

ECLI:NL:GHSHE:2020:2467

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	04-08-2020
Datum publicatie	05-08-2020
Zaaknummer	200.218.323_01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBZWB:2017:1166
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Aansprakelijkheid agrarisch belastingadviseur voor beroepsfout. Maatstaf. Verjaring ex artikel 3:310 met toepassing van oa HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552 rov. 3.3.2 en 3.3.4 en HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677 rov. 3.3.2. Heeft stuiting tijdig plaatsgevonden?
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 3 310
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Viditax (FutD), 06-08-2020 FutD 2020-2307 V-N Vandaag 2020/1971

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.218.323/01

arrest van 4 augustus 2020

in de zaak van:

1 [appellant 1] ,

2. [appellant 2] ,

beiden wonende te [woonplaats] ,

appellanten in het principaal hoger beroep,

geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: eisers,
advocaat: mr. A.E.T.M. van de Camp,

tegen

de stichting **Stichting [de Stichting]**,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellante in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: gedaagde,
advocaat: mr. B.J.M.P. Cremers

Appellant sub 1 zal hierna [appellant 1] senior , appellant sub 2 [appellant 2] junior en appellanten gezamenlijk zullen [appellanten c.s.] worden genoemd. Geïntimeerde zal [de Stichting] worden genoemd.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 30 december 2015 en 22 februari 2017 die de rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft gewezen.

2 Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 19 mei 2017,
- de memorie van grieven tevens wijziging van eis (met producties),
- de memorie van antwoord, tevens van incidenteel hoger beroep,
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep (met producties),
- een akte van [appellanten c.s.] ,
- een akte van [de Stichting] ,
- de schriftelijke pleidooien overeenkomstig de pleitnotities.

2.2. Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2.3. [appellanten c.s.] vordert in het principaal hoger beroep, na wijziging van eis, vernietiging van het bestreden vonnis voor zover hierbij de vorderingen van [appellanten c.s.] niet zijn toegewezen en opnieuw rechtdoende:

- I. voor recht te verklaren dat [de Stichting] jegens [appellanten c.s.] ter zake van de advisering In 2003 omtrent de grondtransacties toerekenbaar tekort geschoten is in de nakoming van haar

verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten overeenkomst van opdracht, dan wel onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld door:

1. na te laten [appellanten c.s.] te informeren dat indien [appellant 1] gebruik zou maken van zijn voorkeursrecht tot koop, het door hem behaalde transactieresultaat een voor hem voor de heffing van Inkomstenbelasting-belaste bate zou vormen, en

2. na te laten [appellanten c.s.] te informeren dat [appellant 1] bij gebruikmaking van zijn voorkeursrecht, de mogelijkheid had om een stakingslijfrente te bedingen en

3. na te laten [appellanten c.s.] te informeren dat indien [appellant 1] zou afzien van zijn voorkeursrecht, toepassing van de herinvesteringsreserve voor [appellant 2] een beschikbare mogelijkheid was en hen te informeren over de dan bestaande mogelijkheden voor [appellant 2] om de fiscale herinvesteringsreserve te kunnen toepassen;

en daarom [de Stichting] te veroordelen de hierdoor door [appellanten c.s.] geleden en nog te lijden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na de datum van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

II. [de Stichting] te veroordelen tot betaling van de kosten van het geding in beide instanties te vermeerderen met de nakosten ten belope van € 113,00, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis, en - voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

een en ander, voor zover mogelijk, uitvoerbaar bij voorraad.

- 2.4. [de Stichting] vordert in het incidenteel hoger beroep het bestreden eindvonnis te vernietigen en opnieuw rechtdoende, zo nodig met verbetering van de gronden, de vorderingen van [appellanten c.s.] alsnog integraal af te wijzen en hen te veroordelen in de proceskosten van de beide instanties, alsmede hen te veroordelen tot het betalen van nakosten van € 131,00 indien het arrest niet behoeft te worden betekend en een bedrag van € 199,00 indien het arrest wel moet worden betekend.

