

ECLI:NL:RBROT:2024:11242

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	13-11-2024
Datum publicatie	18-11-2024
Zaaknummer	C/10/664892/ HA ZA 23-768
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Beroepsfout accountant. Onjuiste berekening van fiscale gevolgen van de ontbinding van een vennootschap met pensioen- en stamrechtverplichtingen omdat die was gebaseerd op de fiscale waarde in plaats van de economische waarde. Onrechtmatige daad jegens de aandeelhouder van de inmiddels ontbonden vennootschap. Causaal verband met de ontbinding. Belastingaangifte op basis van geïndexeerde pensioenrechten is geen schending van schadebeperkingsplicht. Geen andere vorm van eigen schuld. Schadebegroting. Kanschade. Verrekening van contante waarde van (toekomstige) belastingkortingen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Viditax (FutD) 2024112107

Uitspraak

RECHTBANK Rotterdam

Team handel en haven

Zaaknummer: C/10/664892 / HA ZA 23-768

Vonnis van 13 november 2024

in de zaak van

[eiseres] ,

te Capelle aan den IJssel,

eisende partij,

hierna te noemen: [eiseres] ,

advocaat: mr. E.J.T. Mulders te s Hertogenbosch,

tegen

[gedaagde] ,

te Rotterdam,

gedaagde partij,
hierna te noemen: [gedaagde] ,
advocaat: mr. M.B. Esseling te Rotterdam.

1 De zaak in het kort

- 1.1. Deze zaak gaat over een berekening van de fiscale gevolgen van de ontbinding van een vennootschap met een pensioen- en stamrechtverplichting die [gedaagde] op verzoek van de directeur van de vennootschap heeft gemaakt. [eiseres] is enig aandeelhouder van die vennootschap en heeft een jaar later de vennootschap ontbonden. Daarna bleek dat de fiscale lasten die het gevolg waren van de ontbinding van de vennootschap veel groter waren dan [gedaagde] had berekend. Dat kwam vooral omdat [gedaagde] haar berekening had gebaseerd op de fiscale waarde van de pensioen- en stamrechtsaanspraken in plaats van op de economische waarde.
- 1.2. [eiseres] stelt dat [gedaagde] met (het verstrekken van) die berekening niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot onder gelijke omstandigheden mocht worden verwacht. Ook stelt [eiseres] dat zij de vennootschap niet had ontbonden als [gedaagde] correct zou hebben gehandeld. Zij vordert een verklaring voor recht dat [gedaagde] jegens haar aansprakelijk is voor de gevolgen van de onzorgvuldige c.q. onjuiste advisering. Daarnaast vordert zij vergoeding van:
 - 150.558 aan geleden schade,
 - 11.435 aan gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid,
 - 2.394,93 aan buitengerechtelijke incassokosten.
- 1.3. [gedaagde] is het daar niet mee eens. Zij spreekt tegen dat zij [eiseres] heeft geadviseerd en dat zij niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in gelijke omstandigheden mocht worden verwacht. Ook spreekt [gedaagde] tegen dat de ontbinding van de vennootschap het gevolg is van haar berekening. Daarnaast bestrijdt zij de omvang van de schade en voert zij als verweer dat de schade op grond van eigen schuld van [eiseres] geheel of gedeeltelijk voor haar rekening dient te blijven. Tot slot spreekt [gedaagde] tegen dat [eiseres] buitengerechtelijke incassokosten heeft gemaakt die voor vergoeding in aanmerking komen.
- 1.4. De rechtbank wijst de gevorderde schadevergoeding toe tot het bedrag van 124.280,10, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 10 mei 2023 en te verminderen met 6.300 vanaf de datum van dit vonnis. Zij oordeelt namelijk dat:
 - [gedaagde] tegenover [eiseres] onrechtmatig heeft gehandeld door niet te handelen zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in gelijke omstandigheden mocht worden verwacht,
 - deze onrechtmatige daad een zeer belangrijke factor was in de beslissing tot ontbinding van de vennootschap,
 - [eiseres] daardoor schade heeft geleden tot het toe te wijzen bedrag, en
 - er geen sprake is van schuld van [eiseres] aan het ontstaan van die schade.
- 1.5. De gevorderde verklaring voor recht wijst de rechtbank bij gebrek aan belang af.
- 1.6. De gevorderde kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid wijst de rechtbank toe tot het bedrag van 10.291,50 en de daarover gevorderde wettelijke rente wijst de rechtbank toe vanaf de datum van de dagvaarding. De gevorderde buitengerechtelijke incassokosten wijst de rechtbank toe tot een bedrag van 1.954,80. Dit alles met veroordeling van [gedaagde] in de proceskosten, inclusief nakosten.
- 1.7.

