

ECLI:NL:GHARL:2021:2001

Instantie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak 02-03-2021

Datum publicatie 04-03-2021

Zaaknummer 200.245.952

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Hoger beroep; opdracht aan accountant/fiscalist over bedrijfsopvolging/schenking en herstructurering vennootschappen in een internationaal concern; geen duidelijke schriftelijke opdrachtbevestiging; omvang opdracht; aanslag Grunderwerbsteuer wegens Duits onroerend goed in vennootschap; tekortkoming in onderzoek activa en door niet te wijzen op risico van zo'n belastingheffing; second opinion; geen eigen schuld; geen schending klachtplicht; na belangenafweging afwijzing voorschotvordering.

Artikelen 3:37 en 6:89 en 101 BW.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl
Viditax (FutD), 05-03-2021
FutD 2021-0780
V-N Vandaag 2021/596

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.245.952

(zaaknummer rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, 200403)

arrest van 2 maart 2021

in de zaak van

de vennootschap naar Slowaaks recht

Enki-Ptah Respect SRO,

gevestigd te Nitra (Slowakije),

appellante,

in eerste aanleg: eiseres,

hierna: Enki,

advocaat: mr. G. de Gelder,

tegen

de naamloze vennootschap

voorheen genaamd: **Baker Tilly Berk N.V.,**

thans: **Baker Tilly (Netherlands) N.V.,**

voorheen gevestigd te Gouda, thans te Rotterdam,

geïntimeerde,

in eerste aanleg: gedaagde,

hierna: Baker,

advocaat: mr. A. Haan.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 10 december 2019 hier over.

1.2 Het verdere verloop blijkt uit:

- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 25 november 2020, waarbij de behandeling werd aangehouden voor schikkingsonderhandelingen.

1.3 Vervolgens heeft Enki arrest gevraagd op de voor de mondelinge behandeling door haar overgelegde stukken en heeft het hof arrest bepaald.

1.4 Na de mondelinge behandeling hebben partijen ieder twee brieven aan het hof gezonden, waarop het hof heeft geantwoord dat het deze correspondentie, nu de zaak voor arrest staat, buiten beschouwing laat.

2 De vaststaande feiten

2.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in rov. 2.1 tot en met 2.17 van het (eind-)vonnis van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, van 11 april 2018.

2.2 In 2006 was [A] (Sr.; verder: [A]) directeur enig aandeelhouder van Enki met dochtervennootschappen, alle naar het recht van Slowakije. Hij was ook directeur enig aandeelhouder van Klein Stokkert Beheer B.V. (verder: KSB) met Nederlandse en Duitse

dochtervennootschappen (verder ook: de Holterman Groep). Tot deze groep behoorde ook Holterman Vastgoed B.V. In de jaren 2007 tot 2012 heeft Enki een met steeds nieuwe punten evoluerende opdracht gegeven aan (mr. Loves, belastingadviseur bij) belastingadvies- en accountantskantoor Baker tot advisering over aanvankelijk bedrijfsopvolging en sedert 2010 tevens over herstructurering van de Holterman Groep. Volgens het memo van Baker van 29 februari 2012 aan ING Bank¹ was [A] *"voornemens al zijn aandelen in Klein Stokkert Beheer B.V. te vervreemden aan Enki (...) in ruil voor nieuw uit te geven aandelen Enki (...) (de aandelenfusie). Resultaat van de aandelenfusie is dat de heer [A] 100% van de aandelen houdt in Enki (...) en Enki (...) 100% van de aandelen houdt in Klein Stokkert Beheer B.V.*

(...) In het kader van zijn bedrijfsopvolging is de heer [A] voornemens om 50% van zijn aandelenbelang in Enki (...) te schenken aan zijn zoon de heer [B] ."

