] een aanmerkelijk belang en was de zogenaamde TBS-regeling van toepassing.

Er was bovendien geen in het oog springend fiscaal nadeel voor [eisers] te verwachten, dat zodanig was dat [eisers] om deze reden zou afzien van de schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik. [eisers] stellen dat het voor hen fiscaal gunstiger zou zijn geweest als de waarde van het pand aan de [a-straat] na de aandelentransactie zou zijn belast in box 3 en dat reeds daarom door JVZ (spontaan) geadviseerd had behoren te worden tot verplaatsing naar box 3. Hierin kan het hof [eisers] echter niet volgen. [eisers] hebben niet weersproken dat de eerste drie jaren na de aankoop van het pand aan de [a-straat] geen huur aan [A] in rekening is gebracht (en ook niet door [A] is betaald), terwijl er wel sprake was van rentelasten en afschrijvingen voor [eisers] en dat hierdoor een aanzienlijke aftrekpost werd opgebouwd die nog jaren zou kunnen worden verrekend. Daarnaast staat tussen partijen als onweersproken vast dat de rentelasten van het pand aan de [a-straat] hoog waren (de aankoop van het pand is nagenoeg volledig gefinancierd met een hypothecaire geldlening), zodat er na aftrek van deze rentelasten en de afschrijvingen sowieso geen of weinig belastbaar resultaat overbleef. Voorts is niet, althans onvoldoende onderbouwd dat [eisers] belastingschade hebben geleden.

De belastbaarheid van de resultaten uit het pand aan de [a-straat] was dus op voorhand niet ongunstiger dan de belastbaarheid van de waarde van het pand in box 3. Dit was ook in de periode na de vestiging van het recht van vruchtgebruik niet het geval. Voor JVZ bestond er naar het oordeel van het hof tijdens het adviestraject dan ook geen aanleiding om [eisers] 'spontaan' te adviseren over c.q. te waarschuwen voor de fiscale consequenties van schenking onder voorbehoud van recht van vruchtgebruik. Evenmin bestond er voor JVZ aanleiding om [eisers] te adviseren om afstand te doen van het recht van vruchtgebruik, omdat dit, zoals hierboven al is vastgesteld, [eisers] geen fiscaal voordeel zou opleveren. Ten aanzien van de later aangekochte panden aan het [b-straat] en de [c-straat] geldt hetzelfde, nu [eisers] evenmin heeft betwist dat het ook voor deze panden geen verschil uitmaakte of zij werden belast in box 1 of in box 3. Gezien de hierboven genoemde motieven voor de keuze voor de schenking onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik, waaronder het behoud van zeggenschap, lag het ter discussie stellen van het recht van vruchtgebruik ook niet voor de hand en mocht JVZ ervan uitgaan dat afstand doen

van dit recht niet aan de orde was.

3.14. De situatie veranderde pas op het moment dat [eisers] op 20 april 2013 een koopovereenkomst sloot met Ahold ten aanzien van het pand aan de [a-straat] (onder de ontbindende voorwaarde dat de gemeente meewerkt aan de vestiging van een supermarkt in dit pand). Hierbij werd een koopprijs [werd] overeengekomen van € 3.460.000,00 (ter vergelijking: in de belastingaangifte IB van [eisers] over 2006 is als waarde van het pand aan de [a-straat] een bedrag van € 1.958.603,00 ingevuld) wat een onverwachte, een in ieder geval in 2006 niet te verwachten waardeestijging van het pand meebracht. Gesteld noch gebleken is dat dit voor JVZ al ten tijde van de advisering door JVZ in het kader van de bedrijfsoverdracht in 2006 dan wel in de periode daarna voorzienbaar was of had moeten zijn. Het hof begrijpt uit de stellingen van partijen over en weer dat JVZ ook niet betrokken is geweest bij het sluiten van de koopovereenkomst tussen [eisers] en Ahold.

[eisers] hebben er zelf voor gekozen om al in december 2013, vooruitlopend op de overdracht van het pand aan Ahold, afstand te doen van het recht op vruchtgebruik, terwijl de niet geringe kans bestond dat de overdracht niet plaats zou vinden vanwege het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde. De overdracht heeft uiteindelijk ook geen doorgang gevonden met als gevolg dat de verwachte waardeestijging van het pand aan de [a-straat] is uitgebleven. Het doen van afstand van het recht van vruchtgebruik was dus eigenlijk niet noodzakelijk geweest. Dat er als gevolg van de gedane afstand van het recht van vruchtgebruik fiscaal moest worden afgerekend (de ter beschikking gestelde panden gingen van box 1 naar box 3), kan dan ook niet aan [eisers] [ik begrijp: [verweerster] , A-G] worden tegengeworpen."

2.13 Het hof is in rov. 3.15. tot de tussenconclusie gekomen dat [verweerster] op het punt van de advisering in het kader van de bedrijfsoverdracht niet in de nakoming van haar zorgplicht jegens [eisers] is tekortgeschoten, zodat er om die reden ook geen sprake kan zijn van onrechtmatig handelen van [verweerster] jegens [eisers]

2.14 Het hof heeft vastgesteld dat [verweerster] heeft erkend dat zij de aangiften IB 2006 tot en met 2011 onjuist heeft opgesteld, door ten onrechte de waarde van de door [eisers] aan [A] ter beschikking gestelde panden aan de [a-straat] , [b-straat] en [c-straat] in box 3 op te geven, terwijl de resultaten uit die panden opgegeven hadden dienen te worden in box 1. [eisers] hebben naar het oordeel van het hof echter onvoldoende gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat [verweerster] daarbij niet heeft gehandeld als een redelijk handelend en redelijk bekwaam belastingadviseur en daarmee een beroepsfout zou hebben gemaakt. Het hof heeft in dat kader overwogen dat [verweerster] onvoldoende weersproken heeft gesteld dat de fout relatief gemakkelijk en zonder boetes had kunnen worden hersteld en dat zij dit ook kort na ontdekking van de fout aan [eisers] heeft medegedeeld. Daarnaast heeft het hof overwogen dat [eisers] feitelijk geen schade hebben geleden als gevolg van de verkeerde opgave van de panden, omdat er naar het oordeel van het hof van uitgegaan kan worden dat [eisers] het door hen gestelde bedrag aan naheffing ook aan de Belastingdienst verschuldigd zouden zijn geweest, indien de resultaten van de ter beschikking gestelde panden in de betreffende aangiften IB wel in box 1 waren opgegeven (rov. 3.16.).

