

# ECLI:NL:GHSHE:2021:3410

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	16-11-2021
Datum publicatie	25-11-2021
Zaaknummer	200.268.417_01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Onjuist advisering over inbreng agrarische eenmanszaak in besloten vennootschap? Bewijslevering in verband met beroep op rechtsverwerking en algemene voorwaarden.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.268.417/01

### arrest van 16 november 2021

in de zaak van

**[appellant]** ,  
wonende te [woonplaats] ,  
appellant in het principaal appel,  
geïntimeerde in het incidenteel appel,  
verder: [appellant] ,  
advocaat: mr. M. van Olden te Nijmegen,

tegen

**[de vennootschap]** ,  
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

geïntimeerde in het principaal appel,  
appellante in het incidenteel appel,  
verder: [geïntimeerde] ,  
advocaat: mr. J. Hellendoorn te Veldhoven,

als vervolg op het tussenarrest van dit hof van 17 december 2019 in het hoger beroep van het door de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond onder zaaknummer/rolnummer C/03/250544 / HA ZA 18-257 tussen partijen gewezen vonnis van 22 mei 2019.

## **5 Het verloop van de procedure**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 17 december 2019;
- de memorie van grieven van [appellant] van 30 juni 2020 met producties en eiswijziging;
- de memorie van antwoord in het principaal appel tevens memorie van grieven in het incidenteel appel van [geïntimeerde] van 8 september 2020 met producties;
- de memorie van antwoord in het incidenteel appel van [appellant] van 17 november 2020 met producties.

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken, de stukken vermeld in het tussenarrest van 17 december 2019 en de stukken van de eerste aanleg.

Bij het tussenarrest van 17 december 2019 is een comparitie van partijen bepaald. De comparitie van partijen heeft in verband met corona maatregelen geen doorgang gevonden.

## **6 De verdere beoordeling**

### In het principaal appel en in het incidenteel appel

#### *De feiten*

6.1 In overweging 2. heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. De door de rechtbank vastgestelde feiten vormen ook in hoger beroep het uitgangspunt. Voorts staan nog enkele andere feiten tussen partijen vast. Het hof zal hierna een overzicht geven van de relevante feiten.

- a. [appellant] is agrariër en houdt zich, aanvankelijk als eenmanszaak, bezig met landbouw en veeteelt.
- b. [geïntimeerde] is een accountants- en belastingadvieskantoor.
- c. [geïntimeerde] heeft in de periode van (ongeveer) 1988 tot 2016 voor [appellant] werkzaamheden verricht, waaronder het samenstellen van jaarrekeningen.

- d. In opdracht van [appellant] heeft [geïntimeerde] de oprichting van een besloten vennootschap, [de BV] (verder: de BV), gerealiseerd. De BV is op 26 mei 2009 opgericht met [appellant] als enig aandeelhouder en bestuurder. De onderneming van [appellant] is in haar geheel in de BV ingebracht.
- e. Bij brief van 9 november 2015 heeft [appellant] de samenwerking met [geïntimeerde] opgezegd en de overgang naar OOvB adviseurs en accountants gemeld.
- f. Per 1 januari 2016 wordt de onderneming geëxploiteerd als vennootschap onder firma met als vennoten [appellant] , diens echtgenote [echtgenote van appellant] en de BV (verder: de vof).
- g. Bij brieven van 9 juni 2017 heeft de advocaat van [appellant] [geïntimeerde] aansprakelijk gesteld voor schade als gevolg van onjuiste advisering door [geïntimeerde] bij de oprichting van de BV. [geïntimeerde] heeft geen aansprakelijkheid erkend.
- h. Op verzoek van de advocaat van [appellant] heeft [naam 1] van Accon avm belastingadvies BV op 17 januari 2018 een memo opgesteld over de advisering van [geïntimeerde] . Hierin wordt onder meer geconcludeerd dat het op zijn minst merkwaardig is dat de BV is geadviseerd en dat daardoor bij [appellant] ontegenzeggelijk schade is ontstaan.
- i. Op verzoek van de advocaat van [appellant] heeft [naam 2] van AgriTeam de marktwaarde van de gronden van de onderneming van [appellant] getaxeerd, bestaande uit 0,95 ha erfperceel en 1.17 ha cultuurgrond. De totale waarde daarvan is in diens taxatierapport van 26 april 2018 per 1-1-2009 getaxeerd op € 817.500,- en per 1-1-2016 op € 1.070.000,-.