Na deze door Baker begeleide aandelenfusie en verhangings van de aandelen op 24 juli 2012 heeft het Finanzamt Moers (D) op 14 januari 2016 aan Enki een aanslag Grunderwerbsteuer² opgelegd van € 944.192 wegens overdracht op 24 juli 2012 van (de aandelen in Holterman Vastgoed B.V., eigenaresse van) een onroerend goed te Xanten (D) met een op bijna € 19 miljoen geschatte waarde (naast onroerend goed te Hattersheim en Eddersheim). Op bezwaar van 2 februari 2016³ is de aanslag verlaagd naar € 485.000. Enki heeft daarop € 544.180,50 betaald⁴. Mede als cessionaris van [A] , KSB en Holterman Wapeningsstaal B.V. (een dochtervennootschap van Holterman Vastgoed B.V.)⁵ verwijt Enki hier aan Baker primair een toerekenbare tekortkoming en subsidiair een onrechtmatige daad, wat Baker bestrijdt. Waar hierna sprake is van Enki, worden daar steeds mede haar cedenten/rechtsvoorgangers onder begrepen.

- 2.3 Wat betreft grief I zijn partijen het er inmiddels over eens dat het Duitse onroerend goed in eigendom toebehoorde aan Holterman Vastgoed B.V. (en niet aan een Duitse GmbH). De grief is dus terecht voorgesteld.

3 Het geschil, de beslissing in eerste aanleg en de grieven

- 3.1 Enki heeft bij de rechtbank gevorderd om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I) te verklaren voor recht dat Baker toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen op grond van de overeenkomst van opdracht, dan wel onzorgvuldig jegens Enki heeft gehandeld en derhalve gehouden is tot vergoeding aan Enki van de hierdoor door haar geleden schade;
- II) Baker te veroordelen om aan Enki de schade te vergoeden die zij heeft geleden ten gevolge van de toerekenbare tekortkoming c.q. het onzorgvuldig handelen van Baker, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- III) Baker te veroordelen tot betaling aan Enki van een voorschot op de door Enki geleden schade ter grootte van een bedrag van € 600.000, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf heden tot aan de dag der algehele voldoening, althans een dusdanig bedrag als de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren;
- IV) Baker te veroordelen in de proceskosten en in de nakosten met de wettelijke rente daarover.

- 3.2 In het vonnis van 11 april 2018 heeft de rechtbank geoordeeld dat Baker niet in haar opdracht is tekortgeschoten. Zij heeft het gevorderde afgewezen en Enki in de proceskosten veroordeeld.
- 3.3 Daartegen komt Enki op met de grieven II, III en IV over de omvang van de opdracht aan Baker, grief V over bekendheid van Baker met het Duitse onroerend goed, grief VI over de betekenis van het ING Bank memo en grief VII over een spontane adviesplicht van Baker.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

de kwestie

- 4.1 Het hof wil wel aannemen dat Baker zich er vóór de aandelenfusie en verhangings van aandelen op 24 juli 2012 niet van bewust was dat Holterman Vastgoed B.V. onroerend goed in Duitsland bezat en (daarom) dat de transactie op die grond kon leiden tot de later opgelegde aanslag in de Grunderwerbsteuer. Enki verwijt Baker hier een tekortkoming of onrechtmatige daad omdat zij haar had moeten wijzen op het risico van deze belastingaanslag, wat Baker bestrijdt.