2.15 Het hof is vervolgens tot de slotsom gekomen dat geen van de gemaakte verwijten grond kan zijn voor toewijzing van de vordering van schadevergoeding en dat nu niet is vast komen te staan dat [verweerster] is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens [eisers] , er evenmin grond is voor toewijzing van de vorderingen met betrekking tot ontbinding van de overeenkomst van opdracht en de buitengerechtelijke incassokosten, zodat ook de overige grieven falen. In het bijzonder, zo heeft het hof overwogen, faalt grief 11 (veroordeling tot de proceskosten) en de daarop gebaseerde vermeerdering van eis. Het hof heeft geen aanleiding gezien voor een bewijsfase nu niet is gebleken van door [eisers] gestelde, maar door [verweerster] betwiste feiten, die, zo zij alsnog bewezen worden, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden (rov. 3.17.).

- 2.16 Het hof heeft het bestreden vonnis van de rechtbank bekrachtigd en [eisers] veroordeeld in de kosten van de procedure (rov. 3.18., 3.19. en dictum). Het in hoger beroep vermeerderde deel van de eis is door het hof afgewezen (dictum).
- 2.17 [eisers] zijn bij op 31 januari 2018 ingediende procesinleiding, tijdig, in cassatie gekomen van het arrest van 31 oktober 2017. [verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. [eisers] hebben gerepliceerd en [verweerster] heeft gedupliceerd.

3 Bespreking van het cassatiemiddel

- 3.1 Kort gezegd gaat het in cassatie om de volledigheid van het advies van [verweerster]. De door [verweerster] voorgestelde en door [eisers] gekozen optie (schenking onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik) was voornamelijk ingegeven door de wens van [eisers] om successierechten te vermijden. Deze optie had echter ook tot gevolg dat [eisers] een aanmerkelijk belang bleven houden in de onderneming, waardoor de door [eisers] aan de onderneming beschikbaar gestelde panden in box 1 belast bleven in plaats van in box 3. Dit gevolg werd door partijen niet besproken. [eisers] stellen dat belasting van de panden in box 1 voor hen minder gunstig was en dat [verweerster] hen daarop had moeten wijzen en bestrijden het arrest van het hof met drie onderdelen. Onderdeel 1, dat vijf subonderdelen beslaat, richt zich tegen het oordeel van het hof dat [verweerster] in het kader van de opdracht niet gehouden was te adviseren over het gevolg van het voorbehouden recht van vruchtgebruik voor de belastbaarheid van het door [eisers] aan [A] ter beschikking gestelde onroerend goed. Onderdeel 2, dat in vier subonderdelen uiteenvalt, richt zich tegen het oordeel dat [verweerster] over het voorgaande evenmin spontaan behoefte te adviseren. Met onderdeel 3 wordt geklaagd over het passeren van het bewijsaanbod van [eisers]

Gehoudenheid tot advisering op grond van de opdracht

- 3.2 Onderdeel 1 richt zich met enkel motiveringsklachten tegen rov. 3.7. tot en met 3.12., waarin het hof kort gezegd heeft geoordeeld dat [verweerster] niet in verband met de aard, de omvang en het doel van de aan haar verstrekte opdracht hoefde te adviseren over het gevolg van het voorbehouden recht van vruchtgebruik op de belastbaarheid van het aan [A] ter beschikking gestelde onroerend goed.
- 3.3 Subonderdeel 1.1 betoogt dat onbegrijpelijk dan wel ontoereikend gemotiveerd is het oordeel in rov. 3.8.1. dat [eisers] hun stelling, dat het bij de aankoop van het pand aan de [a-straat] al de bedoeling was om het pand als beleggingspand in box 3 onder te brengen, onvoldoende hebben onderbouwd en dat het hof aldus te hoge eisen aan de stelplicht heeft gesteld. Het subonderdeel verwijst naar drie passages uit de memorie van grieven waarin de hiervoor bedoelde stelling is ingenomen. [verweerster] heeft deze stelling in de memorie van antwoord betwist. [verweerster] heeft daarbij onder meer naar haar notitie van 23 november 2005 verwezen,¹³ waaruit volgt dat destijds de mogelijkheid zou worden onderzocht om juist het onroerend goed aan de kinderen te schenken, en naar het verslag van de bespreking van 13 maart 2006, waarin is opgenomen dat de hoofdgedachte is aan alle drie de kinderen het onroerend goed te schenken. [verweerster] heeft op grond daarvan betoogd dat in geval van schenking van het onroerend goed geen verschuiving naar box 3 zou hebben plaatsgevonden en dit dus ook geen uitgangspunt kan zijn geweest.
- 3.4 In de door [eisers] in het subonderdeel aangehaalde passages uit de pleitaantekeningen gaan [eisers] op dit argument niet in, doch volstaan zij met het herhalen van de stelling dat het bij aankoop al de bedoeling was het pand aan de [a-straat] in box 3 onder te brengen. Nu op [eisers] de stelplicht rustte van deze stelling, en het verweer van geïntimeerde kan meebrengen dat niet kan worden volstaan met wat aanvankelijk door [eisers] is gesteld,¹⁴ is het oordeel van het hof

dat [eisers] ter zake onvoldoende hebben gesteld onbegrijpelijk noch onjuist en heeft het hof niet te hoge eisen aan de stelplicht gesteld. Het subonderdeel dient daarom te falen.