3 De vaststaande feiten

- 3.1. [appellant 1] heeft sinds 1991 samen met zijn echtgenote in maatschapsverband een melkvee- en varkensbedrijf uitgeoefend. Zij hadden daarbij in eigendom een aantal percelen grond. [appellant 2] is in 1994 toegetreden tot voormelde maatschap van zijn ouders. In 1997 heeft [appellant 2] de exploitatie van voormelde maatschap voor eigen rekening en risico voortgezet. Hiertoe zijn bij notariële akte van 4 augustus 1997 de tot de maatschap toebehorende onroerende zaken door [appellant 1] en zijn echtgenote overgedragen aan [appellant 2]. In voormelde akte is een voorkeursrecht van koop opgenomen ten behoeve van [appellant 1] en zijn echtgenote ter zake van één van de verkochte onroerende zaken met opstal en toebehoren. Dit voorkeursrecht hield in, dat ingeval [appellant 2] de betreffende onroerende zaak zou willen vervreemden vóór 1 januari 2007, [appellant 1] alsdan deze onroerende zaak zou mogen terugkopen voor dezelfde prijs als die [appellant 2] heeft betaald bij de bedrijfsoverdracht.
- 3.2. [de Stichting] exploiteert onder meer een accountantskantoor. De heer ing. [senior agrarisch adviseur] (hierna: [senior agrarisch adviseur]) is bij [de Stichting] werkzaam als senior agrarisch adviseur en vanaf omstreeks het jaar 2000 als de adviseur van [appellant 2].
- 3.3. In 2003 heeft [appellant 2] zich tot [senior agrarisch adviseur] gewend voor advies ter zake van de voorgenomen verkoop door [appellant 2] van de onroerende zaak waarop het voorkeursrecht van [appellant 1] rustte. Ter zake hiervan heeft [senior agrarisch adviseur] [appellanten c.s.] mondeling geadviseerd.

- 3.4. Het bewuste perceel is door [appellant 2] terug verkocht aan [appellant 1] die het vervolgens heeft doorverkocht aan derden. Hiermee heeft [appellant 1] een winst behaald van € 331.490,00.
- 3.5. [de Stichting] heeft in 2003 de aangiften inkomstenbelasting van [appellanten c.s.] verzorgd.
- 3.6. Bij brief van 1 december 2006 heeft de Belastingdienst [appellant 1] voor het jaar 2003 een belastingaanslag inkomstenbelasting opgelegd voor een bedrag van € 187.140,- in verband met een door de Belastingdienst gestelde belaste verkoopwinst ter zake van voormelde grondtransactie.
- 3.7. Hiertegen heeft [de Stichting] bij brief van 3 januari 2007 namens [appellant 1] bezwaar gemaakt en zij is nadien hierover met de Belastingdienst in overleg getreden.
- Bij brief van 18 december 2008 heeft [de Stichting] [appellant 1] bericht dat de door hem genoten verkoopwinst inderdaad aan belastingheffing onderhevig is en adviseert hem hierbij - na overleg hierover met de Belastingdienst - een lijfrenteverzekeringspolis met een te betalen premie van € 331.000,- af te sluiten ten einde de belastingheffing te beperken. Ten einde de bewuste lijfrenteverzekeringspolis te kunnen financieren heeft [appellant 1] € 331.000,00 bij de bank geleend. Hierna heeft de Belastingdienst voormelde aanslag van [appellant 1] verminderd tot nihil.
- 3.8. Bij brief van 29 mei 2009 heeft [appellant 1] [de Stichting] aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade in verband met vermeende onjuiste advisering door [de Stichting]. Bij brief van 1 december 2009 heeft [de Stichting] de aansprakelijkheid betwist.
- 3.9. Bij brief van 19 augustus 2010 heeft [appellant 1] zijn aansprakelijkstelling jegens [de Stichting] herhaald. Bij brieven van 25 augustus en 27 augustus 2010 heeft [de Stichting] haar betwisting van de aansprakelijkstelling herhaald.
- 3.10. [appellant 1] heeft op 27 oktober 2010 een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor ingediend. In het kader van het daarop gehouden voorlopig getuigenverhoor is [senior agrarisch adviseur] op 23 februari 2011 als getuige gehoord.
- 3.11. Bij brief van 12 december 2013 heeft [appellant 1] aan [de Stichting] medegedeeld dat hij tot dagvaarden zal overgaan en dat hij zich al zijn aanspraken en rechten op schadevergoeding van [de Stichting] voorbehoudt.
- 3.12. Bij brief van eveneens 12 december 2013 heeft [appellant 2] [de Stichting] aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade in verband met vermeende onjuiste advisering door [de Stichting].