een eerste benadering

- 4.2 De advisering door Baker berustte niet op een reguliere opdracht maar was incidenteel en daarnaast evoluerend. Zoals uit het organogram bleek, ging het hier, anders dan Baker meent, niet om een betrekkelijk eenvoudige familietransactie. Er was een kerstboom aan vennootschappen onder KSB bij betrokken en de herstructurering zou gevolgen hebben voor de Nederlandse en Slowaakse en ook Duitse vennootschappen. Hoewel dit van Baker als redelijk bekwaam en redelijk handelend belastingadviseur mocht worden verwacht, heeft zij in deze lange aanloop naar de uitvoering van de herstructurering nooit, ook niet tussentijds, een duidelijke schriftelijke opdrachtbevestiging aan haar opdrachtgever(s) verzonden. Door het ontbreken van een door de opdrachtnemer aangegeven begrenzing van de aan deze opgedragen taak kan dan gemakkelijk bij de opdrachtgever een ruimer verwachtingspatroon worden gewekt. Wel heeft Baker in de loop van de jaren diverse memo's, gespreksverslagen en stappenplannen opgesteld. Daarbij heeft Baker meermalen uitdrukkelijk verantwoordelijkheid uitgesloten voor fiscale aspecten in Slowakije (waarnaar [A] was geëmigreerd en Enki met haar dochtervennootschappen was gevestigd) en in Oostenrijk (waar zoon [B] woonde). Voor Duitsland heeft Baker dit echter nooit uitgesloten en Enki behoefde dit dan ook in redelijkheid niet te verwachten, ook al afficheert Baker zich nu als een (uitsluitend) Nederlandse belastingadviseur. Hierover verderop meer.

een nadere feitenvaststelling

- 4.3 Het hof zoomt nu eerst in op hetgeen vaststaat van de laatste maanden vóór de aandelenfusie en verhangings van de aandelen op 24 juli 2012.
- 4.3.1 Bij de bespreking van 19 maart 2012 met Baker over het ING Bank memo van 29 februari 2012 heeft de Holterman Groep medegedeeld dat er in de Duitse tak van de onderneming sprake was van te verrekenen verliezen en dat het risico bestond dat met de voorgestelde herstructurering die Duitse te verrekenen verliezen zouden verdampen. Daarover is toen gediscussieerd maar vanwege onvoldoende bekendheid met de Duitse fiscale wetgeving kon daarover geen besluitvorming plaatsvinden.
- 4.3.2 Op verzoek van [A] heeft Baker die vraag toen aan een onafhankelijke derde met Duitse fiscale kennis voorgelegd, te weten bij een haar bekende Duitse belastingadviseur, [C] (verder: [C]) van Jendyk Schnellhardt & Partner te Gronau.
- 4.3.3 Naar aanleiding daarvan heeft [C] per e-mail van 27 maart 2012 aan Baker bericht over de "Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Verlustabzug".
- 4.3.4 Per e-mail van 3 april 2012⁶ heeft ([D] , senior belastingadviseur bij) Baker aan zoon [B] onder het onderwerp "(...) bedrijfsoverdracht - verliesverrekening" als volgt verslag gedaan van zijn contact met [C] in het kader van de herstructurering/ bedrijfsoverdracht:
"Wij hebben de vraag voorgelegd of het overdragen/schenken van [A] zijn 50%-aandelenbelang in

Enki Ptah Respect SRO (na het uitvoeren van de aandelenfusie) aan [B] "schadelijke gevolgen" kan hebben voor de te verrekenen verliezen in STF GmbH.

*De heer [C] heeft aangegeven dat indien een belang van 50% wordt geschonken door [A] aan [B] in beginsel de te verrekenen verliezen "verdampen" (hoofregel). Een uitzondering hierop geldt (**BMF-Schreiben v. 04.07.2008Tz. 114**) indien er sprake is van een "unentgeltlichen vorweggenommen Erbfolge" (een schenking vooruitlopend op de erfenis). Vorenstaande dient juridisch vastgelegd te worden. Wij willen jullie vriendelijk verzoeken of jullie contact willen opnemen met jullie Duitse belastingadviseur om te vragen of hij zich kan vinden met de stelling/antwoord van [C]. "*

4.3.5 Deze e-mail heeft ([E] , controller van) de Holterman groep op 3 april 2012 met dezelfde vraagstelling doorgezonden aan [F] , Steuerberater.

4.3.6 Per e-mail van 5 april 2012⁷ heeft [D] aan onder meer [B] bericht:

"Naar aanleiding van onze e-mail van 3 april jl. heeft [F] op 4 april jl. telefonisch contact met mij opgenomen.