- 3.5 Subonderdeel 1.2 richt zich tegen rov. 3.8.2. Het subonderdeel betoogt dat het enkele feit dat in de notitie van [verweerster] van 23 november 2005 is aangegeven dat deze notitie slechts een eerste aanzet tot een nadere gedachtevorming poogt te geven, niet met zich brengt dat de notitie niet aan het concreet gegeven advies ten grondslag ligt, zoals het hof in de bestreden rechtsoverweging overweegt. Het subonderdeel betoogt daarnaast dat een en ander evenmin met zich brengt dat niet langer betekenis zou toekomen aan enkele op de notitie terug te voeren uitgangspunten.
- 3.6 Het hof onderzoekt in rov. 3.8. het doel van de aan [verweerster] verstrekte opdracht. Dat is een kwestie van uitleg, waarbij gelet op de *Haviltex*-maatstaf alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn.¹⁵ Ook de notitie van 23 november 2005 zou derhalve in het kader van de uitleg van belang kunnen zijn. Een en ander brengt echter nog niet met zich dat de notitie in dit kader ook daadwerkelijk een relevante omstandigheid is.
- 3.7 In de notitie wordt uitgegaan van schenking van onroerend goed aan de kinderen (hiervoor randnummer 3.3) en zij bevat, blijkens de inleiding, een 'mogelijke routing, vooralsnog op hoofdlijnen'. [eisers] hebben zelf in hun memorie van grieven het adviestraject geschetst aan de hand van de door De Brauw gemaakte gespreksverslagen, die beginnen met het verslag van de bespreking van 13 maart 2006.¹⁶ In dat licht bezien is het oordeel dat de notitie, die aldus dateert van vóór de eerste door [eisers] bij het schetsen van het traject genoemde bespreking en uitgaat van een andere vorm van schenking, niet aan het concreet gegeven advies ten grondslag ligt, niet onbegrijpelijk en niet ontoereikend gemotiveerd. Daarbij merk ik op dat uit rov. 3.8.2. niet volgt dat het hof heeft geoordeeld dat aan de in het subonderdeel genoemde uitgangspunten niet langer betekenis zou toekomen. Ik wijs er daarbij op dat [eisers] in hun memorie van grieven hebben betoogd dat deze uitgangspunten – althans vrijwel gelijklopende uitgangspunten – (ook) blijken uit voornoemde gespreksverslagen van De Brauw.¹⁷ Subonderdeel 1.2 faalt derhalve.
- 3.8 Subonderdeel 1.3 betoogt dat, anders dan het hof in rov. 3.8.3. overweegt, niet [verweerster] maar een notaris van De Brauw tijdens de bespreking van 13 maart 2006 vroeg naar de motieven om tot bedrijfsovername en schenking over te gaan en het derhalve onbegrijpelijk is dat het hof in rov. 3.9. uit het door [eisers] aan de notaris gegeven antwoord afleidt dat [eisers] [verweerster] hebben gevraagd om hen zodanig te adviseren dat zij enerzijds successierechten konden besparen maar anderzijds zoveel mogelijk de zeggenschap over en de inkomsten uit de bedrijfsactiviteiten konden behouden.
- 3.9 De klacht faalt. Weliswaar volgt uit het verslag van De Brauw¹⁸ inderdaad dat de betreffende vraag door een medewerker van De Brauw is gesteld, maar uit het verslag volgt eveneens dat het een bespreking betrof waarbij ook [betrokkene 4] en [betrokkene 5] namens [verweerster] aanwezig waren. Daarnaast hebben [eisers] bij het schetsen van het adviestraject juist uitgebreid naar dit verslag verwezen (randnummer 3.7 hiervoor). Nu het onderdeel verder niet toelicht welk gevolg zou moeten worden verbonden aan het feit dat de betreffende vraag niet door een medewerker van [verweerster] , maar door een medewerker van De Brauw is gesteld, valt niet in te zien dat het hof aan het door [eisers] , aldus mede ten overstaan van (medewerkers van) [verweerster] , gegeven antwoord niet de gevolgtrekkingen zou mogen verbinden die het daaraan heeft verbonden.
- 3.10 Aan het voorgaande doet niet af dat, zoals het subonderdeel betoogt, uit de notariële akte van 23 december 2013, waarbij [eisers] ten gunste van hun kinderen afstand hebben gedaan van het recht van vruchtgebruik op de certificaten van aandelen [C] , anders zou volgen, nu deze akte van (enkele jaren) na het verstrekte advies en de uitvoering daarvan dateert. Evenmin doet hieraan af dat [eisers] in de procedure stellingen zouden hebben ingenomen die een bredere opdracht aan [verweerster] inhouden. Uit het bestreden arrest volgt immers dat het hof deze stellingen heeft

verworpen. Voor zover het subonderdeel in randnummer 3.10 van de procesinleiding betoogt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, omdat de stelling dat het vermogen van [eisers] beperkt zou moeten worden gereorganiseerd niet in de gedingstukken kan worden aangetroffen, mist de klacht feitelijke grondslag. Het hof, aan wie als feitenrechter de uitleg van processtukken en van de standpunten van partijen is voorbehouden, kon de stellingen van [verweerster] aldus uitleggen dat [verweerster] heeft betoogd dat het vermogen van [eisers] beperkt zou moeten worden gereorganiseerd.¹⁹ Het voorgaande brengt met zich dat subonderdeel 1.3 dient te falen.