#### *De procedure in eerste aanleg*

- 6.2 Bij dagvaarding van 18 mei 2018 heeft [appellant] de onderhavige procedure tegen [geïntimeerde] aanhangig gemaakt. In deze procedure stelt [appellant] dat [geïntimeerde] bij de uitvoering van de haar verstrekte opdracht haar zorgplicht als goed opdrachtnemer niet in acht heeft genomen (artikel 4:701 BW). De verwijten van [appellant] aan het adres van [geïntimeerde] betreffen de volgende kwesties:
- 1. volgens [appellant] was het advies van [geïntimeerde] om een besloten vennootschap op te richten en daarin zijn onderneming onder te brengen onjuist;
  - 2. volgens [appellant] heeft [geïntimeerde] hem niet adequaat heeft geïnformeerd over de fiscale consequenties daarvan, met name de aanmerkelijk belangheffing (verder: AB-heffing);
  - 3. volgens [appellant] is [geïntimeerde] ten onrechte uitgegaan van een verouderd taxatierapport uit 2004 met een getaxeerde waarde van de gronden van € 490.000,-.
- [appellant] stelt dat hij als gevolg van deze tekortkomingen van [geïntimeerde] schade heeft geleden en dat die schade door [geïntimeerde] vergoed moet worden. Die schade bedroeg volgens [appellant] 25% (AB-heffing) over het verschil tussen de waarde van de gronden in 2016 (€ 1.070.000,-) en de door [geïntimeerde] gehanteerde waarde (€ 490.000,-), wat neerkomt op een bedrag van € 145.000,-.
- 6.3 Op grond hiervan vorderde [appellant] in eerste aanleg, samengevat, veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling van het bedrag van € 145.000,- en van een bedrag van € 1.926,- als kosten van de twee door hem ingeschakelde deskundigen, in totaal € 146.926,-, vermeerderd met wettelijke rente en (buitengerechtigde) kosten.
- 6.4 [geïntimeerde] heeft de vordering van [appellant] bestreden. Daarbij heeft [geïntimeerde] zich primair beroepen op rechtsverwerking aan de zijde van [appellant] en subsidiair op de bepalingen van de volgens haar toepasselijke algemene voorwaarden. Daarnaast heeft [geïntimeerde] betwist dat zij tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst van opdracht en dat zij aansprakelijk zou zijn voor de door [appellant] gestelde schade.
- 6.5 De rechtbank heeft een comparitie van partijen bepaald, die op 27 november 2018 heeft plaatsgevonden.
- Bij vonnis van 22 mei 2019 heeft de rechtbank het beroep van [geïntimeerde] op rechtsverwerking verworpen en op haar algemene voorwaarden verworpen. De verwijten die [appellant] maakte achtte de rechtbank onvoldoende onderbouwd. Op de grond dat niet is komen vast te staan dat

sprake is van een tekortkoming van [geïntimeerde] , is de vordering van [appellant] integraal afgewezen, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten.