[F] komt net als de heer [C] en ons tot de conclusie dat indien een belang van 50% wordt geschonken door [A] aan [B] in beginsel de te verrekenen verliezen

*"verdampen" (hoofregel). Een uitzondering hierop geldt (**BMF-Schreiben v. 04.07.2008Tz. 114**) indien er sprake is van een "unentgeltlichen vorweggenommen Erbfolge" (een schenking vooruitlopend op de erfenis). Ook heeft [F] aangegeven dat vorenstaande juridisch goed vastgelegd moet worden.*

Dienaangaande heeft [F] mij via onderstaande e-mail gegevens doorgegeven van de heer [G] . Wij zullen contact opnemen met de heer [G] met het verzoek om de Nederlandse en Slowaakse schenkingsakte te beoordelen of er wel/niet wordt voldaan aan de definitie van een "unentgeltlichen vorweggenommen Erbfolge". Indien er aanpassingen aan de akten behoeven dan zullen wij [H] en de Slowaakse notaris dienovereenkomstig instrueren.

Kortom de door ons voorgestelde route kan intact blijven."

4.3.7 Volgens het gespreksverslag van 25 april 2012⁸ hebben partijen met betrekking tot het behoud van de verliesverrekeningen afgesproken:

- voor Nederland dat Baker zou trachten in overleg met [E] de Nederlandse verliezen intact te houden en
- voor Duitsland dat Baker [C] zou instrueren om contact op te nemen met [F] om ervoor te zorgen dat een en ander juridisch goed vastgelegd zou worden tot behoud van de Duitse te verrekenen verliezen.

4.3.8 De op 18 juni 2012 door Baker geactualiseerde lijst stand van zaken⁹ hield als openstaande actiepunten in:

"4. Verliesverrekening Duitsland intact houden.

Status: [E] / [F] pakken dit met een Duitse notaris op.

5. Verliesverrekening Nederland intact houden.

Status: RL/MA ([I] / [D] , hof) pakken dit op. "

4.3.9 Daarna heeft de aandelenfusie en verhangings van de aandelen op 24 juli 2012 plaatsgevonden. Wat er daarna tussen partijen is gecorrespondeerd (vermeld in de vier laatste bullets uit de memorie van antwoord sub 3.39), werpt geen ander licht op de zaak.

toerekenbare tekortkoming en eigen of mede- schuld?

4.4 In het licht van de hiervoor nader vastgestelde feiten en mede tegenover de producties HB 1-4 van Enki in hoger beroep heeft Baker onvoldoende gemotiveerd betwist dat zij het is geweest die de aandelenfusie en -verhanging organiseerde en tot en met de notaris begeleidde, zodat zij in de optiek van Enki, zeker bij het ontbreken van een schriftelijke opdrachtbevestiging, moest worden aangemerkt als de daarvoor aanspreekbare eindverantwoordelijke opdrachtnemer voor dit hele traject. Het betrof geen beperkte adviesrelatie. Het mag zo zijn dat, zoals Baker aanvoert, [A] zelf de regie voerde over alle trajecten, bepaalde wat er gebeurde en hoe het moest gebeuren en ook controller [E] over kennis beschikte ten aanzien van de bedrijfsvoering en financiële aspecten. Maar de opdrachtgever bepaalt nu eenmaal wat er moet gebeuren en het is dan aan de opdrachtnemer om te beoordelen of deze die opdrachten verantwoord vindt, kan aanvaarden en zal (kunnen) vervullen. Dit ontnam aan Baker, speciaal ingeschakeld voor de herstructurering en de schenking, dan ook niet haar eindverantwoordelijkheid als opdrachtnemer.