- 3.11 Subonderdeel 1.4 richt zich met dezelfde klachten²⁰ als subonderdeel 1.3 tegen het oordeel in rov. 3.10. en 3.11. dat de genoemde beweegredenen van [eisers] (het vermijden van Belgisch successierecht en het behoud van zeggenschap en recht op de vruchten) ook uit het verslag van de bespreking van 4 april 2006 en de brief van De Brauw van 13 september 2006 blijken. Deze klachten falen eveneens om de redenen als hiervoor in randnummer 3.10 genoemd.
- 3.12 Subonderdeel 1.5 betoogt dat de conclusie in rov. 3.12., dat is gesteld noch gebleken dat het advies van [verweerster] onjuist is geweest, onbegrijpelijk is gelet op de stelling van [eisers] dat het voorbehouden recht van vruchtgebruik in het geheel niet relevant was in het kader van de zeggenschap over [A] en de zeggenschap afzonderlijk was geregeld. Het subonderdeel verwijst naar een tweetal plaatsen in het procesdossier waarin deze stelling is ingenomen.²¹ De betreffende passages bevatten uitsluitend de blote stelling dat, kort gezegd, het voorbehouden recht van vruchtgebruik niet relevant was voor de zeggenschap. Het hof verwijst daarentegen in rov. 3.10. (randnummer 2.11 hiervoor) naar enkele passages uit de overgelegde besprekingsverslagen waarin een link wordt gelegd tussen de keuze voor het voorbehouden van een recht van vruchtgebruik en het behoud van zeggenschap. Het hof is op grond daarvan tot het oordeel gekomen dat partijen wel degelijk (mede) vanwege de zeggenschap gekozen hebben voor de optie van het recht van vruchtgebruik en heeft daarmee de stellingen waarop de klacht leunt verworpen. Daarop strandt reeds de klacht.
- 3.13 In het subonderdeel is tevens een op de voorgaande subonderdelen 1.1-1.4 voortbouwende klacht opgenomen,²² die derhalve faalt in het voetspoor daarvan.
- 3.14 Ten slotte bevat het subonderdeel een klacht over de overweging dat [eisers] hebben betoogd dat [verweerster] hen had moeten adviseren om de certificaten te schenken zonder het voorbehoud van het recht van vruchtgebruik. Deze overweging is onbegrijpelijk, zo betoogt het subonderdeel, omdat de stellingen van [eisers] – mede – inhouden dat [verweerster] niet, althans onvolledig heeft geadviseerd over de gevolgen van het recht van vruchtgebruik. Deze klacht faalt wegens een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Het oordeel in rov. 3.12. dat niet is gebleken dat het advies onjuist is geweest, begrijp ik aldus dat het hof heeft geoordeeld dat – gegeven de door het hof veronderstelde uitgangspunten – de keuze voor schenking onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik niet onjuist was. Het hof heeft niet miskend dat [eisers] mede hebben betoogd dat [verweerster] hen (meer uitgebreid) had moeten informeren over de mogelijke gevolgen van deze keuze voor de belastbaarheid van het pand aan de [a-straat] , maar heeft deze stelling behandeld in het licht van de plicht tot spontane advisering in rov. 3.13. Subonderdeel 1.5 dient derhalve te falen.
- 3.15 Het voorgaande brengt met zich dat onderdeel 1 niet tot cassatie kan leiden.

Gehoudenheid tot spontane advisering

- 3.16 Onderdeel 2 richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 3.13., waarin het hof kort gezegd heeft geoordeeld dat [verweerster] niet, zonder concrete opdracht, [eisers] hoefde te adviseren over de fiscale positie van [eisers] met betrekking tot het pand aan de [a-straat] . Het gaat in dit kader met name om het feit dat [eisers] vanwege het voorbehouden recht van vruchtgebruik ook na de schenking van de certificaten geacht werden een aanmerkelijk belang te

hebben in [A] , als gevolg waarvan het door [eisers] aan [A] ter beschikking gestelde pand ook na schenking in box 1 werd belast in plaats van in box 3.

- 3.17 Alvorens in te gaan op de klachten van het onderdeel merk ik – kort – iets op over de gehoudenheid tot spontane advisering door een adviseur. Ingevolge art. 7:401 BW is de opdrachtnemer gehouden de zorg van een goed opdrachtnemer te betrachten. In de praktijk wordt dit vaak aldus ingevuld dat de opdrachtnemer dient te handelen in overeenstemming met de zorgvuldigheid die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in het concrete geval in acht zou nemen.²³ In verband met art. 7:401 BW wordt ook wel gesproken van de zorgplicht van de opdrachtnemer.²⁴ Welke concrete zorgverplichtingen op een opdrachtnemer rusten, verschilt van geval tot geval, reden waarom de zorgplicht van de opdrachtnemer ook wel wordt aangemerkt als een bundel concrete zorgverplichtingen.²⁵ De zorgplicht kan onder meer meebrengen dat de opdrachtnemer de opdrachtgever spontaan ('ongevraagd') dient te informeren over (en eventueel te waarschuwen voor) bepaalde mogelijkheden of risico's.²⁶
- 3.18 Of een dergelijke 'spontane' verplichting aan de orde is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. 's Hofs oordeel daarover kan derhalve als verweven met waarderingen van feitelijke aard in cassatie slechts in beperkte mate worden getoetst.²⁷ De verplichting kan het expliciete doel van de opdracht betreffen, maar ook zien op het verzekeren van de belangen van de opdrachtgever in bredere zin.²⁸ Een spontane informatie- of waarschuwingsverplichting kan, onder meer, inhouden dat de opdrachtnemer moet wijzen op eventuele risico's die zich kunnen voordoen,²⁹ of op andere mogelijkheden dan waarnaar door de opdrachtgever is gevraagd.³⁰ In het geval van een eventueel risico zijn onder meer de ernst en omvang van het desbetreffende risico en de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren relevante omstandigheden.³¹ De informatieverplichting strekt er mede toe de opdrachtgever in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen ('*informed consent*').³²
- 3.19 De informatieverplichting van de opdrachtnemer is uiteraard niet onbeperkt. De opdrachtnemer hoeft niet op alle (theoretisch) mogelijke risico's en alternatieven te wijzen. Over mogelijkheden die in het gegeven geval redelijkerwijs niet of onvoldoende relevant zijn, behoeft de opdrachtgever de opdrachtnemer bijvoorbeeld niet te informeren.³³ Daarnaast vindt de zorgplicht een begrenzing in de eigen verantwoordelijkheid van de opdrachtgever:³⁴ denkbaar is dat de opdrachtnemer erop mag vertrouwen dat de opdrachtgever bepaalde risico's en/of mogelijkheden zelf reeds heeft onderkend, bijvoorbeeld omdat deze voor de hand liggen. ³⁵
- 3.20 Dat brengt mij bij de behandeling van de in het onderdeel opgenomen klachten.
- 3.21 Subonderdeel 2.1 betoogt dat het oordeel in rov. 3.13. dat, kort gezegd, [verweerster] niet gehouden was spontaan te adviseren over de gevolgen van het voorbehouden recht van vruchtgebruik, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. Het subonderdeel voert daartoe aan dat het hof ten onrechte heeft nagelaten enkele omstandigheden in zijn beoordeling te betrekken (procesinleiding, randnummer 3.19), dat het hof heeft miskend dat indien een (fiscaal) adviseur een bepaalde handelwijze adviseert, de adviseur zijn opdrachtgever op de (fiscale) gevolgen van die handelwijze dient te wijzen indien er in redelijkheid rekening mee moet worden gehouden dat zij zich daadwerkelijk zullen voordoen opdat de opdrachtgever een weloverwogen beslissing kan nemen (procesinleiding, randnummer 3.20) en dat het hof heeft miskend dat een (fiscaal) adviseur wanneer hij over de fiscale gevolgen van een handelwijze adviseert, over alle (redelijkerwijs te verwachten) potentiële fiscale gevolgen dient te adviseren. Voor zover het hof dit laatste niet heeft miskend, is zijn oordeel onbegrijpelijk, zo betoogt het subonderdeel (procesinleiding, randnummer 3.21).
- 3.22 Subonderdeel 2.2 richt zich tegen de door het hof in rov. 3.13. aan zijn beslissing ten grondslag gelegde overweging dat op [verweerster] geen plicht tot spontane advisering rustte, omdat [eisers] hun positie ten opzichte van het bedrijfsvermogen zoveel mogelijk ongewijzigd wilden laten en er bij het uitvoeren van het advies geen verandering ontstond in hun (fiscale) positie in