4 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

- 4.1. [appellanten c.s.] heeft in eerste aanleg gevorderd, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, voor recht te verklaren dat [de Stichting] jegens [appellanten c.s.] ter zake van de advisering in 2003 omtrent de grondtransacties toerekenbaar tekort geschoten is in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten overeenkomst van opdracht, dan wel onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld (primair) door [appellanten c.s.] niet te adviseren dat [appellant 1] zou dienen af te zien van een beroep op zijn voorkeursrecht tot koop, dan wel (subsidiair) door [appellanten c.s.] niet te informeren dat [appellant 1], indien hij gebruik zou maken van zijn voorkeursrecht tot koop, het door hem behaalde transactieresultaat een voor hem voor de heffing van inkomstenbelasting belaste bate zou vormen. Op grond daarvan vorderen [appellanten c.s.] [de Stichting] te veroordelen de hierdoor door [appellanten c.s.] geleden en nog

te lijden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na de datum van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening, alsmede [de Stichting] te veroordelen tot betaling van de kosten van dit geding.

4.2. De rechtbank heeft bij vonnis van 22 februari 2017 samengevat weergegeven als volgt geoordeeld. De verjaringstermijn van de vorderingen van [appellanten c.s.] is op 2 december 2006 aangevangen. [appellant 2] heeft [de Stichting] eerst bij brief van 12 december 2013 aansprakelijk gesteld. De verjaringstermijn bedraagt vijf jaar, de vordering van [appellant 2] is dus verjaard. Het beroep op verjaring is in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. De vorderingen van [appellant 2] zijn door de rechtbank daarom afgewezen.

De door [de Stichting] ingeroepen verjaring van de door [appellant 1] ingestelde vorderingen is tardief. Ook overigens is de rechtbank van oordeel dat het beroep van [de Stichting] op verjaring van de vorderingen van [appellant 1] niet slaagt. Met de brieven van 29 mei 2009, 19 augustus 2010 en 12 december 2013 is de verjaring gestuit.

Vervolgens heeft de rechtbank geoordeeld dat [de Stichting] [appellant 1] niet overeenkomstig de op hem rustende zorgvuldigheidsplicht heeft geïnformeerd en gewaarschuwd, zodat [de Stichting] niet de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur in acht heeft genomen. Daarmee staat echter niet vast dat [de Stichting] onjuist heeft geadviseerd door niet te adviseren dat [appellant 1] zou moeten afzien van zijn voorkeursrecht tot koop. Het is immers mogelijk dat dit, alle beschikbare opties afwegende, alsnog het beste advies zou zijn. De rechtbank heeft dan ook voor recht verklaard dat [de Stichting] jegens [appellant 1] ter zake van de advisering in 2003 omtrent de grondtransacties toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten overeenkomst van opdracht door [appellant 1] niet te adviseren dat indien hij gebruik zou maken van zijn voorkeursrecht tot koop, het door hem behaalde transactieresultaat een voor hem voor de heffing van de inkomstenbelasting belaste bate zou vormen. Voor het vaststellen van de schadeomvang heeft de rechtbank de zaak verwezen naar de schadestaatprocedure.

5 De motivering van de beslissing in hoger beroep

in het principaal en in het incidenteel hoger beroep

5.1. De grieven in het principaal en incidenteel hoger beroep lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Het gaat in deze zaak, kort gezegd, om de vraag of [de Stichting] (als werkgever van de agrarisch adviseur van [appellanten c.s.]) aansprakelijk is voor de door [appellanten c.s.] gestelde beroepsfout. Voordat aan die vraag kan worden toegekomen dient het hof de in de grieven aan de orde gestelde vraag naar verjaring te beoordelen.

5.2. Het hof heeft in het voorgaande de feiten zelf opnieuw vastgesteld en daarbij rekening gehouden met de in de grieven opgeworpen bezwaren. Grief 1 in het principaal hoger beroep en de grieven 1 en 2 in het incidenteel hoger beroep behoeven bij gebrek aan belang geen bespreking meer.

5.3 Ter beoordeling ligt voor de vraag of de vorderingen van [appellanten c.s.] zijn verjaard. Het hof oordeelt als volgt.

5.4 Een rechtsvordering tot vergoeding van schade, verjaart op grond van artikel 3:310 lid 1 BW door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de

schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade dan wel bekendheid met de enkele mogelijkheid dat een bepaalde partij voor de schade aansprakelijk is, niet volstaat. De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid — die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn — heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon (vgl. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552 rov. 3.3.2 en 3.3.4 en HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677 rov. 3.3.2.). Dit houdt niet in dat voor het gaan lopen van de verjaringstermijn is vereist dat de benadeelde — behalve met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon — daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden.

5.5 Een beroep op verjaring, waaronder begrepen een beroep op het niet stuiten van de verjaring, kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dat het aanvangstijdstip van de korte verjaringstermijn mede door de billijkheid wordt bepaald (vgl. HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168 rov. 3.4) staat niet eraan in de weg dat de omstandigheden die het hof aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2047).