Dit geldt ook voor de Duitse fiscaalrechtelijke aspecten, waarvan Baker zich in het traject bewust toonde en waarvoor zij oplossingen zocht. Bij deze internationale herstructurering was Baker zich er dus, terecht, van bewust dat er bij de Duitse vennootschappen problemen konden rijzen wat betreft de schenkbelasting en verdamping van verrekenbare verliezen. Baker heeft zich dit Duitse fiscale aspect aangetrokken door daarnaar onderzoek op te dragen aan haar relatie [C] en door Enki te vragen om (let wel:) een second opinion van [F]. Er was dus geen rolverdeling in die zin dat Baker de Nederlandse en Enki de Duitse fiscale aspecten in de gaten moest houden.

Hoewel Baker wist of redelijkerwijze moest weten dat het concern een deel van zijn werkzaamheden uitoefende in Duitsland, heeft zij zich blijkbaar niet gerealiseerd dat er ook Duits onroerend goed was en wel in Holterman Vastgoed B.V. en dat dit nog meer fiscale gevolgen kon hebben.

Baker tracht wel om haar verantwoordelijkheid in verband met het Duitse onroerend goed geheel dan wel, onder artikel 6:101 BW, geheel of ten dele af te schuiven op of in de richting van [F], die eerder door [A] betrokken was bij het opstellen van jaarrekeningen van FerHo GmbH en STF Holterman GmbH en die [A] mogelijk in het algemeen adviseerde. Maar hier is [F], naar Baker wist, slechts, nauwkeurig afgebakend, gevraagd naar diens (let wel:) second opinion over hetgeen (volgens de door Baker geraadpleegde [C]) fiscaal in Duitsland gold wat betreft de schenkbelasting (wat nog iets anders is dan Gronderwerbsteuer) en verdamping van verrekenbare verliezen. Verder heeft Baker [F] niet geraadpleegd, met name niet over de gehele herstructurering, c.q. de gevolgen van het verhangen van aandelen KSB naar Enki, terwijl Baker evenmin reden had om aan te nemen dat [F] daar toch al door Enki bij was betrokken. Ook als [F] eerder zou hebben geweten dat in een Holterman vennootschap Duits onroerend goed zou hebben gezeten, dan nog valt hem en daarmee ook Enki niet zonder meer tegen te werpen dat [F] dit buiten zijn second opinion spontaan aan Baker had moeten melden en had moeten wijzen op de mogelijkheid van Grunderwerbsteuer. Integendeel. Het had op de weg van Baker als begeleider van deze internationale herstructurering gelegen om zelfstandig te onderzoeken welke activa onder de te herstructureren vennootschappen zouden zijn betrokken en, gelet op de werkzaamheden van de Holterman groep in Duitsland en de Duitse vennootschappen, of er ook Duits onroerend goed onder de assets was. Zij had nota bene de jaarrekeningen van KSB over 2007-2009¹⁰ ontvangen en in de specificatie van de balans van Holterman Vastgoed B.V. is opgenomen dat er sprake is van onroerend goed. Die specificatie had om nader onderzoek gevraagd. Het ging ook niet om een beperkt vermogensbestanddeel, maar om bedrijfsgebouwen van vele miljoenen euro's. Uit de specificatie is af te leiden dat dit onroerend goed zich in Duitsland bevond. Baker had dan ook moeten (laten) onderzoeken welke fiscale consequenties dit een en ander naar Duits recht zou kunnen hebben dan wel haar opdracht moeten beperken tot enkel de gevolgen voor de Nederlandse belastingheffing. Door zich desondanks, zoals hiervoor beschreven, in te laten met de gevolgen voor de Duitse belastingheffing, kon in ieder geval bij de opdrachtgever het beeld ontstaan dat Baker dit in haar onderzoek wilde en zou betrekken. Dit geldt eens te meer als [F] op 11 juli 2012 ([D] van) Baker zou hebben gewezen op de aanwezigheid van Duits onroerend goed (*"By the way, er is ook nog sprake van Duits vastgoed en daar moet wellicht ook schenkbelasting over worden betaald"*), wat Enki overigens bestrijdt. Baker

