

ECLI:NL:RBMNE:2021:1270

Instantie	Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak	07-04-2021
Datum publicatie	26-04-2021
Zaaknummer	NL19.23865
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Tussenuitspraak
Inhoudsindicatie	Schadestaatprocedure i.v.m. wanprestatie adviesbureau bij advisering over verkoop aandelen in dochtervennootschap van eiser, thuiszorgorganisatie, tussenvonnissen, benoeming deskundige
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

vonnissen

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht

Zittingsplaats Utrecht

zaaknummer: NL19.23865

Vonnissen van 7 april 2021 (schadestaatprocedure)

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[eiseres] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats 1] ,
eiseres, hierna te noemen: [eiseres] ,
advocaat mr. V.M. Besters te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[verweerster] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats 2] ,
verweerster, hierna te noemen: [verweerster] ,
advocaat mr. T. de Mos te Waalre.

1 De procedure

1.1. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (hierna: het hof) heeft in zijn arrest van 12 september 2017 in de procedure in hoger beroep met zaaknummer 200.177.292 (hierna: de hoofdprocedure) [verweerster] veroordeeld tot vergoeding van de schade die [eiseres] door een tekortkoming van [verweerster] heeft geleden, nader op te maken bij staat. Dit arrest is bij arrest van het hof van 21 november 2017 aangevuld.

1.2. Het verloop van de schadestaatprocedure blijkt uit:

- de procesinleiding met producties 1 tot en met 25,
- het verweerschrift met producties 1 tot en met 11,
- de akte uitlaten producties en eiswijziging met producties 26 en 27,
- de akte overlegging producties en eiswijziging met producties 28 tot en met 33,
- de brief van [eiseres] van 16 oktober 2020 met een leesbaar exemplaar van productie 31,
- de brief van [verweerster] van 16 oktober 2020 met producties 12 en 13,
- de brief van [eiseres] van 23 oktober 2020 met productie 34,
- de spreekantekeningen die partijen tijdens de mondelinge behandeling van 30 oktober 2020 hebben overgelegd,
- de brief van [eiseres] van 12 november 2020 met daarin het verzoek om vonnis te wijzen,
- de brief van [verweerster] van 13 november 2020 met een gelijkloidend verzoek.

1.3. Vervolgens is bepaald dat vonnis wordt gewezen.

2 De feiten

2.1. In de hoofdprocedure zijn – voor zover (voor het begrip) in deze schadestaatprocedure van belang – de volgende feiten komen vast te staan:

2.1.1. [eiseres] hield tot 27 mei 2011 alle aandelen in het kapitaal van [onderneming 1] B.V. (hierna: [onderneming 1]), een bemiddelingsbureau in de thuiszorg.

2.1.2. [verweerster] (voorheen [onderneming 2] B.V. genaamd) exploiteert een accountants- en adviesbureau dat sinds 1999 accountantswerkzaamheden verrichtte voor [eiseres] en de aan haar gelieerde vennootschappen, waaronder [onderneming 1] .

2.1.3. [onderneming 1] heeft in de periode tot 27 mei 2011 jarenlang omzetbelasting afgedragen

over niet-AWBZ-geïndiceerde bemiddelingsdiensten voor thuiszorg. Bij besluit van de staatssecretaris van Financiën van 21 augustus 2008 zijn bemiddelingsdiensten voor kinderopvang van omzetbelasting vrijgesteld, dit met terugwerkende kracht tot 9 februari 2006 (hierna: het vrijstellingsbesluit). Het vrijstellingsbesluit heeft mede tot gevolg dat onder voorwaarden ook niet-AWBZ-geïndiceerde bemiddelingsdiensten in de thuiszorg (hierna: de bemiddelingsdiensten) vanaf 9 februari 2006 van omzetbelasting zijn vrijgesteld.

2.1.4. Op 27 mei 2011 heeft [eiseres] de aandelen in het kapitaal van [onderneming 1] verkocht en geleverd aan [onderneming 3] B.V. (hierna: de koper). [verweerster] heeft [eiseres] bij de aandelenverkoop geadviseerd. [verweerster] heeft [eiseres] niet over het vrijstellingsbesluit en de mogelijk daaruit voortvloeiende btw-teruggave geïnformeerd.

2.1.5. Op 30 mei 2011, enkele dagen na de aandelenoverdracht, heeft de koper de belastingdienst met succes om teruggave gevraagd van door [onderneming 1] in de periode van 2006 tot en met april 2011 betaalde omzetbelasting. Het ging daarbij om in totaal € 237.876,00.

2.1.6. [eiseres] heeft in de hoofdprocedure onder meer verzocht voor recht te verklaren dat [verweerster] wanprestatie heeft gepleegd althans onrechtmatig heeft gehandeld en heeft een schadevergoeding van € 237.876,00 gevraagd – gelijk aan de terugontvangen omzetbelasting. Naast [eiseres] was ook haar dochtervennootschap [onderneming 4] B.V. (hierna: [onderneming 4]) als eiseres bij de hoofdprocedure betrokken (het hof noemt [eiseres] en [onderneming 4] gezamenlijk [eiseres] c.s.). In deze schadestaatprocedure is [onderneming 4] geen partij.

2.1.7. Het hof heeft in de hoofdprocedure in zijn arrest – en aanvulling daarop van 21 november 2017 – (hierna gezamenlijk: het arrest) onder meer (i) voor recht verklaard dat [verweerster] tegenover [eiseres] c.s. wanprestatie heeft gepleegd door bij de verkoop van de aandelen in het kapitaal van [onderneming 1] geen rekening te houden met de mogelijkheid van teruggave van € 237.876,00 aan betaalde omzetbelasting over de periode van 2006 tot en met april 2011 en heeft (ii) [verweerster] veroordeeld tot vergoeding van alle schade die mogelijk als gevolg van die tekortkoming door [eiseres] c.s. is geleden, nader op te maken bij staat.

2.1.8. Over de omvang van de schade van [eiseres] en het causale verband tussen de wanprestatie en die schade heeft het hof in het arrest onder meer het volgende overwogen:

3.17. *Gelet op het voorgaande komt niet vast te staan dat [eiseres] c.s. als gevolg van het verzuim van [verweerster] tot het door haar genoemde bedrag ad € 237.876 schade heeft geleden. (...) Nu het hof evenwel de mogelijkheid dat als gevolg van de vastgestelde tekortkoming enige schade is geleden voldoende aannemelijk acht, wordt hierna op dit onderdeel naar de schadestaatprocedure verwezen.*

3 Het geschil

3.1. Na wijziging van eis vordert [eiseres] om [verweerster] , bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan [eiseres] (i) van € 267.459,00 althans € 257.583,00 voor misgelopen teruggave van omzetbelasting en (ii) € 24.488,57 inclusief btw voor de kosten van de door haar ingeschakelde deskundige, beide te vermeerderen met wettelijke (handels)rente en met veroordeling van [verweerster] in de buitengerechterlijke incassokosten en de kosten van deze schadestaatprocedure.

3.2. [eiseres] legt aan haar vorderingen ten grondslag dat zij als gevolg van de wanprestatie van

[verweerster] schade heeft geleden die zij op [verweerster] wil verhalen.