5.6 [appellant 2] stelt zich op het standpunt dat zijn vordering niet is verjaard, omdat de verjaringstermijn op 12 december 2013, de datum waarop junior [de Stichting] bij brief aansprakelijk heeft gesteld, nog niet was verstreken, dan wel (subsidiair) omdat het beroep van [de Stichting] op verjaring in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Met de ontvangst van de aan [appellant 1] opgelegde aanslag van 1 december 2006 en ook na de brief van 18 december 2008 van [de Stichting] wisten [appellanten c.s.] niet dat [de Stichting] een fout had gemaakt en dat zij schade hadden geleden, aldus [appellanten c.s.] Pas in 2011 wist [appellant 2] dat ook hij schade had geleden doordat zijn nieuwe adviseur drs. [de nieuwe adviseur] hem dit mededeelde, aldus [appellant 2]. Het hof oordeelt daarover als volgt.

5.7 [de Stichting] heeft bij de conclusie van antwoord als productie 8 overgelegd een brief van haar senior belastingadviseur [senior belastingadviseur], gericht aan [appellant 2] en gedateerd 3 oktober 2006. Daarin schrijft [senior belastingadviseur] aan junior, voor zover van belang:

"betreft: voornemen van de fiscus om af te wijken van de aangifte bij de heer [appellant 1]

Geachte heer [appellant 2],

Zoals bekend loopt met de fiscus een discussie over de door uw vader van u teruggekochte grond welke daarna door vader weer is doorverkocht aan [de kopers van de grond]. De fiscus stelt dat de uiteindelijke verkoopwinst te weten € 331.940,- belast is bij uw vader.

Op verzoek van [senior agrarisch adviseur] heb ik in 2003 beoordeeld of deze winst belast zou zijn. Ook mijn conclusie was toen dat deze winst door de fiscus hoogstwaarschijnlijk als nagekomen (stakings)winst zal worden aangemerkt. Destijds is besloten om de winst in eerste instantie niet aan te geven en de reactie van de fiscus af te wachten. Deze reactie is er dus nu en is naar mijn mening dan ook juist.

Conform afspraak heb ik op 29 september 2006 een telefonische bespreking gehad met de heer [medewerker van de Belastingdienst] van de Belastingdienst. Insteek was te komen tot een praktische oplossing om daarmee de belastingdruk weg te nemen of te verlagen. Ik heb de heer [medewerker van de Belastingdienst] de volgende voorstellen gedaan.

1. De winst wordt bij vader aangemerkt als (stakings-)winst. Vader vormt een herinvesteringsreserve en vanwege het feit dat de onderneming in het verleden geruisloos is doorgeschoven, zou de herinvesteringsreserve alleen nog aan u kunnen worden doorgeschoven. Vervolgens zou deze herinvesteringsreserve op door u gepleegde herinvesteringsreserves kunnen worden afgeboekt.

2. De winst wordt bij u aangemerkt als (stakings-)winst. U vormt een herinvesteringsreserve. Vervolgens zou deze herinvesteringsreserve op door u gepleegde herinvesteringsreserves kunnen worden afgeboekt.

3. De winst wordt bij vader aangemerkt als stakingswinst. Voor een bedrag ter grootte van de stakingswinst wordt bij u, de bedrijfsopvolger, een lijfrente bedongen.

4. De winst wordt bij vader aangemerkt als stakingswinst. Voor een bedrag ter grootte van de stakingswinst wordt bij een verzekeringsmaatschappij een lijfrente bedongen.

Aan de opties 1,2 en 3 verleent de heer [medewerker van de Belastingdienst] geen medewerking. Nogmaals, het waren praktische oplossingen welke ik ook niet aan de hand van wettelijke regels of jurisprudentie kan afdwingen. Helaas wenst men daar dus niet aan mee te werken.

Met optie 4, het bedingen van de lijfrente bij een verzekeringsmaatschappij, kan de heer [medewerker van de Belastingdienst] akkoord gaan.

(...)"

Vervolgens heeft de Belastingdienst bij brief van 1 december 2006 [appellant 1] voor het jaar 2003 een belastingaanslag inkomstenbelasting opgelegd voor een bedrag van € 187.140,-. Als door [appellant 2] erkend (akte na comparitie 6 april 2016 randnummer 11) staat vast dat junior eind 2006/begin 2007 wist dat de Belastingdienst aan [appellant 1] een belastingaanslag had opgelegd voor het door deze behaalde transactieresultaat.