relatie tot het ter beschikking gestelde pand. Dit oordeel is volgens het subonderdeel onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd, omdat het feit dat de schenking onder voorbehoud van het recht vruchtgebruik geen verandering in de fiscale positie van [eisers] deed ontstaan, nog niet met zich brengt dat hierover niet behoefde te worden geadviseerd. Bij een andere optie dan schenking onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik zou er wél iets veranderen, zodat [eisers] , nu zij op dit punt niet afdoende geadviseerd zijn, geen volledig geïnformeerde keuze kunnen maken. Het subonderdeel voert verder aan dat niet duidelijk is waar het hof de aanname op baseert dat [eisers] hun positie ten opzichte van het bedrijfsvermogen zoveel mogelijk ongewijzigd wilden laten en merkt op dat de reden dat [verweerster] niet over de fiscale gevolgen van het (voorbehouden) recht van vruchtgebruik heeft geadviseerd niet gelegen is in het feit dat deze optie geen wijziging in de fiscale positie van [eisers] met zich bracht, maar in de omstandigheid dat [verweerster] zich dat laatste niet realiseerde.

- 3.23 De beide subonderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Het oordeel dat [verweerster] niet spontaan over de fiscale gevolgen van het voorbehouden recht van vruchtgebruik met betrekking op het pand behoefde te adviseren, leunt voor een aanmerkelijk deel op de overweging dat [eisers] hun positie ten opzichte van het bedrijfsvermogen zoveel mogelijk ongewijzigd wilden laten en de optie van het voorbehouden recht van vruchtgebruik geen verandering in hun (fiscale) positie deed ontstaan (zowel voorafgaand aan de schenking als daarna hadden [eisers] een aanmerkelijk belang). Dit argument kan mijns inziens, in het licht van het gevoerde partijdebat, geen gewicht in de schaal leggen. Of een opdrachtnemer gehouden is over bepaalde mogelijkheden en/of risico's te adviseren, hangt af van de omstandigheden van het geval en van de vraag of de betreffende mogelijkheid voldoende relevant is (randnummers 3.18 en 3.19 hiervoor). In veel gevallen zal de opdrachtnemer niet behoeven te benoemen welke gevolgen het door hem gegeven advies *niet* heeft. Dat kan mijns inziens anders zijn in gevallen waarin partijen, althans opdrachtgever, naar opdrachtnemer weet of zou behoren te weten, een bepaald gevolg verwacht(en) en dit gevolg onder het gegeven advies uitblijft. Er treedt dan wellicht geen wijziging op in de feitelijke situatie, maar wel een wijziging ten opzichte van de in de verwachtingen centraal staande situatie.
- 3.24 Dit doet zich in het onderhavige geval voor. [eisers] hebben aan hun vordering onder meer ten grondslag gelegd dat zij in de veronderstelling verkeerden dat zij na de schenking niet langer een aanmerkelijk belang in [A] zouden hebben. Ook [verweerster] lijkt daar, gezien de jarenlange aangifte van het pand aan de [a-straat] in box 3, van uitgegaan. In dat licht bezien is zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk waarom het feit dat de 'vruchtgebruik optie' geen wijziging in de fiscale positie inhield, met zich zou brengen dat hierover niet zou hoeven te worden geadviseerd. In zoverre zijn de klachten van de subonderdelen 2.1 en 2.2 terecht voorgesteld.
- 3.25 Gezien het voorgaande kan in het midden blijven of het hof kon aannemen dat [eisers] hun positie ten opzichte van het bedrijfsvermogen zoveel mogelijk ongewijzigd wilden laten (subonderdeel 2.2). Ook de klachten van subonderdeel 2.1 dat het hof enkele omstandigheden niet kenbaar in zijn beoordeling heeft betrokken en zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd in het licht van de stellingen van [eisers] behoeven bij deze stand van zaken geen behandeling.
- 3.26 Subonderdeel 2.3 richt zich tegen de overweging in rov. 3.13. dat er geen in het oog springend fiscaal nadeel voor [eisers] was te verwachten, dat zodanig was dat [eisers] om deze reden zouden hebben afgezien van de schenking onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik. Het subonderdeel betoogt dat dit oordeel uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende is gemotiveerd, omdat het feit dat van een aanbevolen handelwijze (in aanvang) geen in het oog springend nadeel is te verwachten niet impliceert dat *dus* niet op wel degelijk aanwezige fiscale consequenties behoeft te worden gewezen. De klacht faalt nu deze uitgaat van een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Het hof heeft niet geoordeeld dat reeds vanwege de afwezigheid van te verwachten nadeel geen plicht tot advisering bestond, maar heeft de door hem overwogen afwezigheid van in het oog springend fiscaal nadeel meegewogen als omstandigheid van het geval. Daarmee is het hof niet uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting

(randnummer 3.18 hiervoor) en behoefde het hof ook niet nader te motiveren waarom het deze omstandigheid mede aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd.