3.3. [verweerster] voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. In deze schadeprocedure moet de schade worden vastgesteld die [eiseres] heeft geleden doordat [verweerster] bij de verkoop van de aandelen in het kapitaal van [onderneming 1] geen rekening heeft gehouden met de teruggavemogelijkheid van in totaal € 267.459,00 aan betaalde omzetbelasting (inclusief heffingsrente) over de periode 2006 tot en met april 2011. De schade van [eiseres] moet worden vastgesteld door de hypothetische situatie waarin zij juist en volledig door [verweerster] zou zijn geïnformeerd, te vergelijken met de feitelijke situatie waarin [eiseres] zich na de wanprestatie van [verweerster] bevindt. Daarvoor is nodig dat [eiseres] voldoende onderbouwt dat zij door deze wanprestatie van [verweerster] schade heeft geleden en wat de omvang van die schade is.

4.2. De rechtbank zal hieronder allereerst vaststellen welk bedrag de koper vanwege het vrijstellingsbesluit van de belastingdienst heeft terugontvangen. Daarna zal de rechtbank ingaan op de vraag of [eiseres] – namens [onderneming 1] – omzetbelasting zou hebben teruggevraagd als zij door [verweerster] over de mogelijkheid tot teruggave daarvan zou zijn geïnformeerd. De rechtbank zal vervolgens beoordelen of [eiseres] voldoende heeft onderbouwd dat zij de eerder afgedragen omzetbelasting van de belastingdienst zou hebben teruggekregen. Tot slot zal de rechtbank ingaan op de vraag of de koper de aandelen in het kapitaal van [onderneming 1] alsnog (tegen dezelfde voorwaarden) zou hebben gekocht, als [eiseres] vóór de verkoop van de aandelen in [onderneming 1] omzetbelasting zou hebben teruggevraagd en ontvangen en [onderneming 1] dus geen vordering meer op de belastingdienst had gehad.

Welk bedrag heeft [onderneming 1] in totaal van de belastingdienst ontvangen?

4.3. De rechtbank stelt vast dat [onderneming 1] na overname van de aandelen over de periode van 2006 tot en met april 2011 in totaal € 267.459,00 aan omzetbelasting van de belastingdienst heeft teruggekregen. De teruggave over die periode is als volgt vastgesteld.

4.4. Het hof heeft vastgesteld dat [onderneming 1] op basis van de beschikking van de belastingdienst van 26 augustus 2011 € 237.876,00 aan omzetbelasting heeft terugontvangen. Uit informatie die [eiseres] na het arrest van de belastingdienst heeft ontvangen, blijkt dat [onderneming 1] op basis van de beschikking van de belastingdienst van 11 mei 2012 nog eens € 12.362,00 aan omzetbelasting en € 21.344,00 aan heffingsrente heeft (terug)ontvangen. [verweerster] heeft aanvankelijk betwist dat [onderneming 1] de bedragen heeft ontvangen. Bij de mondelinge behandeling heeft fiscaal-juridisch deskundige mr. [A] (hierna: [A]) namens [eiseres] een toelichting op de informatie van de belastingdienst gegeven. Daarop heeft [verweerster] de ontvangst van de genoemde bedragen alsnog erkend. Daarmee staat vast dat [onderneming 1] na de aandelenverkoop van de belastingdienst in totaal € 271.582,00 aan omzetbelasting en heffingsrente heeft (terug)ontvangen.

4.5. De teruggave ziet op de periode van 2006 tot en met mei 2011. Op grond van de tussen de koper en [eiseres] gesloten koopovereenkomst komt de terugontvangen omzetbelasting over de maanden april en mei 2011 – in totaal € 4.123,00 – toe aan de koper. Dit bedrag heeft [eiseres] van de totale teruggave afgetrokken. Wat overblijft – dat is € 267.459,00 – komt volgens [eiseres] aan haar toe en heeft zij in deze schadestaatprocedure als schade opgevoerd.

Zou [eiseres] omzetbelasting hebben teruggevraagd?

- 4.6. De rechtbank moet de vraag beantwoorden of [eiseres] omzetbelasting zou hebben teruggevraagd, als zij door [verweerster] op de mogelijkheid daarvan zou zijn geweest. Voor het antwoord op die vraag is beslissend of er voor [eiseres] een zogenaamd werkgeversrisico zou hebben bestaan.
- 4.7. Onder werkgeversrisico wordt hier verstaan de mogelijkheid dat [onderneming 1] haar kwalificatie als zuivere bemiddelingsinstelling zou verliezen, als zij omzetbelasting zou terugvragen. Verlies van die kwalificatie zou kunnen bijdragen aan het risico dat de belastingdienst de zelfstandige zorgverleners waarvoor [onderneming 1] bemiddelde (hierna: de zorgverleners), als werknemers zou aanmerken. In dat geval zouden werkgeverslasten op [onderneming 1] kunnen komen te rusten. Dit zou voor [onderneming 1] een nadeel opleveren dat het voordeel van een btw-teruggave in belangrijke mate zou overtreffen.
- 4.8. Het hof heeft in het arrest geoordeeld dat [eiseres] onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat van een werkgeversrisico aan de zijde van [onderneming 1] sprake was (r.o. 3.12).
- 4.9. [eiseres] heeft haar stelling dat geen sprake was van een werkgeversrisico nu nader onderbouwd met de partij-deskundigenberichten van [A] . [eiseres] stelt dat van een werkgeversrisico geen sprake is, omdat het voor de belastingdienst onmogelijk is loonbelasting na te heffen over de beloningen die [onderneming 1] in de periode van 2006 tot en met maart 2011 aan de zorgverleners heeft betaald. Dit is volgens [eiseres] niet mogelijk vanwege – kort gezegd – (i) de vrijwarende werking van de verklaringen arbeidsrelatie (hierna: VAR), (ii) het voorheffingskarakter van loonbelasting, (iii) de door [onderneming 1] gedane IB-47 meldingen aan de belastingdienst en (iv) het door de belastingdienst gewekte vertrouwen dat hij niet tot naheffing zou overgaan. [verweerster] betwist de door [eiseres] aangevoerde gronden en betwist daarmee dat van een werkgeversrisico geen sprake zou zijn geweest. [verweerster] onderbouwt haar stellingen met partij-deskundigenberichten van verschillende personen, allen verbonden aan [onderneming 5] (hierna: [onderneming 5]).
- 4.10. Tijdens de mondelinge behandeling bleek dat partijen het er over eens zijn dat loonbelasting en omzetbelasting gescheiden fiscale terreinen zijn.
- 4.11. Naar het oordeel van de rechtbank heeft [eiseres] haar stelling dat van een werkgeversrisico geen sprake was, voldoende onderbouwd en daarmee ook de stelling dat zij de afgedragen omzetbelasting zou hebben teruggevraagd als zij door [verweerster] juist en volledig zou zijn geïnformeerd. Dit zal hierna worden toegelicht, waarbij puntsgewijs zal worden ingegaan op (i) de vrijwarende werking van de VAR, (ii) het voorheffingskarakter van loonheffingen, (iii) de door [onderneming 1] gedane IB47-meldingen aan de belastingdienst en (iv) het vertrouwensbeginsel.