- 5.8 Uit de inhoud van de brief van [de Stichting] aan [appellant 2] van 3 oktober 2006 moet voor [appellant 2] zonneklaar zijn geweest wat het voornemen van de Belastingdienst was, namelijk dat [appellant 1] aangeslagen zou worden voorstakingswinst als gevolg van de doorverkoop door [appellant 1] van de door hem van [appellant 2] teruggekochte grond en dat de overige in die brief genoemde opties 1, 2 en 3 - te weten dat [appellant 1] een herinvesteringsreserve vormt die aan [appellant 2] wordt doorgeschoven, dat de winst als stakingswinst van [appellant 2] zou worden aangemerkt en hij een herinvesteringsreserve vormt dan wel dat de winst als stakingswinst van [appellant 1] wordt aangemerkt en bij [appellant 2] een lijfrente wordt bedongen - niet door de Belastingdienst zouden worden geaccepteerd. Dienovereenkomstig luidde dan ook de aanslag inkomstenbelasting aan [appellant 1] van 1 december 2006, waarmee [appellant 2] eind 2006/begin 2007 bekend raakte. In dat licht gezien was [appellant 2], gegeven de aan de aanslag voorafgaande brief van [de Stichting] van 3 oktober 2006, na de ontvangst van de belastingaanslag van 1 december 2006 ermee bekend dat er mogelijk voor hem schade zou zijn in de vorm van de onmogelijkheid een herinvesteringsreserve te vormen als gevolg van een mogelijke beroepsfout van [de Stichting]. Dat tegen deze aanslag nog bezwaar open stond en dat deze nog niet onherroepelijk was, staat niet in de weg aan de aanvang van de verjaringstermijn. Het is immers voor de aanvang van de verjaringstermijn niet vereist dat de benadeelde bekend is met de juridische beoordeling van de aansprakelijkheid (Hoge Raad 4 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6769). De exacte oorzaak van de schade, die mogelijk is gelegen in de advisering door [de Stichting], stond nog niet vast, maar [appellant 2] behoorde er op dat moment echter wel mee bekend te zijn dat de belastingaanslag voortvloeide uit het voorkeursrecht van koop, een transactie waarbij [de Stichting] heeft geadviseerd. Daarmee had [appellant 2] voldoende zekerheid dat de beweerdte schade, bestaande uit het niet kunnen toepassen van de herinvesteringsreserve op de verkoopwinst, is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de adviseur van [de Stichting] en op dat moment was [appellant 2] daarom daadwerkelijk in staat een rechtsvordering in te stellen tot vergoeding van de door hem gestelde schade. Het ontbreken van bekendheid met de exacte oorzaak van de schade staat niet in de weg aan de start van een verjaringstermijn (vgl. 20 februari 2004,

ECLI:NL:HR:2004:AN8903, NJ 2006/113). Daarmee gaat het beroep van [appellant 2] op het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052 dan ook niet op. Het hof neemt tot uitgangspunt dat de verjaringstermijn is aangevangen eind december 2006/begin 2007. Gesteld noch gebleken is dat [appellant 2] de verjaringstermijn vóór het verstrijken daarvan, eind december 2011/begin 2012, op rechtsgeldige wijze heeft gestuit. Eerst bij brief van 12 december 2013 heeft [appellant 2] [de Stichting] aansprakelijk gesteld, maar de vordering was op dat moment al verjaard.

5.9 Ook het hof verwerpt de stelling van [appellant 2] dat het beroep van [de Stichting] op verjaring in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een beroep op verjaring, waaronder begrepen een beroep op het niet stuiten van de verjaring, kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Door [appellant 2] zijn geen andere concrete feiten en omstandigheden aangevoerd die een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) kunnen dragen. Daarmee faalt het beroep daarop.

5.10 De slotsom moet zijn dat de vorderingen van [appellant 2] zijn verjaard, zodat deze moeten worden afgewezen, zoals de rechtbank al had geoordeeld. Daarmee valt het doek voor het hoger beroep van [appellant 2]. De grieven 2 en 4 in het principaal hoger beroep falen.

5.11 De rechtbank heeft het beroep op verjaring van de door [appellant 1] ingestelde vorderingen afgewezen, omdat dit beroep tardief is. Met grief 3 in het incidenteel hoger beroep komt [de Stichting] op tegen onder meer dit oordeel.

De vraag of het oordeel van de rechtbank juist is kan in het midden blijven nu de herstelfunctie van het hoger beroep meebrengt dat het beroep op de verjaring in de appelinstantie ten volle kan worden gedaan, zoals [de Stichting] ook doet in de memorie van grieven en waarop door [appellant 1] uitgebreid is gerespondeerd in de memorie van antwoord. De grief kan daarom in zoverre onbesproken blijven.

