

ECLI:NL:RBROT:2020:12558

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	09-12-2020
Datum publicatie	12-01-2021
Zaaknummer	C/10/512940 HA ZA 16-1048
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Eindvonnis. Wanprestatie accountant. Fouten bij het advies tot oprichting van een SPF en de uitvoering van die SPF. Vaststelling schade en eigen schuld.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

zaaknummer: C/10/512940 HA ZA 16-1048

vonnis van 9 december 2020,

in de zaak van:

1. [naam eiser 1] ,

wonende te [woonplaats eiser 1] ,

2. [naam eiser 2] ,

wonende te [woonplaats eiser 2] ,

3. [naam eiser 3] ,

wonende te [woonplaats eiser 3] ,

4. [naam eiser 4] ,

wonende te [woonplaats eiser 4] ,

eisers,

advocaat: mr. H.J.M. Goossens te Asten,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BDO ACCOUNTANTS & BELASTINGADVISEURS B.V.,

gevestigd te Eindhoven,

gedaagde,

advocaat: mr. D.F. Berkhout te Amsterdam

Partijen zullen hierna [eisers] en BDO genoemd worden. Eisers zullen ieder afzonderlijk [naam eiser 1] , [naam eiser 2] , [naam eiser 3] en [naam eiser 4] genoemd worden.

1. Het verloop van de procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

1. het tussenvonnis van 15 januari 2020 en de daarin genoemde stukken;
2. de akte van de zijde van BDO;
3. de akte van de zijde van [eisers] ;
4. de brief van BDO van 7 mei 2020 waarin BDO de rechtbank heeft verzocht om thans een eindvonnis te wijzen;
5. de brief van [eisers] van 12 mei 2020.

Het vonnis is bepaald op heden.

2. De verdere beoordeling

- 2.1 In het tussenvonnis van 15 januari 2020 heeft de rechtbank geoordeeld dat BDO in de nakoming van de overeenkomst is tekortgekomen en op die grond in beginsel gehouden is de door [eisers] daardoor geleden schade te vergoeden. BDO is echter in de gelegenheid gesteld om in het kader van haar eigenschuldverweer te bewijzen dat [naam eiser 4] geen contact heeft gehad met [naam 1] over a) de ondertekening en toezending van een managementovereenkomst en/of b) over de e-mail van 18 augustus 2009.
- 2.2 Nieuwe standpunten die partijen na het tussenvonnis hebben ingenomen, worden gelet op de stand waarin de procedure zich bevindt buiten beschouwing gelaten. De rechtbank komt niet terug van wat in het tussenvonnis van 15 januari 2020 is overwogen en beslist, in het bijzonder niet van haar oordeel dat het handelen van [naam 1] kan worden toegerekend aan BDO.
de verdeling op grond van artikel 6:101 BW
- 2.3 Niet in geschil is dat BDO op de hoogte was van de eerste managementovereenkomst. Deze overeenkomst kan daarom verder onbesproken blijven. De rechtbank acht niet bewezen dat [naam eiser 4] over de tweede overeenkomst geen contact heeft gehad met [naam 1] . Uit het enkele feit dat er geen stukken zijn die wijzen op overleg tussen [naam 1] en [naam eiser 4] volgt niet dat geen overleg heeft plaatsgevonden. Dat [naam eiser 4] de overeenkomst heeft gefaxtd vanuit zijn apotheek, maakt ook niet voldoende aannemelijk dat [naam 1] van de overeenkomst niet op de hoogte was. Zonder nadere toelichting valt daartegenover niet in te zien welk belang [naam eiser 4] erbij had om [naam 1] niet in kennis te stellen van de tweede overeenkomst. Dat

[naam 1] geen bezwaren heeft geuit tegen de tweede managementovereenkomst acht de rechtbank niet onaannemelijk, aangezien reeds is vastgesteld dat hij de risico's van belastingheffing niet juist heeft ingeschat.