Ad (i): De vrijwarende werking van de VAR

- 4.12. Een belastingplichtige die in de periode waar het hier over gaat (2006-2011) zekerheid wilde over de vraag of zijn of haar inkomsten door de belastingdienst werden gezien als winst uit onderneming – en niet als loon of inkomsten uit overige werkzaamheden – kon daarover op grond van artikel 3.156 lid 1 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (Wet IB) uitsluitel vragen aan de belastingdienst. Zag de belastingdienst de inkomsten als winst uit onderneming, dan verstrekke hij bij beschikking een verklaring arbeidsrelatie: winst uit onderneming (hierna: VAR-wuo) aan de belastingplichtige. De belastingplichtige moest op zijn beurt een afschrift daarvan aan zijn opdrachtgever verstrekken. Een opdrachtgever die over een afschrift van de VAR-wuo beschikte, hoefde op beloningen aan die opdrachtnemer geen loonheffingen in te houden en aan de belastingdienst af te dragen (artikel 6a van de Wet op de Loonbelasting 1964 (Wet LB)). Een VAR-wuo was (maximaal) een jaar geldig.

- 4.13. De belastingdienst kon een VAR-wuo alleen herzien als er grond is voor het vermoeden dat de belastingplichtige onjuiste of onvolledige informatie heeft gegeven over de arbeidsverhouding waarvoor de beschikking is verleend. Herziening kon plaatsvinden als bleek dat de feiten anders waren dan door de belastingplichtige eerder aangegeven. Er was geen grond voor herziening als dat niet het geval was en alleen maar sprake was van voortschrijdend (of gewijzigd) inzicht bij de belastingdienst. (het eerder genoemde artikel 3.156 lid 3 Wet IB in samenhang met Kamerstukken II 2000/01, 27 466, nr. 6, p. 24 en p. 99 (NV II)).
- 4.14. Tussen partijen is niet in geschil dat de bedrijfsvoering van [onderneming 1] in de periode van 2006 tot de overname in mei 2011 niet is gewijzigd. [onderneming 1] is blijven bemiddelen tussen zorgvragers en zorgverleners. De belastingdienst heeft in die periode jaarlijks een VAR-wuo aan de zorgverleners verstrekt en heeft deze niet herzien. [onderneming 1] had kopieën daarvan in haar eigen administratie.
- 4.15. [eiseres] stelt dat op grond van artikel 6a Wet LB aan de VAR-wuo vrijwarende werking toekwam, zodat er geen risico op naheffing van loonbelasting bestond. De belastingdienst heeft bij [onderneming 1] een boekenonderzoek gedaan en hierover een conceptrapport boekenonderzoek 2010 opgesteld. De belastingdienst was hierdoor volledig op de hoogte van de feiten en omstandigheden waaronder de zorgverleners voor [onderneming 1] werkten en dat was zij ook nog bij het verstrekken van de VAR-wuo. [eiseres] stelt dat de belastingdienst daarmee de arbeidsverhouding tussen [onderneming 1] en de zorgverleners als zelfstandigen welbewust heeft aanvaard. Anders dan [verweerster] stelt, kan daarom niet worden gezegd dat [onderneming 1] niet te goeder trouw was. Omdat de situatie van [onderneming 1] bij de belastingdienst bekend was, konden er volgens [eiseres] geen nieuwe feiten naar voren komen, die tot herziening van de VAR-wuo zouden kunnen leiden.
- 4.16. [verweerster] betwist dat [onderneming 1] vrijwarende werking aan de VAR-wuo kon ontlenen en voert aan dat [onderneming 1] op drie gronden niet te goeder trouw is: (i) de belastingdienst heeft in het conceptrapport boekenonderzoek 2010 nadrukkelijk gesteld dat op grond van de aangetroffen feiten en omstandigheden de zorgverleners hun werkzaamheden in dienstbetrekking hebben verricht, (ii) mevrouw [B] (bestuurder van [eiseres]) heeft zelf bevestigd dat [onderneming 1] voor de AWBZ onder de wet van kwaliteit en zorg valt en daardoor direct verantwoordelijk is voor de zorg en (iii) de VAR worden door de belastingdienst veelal geautomatiseerd afgegeven waardoor een aanvraag niet inhoudelijk wordt getoetst. Volgens [verweerster] bestond er daarom wel degelijk een werkgeversrisico.
- 4.17. De rechtbank is van oordeel dat [eiseres] aan de VAR-wuo een vrijwarende werking kon ontlenen. Zoals gezegd, strekt de VAR-wuo ertoe zekerheid te geven over de status van de zorgverleners als zelfstandigen. Dat dit voor [eiseres] niet gold omdat zij "beter wist" en in die zin dus niet te goeder trouw was, is de rechtbank niet met [verweerster] eens. Weliswaar hebben medewerkers van de belastingdienst in het hiervoor genoemde conceptrapport boekenonderzoek geoordeeld dat de zorgverleners hun werkzaamheden in dienstbetrekking verrichtten, maar [eiseres] heeft erop gewezen dat de belastingdienst haar schriftelijk heeft laten weten dat de uitkomst van het boekenonderzoek zou worden aangehouden. In de desbetreffende brief werd haar verteld dat de belastingdienst met onder andere de brancheorganisaties overleg had over de thuiszorgproblematiek met betrekking tot de status van de arbeidsverhoudingen en dat hierover naar verwachting een convenant zou worden gesloten. Het oordeel van de belastingdienst was dus zeker niet definitief. In die zin kan niet worden gezegd dat [onderneming 1] op dit punt niet te goeder trouw was. Dat geldt zeker nu zij ervan mocht uitgaan dat de belastingdienst door het boekenonderzoek van de omstandigheden bij [eiseres] op de hoogte was en de belastingdienst (desondanks) steeds een VAR-wuo aan de zorgverleners heeft verstrekt. Daarnaast is niet gesteld of gebleken dat er wijzigingen zijn geweest die tot een herziening van de VAR-wuo hadden kunnen leiden.

Ad (ii): Het voorheffingskarakter van loonbelasting

- 4.18. Op grond van artikel 9.2 lid 1 onder a Wet IB is de heffing van loonbelasting een voorheffing op de heffing van inkomstenbelasting. Dit brengt mee dat de belastingdienst geen naheffingsaanslag loonbelasting aan [onderneming 1] kan opleggen als de beloningen van de zorgverleners al in de inkomstenbelasting zijn betrokken. Het risico op naheffing van loonbelasting – het werkgeversrisico – vervalt als de zorgverleners een definitieve aanslag inkomstenbelasting hebben ontvangen.
- 4.19. Volgens [verweerster] kan naheffing van loonbelasting plaatsvinden zolang de aanslag inkomstenbelasting van de zorgverlener nog niet definitief is. Om deze reden is er volgens haar een werkgeversrisico. [eiseres] stelt echter dat dit niet langer het geval is omdat de zorgverleners voor de inkomstenbelasting een definitieve aanslag hebben ontvangen. [verweerster] heeft dit laatste niet weersproken, zodat niet kan worden vastgesteld dat op dit punt een werkgeversrisico bestond.