5.12 Het hof is van oordeel dat de verjaringstermijn van de vordering van [appellant 1] eerst is gaan lopen na ontvangst van de aan hem opgelegde belastingaanslag d.d. 1 december 2006. Vanaf dat moment mag aangenomen worden dat [appellant 1] voldoende zekerheid heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van haar agrarisch adviseur [senior agrarisch adviseur], werkzaam bij [de Stichting]. Het hof volgt [de Stichting] niet in haar betoog dat de verjaringstermijn is gaan lopen op het moment dat in 2003 het advies is gegeven door [de Stichting]. Niet kan worden aangenomen - feiten die op het tegendeel duiden zijn niet aangevoerd en daarvan is ook niet gebleken - dat op dat moment [appellant 1] sr. voldoende zekerheid heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door mogelijk tekortschietend of foutief handelen door haar belastingadviseur.

5.13 Tussen partijen is niet in geschil dat [appellant 1] in de brieven van 29 mei 2009, 19 augustus 2010 en 12 december 2013 [de Stichting] aansprakelijk heeft gesteld. Deze brieven zijn naar het oordeel van het hof aan te merken als stuitingsbrieven in de zin van artikel 3:317 lid 1 BW. Zoals bepaald in artikel 3:319 BW gaat een nieuwe verjaringstermijn van vijf jaren lopen met de aanvang van de dag volgende op die waarop de stuiting heeft plaatsgevonden. De laatste brief is gedateerd op 12 december 2013, [appellant 1] heeft bij dagvaarding van 13 december 2015 [de Stichting] in rechte betrokken. Op dat moment was de verjaringstermijn van de vordering van [appellant 1] op [de Stichting] niet voltooid. Het beroep van [de Stichting] op verjaring faalt derhalve.

5.13 Grief 3 in het incidenteel hoger beroep faalt.

5.14 Daarmee komt het hof toe aan de beoordeling van de vraag of, en zo ja, in hoeverre, [de Stichting] jegens [appellant 1] toerekenbaar tekort is geschoten in de advisering.

Het gaat daarbij in deze zaak om een vordering tot schadevergoeding op grond van aansprakelijkheid van een agrarisch adviseur. Bij beroepsaansprakelijkheid staat centraal de norm dat een beroepsbeoefenaar – in dit geval een agrarisch belastingadviseur – ten opzichte van zijn cliënt de zorgvuldigheid in acht moet nemen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Gelet op de contractuele verhouding tussen partijen – waarover hierna meer – komt het daarbij aan op de invulling van de in artikel 7:401 BW vervatte norm dat een opdrachtnemer ([de Stichting]) bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De omstandigheden van het geval bepalen of aan die norm is voldaan, en in geval van aansprakelijkheid uit wanprestatie is in het bijzonder ook de inhoud van de opdracht bepalend. Daarnaast moet de opdrachtnemer de cliënt desgevraagd en ook uit eigener beweging van informatie voorzien, waarbij de omvang van die informatieverplichting afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder de deskundigheid van de opdrachtgever. Een belastingadviseur zal zich overigens mogen beperken tot het geven van een advies waarin de in het specifieke geval - hier: een landbouwer die mogelijk gebruik maakt van een terugkooprecht van grond en deze grond met winst doorverkoopt - 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 (HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2624).

5.15 De door [appellant 1] aan [de Stichting] gemaakte verwijten – en daarmee de feitelijke grondslag van de vorderingen – betreffen (memorie van grieven randnummers 29 e.v.) het volgende:

1. ten onrechte heeft [de Stichting] [appellant 1] niet geadviseerd dat indien hij gebruik zou maken van zijn voorkeursrecht tot koop, het door hem behaalde transactieresultaat een voor hem voor de heffing van inkomstenbelasting belaste bate zou vormen;
2. [de Stichting] heeft [appellant 1] ten onrechte niet geïnformeerd en geadviseerd over de voor hem beschikbare mogelijkheid van een stakingslijfrente en de voor [appellant 2] beschikbare mogelijkheid van vorming van een herinvesteringsreserve (HIR).

Het gaat er volgens [appellant 1] om, vast te stellen over welke voor hem beschikbare mogelijkheden [de Stichting] [appellant 1] niet heeft geïnformeerd en geadviseerd.