Hierna worden de procedure en de standpunten van partijen, voor zover van belang, nader beschreven en het oordeel van de rechtbank toegelicht.

2 De procedure

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met 30 producties,
- de conclusie van antwoord met 10 producties,
- de brief waarin een mondelinge behandeling is bepaald,
- de akte overlegging aanvullende producties van [eiseres] met producties 31 t/m 36,
- de mondelinge behandeling van 19 maart 2024,
- de spreekantekeningen van partijen ten behoeve van de mondelinge behandeling,
- de akte overlegging aanvullende producties tevens houdende uitlaten indexatie en schade van [eiseres] met producties 37 en 38,
- de akte tevens akte overlegging producties van [gedaagde] met producties 11 t/m 14.

2.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

3 De feiten

3.1. [eiseres] is de weduwe van [persoon A] (verder: [persoon A] zijn enig erfgenaam. [persoon A] is overleden op 11 november 2019.

3.2. Onderdeel van de nalatenschap van [persoon A] waren alle aandelen in het kapitaal van [VOF A] . (verder: de vennootschap).

3.3. De vennootschap had een rentedragende (rekening-courant)vordering op [persoon A] en een pensioenverplichting en een stamrechtverplichting. De jaarlijkse pensioenuitkering en stamrechtuitkering werden, toen [persoon A] nog leefde en ook daarna, verrekend met de verschuldigde rente en aflossing op de vordering van de vennootschap op de aandeelhouder.

3.4. De pensioenverplichtingen van de vennootschap zijn vastgelegd in de pensioenbrief van 29 april 1994 (verder: de pensioenbrief). Daarin staat, voor zover hier van belang:

“ARTIKEL 5. NA-INDEXERING:

Behoudens het hiervoor bepaalde zullen ingegane pensioenen zoveel mogelijk worden aangepast aan de prijsontwikkeling en jaarlijks worden verhoogd met het percentage van het

prijsindexcijfer voor de gezinsconsumptie vastgesteld door het Centraal Bureau voor de Statistiek te 's-Gravenhage voor werknemersgezinnen met een brutoinkomen minder dan Hfl 31.000,00, []

ARTIKEL 6. DE UITVOERING DER PENSIOENBRIEF:

1. De wijze waarop aan de pensioenbrief uitvoering zal worden gegeven beslist het [naam concern] concern [.]”

3.5. Het door de vennootschap uitgekeerde pensioen is nooit geïndexeerd.

3.6. [gedaagde] verzorgde vanaf het boekjaar 2008 het samenstellen van de jaarrekening, het opstellen van de publicatiestukken, de aangiften vennootschapsbelasting en omzetbelasting en de loon- en financiële administratie van de vennootschap. Daarnaast verzorgde zij tot 2018 de aangiften

inkomstenbelasting van [persoon A] en [eiseres] .

3.7. Op 16 april 2018 bracht de Belastingdienst een controlerapport uit van een boekenonderzoek bij de vennootschap. Hierin staat, voor zover hier van belang:

“4.2 Pensioen- en stamrechtvoorziening

De heer [persoon A] ontvangt jaarlijks 20.329,- pensioen en 10.634,- stamrecht.

[]

7. Slotopmerkingen

Het onderzoek geeft geen aanleiding tot het maken van nadere op- of aanmerkingen.”

3.8. Vanaf 28 juni 2018 was [persoon B] (verder: [persoon B]) de statutair bestuurder van de vennootschap.

3.9. Op 2 januari 2020 stuurde [persoon B] een e-mail met de overlijdensakte van [persoon A] aan [gedaagde] . In deze e-mail schreef hij, voor zover hier van belang:

“[] Met het overlijden van [persoon A] zijn alle aandelen van [VOF A] onder algemene titel overgegaan naar zijn echtgenote, [eiseres] . [] In overleg met de erven wordt overwogen om de pensioen BV op te heffen. []”

3.10. Op 14 mei 2020 zond [gedaagde] een brief aan de vennootschap, ter attentie van [persoon B] . In die brief staat voor zover hier van belang:

“Naar aanleiding van uw verzoek hebben wij berekend wat de fiscale gevolgen zijn als wordt besloten [VOF A] te ontbinden. Als gevolg hiervan zal zowel de pensioenvoorziening als de stamrechtverplichting vrijvallen, waarbij u te maken krijgt met een claim inzake loonheffing en revisierente.

Bij de berekening hebben wij 30 juni 2020 als peildatum aangehouden.

De verschuldigde belastingen bij liquidatie van de vennootschap bedragen:

Vennootschapsbelasting 2020	1.035
Dividendbelasting	45.394
Inkomstenbelasting 2020	109.870
Revisierente	47.066
Totale fiscaal af te dragen	203.365
[]”	

Deze berekening (verder: de berekening) is gebaseerd op de fiscale waarde van de pensioen- en stamrechten.