Ad (iii): de IB47-melding

- 4.20. In de periode waar het in deze zaak over gaat, moest een belastingplichtige betalingen aan een derde die werkzaamheden of diensten voor hem had verricht op grond van artikel 53 lid 2 in samenhang met artikel 42 lid 1 onder a van de Algemene Wet op de Rijksbelastingen (AWR) opgeven aan de belastingdienst, als die derde (i) niet bij hem in dienst was en (ii) de werkzaamheden of diensten niet uitvoerde als ondernemer. Was aan een van deze voorwaarden niet voldaan, dan gold de opgaveverplichting niet. De gegevens konden met een zogenoemd IB47-formulier worden ingediend. De belastingdienst gebruikte de gegevens bij de beoordeling van de aangifte inkomstenbelasting van de derde die de betaling had ontvangen.
- 4.21. Tussen partijen staat vast dat [onderneming 1] jaarlijks opgave aan de belastingdienst deed van alle betalingen aan zorgverleners (hierna: een IB47-melding). De zorgverleners wisten daarvan. Verder staat vast dat [eiseres] tot het doen van een IB47-melding niet verplicht was, omdat de zorgverleners hun werkzaamheden – blijkens de VAR-wuo – als ondernemers verrichtten en daarmee niet aan de tweede voorwaarde was voldaan.
- 4.22. [eiseres] stelt dat [onderneming 1] – met succes – IB47-meldingen deed omdat zij de zekerheid wilde dat de zorgverleners niet geacht werden een dienstbetrekking met [onderneming 1] te hebben en dat er geen naheffingen zouden volgen. Uit het conceptrapport boekenonderzoek 2010 blijkt dat alle zorgverleners de van [onderneming 1] ontvangen betalingen in hun aangifte inkomstenbelasting hebben verantwoord. [eiseres] stelt dat het werkgeversrisico daarom nihil was, mede doordat de belastinginspecteur geen naheffing kon opleggen over het tijdvak waarvoor een VAR-wuo was afgegeven.
- 4.23. Volgens [verweerster] moet uit het doen van onverplichte IB47-meldingen worden afgeleid dat [onderneming 1] twijfelde aan de daadwerkelijke status van de zorgverleners en dat zij dus niet te goeder trouw is. [verweerster] voert aan dat [onderneming 1] meende een IB47-melding te moeten doen om het bestaande werkgeversrisico te voorkomen of verminderen, aldus [verweerster] .
- 4.24. De rechtbank is van oordeel dat uit de IB47-meldingen van [onderneming 1] niet – zoals [verweerster] heeft betoogd – kan worden afgeleid dat [onderneming 1] niet te goeder trouw was. Met de IB47-meldingen heeft [eiseres] de belastingdienst inzicht gegeven in haar betalingen aan opdrachtnemers. Hiermee heeft zij de belastingdienst in staat gesteld de aangiften inkomstenbelasting van de zorgverleners te controleren. Deze handelwijze getuigt eerder van goede trouw. Transparanter kon zij immers tegenover de belastingdienst niet zijn. Daarbij komt dat deze handelwijze succesvol is gebleken, doordat de belastingdienst geen naheffingsaanslagen aan [onderneming 1] heeft opgelegd. Het feit dat [onderneming 1] IB47-

meldingen heeft gedaan, kan daarom niet bijdragen aan het bestaan van een werkgeversrisico.

Ad (iv): Het vertrouwensbeginsel

- 4.25. De rechtszekerheid eist dat de belastingplichtige erop mag vertrouwen dat de overheid handelt in overeenstemming met door haar gestelde beleidsregels, toezeggingen en opgewekte verwachtingen. Dit beginsel wordt het vertrouwensbeginsel genoemd. Het vertrouwensbeginsel beschermt de gerechtvaardigde verwachtingen van de belastingplichtige over het toekomstige handelen van de overheid.
- 4.26. [eiseres] stelt dat van een werkgeversrisico geen sprake was omdat de belastingdienst het in rechte te beschermen vertrouwen had gewekt dat de zorgverleners door de belastingdienst als zelfstandigen werden gezien en hij daarom geen loonbelasting zou naheffen. [eiseres] beroept zich daarmee op het vertrouwensbeginsel. Zij baseert dat vertrouwen op het feit dat de belastingdienst jaarlijks VAR-wuo heeft afgegeven en deze niet heeft herzien. Volgens [eiseres] heeft de belastingdienst de arbeidsverhouding met de zorgverleners daarmee weloverwogen aanvaard en het recht op naheffing verspeeld. Dit opgewekte vertrouwen zou pas zijn weggenomen als de VAR-wuo zou zijn herzien en een nieuwe VAR-loon zou zijn afgegeven. Dit is niet gebeurd.
- 4.27. Volgens [verweerster] kan ook het vertrouwensbeginsel niet verhinderen dat van een werkgeversrisico sprake was. Een beroep op het vertrouwensbeginsel stuit volgens [verweerster] af op het feit dat [onderneming 1] niet te goeder trouw is. [verweerster] voert aan dat [onderneming 1] bekend was met de zienswijze van de belastingdienst dat de zorgverleners geacht moeten worden in dienstbetrekking met [onderneming 1] te staan – zoals in het conceptrapport boekenonderzoek 2010 is verwoord.
- 4.28. De rechtbank volgt [eiseres] in haar stellingen. Zoals hiervoor vermeld, heeft de belastingdienst in zijn conceptrapport boekenonderzoek 2010 de arbeidsrelatie tussen [onderneming 1] en de zorgverleners aangemerkt als een dienstbetrekking. De belastingdienst heeft desondanks jaarlijks VAR-wuo verstrekt, waarmee hij aan de zorgverleners de status van zelfstandigen heeft toegekend. Er moet van uitgegaan worden dat de belastingdienst dit welbewust heeft gedaan. Er zijn geen aanwijzingen dat de belastingdienst de VAR-wuo wilde herzien. Door te handelen zoals hij heeft gedaan, heeft de belastingdienst bij [onderneming 1] een in rechte afdwingbaar vertrouwen opgewekt dat hij geen naheffingen loonbelasting zou opleggen.

Nadere overweging: de koper zag ook geen werkgeversrisico

- 4.29. De rechtbank overweegt dat de koper kennelijk ook heeft ingeschat dat van een werkgeversrisico geen sprake was. De koper heeft immers de omzetbelasting teruggevraagd en in de koopovereenkomst geen garanties of vrijwaringen bedongen voor als het werkgeversrisico zich zou verwezenlijken. De koper heeft daarvan een gedegen inschatting kunnen maken. Hij heeft voorafgaand aan de koop namelijk een *due diligence*-onderzoek gedaan en was bovendien actief in dezelfde branche.

Tussenconclusie: [eiseres] zou de omzetbelasting hebben teruggevraagd

- 4.30. De rechtbank concludeert dat [eiseres] de stelling van [verweerster] dat sprake was van een werkgeversrisico in deze schadestaatprocedure (ruim) voldoende heeft weersproken. Daarmee heeft zij voldoende onderbouwd dat zij over de periode van 2006 tot en met april 2011 omzetbelasting van de belastingdienst zou hebben teruggevraagd, als zij door [verweerster] over die mogelijkheid zou zijn geïnformeerd.

Zou de teruggevraagde omzetbelasting ook (volledig) aan [eiseres] zijn toegevoerd?