- 3.27 Het subonderdeel betoogt verder dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel zijn overwegingen onvoldoende heeft gemotiveerd, waar het heeft geoordeeld dat niet (voldoende) is onderbouwd dat [eisers] belastingschade hebben geleden (procesinleiding, randnummer 3.26). Bij de behandeling van deze klacht hebben [eisers] geen belang, nu de betreffende overweging van het hof het oordeel, dat geen in het oog springend fiscaal nadeel voor [eisers] was te verwachten, niet zelfstandig draagt en de overige tegen dit oordeel gerichte klachten falen. Overigens, maar dit dus ten overvloede, kan de steller van het middel wel worden toegegeven dat – waar bij beantwoording van de vraag of op een opdrachtnemer een waarschuwingsplicht rust, de vraag of en zo ja welk(e) schade c.q. nadeel voor de opdrachtgever is te verwachten een relevant gezichtspunt is – uit het feit dat achteraf geen schade is geleden niet zonder meer kan worden afgeleid dat schade c.q. nadeel bij het uitvoeren van de opdracht niet was te verwachten.
- 3.28 Ten slotte bevat het subonderdeel een klacht voor het geval, anders dan [eisers] overigens veronderstellen, in rov. 3.13. een oordeel is gegeven over het causaal verband tussen de aan [verweerster] verweten gedragingen c.q. nalatigheid en de (omvang van de) door [eisers] geleden schade. Een dergelijk oordeel lees (ook) ik niet in het bestreden arrest,³⁶ zodat deze klacht bij gebrek aan feitelijke grondslag faalt.
- 3.29 Het voorgaande brengt met zich dat subonderdeel 2.3 faalt.
- 3.30 Subonderdeel 2.4 betoogt dat het oordeel in rov. 3.14. dat het feit dat er als gevolg van de gedane afstand van het recht van vruchtgebruik fiscaal moest worden afgerekend, niet aan [verweerster]³⁷ kan worden tegengeworpen, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel onvoldoende is gemotiveerd. Het subonderdeel voert daartoe aan dat [eisers] wanneer [verweerster] hen volledig had geadviseerd over de fiscale gevolgen van een schenking onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik, niet voor die optie hadden gekozen en aldus ook geen afstand hadden hoeven doen van enig recht van vruchtgebruik. Het hof komt tot dit oordeel, omdat het daarvoor in rov. 3.14., in cassatie onbestreden, oordeelt dat het doen van afstand van het recht van vruchtgebruik niet nodig was. Dat [eisers] desalniettemin afstand hebben gedaan van het recht van vruchtgebruik, komt naar het oordeel van het hof kennelijk voor hun eigen rekening. Aan dit oordeel hoeft niet af te doen dat – zoals de klacht veronderstelt – [eisers] door toedoen van [verweerster] in de situatie zijn geraakt waarin afstand van het recht van vruchtgebruik een optie werd. De klacht faalt derhalve.
- 3.31 Het subonderdeel bevat ten slotte een klacht die veronderstelt dat het hof in de bestreden passage van rov. 3.14. tevens heeft geoordeeld dat er (ook) geen causaal verband bestaat tussen de door [eisers] gevorderde schade als gevolg van het 'boxherstel' (de schade die betrekking heeft op de onjuiste aangiften in de periode 2006 tot en met 2011) en de aan [verweerster] verweten gedragingen. Een dergelijk oordeel lees ik niet in de bestreden rechtsoverweging,³⁸ zodat deze klacht bij gebrek aan feitelijke grondslag faalt.
- 3.32 Het voorgaande brengt met zich dat subonderdeel 2.4 dient te falen.
- 3.33 De subonderdelen 2.1 en 2.2 slagen derhalve gedeeltelijk en falen, net als de andere subonderdelen van onderdeel 2 voor het overige.

Passeren bewijsaanbod

- 3.34 [eisers] betogen in onderdeel 3 dat het hof het door hen gedane bewijsaanbod ten onrechte heeft gepasseerd en aldus is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel dienaangaande onvoldoende begrijpelijk en/of ontoereikend heeft gemotiveerd. Het onderdeel

concretiseert deze klacht aan de hand van acht (als i. tot en met viii. genummerde) stellingen die [eisers] zouden hebben aangeboden te bewijzen.

- 3.35 Blijkens de toelichting op de onder i. tot en met iii. aangevoerde stellingen zijn deze aangevoerd ter onderbouwing van de door het hof juist als onvoldoende onderbouwd beoordeelde stelling dat het destijds bij de aankoop van het pand aan de [a-straat] al de bedoeling was om het pand als beleggingspand in box 3 onder te brengen. Aldus bouwt het onderdeel ten aanzien van deze stellingen voort op subonderdeel 1.1 en faalt het in zoverre in het voetspoor daarvan.³⁹
- 3.36 Ook wat betreft stelling iv. mist het onderdeel doel. Het hof hoefde [eisers] niet toe te laten tot bewijs ten aanzien van de onder iv. genoemde stelling dat [verweerster] er tijdens het adviestraject van op de hoogte was dat [eisers] privé onroerend goed aan [A] ter beschikking stelde, nu het oordeel van het hof geen verwerping van deze stelling behelst.⁴⁰
- 3.37 Meer muziek zit er in het onderdeel waar het om stelling v. gaat. Het hof heeft de onder v. genoemde stelling, dat de opdracht aan [verweerster] behelsde om [eisers] van volledig fiscaal advies te voorzien over alle aspecten van de herstructurering van het familievermogen, waaronder de gevolgen van het voorbehouden recht van vruchtgebruik in relatie tot de aan [A] ter beschikking gestelde panden, verworpen (rov. 3.9.). In hoger beroep hebben [eisers] specifiek (getuigen)bewijs aangeboden van deze stelling en aangegeven wie daarover zou kunnen verklaren.⁴¹
- 3.38 Als uitgangspunt geldt dat een partij in hoger beroep tot getuigenbewijs moet worden toegelaten indien zij voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede procesorde, zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert. In hoger beroep zal van een partij die bewijs door getuigen aanbiedt, in beginsel mogen worden verwacht dat zij voldoende concreet aangeeft op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zouden kunnen afleggen, doch zal in het algemeen niet mogen worden verlangd dat daarbij ook wordt vermeld wat daarover door getuigen zal kunnen worden verklaard.⁴² Mede in het licht van het voorgaande en het in randnummer 3.37 hiervoor genoemde bewijsaanbod, is het oordeel, dat [eisers] geen bewijs van stellingen hebben aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden leiden, onbegrijpelijk en onjuist. De klacht van onderdeel 3 slaagt derhalve in zoverre.
- 3.39 Dat ligt anders voor zover het onderdeel ziet op de stellingen vi., vii. en viii.
- 3.40 De in het onderdeel onder vi. genoemde stelling houdt in dat [betrokkene 4] expliciet aan [betrokkene 5] heeft gevraagd na te gaan welke fiscale consequenties schenking onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik zou hebben voor het op de [a-straat] toepasselijke boxregime. Deze stelling is in het bestreden arrest niet met zoveel woorden verworpen en het middel maakt niet duidelijk op welke wijze dit feit, indien bewezen, tot een ander oordeel zou kunnen leiden. Het hof kon dit bewijsaanbod, dat blijkens de verwijzing in (de toelichting bij) het onderdeel pas bij pleidooi is gedaan, derhalve passeren.
- 3.41 De onder vii. genoemde stelling houdt, kort gezegd, in dat [eisers] indien zij juist waren geadviseerd niet voor schenking onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik hadden gekozen. Of [eisers] in dat geval voor een andere optie hadden gekozen of niet betreft een hypothetische kwestie. Het hof heeft deze vraag in rov. 3.13. beantwoord aan de hand van objectieve factoren⁴³ en kon ook moeilijk anders, nu in redelijkheid niet subjectief is vast te stellen wat [eisers] in dat geval hadden gedaan.⁴⁴ Uit een en ander volgt dat het hof het aangeboden (subjectieve) getuigenbewijs niet relevant heeft geacht voor de beoordeling. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onvoldoende gemotiveerd. Dit geldt des te