3.11. Op 3 november 2020 deed [gedaagde] op verzoek van [persoon B] opgave van haar jaarlijkse kosten. Deze opgave kwam uit op een geschat totaalbedrag van 2.040 per jaar.

3.12. Op 25 februari 2021 verkocht [eiseres] haar woning.

3.13. In een e-mail aan [persoon B] van 15 april 2021 schreef P. [persoon D] van [gedaagde] , voor zover hier van belang:

“Ik heb vanochtend overleg gehad met de fiscalist.

Er zijn in het geval van de afkoop van het pensioen in 2021 geen andere mogelijkheden, dan de afrekening zoals eerder door ons berekend.

Wij kwamen beiden tot de conclusie dat het wellicht verstandiger is de vennootschap (inclusief nabestaande pensioen) te laten doorlopen.

Hierdoor bespaar je aanzienlijk op de IB claim en de revisierente.

Het lijkt ons dan ook verstandiger de vennootschap voort te zetten.”

- 3.14. Op 10 mei 2021 besloot de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap in feite dus [eiseres] de vennootschap te ontbinden per 31 mei 2021. Dat besluit is meteen uitgevoerd.
- 3.15. In juli 2021 verzocht [persoon B] [gedaagde] om te bezien of het alsnog mogelijk was om de pensioenrechten met terugwerkende kracht tot 2019 gefaciliteerd af te kopen. [gedaagde] stuurde daarover op 20 augustus 2021 een brief aan de Belastingdienst.
- 3.16. De Belastingdienst antwoordde in een brief van 6 december 2021. Daarin schreef de Belastingdienst onder andere dat het pensioen niet alsnog gefaciliteerd afgekocht kon worden (de regeling die daarvoor tijdelijk had bestaan was al lang afgelopen) en dat de waarde in het economisch verkeer van de gehele opgebouwde pensioen- en stamrechten als loon wordt aangemerkt en in de belastingheffing wordt betrokken.
- 3.17. [eiseres] heeft KPMG Meijburg ingeschakeld voor een second opinion en hulp bij beperking van de fiscale gevolgen van de ontbinding van de vennootschap.
- 3.18. Bij e-mail van 25 februari 2022 verzocht [persoon B] namens [eiseres] om een bespreking met [gedaagde] en KPMG Meijburg om “te beoordelen wat we moeten doen om deze zaak op te lossen”. [gedaagde] is niet op dat verzoek ingegaan.
- 3.19. In een brief van haar toenmalige advocaat van 13 mei 2022 stelde [eiseres] [gedaagde] aansprakelijk en sommeerde zij [gedaagde] tot vergoeding van haar schade.
- 3.20. [eiseres] heeft aangifte voor de inkomstenbelasting over het jaar 2021 gedaan op basis van de waarde van de stamrechten en de geïndexeerde waarde van de pensioenrechten in het economisch verkeer. Daarop ontving zij van de Belastingdienst op 31 maart 2023 een voorlopige aanslag van 304.841. Dat bedrag heeft zij op 10 mei 2023 voldaan.
- 3.21. Het bedrag van de voorlopige aanslag is opgebouwd als volgt:
- inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen 249.874
 - loonheffing af 2.681
 - dividend en/of kansspelbelasting af 53.581
 - bedrag van de voorlopige aanslag 193.612
 - in rekening gebrachte belastingrente bij 10.213
 - revisierente bij 101.016
- Te betalen bedrag 304.841
- 3.22. KPMG Meijburg heeft voor haar werkzaamheden kosten aan [eiseres] in rekening gebracht, 6.352,50 bij factuur van 6 juli 2023 en 5.082,00 bij factuur van 26 juli 2023. De eerste factuur heeft [eiseres] op 17 juli 2023 betaald, de tweede op 8 augustus 2023.
- 3.23. In een e-mail aan [gedaagde] van 12 april 2024 schreef haar externe fiscalist [persoon C] , voor zover hier van belang:
- “Op 16 juni 2015 heb ik met [persoon D] en [persoon A] overleg gehad []
- [persoon A] stelde voor de aandelen aan zijn zoon [] over te dragen die zeker zou meewerken omdat hij immers verantwoordelijk was voor het door [persoon A] geleden verlies. Een potentieel probleem vormde echter de pensioenvoorziening die geïndexeerd was maar waarvan de indexatie gedurende een aantal jaren niet was uitgevoerd omdat [persoon A] de voorkeur gaf aan een minder hoge uitkering en dus lagere loonheffing. Ik heb [persoon A] op het navorderingsrisico gewezen en [persoon D] besloot de actuaris om een berekening van de voorziening te vragen uitgaande van de 4% indexatie om te zien wat de effecten zouden zijn.