- 4.31. Nu voldoende is onderbouwd dat [eiseres] de omzetbelasting zou hebben teruggevraagd, komt de rechtbank toe aan de vraag of de teruggevraagde omzetbelasting ook van de belastingdienst zou zijn ontvangen en of deze (volledig) aan [eiseres] zou zijn toegevoerd.
- 4.32. [eiseres] stelt dat [onderneming 1] de teruggevraagde omzetbelasting volledig zou hebben teruggekregen en dat deze teruggave volledig aan [eiseres] zou zijn toegevoerd. [verweerster] betwist dit. In de eerste plaats ligt het volgens [verweerster] niet voor de hand dat de omzetbelasting (volledig) aan [onderneming 1] zou zijn teruggegeven, omdat (i) [onderneming 1] niet aan de vereisten voor toepassing van de btw-vrijstelling voldoet en (ii) de rechtmatigheid van de btw-teruggave door de belastingdienst niet inhoudelijk is getoetst. In de tweede plaats betwist [verweerster] dat de btw-teruggave aan [onderneming 1] (volledig) aan [eiseres] zou zijn toegevoerd, omdat (iii) bij de vaststelling van de hoogte van de btw-teruggave geen of onvoldoende rekening is gehouden met een correctie op voorbelasting van de fiscale eenheid, (iv) [onderneming 1] de terugontvangen omzetbelasting (deels) aan haar afnemers zou hebben moeten doorbetalen en (v) niet is gebleken dat [onderneming 1] de btw-teruggave heeft (mogen) behouden.
- 4.33. De rechtbank is van oordeel dat [eiseres] voldoende heeft onderbouwd – en [verweerster] onvoldoende onderbouwd heeft weersproken – dat [onderneming 1] de btw-teruggave ook zou hebben teruggekregen als [eiseres] deze namens haar had teruggevraagd en dat deze teruggave aan [eiseres] zou zijn toegevoerd. Dit wordt hierna puntsgewijs toegelicht.

Ad (i): Heeft [onderneming 1] aan de vereisten voor vrijstelling voldaan?

- 4.34. In de eerste plaats betwist [verweerster] dat [onderneming 1] aan de eisen voor vrijstelling van omzetbelasting zoals genoemd in het vrijstellingsbesluit heeft voldaan. Zij meent dat [onderneming 1] daarom niet voor vrijstelling in aanmerking kwam.
- 4.35. Het hof heeft in de hoofdprocedure geoordeeld dat [eiseres] onvoldoende had onderbouwd dat [onderneming 1] aan de voorwaarden voor vrijstelling voldeed. Daarom was het hof van oordeel dat niet kon worden vastgesteld dat [onderneming 1] van omzetbelasting zou worden vrijgesteld (r.o. 3.13).
- 4.36. De vraag die in deze schadestaatprocedure aan de rechtbank voorligt is of [eiseres] nu voldoende heeft onderbouwd dat [onderneming 1] aan de eisen voor vrijstelling heeft voldaan. De rechtbank beantwoordt die vraag bevestigend en zal hieronder uitleggen waarom.
- 4.37. Zoals hiervoor in 2.1.3 vermeld, heeft het vrijstellingsbesluit betrekking op bemiddelingsdiensten in de kinderopvang, maar geldt het ook voor niet-AWBZ-geïndiceerde bemiddelingsdiensten in de thuiszorg. In artikel 2.1 van het vrijstellingsbesluit is bepaald dat een bemiddelende dienst is vrijgesteld van omzetbelasting als is voldaan aan de eisen die de Hoge Raad heeft geformuleerd in zijn arrest van 2 november 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BB6880). Hieraan is voldaan als de bemiddelende diensten van zodanige aard en kwaliteit zijn dat de afnemers zonder die bemiddelende diensten niet van een gelijkwaardige dienst zouden kunnen worden verzekerd (hierna: de onontbeerlijkheidstoets). Kort gezegd kunnen de eisen die aan bemiddelingsdiensten in dit verband worden gesteld worden onderverdeeld in eisen van kwaliteit, maatwerk en flexibiliteit. [onderneming 1] moest aan deze vereisten voldoen om van omzetbelasting te worden vrijgesteld.
- 4.38. Uit artikel 2.1 van het vrijstellingsbesluit volgt verder dat bedrijven die – net als [onderneming 1] – uitsluitend bemiddelen (en niet ook zorg verlenen), kunnen meedelen in de vrijstelling van omzetbelasting voor hun bemiddelingsdiensten. Materiële (zorg)prestaties zijn niet nodig. Daarover bestond eerst onduidelijkheid. Aangenomen moet worden dat de belastingdienst bij zijn

beslissing om [onderneming 1] de betaalde omzetbelasting terug te geven de eisen voor vrijstelling heeft gevolgd zoals door de Hoge Raad in zijn arrest van 2 november 2007 geformuleerd en in artikel 2.1 van het vrijstellingsbesluit opgenomen. [A] heeft – namens [eiseres] – schriftelijk uiteengezet dat de eisen voor vrijstelling door [onderneming 1] waren vervuld. [A] verwijst daarbij naar de inhoud van het conceptrapport boekenonderzoek 2010. De belastingdienst heeft hierin verschillende aspecten van de bedrijfsvoering van [onderneming 1] uitvoerig beschreven. Het gaat daarbij (i) voor wat betreft de kwaliteit om het kwaliteitshandboek en de beoordelingscriteria voor de zorgverleners die [onderneming 1] gebruikte, (ii) voor wat betreft het maatwerk om de rol van de teammanager en zorgcoördinator en de inhoud van het zorgdossier en (iii) voor wat betreft de flexibiliteit om de evaluatie die periodiek plaatsvond en de mogelijkheid die [onderneming 1] de zorgvrager bood om een vervangende zorgverlener toegewezen te krijgen.

4.39. [verweerster] heeft niet inhoudelijk gereageerd op de onderbouwde stelling van [eiseres] dat uit het conceptrapport boekenonderzoek 2010 blijkt dat [onderneming 1] aan de voorwaarden voldeed. Ook niet toen zij tijdens de mondelinge behandeling daarvoor expliciet de gelegenheid kreeg. [verweerster] heeft verder onweersproken gelaten dat [onderneming 1] goed georganiseerd was en veel waarde hechtte aan de kwaliteit van de zorgverlening. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [eiseres] uitgelegd dat de verregaande betrokkenheid van [onderneming 1] niet op de zorgverlening zelf zag, maar op de kwaliteit daarvan. De zorgverlener werkte zelfstandig. Bovendien moest [onderneming 1] aan voorwaarden voldoen om van de gemeente werk aanbesteed te krijgen. Zij moest verklaringen omtrent het gedrag, VAR-wuo voor de zorgverleners, IB47-meldingen en positieve referenties aan de gemeente overleggen. Ook dit is door [verweerster] niet weersproken.

4.40. De rechtbank stelt daarom vast dat de bemiddelingsdiensten van [onderneming 1] verder strekten dan het bij elkaar brengen van vraag en aanbod, wat [verweerster] betoogt. Nu niet is weersproken dat de eisen van kwaliteit, maatwerk en flexibiliteit door [onderneming 1] waren vervuld, was daarmee ook aan de onontbeerlijkheidstoets voldaan. Dat is ook gebleken: [onderneming 1] heeft – op initiatief van de koper – immers daadwerkelijk omzetbelasting terugontvangen.

Ad (ii): Is de rechtmatigheid van de btw-teruggave inhoudelijk getoetst?

4.41. [verweerster] betwist dat [onderneming 1] de teruggevraagde omzetbelasting (volledig) zou hebben teruggekregen en voert aan dat de rechtmatigheid van de door koper gevraagde btw-teruggave door de belastingdienst niet inhoudelijk is getoetst. Volgens haar is het tijdbestek tussen verzoek en teruggave daarvoor te kort geweest. [eiseres] heeft echter voldoende onderbouwd dat de belastingdienst de rechtmatigheid van het teruggaveverzoek van de koper inhoudelijk heeft getoetst. Dit wordt hierna toegelicht.