- 2.4 De rechtbank acht ook niet bewezen dat tussen [naam eiser 4] en [naam 1] geen contact heeft plaatsgevonden over de e-mail van 18 augustus 2009. Zoals eerder overwogen vormt het feit dat [naam eiser 4] in de e-mail heeft geschreven dat overleg had plaatsgevonden een sterke aanwijzing voor het feit dat het overleg daadwerkelijk heeft plaatsgehad. Niets wijst erop dat [naam eiser 4] op het moment van het versturen van de e-mail ervan op de hoogte was dat de Belastingdienst die e-mail zou aanmerken als een beschikkingshandeling. De schriftelijke getuigenverklaring van [naam 1] is hiertegenover onvoldoende, temeer omdat [naam 1] belang heeft bij de door hem afgelegde verklaring en - zoals gezegd - uit zijn handelen blijkt dat hij de risico's destijds niet goed heeft ingeschat dan wel daarnaar onvoldoende heeft gehandeld. De stelling van BDO dat het haar beleid was om conservatief advies te geven, vindt in zoverre dan ook geen steun in de vaststaande feiten.
- 2.5 De rechtbank heeft in het tussenvonnis van 7 maart 2018 reeds vastgesteld dat de door [eisers] geleden schade deels aan [eisers] moet worden toegerekend in de zin van artikel 6:101 BW. Aangezien BDO niet is geslaagd in haar bewijsopdrachten bestaat de eigen schuld van [eisers] slechts daarin dat zij op grond van de algemene waarschuwingen van BDO hadden kunnen beseffen dat het risicovol was om zich met het vermogen van de SPF te blijven bemoeien zoals zij hebben gedaan. BDO heeft er immers wel voor gewaarschuwd dat geen sprake mocht zijn van beschikkingsmacht en dat het voor [eisers] onzeker moest blijven of en in hoeverre uitkeringen zouden worden gedaan. In dat licht had [naam eiser 4] zich kunnen en moeten realiseren dat hij met het versturen van de e-mail van 18 augustus 2009 macht zou uitoefenen over het vermogen van de SPF. Dat neemt echter niet weg dat de schade met name moet worden toegerekend aan het feit dat BDO de fiscale constructie te risicovol heeft opgezet en dat zij onvoldoende ervoor heeft gewaarschuwd dat [eisers] zich dienden te weerhouden van beschikkingshandelingen over het vermogen van de SPF. Dit moet aan BDO als deskundige partij tegenover een particuliere opdrachtgever zwaarder worden aangerekend. In het algemeen mag van een particuliere opdrachtgever immers niet worden verwacht dat zij voorzichtiger handelt dan haar is geadviseerd. De rechtbank oordeelt daarom dat de door [eisers] geleden schade voor 20% door [eisers] zelf moet worden gedragen en voor 80% door BDO. Partijen hebben geen omstandigheden gesteld die op grond van de billijkheid een andere verdeling eisen. Dat [naam 1] op enig moment niet formeel meer in dienst was van BDO is niet een zodanige omstandigheid.

de door [eisers] geleden schade

- 2.6 Uit de vaststellingsovereenkomst die [eisers] met de Belastingdienst zijn aangegaan, volgt - kort samengevat - dat [eisers] samen met hun echtgenoten elk € 139.090,-- moeten betalen en de kleinkinderen samen € 1.381.546,--.
- 2.7 [eisers] hebben betaalbewijzen in het geding gebracht. Aangezien BDO daarop niet meer heeft gereageerd, gaat de rechtbank ervan uit dat tussen partijen vaststaat dat de gestelde bedragen door [eisers] aan de Belastingdienst zijn voldaan.
- 2.8 Uit de vaststellingsovereenkomst volgt dat de bedragen die [eisers] zelf aan de Belastingdienst hebben betaald, zijn gebaseerd op belastbaar inkomen uit sparen en beleggen over het vermogen van [naam 2] in de periode 2004 tot en met 2009. De reden dat deze belasting moest worden voldaan, is dat het vermogen van de SPF vanwege de tekortkomingen van BDO in fiscale zin werd toegerekend aan [naam 2]. De verplichting tot betaling van de belasting rustte dan ook op moeder, welke verplichting na haar overlijden is overgegaan op [eisers]. Het betreft daarom door [naam 2] geleden schade die [eisers] als haar erfgenamen kunnen vorderen.
- 2.9 Volgens BDO bestaat de schade hoogstens uit de helft van het bedrag dat [eisers] aan de Belastingdienst hebben betaald, omdat de verplichting tot betaling van deze bedragen op grond van de vaststellingsovereenkomst ook rustte op hun echtgenoten. Dit standpunt volgt de rechtbank niet. Met de vaststellingsovereenkomst hebben [eisers] voorkomen dat zij over de door hen van de SPF ontvangen bedragen een navordering hebben gekregen. Indien zij geen schikking hadden getroffen dan zou de Belastingdienst een vordering hebben gekregen op [eisers], niet op

de echtgenoten. Dat de echtgenoten zich nu naast [eisers] verplicht hebben gesteld te betalen, doet er onder deze omstandigheden niet aan af dat [eisers] als erfgenamen van het vermogen van [naam 2] voor het volledige bedrag schade in hun vermogen hebben geleden.