heeft terecht laten uitzoeken hoe het zat met de Duitse verliesverrekening en schenkbelasting, maar, onbegrijpelijk, in het verlengde daarvan nagelaten wat in deze context van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mocht worden verwacht, namelijk de activa te onderzoeken, Enki er op te wijzen dat de aanwezigheid van Duits onroerend goed onder de voorgenomen herstructurering het risico van Grunderwerbsteuer meebracht en dat dit risico moest worden onderzocht door een Duitse fiscalist. Dit valt haar dit als een toerekenbare tekortkoming van haar zorgplicht jegens Enki te verwijten, terwijl Enki op dit punt geen eigen schuld treft. De gevorderde verklaring voor recht is dus toewijsbaar.

schending klachtplicht?

- 4.5 Baker heeft zich beroepen op schending van de klachtplicht onder artikel 6:89 BW. Zij vindt dat Enki te laat heeft geklaagd bij BTB: er werd geprocedeerd over de Grunderwerbsteuer en daarbij heeft Enki Baker niet betrokken.

Naar het oordeel van het Hof heeft Baker dit verweer in strijd met de twee conclusieregel pas voor het eerst op de mondelinge behandeling aangevoerd, zodat het buiten beschouwing moeten blijven.

Maar ook als daarover anders wordt gedacht, gaat het verweer niet op. Namens [A] en de Holterman groep heeft hun advocaat Baker bij brief van 10 juni 2016¹¹ voor de tekortkoming aansprakelijk gesteld onder toezending van een aanmaning van 23 maart 2016 voor de Duitse Grunderwerbsteuer. Bij brief van 25 augustus 2016 heeft de advocaat van Baker aansprakelijkheid van de hand gewezen. Uit de namens Enki op de mondelinge behandeling verstrekte informatie komt naar voren dat de in 2017 opgestarte beroepsprocedure tegen de Grunderwerbsteuer bij het Finanzgericht te Düsseldorf nog maar in een voorfase verkeert (van een prejudiciële vraag over een concernclausule aan het EU gerechtshof en de constatering van een, voor herstel vatbare, formele fout van het Finanzamt). Tegen deze achtergrond heeft Baker niet uiteengezet dat en in welk opzicht zij destijds in 2016 of recent is benadeeld. Daarom wordt haar beroep op schending van de klachtplicht, zo dat al inhoudelijk kan worden beoordeeld, verworpen.

vordering II tot verwijzing naar de schadestaatprocedure

- 4.6 Voor een veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat is naar vaste rechtspraak voldoende dat de mogelijkheid aannemelijk is dat de betreffende normschending enige schade heeft veroorzaakt. Enki heeft er onweersproken op gewezen dat zij tegen de Grunderwerbsteuer kosten van rechtsbijstand heeft moeten maken in de bezwaarprocedure (gespecificeerd in productie 18 bij inleidende dagvaarding) en in de beroepsprocedure (volgens de spreekantekeningen in hoger beroep inmiddels in totaal ruim € 35.000). Dit vormt voldoende grond voor verwijzing van de zaak naar de schadestaatprocedure.

de voorschotvordering III

- 4.7 Enki vordert een voorschot kennelijk uitsluitend wegens de Grunderwerbsteuer die zij heeft betaald, wat Baker betwist (niet wegens kosten van rechtsbijstand). Hier moet een belangenafweging plaatsvinden. Aan Enki kan worden toegegeven dat Baker toerekenbaar is tekortgeschoten. Maar Baker bestrijdt gemotiveerd de omvang van de daardoor veroorzaakte schade. Naar het oordeel van het hof valt het moeilijk te prognosticeren hoe de beroepsprocedure bij het Finanzgericht zal aflopen. Op grond hiervan oordeelt het hof het vooralsnog te onzeker dat Enki per saldo schade wegens de Grunderwerbsteuer lijdt. De vraag of er bij Enki een restitutierisico bestaat, komt dan niet meer aan de orde. De voorschotvordering zal dus worden afgewezen.