4.42. Tussen partijen staat vast dat de koper haar eerste teruggaveverzoek op 31 mei 2011 heeft gedaan. De eerste beschikking dateert van 26 augustus 2011. De belastingdienst heeft dus bijna drie maanden de tijd gehad om de rechtmatigheid van het teruggaveverzoek te toetsen. Dat dit niet is gebeurd, is onwaarschijnlijk. Het betreft een uitzonderlijk verzoek, gebaseerd op het vrijstellingsbesluit, en het gaat om een hoog bedrag. Het verzoek is bovendien twee keer gedaan, op verschillende momenten, en er is twee keer op verschillende momenten op beslist.

4.43. Van belang is ook dat vast staat dat de koper het teruggaveverzoek te laat heeft gedaan. [eiseres] stelt en [verweerster] laat onweersproken dat een teruggave door de belastingdienst dan alleen nog ambtshalve kan worden gedaan. De inspecteur van de belastingdienst is daarbij betrokken. Hij moet dan alsnog belasting teruggeven als de belastingplichtige daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komt. Dat brengt mee dat de inspecteur de rechtmatigheid van het teruggaveverzoek inhoudelijk moet toetsen. Hij zal daarbij hebben beschikt over het conceptrapport boekenonderzoek 2010, waarin de bedrijfsvoering van [onderneming 1] uitvoerig

was beschreven. Omdat het niet mogelijk is ambtshalve een voorlopige teruggave te doen, komt omzetbelasting die na onderzoek van de inspecteur ambtshalve is terugontvangen, niet meer voor naheffing in aanmerking. De rechtbank volgt [eiseres] in haar stelling dat er daarom geen twijfel bestaat dat de omzetbelasting over de periode 2006 tot en met maart 2011 volledig aan [onderneming 1] zou zijn teruggegeven.

- 4.44. [eiseres] stelt onbetwist dat het teruggaveverzoek van [eiseres] door dezelfde ambtenaren zou zijn beoordeeld als het teruggaveverzoek van de koper. Niet valt in te zien waarom de inspecteur op het verzoek van [eiseres] anders zou hebben beslist, zoals [verweerster] aanvankelijk heeft betoogd.

Ad (iii): Correctie op eerder in aftrek genomen omzetbelasting bij vaststelling hoogte btw-teruggave.

- 4.45. [verweerster] voert – in eerste instantie – aan dat door [onderneming 1] terug te ontvangen omzetbelasting niet (volledig) aan [eiseres] zou zijn toegevoerd, omdat [eiseres] bij de berekening van de hoogte van de btw-teruggave ten onrechte geen rekening zou hebben gehouden met een correctie op (door [onderneming 4]) in aftrek genomen omzetbelasting. Volgens [verweerster] zou [eiseres] daardoor minder omzetbelasting hebben teruggekregen dan zij stelt of had een naheffing kunnen volgen. Dit standpunt is volgens [eiseres] onjuist. De rechtbank is van oordeel dat [verweerster] haar stelling, in het licht van de onderbouwde betwisting daarvan door [eiseres] , onvoldoende heeft onderbouwd.
- 4.46. Om het standpunt van [verweerster] te weerleggen heeft [A] – namens [eiseres] – een schaduwberekening opgesteld van de aan [onderneming 1] verleende btw-teruggave waarbij ook rekening is gehouden met in aftrek gebrachte voorbelasting. Deze schaduwberekening is gebaseerd op (concept)cijfers uit de administratie van [onderneming 1] en op informatie die van de belastingdienst is ontvangen. Het resultaat van de schaduwberekening komt nagenoeg overeen met de informatie over de btw-teruggave van de belastingdienst. De schaduwberekening bevat slechts kleine verschillen. Daarmee heeft [eiseres] voldoende onderbouwd dat de schaduwberekening van [A] in lijn is met die van de belastingdienst en dat bij de berekening van de btw-teruggave rekening is gehouden met een correctie op eerder in aftrek genomen omzetbelasting. [verweerster] heeft deze schaduwberekening daarna niet meer (inhoudelijk) betwist – en lijkt daarmee de berekening van [A] te hebben geaccepteerd –, zodat haar stelling onvoldoende is onderbouwd.
- 4.47. De rechtbank overweegt verder dat ervan mag worden uitgegaan dat de belastingdienst de btw-teruggave juist heeft berekend en daarbij rekening heeft gehouden met een correctie op eerder in aftrek genomen omzetbelasting. Als [verweerster] betoogt dat de belastingdienst daarbij fouten heeft gemaakt, is het aan haar om die stelling (voldoende) te onderbouwen. Dat heeft zij nagelaten, terwijl [verweerster] wel in staat moet worden geacht om de btw-teruggave zelf te berekenen. [verweerster] beschikt immers over de relevante administratie van [eiseres] en de aan haar gelieerde vennootschappen.

Ad (iv): Zou [onderneming 1] terugontvangen omzetbelasting hebben moeten doorbetalen aan haar afnemers?

- 4.48. Ook stelt [verweerster] dat de belastingdienst op grond van het Besluit administratieve verplichtingen en de jurisprudentie bij correctie van ten onrechte in rekening gebrachte omzetbelasting – zoals bedoeld in artikel 37 van Wet OB 1968 – als voorwaarde kan stellen dat de terugontvangen omzetbelasting wordt doorbetaald aan de afnemers van [onderneming 1] . Deze mogelijk te stellen voorwaarde zou tot gevolg hebben dat [onderneming 1] de terugontvangen omzetbelasting niet (geheel) mag houden waardoor deze niet (volledig) aan [eiseres] zou zijn toegevoerd. [verweerster] stelt daarbij de vraag of [eiseres] kan aantonen dat de terugontvangen omzetbelasting niet aan de afnemers is doorbetaald. [eiseres] heeft tegenover deze – vrij algemene – stelling naar voren gebracht dat niet is te verwachten dat de

belastingdienst deze voorwaarde zou stellen, omdat [onderneming 1] alleen bemiddelingsdiensten verrichtte voor particuliere zorgvragers die de door hen betaalde omzetbelasting niet kunnen aftrekken. [verweerster] heeft dit niet meer weersproken. Zij heeft hierdoor haar stelling dat [onderneming 1] gehouden was om als voorwaarde voor het terugontvangen van omzetbelasting deze (deels) aan haar afnemers door te betalen, onvoldoende onderbouwd.

Ad (v): Heeft [onderneming 1] te maken gekregen met naheffingen?

4.49. Daarnaast voert [verweerster] aan dat het onduidelijk is of [onderneming 1] de terugontvangen omzetbelasting heeft mogen behouden of dat zij deze aan de belastingdienst heeft moeten restitueren. Volgens [verweerster] roepen de resultaatontwikkelingen van [onderneming 1] in 2011 hierover vragen op. Het eigen vermogen van [onderneming 1] is gedaald van € 255.270,00 begin 2011 naar € 42.643,00 eind 2011. [verweerster] leidt hieruit af dat [onderneming 1] de terugontvangen omzetbelasting niet mocht behouden en (deels) heeft moeten terugbetalen. De enige reden die [verweerster] hiervoor aanvoert, is de – hiervoor besproken – correctie op de voorbelasting, die zou kunnen omslaan in een naheffing. [eiseres] weerspreekt de resultaatontwikkelingen van [onderneming 1] niet, maar wijst erop dat de daling van het eigen vermogen ook op een dividenduitkering aan de koper kan duiden. [eiseres] betwist dat sprake is geweest van naheffingen. [eiseres] heeft informatie over [onderneming 1] gekregen van de belastingdienst. Daaruit blijkt volgens haar niet dat er naheffingen zijn geweest. [eiseres] voert aan dat vast staat dat de belastingdienst omzetbelasting aan [onderneming 1] heeft teruggegeven. Volgens [eiseres] wordt dit alleen gedaan als er geen andere belastingschulden zijn. Een correctie op de voorbelasting is niet aan de orde.