#### *De omvang van het hoger beroep*

- 6.6 In het principaal appel heeft [appellant] vijf grieven aangevoerd, zijn eis gewijzigd en geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot veroordeling van [geïntimeerde] tot, samengevat, betaling van een bedrag van primair € 78.248,50 en subsidiair € 47.221,-, te vermeerderen met € 2.244,- aan buitengerechtelijke kosten en de wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding, met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van beide instanties.
- 6.7 De eisenwijziging van [appellant] in hoger beroep houdt verband met een door hem gestelde omissie in het rapport van Agriteam van 26 april 2018, bij de feiten onder i) vermeld. De taxatie van de totale waarde van de gronden per 1-1-2009 in dat rapport komt na correctie van die omissie uit op € 797.500,-. Bij de oprichting van de vof is door de Belastingdienst een waarde van € 895.540,- aanvaard. [geïntimeerde] ging tegenover de Belastingdienst destijds uit van een totale waarde van € 621.956,-. Verder is de AB-heffing inmiddels gestegen van 25% naar 26,9%.
- 6.8 In hoger beroep berekent [appellant] de door hem gestelde schade als volgt:
- Primair*
- Het verschil tussen de genoemde bedragen van € 895.540,- en € 621.956,- is € 273.584,-. De AB-heffing van 26,9% daarvan is € 73.594,- (schadepost A). De kosten van de omzetting naar de vof bedroegen € 4.654,50 (schadepost B). Het totaal van de posten A en B bedraagt € 78.248,50; dit bedrag vordert [appellant] primair.
- Subsidiair*
- Het verschil tussen het gecorrigeerde bedrag van Agriteam van € 797.500,- en het door [geïntimeerde] gehanteerde bedrag van € 621.956,- is € 175.544,-. De AB-heffing van 26,9% daarvan is € 47.221,- (schadepost C). Dit bedrag vordert [appellant] subsidiair, voor het geval het hof oordeelt dat het advies om een besloten vennootschap op te richten niet als tekortkoming kan worden aangemerkt.
- 6.9 De schadeposten A en C die [appellant] in hoger beroep opvoert betreffen beide een vermindering van eis ten opzichte van het bedrag dat [appellant] in eerste aanleg met betrekking tot de AB-heffing vorderde. Schadepost B betreft een vordering die in eerste aanleg nog niet aan de orde is geweest. Tegen deze aanvulling van de eis heeft [geïntimeerde] geen bezwaar aangevoerd. Het hof stelt vast dat de kosten van de twee deskundigen die [appellant] heeft ingeschakeld (€ 1.138,50 en € 787,50) in hoger beroep geen deel meer uitmaken van zijn vordering.
- 6.10 [geïntimeerde] heeft de gewijzigde vorderingen van [appellant] bestreden. Volgens [geïntimeerde] heeft zij de haar verstrekte opdracht correct uitgevoerd en heeft zij [appellant] bij de oprichting van de BV en de inbreng van de onderneming adequaat geïnformeerd. Van schade voor [appellant] is volgens [geïntimeerde] geen sprake aangezien de AB-heffing nu niet aan de orde is en de omzetting naar de vof in de visie van [appellant] zelf los stond van de kwestie van de AB-heffing. In het incidenteel appel heeft [geïntimeerde] twee grieven aangevoerd. Deze betreffen het oordeel van de rechtbank over het beroep van [geïntimeerde] op rechtsverwerking en op haar algemene voorwaarden. [geïntimeerde] heeft geconcludeerd tot verwerping van de grieven en vorderingen van [appellant] , tot gegrondverklaring van haar incidentele grieven en tot vernietiging/verbetering van het vonnis op de door haar vermelde punten, met veroordeling van [appellant] in de kosten van beide instanties.
- 6.11 [appellant] heeft de grieven van [geïntimeerde] in het incidenteel appel bestreden en geconcludeerd tot verwerping ervan met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van het incidenteel appel.

#### *De grieven en vorderingen van [appellant]*

6.12 In rechtsoverweging 4.6 van het bestreden vonnis heeft de rechtbank geconcludeerd dat niet is komen vast te staan dat [geïntimeerde] bij de oprichting van de BV heeft nagelaten [appellant] in te lichten over de AB-heffing, hiervoor aangeduid als verwijt 2). Hierop hebben de eerste drie grieven van [appellant] betrekking. In rechtsoverweging 4.9 heeft de rechtbank geoordeeld dat [geïntimeerde] niet tekortgeschoten is ten aanzien van de oprichting van de BV en de inbreng van de onderneming daarin, hiervoor aangeduid als verwijt 1). Hierop ziet grief 4 van [appellant] . Diens laatste grief betreft de kwestie van de taxatie, hiervoor aangeduid als verwijt 3), waarop rechtsoverweging 4.11 van het vonnis betrekking heeft. De schadeposten A en B zijn gebaseerd op alle drie verwijten, schadepost C op de verwijten 2) en 3).

#### *De grieven van [geïntimeerde]*

6.13 Voor de vorderingen van [appellant] in hoger beroep geldt dat hij deze niet geldend kan maken wanneer het beroep van [geïntimeerde] op rechtsverwerking zou slagen. Dit is het meest verstrekkende verweer van [geïntimeerde] . De rechtbank heeft geoordeeld dat [geïntimeerde] onvoldoende onderbouwd heeft gesteld dat zij in dit geval onredelijk is benadeeld en in haar bewijspositie is geschaad. De rechtbank heeft daarom dit verweer in rechtsoverweging 4.1.2 van het bestreden vonnis verworpen. Hierop heeft de eerste van de twee grieven van [geïntimeerde] in het incidenteel appel betrekking. De tweede grief van [geïntimeerde] betreft de verwerping van haar beroep op de algemene voorwaarden in rechtsoverweging 4.2 van het bestreden vonnis.