5.16 Bij de beoordeling stelt het hof voorop dat [de Stichting] erkent dat zij [appellant 1] had moeten mededelen dat de verkoopwinst bij hem fiscaal belast zou worden en dat hij de mogelijkheid had om een stakingslijfrente te bedingen. Daarmee staat vast dat [de Stichting] [appellant 1] op dit punt niet volledig heeft geadviseerd. In zoverre is [de Stichting] tegenover hem tekort geschoten in de zorg die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Voor de vraag of dit tot schade bij [appellant 1] heeft geleid komt het aan op het antwoord op de vraag wat [appellant 1] in het hypothetische geval dat [de Stichting] hem correct zou hebben geïnformeerd dat de koopoptie tot een fiscale IB zou leiden die hij zou kunnen opvangen met stakingslijfrente , zou hebben gedaan. In zoverre zijn de beide onder 2.3 I (1) en (2) gevorderde verklaringen voor recht en de gevorderde verwijzing naar de schadestaat procedure toewijsbaar. Gelet op de omstandigheid dat de rechtbank de onder (1) gevorderde verklaring voor recht heeft toegewezen alsmede de gevorderde verwijzing naar de schadestaat procedure, en in hoger beroep ook de onder (2) bij wijze van eisvermeerdering gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar is, zal het hof uit een oogpunt van overzichtelijkheid de beslissingen van de rechtbank onder 5.1 en 5.2 van het eindvonnis vernietigen en vervangen door een nieuwe beslissing. In zoverre slaagt grief 3 in het principaal hoger beroep en faalt grief 5 in het incidenteel hoger beroep.

5.17 Wat betreft het tweede hiervoor in rov. 5.15 genoemde verwijt overigens (waarop de vordering onder 2.3 I (3) ziet) betoogt [appellant 1] dat, indien hem was geadviseerd het voorkeursrecht *niet* uit te oefenen, [appellant 2] , die in dat scenario de winst ter zake van grondtransactie zou hebben gerealiseerd, de mogelijkheid zou hebben gehad een HIR te vormen. [de Stichting] had hem daarover moeten informeren, aldus [appellant 1] .

5.18. Het hof verwerpt het betoog van [appellant 1] voor zover dat is gebaseerd op het verwijt dat [de Stichting] ten onrechte niet heeft geadviseerd dat [appellant 1] zou moeten afzien van uitoefening van het voorkeursrecht. Het hof overweegt daartoe als volgt. Tussen partijen is buiten geschil dat het voorkeursrecht tot het ondernemingsvermogen van [appellant 1] is blijven behoren en dat eventuele winsten ter zake van dat voorkeursrecht als nagekomen ondernemingswinst bij [appellant 1] zouden moeten worden belast. Die eenparige opvatting is niet noodzakelijkerwijs onjuist, zodat het hof daarvan uitgaat. Die opvatting brengt mee dat de heffing over voordelen ter zake van het voorkeursrecht wordt beheerst door (onder andere) de totaalwinstnorm van artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Die totaalwinst wordt bepaald op een zodanige wijze dat zij geschoond is van vermogensverschuivingen uit hoofde van bevoordelingen in de privésfeer, waaronder familiebetrekkingen. Dat betekent dat in het kader de winstberekening in verband met het voorkeursrecht moet worden geabstraheerd van de familiebetrekking tussen [appellant 1] en [appellant 2]. De winst moet worden bepaald alsof zij onafhankelijke derden ten opzichte van elkaar zijn. Mede gelet op de stelling van [de Stichting] dat niet-uitoefening van het voorkeursrecht door [appellant 1] zou leiden tot een schenking aan [appellant 2], valt zonder nadere toelichting, die [appellant 1] niet heeft verschaft, niet in te zien waarom het afzien van het voorkeursrecht door hem zou leiden tot andere fiscale gevolgen voor hem dan het gevolgde scenario van uitoefening van het voorkeursrecht. Een onafhankelijke derde zou immers in overigens gelijke omstandigheden het voorkeursrecht uitoefenen en daarmee het bij [appellant 1] belaste resultaat uit hoofde van de grondtransactie realiseren. Die onafhankelijke derde zou in ruil voor het eventuele afzien van uitoefening van het voorkeursrecht een vergoeding verlangen die gelijk kan worden verondersteld aan de waarde in het economische verkeer van dat voorkeursrecht, waarvan zonder nadere toelichting niet valt in te zien dat die omstreeks de periode waarin de besluitvorming in verband met het voorkeursrecht plaatsvond, afweek van het uiteindelijk gerealiseerde voordeel. De uiteindelijke kopers hadden zich immers gemeld en de prijs die die kopers wilden betalen voor de grond was op dat moment bekend. Het voorgaande betekent dat, ongeacht of [appellant 1] het voorkeursrecht had uitgeoefend of niet, het bij die uitoefening behaalde resultaat bij hem in de belastingheffing zou moeten worden betrokken. Gelet daarop valt niet in te zien waarom [de Stichting] hem had moeten adviseren af te zien van uitoefening van het voorkeursrecht. Gelet daarop valt evenmin in te zien dat [de Stichting] [appellant 1] had moeten adviseren over scenario's van uitgestelde belastingheffing bij [appellant 2], nog afgezien van de vraag welke schade [appellant 1] in verband daarmee zou hebben geleden. Het resultaat uit hoofde van de grondtransactie zou namelijk niet bij die junior, maar bij [appellant 1] in de heffing zijn betrokken.