4.50. De rechtbank stelt vast dat [eiseres] – zoals hiervoor is overwogen – voldoende heeft onderbouwd dat de belastingdienst rekening heeft gehouden met een correctie op voorbelasting. Omdat [verweerster] geen andere gronden aanvoert waarom [onderneming 1] te maken heeft gekregen met een naheffing en overigens van een naheffing niet is gebleken, heeft zij haar stelling dat [onderneming 1] de terugontvangen omzetbelasting (deels) heeft moeten terugbetalen, onvoldoende onderbouwd. De negatieve resultaatontwikkelingen van [onderneming 1] over 2011 kunnen door iets anders worden verklaard dan door een naheffing.

Tussenconclusie: [onderneming 1] zou omzetbelasting hebben terugontvangen en deze zou volledig aan [eiseres] zijn toegevloeid

4.51. De rechtbank concludeert dat de belastingdienst de teruggevraagde omzetbelasting ook zou hebben teruggegeven als deze op initiatief van [eiseres] zou zijn teruggevraagd. [eiseres] heeft voldoende onderbouwd dat [onderneming 1] voldoet aan de eisen voor vrijstelling op grond van het vrijstellingsbesluit. Verder ziet de rechtbank alle reden om aan te nemen dat de rechtmatigheid van het verzoek van de koper inhoudelijk is getoetst en heeft [eiseres] voldoende onderbouwd dat de door [onderneming 1] terugontvangen omzetbelasting volledig aan [eiseres] zou zijn toegevloeid.

Over de schadebeperkingsplicht

4.52. Tot slot brengt [verweerster] een tweetal standpunten naar voren, die de rechtbank begrijpt als een beroep op een schending door [eiseres] van een op haar rustende schadebeperkingsplicht. [verweerster] stelt dat [eiseres] (een deel van) haar schade kan verhalen op derden, omdat (i) de financieel adviseur van de koper geen omzetbelasting mocht terugvragen voor de oude fiscale eenheid waartoe [onderneming 1] behoorde en (ii) [onderneming 1] een regresvordering heeft op de koper, omdat de teruggave van omzetbelasting niet alleen op [onderneming 1] zag maar op de fiscale eenheid. De rechtbank oordeelt dat niet kan worden vastgesteld dat [eiseres] op deze gronden niet aan haar schadebeperkingsplicht heeft voldaan. Hieronder wordt per standpunt toegelicht waarom niet.

Ad (i): Was de suppletieaangifte rechtmatig?

4.53. Volgens [verweerster] moet [eiseres] (een deel van) haar schade op de financieel adviseur van de koper verhalen. Hij heeft na de aandelenverkoop en het verbreken van de fiscale eenheid suppletieaangifte gedaan die niet alleen op [onderneming 1] zag maar op de hele fiscale eenheid. [verweerster] stelt dat de financieel adviseur van de koper daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. [eiseres] betwist de onrechtmatigheid van de suppletieaangifte. Bij uittreding herleeft de zelfstandige belastingplichtige. De belastingdienst kan dan bevrijdend betalen aan een van de leden van de fiscale eenheid, aldus [eiseres]. [verweerster] heeft hierop in haar processtukken en tijdens de mondelinge behandeling niet meer gereageerd. Zij heeft daarmee onvoldoende onderbouwd dat de suppletieaangifte onrechtmatig was. Dat [eiseres] wat betreft de suppletieaangifte niet heeft voldaan aan haar schadebeperkingsplicht, kan daarom niet worden gevolgd.

Ad (ii): Heeft [onderneming 1] een regresvordering op de koper?

4.54. [verweerster] stelt dat (een deel van) de schade daarnaast niet aan [verweerster] kan worden toegerekend, omdat de btw-teruggave niet alleen op [onderneming 1] ziet maar op de fiscale eenheid waartoe zij behoorde. Als de niet-aftekbare omzetbelasting van het teruggaveverzoek aan de fiscale eenheid toekomt, betekent dat volgens [verweerster] ook dat teruggaven uit de periode waarin de fiscale eenheid heeft bestaan aan deze fiscale eenheid en daarmee dus aan [eiseres] toekomt. Daarom heeft [eiseres] volgens [verweerster] een regresvordering op de koper. Zij heeft nagelaten die vordering in te stellen. [eiseres] betwist dat zij een regresvordering op de koper heeft. Volgens [eiseres] zag de verleende teruggave volledig op bemiddelingsdiensten van [onderneming 1], zodat alleen [onderneming 1] rechthebbende was van de btw-teruggave.

4.55. De rechtbank stelt vast dat [verweerster] haar stelling niet (rekenkundig) heeft onderbouwd. Het blijft bij een blote stelling. Dit is, gelet op de gemotiveerde betwisting door [eiseres], onvoldoende. Daarom gaat de rechtbank ervan uit dat de btw-teruggave alleen betrekking had op bemiddelingsdiensten van [onderneming 1] en dat [eiseres] daarom geen regresvordering op de koper had. Ook om deze reden kan niet worden vastgesteld dat [eiseres] niet aan haar schadebeperkingsplicht heeft voldaan.

Zou de koper de aandelen (onder dezelfde voorwaarden) hebben gekocht? Oftewel: wat is de omvang van de schade?

4.56. Nu [eiseres] voldoende heeft onderbouwd dat zij omzetbelasting zou hebben teruggevraagd, als zij door [verweerster] over de teruggavemogelijkheid zou zijn geïnformeerd, en dat de terugontvangen omzetbelasting volledig aan [eiseres] zou zijn toegevoerd, komt de rechtbank toe aan de vaststelling van de schade die [eiseres] heeft geleden. Voor de vaststelling van de schade moeten de volgende vragen worden beantwoord, die zien op twee mogelijke scenario's: (i) zou de koper de aandelen in [onderneming 1] onder dezelfde voorwaarden hebben gekocht als [onderneming 1] de omzetbelasting al vóór de aandelenverkoop zou hebben teruggevraagd en al had terugontvangen (continuïteitsscenario) en (ii) wat zouden de opbrengst en de kosten zijn geweest als [eiseres] tot liquidatie van [onderneming 1] zou zijn overgegaan (liquidatiescenario)?