#### *Rechtsverwerking*

6.14 [geïntimeerde] heeft aangevoerd dat partijen op 29 juli 2015 een bespreking hebben gehad waarbij door [naam] van [geïntimeerde] is toegelicht dat de waardestijging van de grond onder de AB-claim valt. [appellant] wist dit al en dit is hem ook in 2009 verteld, aldus [geïntimeerde] . Wanneer [appellant] op dat moment had gezegd dat hij daar niet van op de hoogte was, had [geïntimeerde] haar oude dossiers nog boven tafel kunnen halen en zouden deze voorhanden zijn geweest op het moment dat [appellant] zijn verwijten ging maken. Dossiers worden gedurende zeven jaar bewaard, zodat over de oprichting van de BV alleen nog enkele stukken voorhanden waren. [geïntimeerde] doelt hierbij met name op twee gespreksnotities van [geïntimeerde] uit 2009 die in het vonnis van de rechtbank een belangrijke spelen en waarvan de relevantie door [appellant] in hoger beroep wordt aangevochten. Door niet te reageren op de mededelingen van [geïntimeerde] over de AB-heffing heeft [appellant] volgens [geïntimeerde] het recht verwerkt om haar daar medio 2017 alsnog op aan te spreken.

6.15 Het hof overweegt hierover het volgende. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 4.1.1 van het vonnis - terecht en onbestreden - de volgende maatstaf gehanteerd:

De rechtbank stelt voorop dat om een beroep op rechtsverwerking aan te kunnen nemen, het nodig is dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is enkel tijdsverloop onvoldoende. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk benadeeld zou worden indien de gerechtigde zijn aanspraak alsnog geldig zou maken (HR 29 september 1995, NJ 1996, 89).

Waar het om gaat, is of in dit geval naast het enkele tijdsverloop een dergelijke bijzondere omstandigheid is gelegen in de bewijspositie van [geïntimeerde] doordat zij in 2017 door [appellant] wordt aangesproken op advisering in 2009 terwijl zij vanaf zeven jaar nadien niet meer over haar volledige dossier over deze aangelegenheid beschikte. [appellant] acht dit op zich niet uitgesloten, indien inderdaad sprake is geweest van de besprekingen in 2009 en de bespreking op 29 juli 2015 met de door [geïntimeerde] gestelde inhoud. Volgens [appellant] is de AB-claim toen echter niet aan de orde geweest. Dat blijkt volgens [appellant] ook uit de gang van zaken in een vergelijkbare kwestie tussen een collega-agrariër en [geïntimeerde] . Het proces-verbaal van een voorlopig getuigenverhoor dat in die kwestie op 2 oktober 2017 heeft plaatsgevonden, heeft [appellant] bij zijn memorie van antwoord in het incidenteel appel

overgelegd. Volgens [appellant] is het bewijsaanbod van [geïntimeerde] met betrekking tot haar bewijspositie in de onderhavige zaak onvoldoende gespecificeerd.

6.16 Het hof is van oordeel dat wanneer komt vast te staan dat [geïntimeerde] (in 2009 en/of in ieder geval) op 29 juli 2015 aan [appellant] te kennen heeft gegeven dat in verband met de oprichting van de BV in 2009 rekening gehouden zou moeten worden met een toekomstige AB-heffing, [geïntimeerde] onredelijk in haar positie is benadeeld wanneer zij eerst op 9 juni 2017 op haar handelen en nalaten daarbij wordt aangesproken. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat per 1 januari 2016 de door [geïntimeerde] geadviseerde aanpak is vervangen door een nieuwe constructie. Het voorlopig getuigenverhoor waar [appellant] zich op beroept is in dit verband voorsnog niet relevant aangezien het heeft plaatsgevonden in een andere zaak, [geïntimeerde] op het overgelegde proces-verbaal nog niet heeft kunnen reageren en [appellant] verder ook niet heeft toegelicht hoe die zaak zich verder heeft ontwikkeld.

6.17 [geïntimeerde] doet een beroep op rechtsverwerking voortvloeiend uit de bespreking op 29 juli 2015 zodat op haar de bewijslast daarvan rust. Dat bewijs heeft [geïntimeerde] voorsnog niet geleverd, zodat het hof [geïntimeerde] tot bewijslevering zal toelaten. Het bewijsaanbod van [geïntimeerde] acht het hof, anders dan [appellant] , niet onvoldoende gespecificeerd.