meer nu de verklaring van [eisers] zou hebben te gelden als partij-getuigenis en derhalve slechts bewijskracht zou kunnen hebben als aanvullend c.q. ondersteunend bewijs.⁴⁵ Van ander aangeboden c.q. geleverd bewijs ten aanzien van deze stelling is echter niet gebleken.

3.42 De onder viii. genoemde stelling ten slotte houdt, kort gezegd, in dat [eisers] niet tegen lagere kosten dan met de Belastingdienst overeengekomen konden bewerkstelligen dat de door hen aangekochte panden in box 3 werden belast in plaats van in box 1. Het hof heeft deze stelling niet verworpen, maar heeft in rov. 3.16. geoordeeld dat ervan uit kan worden gegaan dat [eisers] het door hen gestelde bedrag ook aan de Belastingdienst verschuldigd zouden zijn geweest, indien de resultaten van de door [eisers] aan [A] ter beschikking gestelde panden in de aangiften IB 2006 tot en met 2011 wel in box 1 waren opgegeven. Het hof kon ten aanzien van stelling viii. dus oordelen dat deze, indien bewezen, niet tot een ander oordeel zou leiden.

3.43 Uit het voorgaande volgt dat onderdeel 3 slaagt ten aanzien van de onder v. genoemde stelling, maar voor het overige dient te falen.

3.44 Ik kom tot een slotsom. De subonderdelen 2.1 en 2.2 slagen gedeeltelijk. Voor het overige falen onderdeel 1 en 2. Onderdeel 3 slaagt ten aanzien van de onder v. genoemde stelling en faalt voor het overige. Een en ander leidt tot de conclusie dat het bestreden arrest dient te worden vernietigd en de procedure moet worden verwezen naar een ander hof ter verdere behandeling.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ De feitenweergave is – behoudens andere vermelding – gebaseerd op de rov. 3.1.1. tot en met 3.1.14. van het bestreden arrest, hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4709, AR 2017/5868.

² Producties 5, 6, 8 en 9 bij de dagvaarding in eerste aanleg.

³ Productie 12 bij de dagvaarding in eerste aanleg.

⁴ Productie 15 bij de dagvaarding in eerste aanleg.

⁵ Productie 28 bij de dagvaarding in eerste aanleg.

⁶ Productie 35 bij de dagvaarding in eerste aanleg.

⁷ Door het hof begrepen als: het pand aan de [a-straat] .

⁸ De omschrijving van de vorderingen (randnummer 2.2 van deze conclusie) is ontleend aan rov. 3.2.1. van het bestreden arrest. De omschrijving van de grondslag van de vorderingen (randnummer 2.3 van deze conclusie) is ontleend aan rov. 3.2.2. van het bestreden arrest.

⁹ Destijds [verweerster] & [F] B.V. genaamd.

¹⁰ Rb. Oost-Brabant 2 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7518.

¹¹ Partij zijn [C] en/of [B] .

¹² Door het hof begrepen als: 'het hiervoor genoemde memo van 23 november 2005', waarbij ik ervan uitga dat het hof doelt op het in rov. 3.8.2. als 'brief' aangeduide document van [verweerster] van 23 november 2005.

¹³ Door [eisers] overgelegd als productie 4 bij dagvaarding in eerste aanleg.

¹⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld Asser Procesrecht/W.D.H. Asser, *Deel 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 288.

¹⁵ Vgl. W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 18 e.v.

¹⁶ Memorie van grieven, randnummers 2.26-2.35.

¹⁷ Memorie van grieven, randnummer 2.27.

¹⁸ Productie 5 bij dagvaarding in eerste aanleg van [eisers]

¹⁹ Zie bijvoorbeeld de memorie van antwoord, randnummer 2.22 en de pleitnota in hoger beroep van [verweerster] , randnummer 10., waarop ook [verweerster] wijst (schriftelijke toelichting, randnummer 52.).

²⁰ Ik ga ervan uit dat het subonderdeel daarbij alleen doelt op de in randnummer 3.10 van deze conclusie omschreven klachten en niet op de hiervoor in randnummer 3.8 omschreven klacht, nu deze specifiek ziet op de bespreking van 13 maart 2006.

²¹ Memorie van grieven, randnummer 4.10 en het proces-verbaal van de comparitie in eerste aanleg, p. 2.