4.57. [eiseres] stelt dat de koper ook als [onderneming 1] de omzetbelasting al zou hebben teruggekregen bereid zou zijn geweest de overeengekomen koopprijs van de aandelen van € 94.447,00 te betalen. Als de omzetbelasting al wel was teruggevraagd maar nog niet was terugontvangen, zou de koper volgens [eiseres] een beding in de koopovereenkomst hebben aanvaard waarbij [eiseres] gerechtigd zou zijn tot een aanvullende koopsom ter grootte van het te ontvangen btw-voordeel en de te vergoeden heffingsrente onder aftrek van de verschuldigde vennootschapsbelasting. Zij voert daartoe aan dat voor de koper de aantrekkingskracht van [onderneming 1] in eerste instantie niet in de belastingvordering zat maar in het netwerk van zorgverleners en de software die [onderneming 1] gebruikte. De koper werd pas bekend met de

mogelijkheid tot teruggave van omzetbelasting nadat zij een *letter of intent* had ondertekend. Door de overname van [onderneming 1] was de koper in staat om deze geautomatiseerde omgeving te verwerven en voor haar andere thuiszorgbedrijven in te zetten. Volgens [eiseres] was de automatisering eigendom van [onderneming 4] , maar is deze kort voor en ten behoeve van de aandelenverkoop van [onderneming 4] naar [onderneming 1] overgeheveld. Voor de vaststelling van de schadeomvang is volgens [eiseres] verder van belang dat over de opbrengst van de aandelen geen vennootschapsbelasting zou zijn verschuldigd door de toepasselijke deelnemingsvrijstelling. Als [verweerster] door deze procedure een schadeloosstelling aan [eiseres] zou moeten betalen, geldt de deelnemingsvrijstelling niet, zodat over de schadeloosstelling wel vennootschapsbelasting is verschuldigd, aldus [eiseres] .

- 4.58. [verweerster] betwist dat de koper de aandelen in het kapitaal onder dezelfde voorwaarden zou hebben gekocht als [onderneming 1] de teruggave al had ontvangen. [onderneming 1] was immers verlieslatend. Zonder de belastingvordering was [onderneming 1] voor de koper volgens [verweerster] niet zo aantrekkelijk. Verder betwist [verweerster] dat de software van [onderneming 1] was. De software staat niet op de overnamebalans van [onderneming 1] en wel op de balans van [onderneming 4] . Doordat de koper minder voor de aandelen zou hebben betaald, zou volgens [verweerster] de schade van [eiseres] lager zijn geweest dan het gevorderde bedrag. [verweerster] stelt bovendien dat bij vaststelling van de schadeomvang rekening moet worden gehouden met het feit dat, als [eiseres] meer voor de aandelen zou hebben ontvangen, daarvan 25% aan vennootschapsbelasting zou moeten worden afgedragen. De verkoopopbrengst van de aandelen is volgens [verweerster] vrijgesteld van belasting vanwege de deelnemingsvrijstelling.
- 4.59. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [eiseres] nadrukkelijk bewijs aangeboden van haar stelling dat de software kort voor de aandelentransactie door [onderneming 4] aan [onderneming 1] is overgedragen en ten tijde van de aandelenverkoop dus eigendom was van [onderneming 1] . De rechtbank gaat aan dit bewijstaanbod van [eiseres] voorbij en wel hierom.
- 4.60. Als productie 6 bij de procesinleiding is een aantal overeenkomsten overgelegd. Bijlage 5 bij de overeenkomst tot aandelentransactie is de koopovereenkomst inzake de bedrijfsactiva van [onderneming 4] . [onderneming 4] en de koper zijn partij bij die overeenkomst. De bedrijfsactiva die door de koper voor een bedrag van € 40.000,00 worden overgenomen, worden in Annex 1 bij die overeenkomst gespecificeerd. Annex 1 vermeldt:

"Overzicht [onderneming 4] BV naar de toestand van 1 april 2011:

1. Software, genaamd [.] ,

Leveranciers/ondersteuning door: [.]

Contractnummer [...] "

Daarnaast stelt [A] onder punt 5.4 van zijn rapport van 5 december 2018 namens [eiseres] het volgende:

"De activa van de organisatie waren verdeeld over twee vennootschappen: in [onderneming 4] BV was de software, de automatisering ondergebracht en in [onderneming 1] BV overige activa. [onderneming 3] heeft de software voor € 40.000 gekocht en de aandelen [onderneming 1] voor € 94.447 zodat de totale koopsom € 134.447 bedroeg. Voor een investering van slechts € 134.447 beschikte koper over een geavanceerd onmiddellijk beschikbaar en in de praktijk getest automatiseringssysteem."

Uit de koopovereenkomst en het rapport van [A] blijkt niet dat de automatisering bij de verkoop van de aandelen aan [onderneming 1] toebehoorde. Dat dit wel het geval was, heeft [eiseres] in dit licht onvoldoende onderbouwd.

Deskundigenonderzoek

- 4.61. Om tot een vaststelling van de schadeomvang te kunnen komen, is de rechtbank van plan om een deskundigenonderzoek te gelasten. Voordat wordt overgegaan tot het benoemen van een deskundige zal de rechtbank beide partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over het aantal en het specialisme van de te benoemen deskundige(n) en over de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen. Als partijen zich wensen uit te laten over de persoon van de te benoemen deskundige(n), moeten zij daarbij aangeven over welke deskundige(n) zij het eens zijn dan wel tegen wie zij gemotiveerd bezwaar hebben. De zaak zal daarvoor worden aangehouden.
- 4.62. De rechtbank is vooralsnog van oordeel dat in het deskundigenbericht in ieder geval aan de orde moet komen:
- a. wat de waarde van de aandelen van [onderneming 1] zou zijn geweest als [eiseres] de omzetbelasting vóór de aandelenverkoop zou hebben terugontvangen en deze al volledig aan [eiseres] zou zijn toegevloeid,
 - b. of de koper in dat geval ook bereid zou zijn geweest de aandelen van [onderneming 1] tegen dezelfde voorwaarden te kopen,
 - c. welke invloed de al dan niet toepasselijke deelnemingsvrijstelling inzake de vennootschapsbelasting heeft op de omvang van de (eventuele) schade van [eiseres] ,
 - d. wat de opbrengst voor [eiseres] zou zijn geweest, als zij [onderneming 1] (na de btw-teruggave) had geliquideerd, en
 - e. wat de kosten van liquidatie van [onderneming 1] zouden zijn geweest.

De deskundige zal daarnaast de vrijheid worden gelaten ook andere, met dit onderzoek samenhangende, bevindingen te rapporteren die volgens hem of haar voor een goed begrip noodzakelijk zijn.

- 4.63. Gelet op de bewijslastverdeling zal [eiseres] worden opgedragen het te zijner tijd te bepalen voorschot op de kosten van de deskundige als voorschot te deponeren.

Tot slot

- 4.64. Bij deze stand van zaken is het denkbaar dat partijen, ter vermijding van verdere kosten, waaronder de kosten van de deskundige, alsnog een schikking bereiken. De rechtbank geeft partijen in overweging zich daarover te beraden.

Hoe gaat deze procedure verder?

- 4.65. De rechtbank zal beide partijen gelegenheid geven uiterlijk 6 mei 2021 een akte te nemen. In deze akte kunnen zij zich uitlaten over de persoon van de deskundige en de door de rechtbank voorgestelde vragen en kunnen zij eventueel zelf voorstellen doen voor de aan de deskundige te stellen vragen.
- 4.66. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1. bepaalt dat partijen uiterlijk op 6 mei 2021 een akte moeten nemen als bedoeld in 4.65.,
- 5.2. houdt verder iedere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mrs. A.F. Hermans, J.K.J. van den Boom en B.G.W.P. Heijne en in het openbaar uitgesproken op 7 april 2021.