- 2.10 De schade die [eisers] lijden vanwege de schikking met de Belastingdienst kan naar het oordeel van de rechtbank worden toegerekend aan de tekortkoming van BDO in de zin van artikel 6:98 BW. [naam 2] had BDO immers de opdracht gegeven om belastingheffing te voorkomen.
- 2.11 De bedragen die de kleinkinderen op grond van de vaststellingsovereenkomst moesten voldoen, hebben betrekking op schenkingsbelasting. Anders dan bij de vermogensbelasting zou de verplichting tot betaling hiervan niet zijn komen te rusten op [naam 2] maar op de kleinkinderen. Het is immers de ontvanger van de schenking die over het geschonken bedrag belasting verschuldigd is. Het enkele feit dat de kleinkinderen vanwege de tekortkoming van BDO minder hebben ontvangen dan [naam 2] heeft beoogd, betekent niet dat [naam 2] schade in haar vermogen heeft geleden. De stelling van [eisers] dat [naam 2] schade heeft geleden omdat zij nu tekortkomt in haar verplichting jegens de kleinkinderen om belastingvrij te schenken, wordt als onvoldoende onderbouwd verworpen. [eisers] hebben onvoldoende inzichtelijk gemaakt op grond waarvan tussen [naam 2] en de kleinkinderen een afdwingbare verplichting zou zijn ontstaan om een deel van haar vermogen te schenken, laat staan belastingvrij te schenken. Het enkel uitspreken van de wens om haar vermogen aan de kleinkinderen te schenken, maakt niet dat sprake is van een rechtens afdwingbare verplichting. Ook de enkele veronderstelling van [naam 2] dat over de te schenken bedragen geen belasting zou hoeven te worden betaald, maakt niet dat zij jegens haar kleinkinderen verplicht was belastingvrij te schenken. Hetgeen [eisers] en de kleinkinderen na het starten van deze procedure onderling op schrift hebben gesteld, maakt hiervoor geen verschil omdat deze afspraken te ver verwijderd staan van de tekortkomingen van BDO. De vraag of de kleinkinderen een zelfstandig recht op schadevergoeding hebben valt buiten het bereik van deze procedure. Dit deel van de vordering zal daarom worden afgewezen.
- 2.12 Niet in geschil is dat [eisers] BDO voor een bedrag van € 21.830,16 aan BDO opdracht hebben gegeven tot het verrichten van werkzaamheden nadat de Belastingdienst zich op het standpunt had gesteld dat [naam familie] belasting moest betalen. Hiermee is beoogd de schade van het door vererving verkregen vermogen van [naam 2] te beperken. [eisers] hadden deze kosten niet hoeven maken als BDO in haar verplichtingen niet was tekortgekomen. Deze kosten zijn daarom aan te merken als door [eisers] als erfgenamen geleden schade. Ook deze kosten kunnen worden toegerekend aan de tekortkoming van BDO in de zin van artikel 6:98 BW.
- 2.13 Tussen partijen is niet in geschil dat de kosten voor De Bont Advocaten zijn voldaan door de STAKS van de kleinkinderen. [eisers] hebben niet gesteld dat zij een deel van deze kosten alsnog voor hun rekening zullen nemen. [eisers] hebben dan ook geen schade geleden door betaling van deze kosten. Dit deel van de vordering zal daarom worden afgewezen.
- 2.14 Samenvattend zal worden toegewezen een bedrag van € 462.552,13, zijnde 80% van (vier maal € 139.090,-- + € 21.830,16). De wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW hierover wordt zoals gevorderd toegewezen vanaf de dag van betaling van de betreffende bedragen.
- 2.15 BDO zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.
- 2.16 BDO heeft bezwaar gemaakt tegen het uitvoerbaar bij voorraad verklaren van het vonnis. In het algemeen mag worden aangenomen dat bij een veroordeling tot betaling van een geldsom voldoende belang bestaat om het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren¹. Volgens BDO hebben [eisers] in dit geval geen spoedeisend belang terwijl na betaling voor BDO sprake is van een restitutierisico. Uit het enkele feit dat [eisers] particulieren zijn volgt echter nog niet dat sprake is van een restitutierisico. Uit hetgeen partijen over en weer hebben gesteld blijkt bovendien juist dat [eisers] beschikken over een aanzienlijk vermogen, zodat moet worden aangenomen dat zij in staat zullen zijn het toegewezen bedrag terug te betalen. Er bestaat aldus onvoldoende grond om het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren of [eisers] te verplichten een bedrag aan zekerheid te stellen. Het vonnis zal daarom zoals gevorderd uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

3. De beslissing

De rechtbank:

veroordeelt BDO aan [eisers] te betalen een bedrag van € 462.552,13, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf het moment van betaling van deze bedragen door [eisers] aan de Belastingdienst respectievelijk aan BDO tot aan de dag van algehele voldoening;

veroordeelt BDO in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [eisers] vastgesteld op € 1.548,00 aan griffierecht, € 99,53 aan dagvaardingskosten en € 10.846,50 aan salaris voor de advocaat;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. A. Eerdhuijzen, mr. W.J. van den Bergh en mr. J.E. Molenaar en ondertekend en in het openbaar uitgesproken door mr. C. Bouwman, rolrechter, op 9 december 2020.
371/2294/2504/3152

¹ HR 27 februari 1998, NJ 1998/512