6.18 [appellant] heeft zich niet (concreet) uitgelaten over de vraag welke documenten hij nog tot zijn beschikking heeft, maar volgens zijn spreekantekeningen bij de rechtbank is de opdrachtbevestiging "pas op een moment na inbreng van de bv op 26 mei 2009" gestuurd aan hem. Dit suggereert mogelijk dat [appellant] nog beschikt over relevante documentatie. Het hof acht het belangrijk de beschikbare documentatie op tafel te krijgen. [geïntimeerde] heeft de cruciale documentatie (opdrachtbevestiging, verzonden begin 2009 volgens haar, alsmede ook andere documentatie waaronder een opdrachtbevestiging met algemene voorwaarden die [geïntimeerde] in 2008 in verband met de jaarrekening 2007 zou hebben verstuurd) niet meer, zo houdt zij vol. Het hof ziet bij deze stand van zaken aanleiding [appellant] ambtshalve op te dragen de beschikbare documentatie over de opdracht, zoals door hem ontvangen in 2009 alsmede over eerdere opdrachten aan [geïntimeerde] in 2008, in het geding te brengen, en, indien dergelijke documentatie niet beschikbaar is, zijn standpunt daarover toe te lichten (bijvoorbeeld: hoe en waarom de documentatie verloren is gegaan of is vernietigd). Onder beschikbare documentatie verstaat het hof in elk geval de documentatie die [appellant] onder zich heeft of in overleg met adviseurs onder zich kan krijgen. Indien [appellant] zonder toereikende uitleg de opdracht niet naleeft, kan het hof daaraan de gevolgtrekking verbinden die hem geraden voorkomt.

6.19 Met het oog op een doelmatig proces zal het hof [geïntimeerde] ook toelaten tot het bewijs dat zij haar algemene voorwaarden tijdig aan [appellant] heeft verstrekt. Het hof laat in dit stadium nog in het midden het antwoord op de vraag of verstrekking in mei 2009 nog tijdig was voor de al uitgevoerde werkzaamheden. Partijen kunnen zich daarover later nog uitlaten.

#### *Vervolg*

6.20 Wanneer [geïntimeerde] haar stelling over de bespreking in 2009 en/of op 29 juli 2015 bewijst, slaagt haar beroep op rechtsverwerking (en/of heeft zij naar behoren gehandeld) en komen de vorderingen van [appellant] , zoals in hoger beroep gewijzigd, niet voor toewijzing in aanmerking. Wanneer [geïntimeerde] het gevraagde bewijs niet levert, komen de overige grieven in het principaal appel en in het incidenteel appel aan de orde. Het hof loopt daar nu niet op vooruit en zal iedere verdere beslissing aanhouden.

## 7 De uitspraak

Het hof:

in het principaal appel en in het incidenteel appel

draagt [appellant] op twee weken voor de eerste enquêtezitting, of bij memorie na niet gehouden enquête, de beschikbare documentatie als bedoeld in rechtsoverweging 6.18 in het geding te brengen, en, indien dergelijke documentatie niet beschikbaar is, zijn standpunt hierover toe te lichten;

laat [geïntimeerde] toe te bewijzen dat:

- partijen op 29 juli 2015 een bespreking hebben gehad waarbij door [naam] van [geïntimeerde] is toegelicht dat de waardestijging van de grond onder de AB-claim valt en/of dat [appellant] in 2009 is geïnformeerd over de AB-claim over de waardestijging van de grond;
- [geïntimeerde] haar algemene voorwaarden tijdig aan [appellant] heeft verstrekt;

bepaalt, voor het geval [geïntimeerde] bewijs door getuigen wil leveren, dat getuigen zullen worden gehoord ten overstaan van mr. L.S. Frakes als raadsheer-commissaris, die daartoe zitting zal houden in het Paleis van Justitie aan de Leeghwaterlaan 8 te 's-Hertogenbosch op een door deze te bepalen datum;

verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 30 november 2021 voor opgave van het aantal getuigen en van de verhinderdata van partijen zelf, hun advocaten en de getuige(n) in de periode van 4 tot 12 weken na de datum van dit arrest;

bepaalt dat de raadsheer-commissaris na genoemde roldatum dag en uur van het getuigenverhoor zal vaststellen;

bepaalt dat de advocaat van [geïntimeerde] ten minste zeven dagen voor het verhoor de namen en woonplaatsen van de te horen getuigen zal opgeven aan de wederpartij en aan de civiele griffie;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.S. Frakes, T.J. Dorhout Mees en B.A. Meulenbroek en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 16 november 2021.

griffier rolraadsheer