5.19. Gelet op het voorgaande moet de vordering van [appellant 1] als vermeld onder 2.3 I (3) worden afgewezen. In zoverre faalt grief 3 in het principaal hoger beroep, en slaagt grief 5 in het incidenteel hoger beroep.

5.20 Met grief 4 in het incidenteel hoger beroep komt [de Stichting] op tegen het oordeel van de rechtbank (rov. 4.10.3 van het bestreden vonnis) dat het achterwege laten van een schriftelijke vastlegging van de adviesaanvraag en het advies op zichzelf al onzorgvuldig is. Bij deze grief bestaat geen belang omdat het ontbreken van schriftelijke vastlegging geen deel uitmaakt van de vorderingen van [appellant 1]. Hetzelfde geldt voor grief 6 in het incidenteel hoger beroep.

slotsom

5.21 Het hoger beroep van [appellant 2] kan niet slagen, zodat het bestreden vonnis, voor zover in zijn zaak gewezen, dient te worden bekrachtigd. Als de in het ongelijk gestelde partij zal [appellant 2] worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Deze kosten bedragen:

- voor vastrecht: € 716
- voor salaris advocaat € 2.685 (2,5 punt tarief II).

5.22 In het principaal hoger beroep van [appellant 1] slaagt grief 3 gedeeltelijk, en slaagt ook grief 5

in het incidenteel hoger beroep gedeeltelijk. Het bestreden eindvonnis zal (rov. 5.16, slot) gedeeltelijk worden vernietigd en het hof zal, opnieuw recht doende, de vorderingen van [appellant 1] als hiervoor vermeld onder 2.3 I (1) en (2) toewijzen, alsmede de gevorderde vergoeding van schade op te maken bij staat. Voor het overige dient dat vonnis te worden bekrachtigd. Daarmee is het lot van grief 7 in het incidenteel hoger beroep - die ziet op de door de eerste rechter uitgesproken proceskostenveroordeling - bezegeld. Nu partijen in hoger beroep over en weer deels in het gelijk en deels in het ongelijk zijn gesteld bestaat aanleiding de kosten van het hoger beroep in zowel het principaal als het incidenteel hoger beroep te compenseren, met dien verstande dat iedere partij de eigen proceskosten draagt. Aan de bewijsaanbiedingen gaat het hof voorbij omdat geen zodanig concrete feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die, indien deze komen vast te staan, aan het voorgaande kunnen afdoen.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

in het principaal en in het incidenteel hoger beroep

vernietigt de in het vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, locatie Breda, van 22 februari 2017 in rov. 5.1 en 5.2 gegeven beslissingen, en doet opnieuw recht:

verklaart voor recht dat [de Stichting] jegens [appellant 1] ter zake van de advisering In 2003 omtrent de grondtransacties toerekenbaar tekort geschoten is in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten overeenkomst van opdracht door:

1. na te laten [appellant 1] te informeren dat indien hij gebruik zou maken van zijn voorkeursrecht tot koop, het door hem behaalde transactieresultaat een voor hem voor de heffing van Inkomstenbelasting-belaste bate zou vormen, en
2. na te laten [appellant 1] te informeren dat hij bij gebruikmaking van zijn voorkeursrecht, de mogelijkheid had om een stakingslijfrente te bedingen,

veroordeelt [de Stichting] de hierdoor door [appellant 1] geleden en nog te lijden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na de datum van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening,

bekrachtigt het bestreden vonnis voor het overige,

veroordeelt [appellant 2] in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van [de Stichting] begroot op € 716 voor vastrecht en op € 2.685 voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief, alsmede tot het betalen van nakosten van € 131,00 indien het arrest niet hoeft te worden betekend en een bedrag van € 199,00 indien het arrest wel moet worden betekend,

compenseert de proceskosten van het hoger beroep tussen [appellant 1] en [de Stichting] , met dien verstande dat iedere partij de eigen kosten draagt,

verklaart de veroordeling tot betaling van de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad,

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.A. van der Pol, O.G.H. Milar en P.C. van der Vegt, is ondertekend door de rolraadsheer en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 4 augustus 2020.

griffier rolraadsheer