het ING Bank memo van 29 februari 2012

4.8 In dat memo heeft Baker aan ING Bank bevestigd dat van cash-out van vermogen geen sprake zou zijn:

"Bij het uitvoeren van bovenvermelde herstructurering/bedrijfsoverdracht zullen geen gelden worden onttrokken uit de Holterman-Groep. Volledigheidshalve merken wij op dat [B] in privé circa € 580.000 schenkbelasting is verschuldigd. De belastingdienst zal [B] tien jaar lang uitstel van betaling verlenen voor de verschuldigde schenkbelasting."

Grief VII behoeft hier geen bespreking omdat deze kwestie niet van belang is voor de vaststelling van de tekortkoming. Wel kan zij van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of en zo ja welke schade door de tekortkoming is veroorzaakt. Maar dat is te zijner tijd aan de schadestaatrechter.

bewijsaanbiedingen

4.9 Enki heeft wel op diverse punten bewijs aangeboden, maar niet buiten de voor toewijzing vatbaar gebleken vorderingen. De voorschotvordering leent zich overigens uit haar aard in beginsel niet voor bewijslevering.

Baker heeft alleen bewijslevering aangeboden door met name genoemde getuigen, maar niet uiteengezet op welke concrete feiten en/of omstandigheden dit algemeen bewijsaanbod betrekking heeft. Daarom passeert het hof hun bewijsaanbiedingen.

5 De slotsom

5.1 Het hoger beroep slaagt gedeeltelijk. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd. De vorderingen tot verklaring voor recht en tot veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat zullen worden toegewezen. De voorschotvordering zal worden afgewezen.

5.2 Als de overwegend in het ongelijk te stellen partij zal Baker worden veroordeeld in de kosten van beide instanties.

De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van Enki zullen worden vastgesteld op:

- explootkosten € 103,10

- griffierecht € 3.894,00

totaal verschotten € 3.997,10

- salaris advocaat € 6.450 (2,5 punten x het voor 1 mei 2018 geldende tarief VII ad € 2.580 per punt).

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Enki zullen worden vastgesteld op:

- explootkosten € 98,01

- griffierecht € 5.270,00

totaal verschotten € 5.368,01

- salaris advocaat € 9.702 (2 punten x nieuwe appeltarief VII ad 4.851 per punt).

5.3 Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten met de wettelijke rente toewijzen zoals hierna vermeld.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, van 11 april 2018 en doet opnieuw recht:

verklaart voor recht dat Baker toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen op grond van de overeenkomst van opdracht zoals hiervoor in rov. 4.4 vermeld en dat Baker derhalve gehouden is tot vergoeding aan Enki van de hierdoor door haar geleden schade;

veroordeelt Baker om aan Enki de schade te vergoeden die zij heeft geleden ten gevolge van die toerekenbare tekortkoming van Baker, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

veroordeelt Baker in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Enki wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 3.997,10 voor verschotten en op € 6.450 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 5.368,01 voor verschotten en op € 9.702 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt Baker in de nakosten, begroot op € 163, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 85 in geval Baker niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na aanschrijving én betekening;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. J. Sap, A.W. Steeg en R.F.C. Spek, is ondertekend door de rolraadsheer en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 2 maart 2021.

¹ Productie 4 bij inleidende dagvaarding

² Productie 14 idem

³ Productie 15 idem

⁴ Productie 16 idem

⁵ Productie 20 bij conclusie van repliek

⁶ Productie 5 bij memorie van grieven

⁷ Productie 9 bij conclusie van antwoord

- ⁸ Productie 10 bij conclusie van antwoord
 - ⁹ Productie 11 bij conclusie van antwoord
 - ¹⁰ Producties 11-13 bij inleidende dagvaarding
 - ¹¹ Productie 9 bij de inleidende dagvaarding
-