²² Procesinleiding, randnummer 3.14.

²³ Dit stelt het hof ook voorop in rov. 3.6.

²⁴ Zie reeds Asser Bijzondere overeenkomsten/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Deel 7-IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 93. Dat is in die zin minder gelukkig dat met de term zorgplicht in doctrine en rechtspraak in de regel geen normale contractuele of buiten-contractuele zorgvuldigheid wordt aangeduid, maar veeleer een bijzondere verantwoordelijkheid van de een jegens een ander die verder gaat dan waartoe de geadresseerde volgens de normale contractuele of buiten-contractuele zorgvuldigheid gehouden zou zijn. Zie T. Hartlief, 'Is de zorgplicht ons een zorg?', *NJB* 2017/965, p. 1241.

²⁵ Asser Bijzondere overeenkomsten/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Deel 7-IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 95.

²⁶ Asser Bijzondere overeenkomsten/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Deel 7-IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 99. Zie ook de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2018:412) voor HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1024, *RvdW* 2018/789 (*X./Accon AVM Belastingadvies BV*) (art. 81 RO), randnummers 2.3-2.4.2, A.H. Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, Zutphen: Paris 2012, par. 5.1.7, E.A.L. van Emden en M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, par. 3.4-3.5, J.M. Barendrecht en E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 111-123, I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 13-21 en K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2012, par. 4.8.2.

²⁷ Vgl. HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1304, *NJ* 2003/302 en *AV&S* 2003, p. 179 e.v. m.nt. A.S. Fransen van de Putte (*Expan Beheer BV*), rov. 3.4.4 en HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, *NJ* 2015/267, *JOR* 2015/350 m.nt. M.H.J. van Maanen, *JA* 2015/90 m.nt. L.C. Dufour, *JIN* 2015/136 m.nt. N.E.N. de Louwere en *TBR* 2016/15 m.nt. G.C.W. van der Feltz (*B./[...] B.V. c.s.*), rov. 3.4.3.

²⁸ Vgl. de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2018:412) voor HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1024, *RvdW* 2018/789 (*X./Accon AVM Belastingadvies BV*) (art. 81 RO), randnummer 2.3 en Asser Bijzondere overeenkomsten/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Deel 7-IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 99.

²⁹ HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, *NJ* 2007/92 en *JA* 2007/43 m.nt. W.H. van Boom

(*Juresta Nederland B.V./X. c.s.*), rov. 3.4.2.

³⁰ Zie bijvoorbeeld HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1558, *NJ* 2006/245 (*Ernst & Young Belastingadviseurs/Die Kölnische*).

³¹ HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, *NJ* 2015/267, *JOR* 2015/350 m.nt. M.H.J. van Maanen, *JA* 2015/90 m.nt. L.C. Dufour, *JIN* 2015/136 m.nt. N.E.N. de Louwere en *TBR* 2016/15 m.nt. G.C.W. van der Feltz (*B./[...] B.V. c.s.*), rov. 3.4.3.

³² Vgl. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, *NJ* 2015/267, *JOR* 2015/350 m.nt. M.H.J. van Maanen, *JA* 2015/90 m.nt. L.C. Dufour, *JIN* 2015/136 m.nt. N.E.N. de Louwere en *TBR* 2016/15 m.nt. G.C.W. van der Feltz (*B./[...] B.V. c.s.*), rov. 3.4.3 en HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, *NJ* 2007/92 en *JA* 2007/43 m.nt. W.H. van Boom (*Juresta Nederland B.V./X. c.s.*), rov. 3.4.2.

³³ HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1304, *NJ* 2003/302 en *AV&S* 2003, p. 179 e.v. m.nt. A.S. Fransen van de Putte (*Expan Beheer BV*), rov. 3.4.5 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2624, *NJ* 2009/256 (*H&H Beheer B.V. c.s./Deloitte Belastingadviseurs B.V. c.s.*). Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2012, p. 550 e.v.

³⁴ HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0557, *NJ* 1993/188 m.nt. E.A.A. Luijten (*Meijer/S.*), rov. 3.3. Zie Asser Bijzondere overeenkomsten/T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Deel 7-IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 100.

³⁵ Vgl. HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0557, *NJ* 1993/188 m.nt. E.A.A. Luijten (*Meijer/S.*), rov. 3.3, een-na-laatste zin.

³⁶ [verweerster] , schriftelijke toelichting, randnummers 77.-78. evenmin.

³⁷ Het hof schrijft ' [eisers] ' maar zal, zo begrijp ik net als partijen, ' [verweerster] ' hebben bedoeld.

³⁸ En met mij evenmin [verweerster] , schriftelijke toelichting, randnummer 85.

³⁹ Immers blijft bij het falen van subonderdeel 1.1 het oordeel in stand dat de bedoelde stelling onvoldoende is onderbouwd, zodat aan bewijslevering niet behoefde te worden toegekomen.

⁴⁰ Zo betoogt ook [verweerster] , schriftelijke toelichting, randnummer 89.

⁴¹ Memorie van grieven, randnummers 2.42, 3.11 en 7.3. Het onderdeel verwijst hiernaar, zij het dat kennelijk abusievelijk naar de memorie van *antwoord* wordt verwezen.

⁴² HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, *NJ* 2005/270 m.nt. W.D.H. Asser, *JBPR* 2004/65 m.nt. M.A.J.G. Janssen en *Ars Aequi* 2005, p. 270 e.v. m.nt. G.R. Rutgers (*OZ Export Planten/Roozen Holland*), rov. 3.6 en HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:49, *RvdW* 2016/147, *JBPR* 2016/32 m.nt. C.S.G. Janssens en *JIN* 2016/38 m.nt. M.A.J.G. Janssen, rov. 3.4.1.

⁴³ Vgl. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, *NJ* 2002/386 m.nt. J.B.M. Vranken (*Zenuwbeschadiging*), rov. 3.5.6 en HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001: AD3963, *NJ* 2002/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Spondylodese*), rov. 3.5.5.

⁴⁴ In elk geval niet aan de hand van een partij-getuigenis.

⁴⁵ Art. 164 lid 2 Rv.