[]

Medio juli ontving ik van [persoon D] het bericht dat indexatie tot een aanzienlijk hogere voorziening en een negatief vermogen van [VOF A] zou leiden. Na het samenstellen en goedkeuren van de jaarrekening 2014 eind november 2015 vond op 7 december 2015 wederom bij jullie op kantoor een bespreking plaats met [persoon D] en [persoon A] over de overdracht van de aandelen [VOF A] aan zoon []. Zonder rekening te houden met een indexatie was het commercieel vermogen van [VOF A] nog net positief. Een negatief eigen vermogen zou tot een weigering van de notaris hebben geleid om mee te werken aan de overdracht van de aandelen. Tijdens die bespreking heb ik [persoon A] uitdrukkelijk gewezen op het risico dat de Belastingdienst deze handelwijze - het niet toepassen van de indexatie - ter discussie zou kunnen stellen mede omdat de transactie alleen werd ingegeven teneinde de omzetting van het aanmerkelijk belang verlies in een belastingkorting mogelijk te maken. [persoon A] was echter bereid dit risico te lopen. Vervolgens zijn de aandelen eind december 2015 overgedragen aan de zoon van [persoon A]."

4 Het geschil

4.1. [eiseres] vordert samengevat om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. te verklaren voor recht dat [gedaagde] aansprakelijk is voor de schade die [eiseres] heeft geleden als gevolg van de onzorgvuldige c.q. onjuiste advisering;

II. [gedaagde] te veroordelen tot betaling van een bedrag van 150.558,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 10 mei 2023, althans vanaf de datum van dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

III. [gedaagde] te veroordelen tot vergoeding van de door [eiseres] gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ad 11.435,00, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 17 juli 2023, althans vanaf de datum van dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

IV. [gedaagde] te veroordelen tot vergoeding van de door [eiseres] gemaakte buitengerechtelijke incassokosten, welke kosten conform de Staffel BIK neerkomen op een bedrag van 2.394,93, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 10 mei 2023, althans vanaf de datum van dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

V. [gedaagde] te veroordelen in de kosten van deze procedure en de nakosten en daarbij te bepalen dat de proces- en nakosten binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis door [gedaagde] dienen te zijn voldaan, alsmede te bepalen dat deze proces- en nakosten met ingang van de vijftiende dag na dagtekening vonnis worden vermeerderd met de wettelijke rente.

4.2. [gedaagde] voert verweer. [gedaagde] concludeert tot niet-ontvankelijkheid van [eiseres] , dan wel tot afwijzing van de vorderingen van [eiseres] , met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van [eiseres] in de kosten van deze procedure.

5 De beoordeling

De contractuele wederpartij van [gedaagde]

5.1. [eiseres] baseert de gevorderde verklaring voor recht en de vordering tot schadevergoeding onder meer op een (toerekenbare) tekortkoming van [gedaagde] in de uitvoering van de aan haar opgedragen advieswerkzaamheden. Zij stelt dat tussen de vennootschap en [gedaagde] een doorlopende adviesrelatie bestond. Ook stelt [eiseres] dat zij als de opdrachtgever voor de berekening

moet worden aangemerkt omdat [persoon B] namens haar om de berekening heeft gevraagd en dat zij de kosten daarvan heeft gedragen.

- 5.2. [gedaagde] spreekt dat tegen. Zij had alleen een contractuele relatie met de vennootschap. Dat was geen doorlopende adviesrelatie. Zij deed alleen advieswerk als aanvullende dienstverlening als zij daar expliciet apart opdracht voor kreeg en voor werd betaald. Daarvan is geen sprake geweest. De berekening heeft zij gemaakt op verzoek van [persoon B] in zijn hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap.
- 5.3. De rechtbank oordeelt dat [eiseres] geen vordering op grond van toerekenbare tekortkoming heeft omdat zij niet kan worden aangemerkt als de contractuele wederpartij (opdrachtgever) van [gedaagde] . De rechtbank licht dit toe als volgt.
- 5.4. [eiseres] is degene die zich op het bestaan van een contractuele relatie tussen partijen beroept en moet daarom feiten stellen waaruit het bestaan van die relatie volgt en die feiten bewijzen als [gedaagde] die met goede argumenten tegensprekt (hoofddregel artikel 150 Rv). Indien [eiseres] daarin niet slaagt is het bestaan van de contractuele relatie onvoldoende onderbouwd en kunnen de vorderingen niet op die grondslag worden toegewezen.
- 5.5. De contractuele relatie die [gedaagde] met de vennootschap had brengt niet mee dat zij ook een contractuele relatie met [eiseres] had. Een vennootschap en de personen die aandelen in het kapitaal van die vennootschap bezitten (de aandeelhouders) kunnen namelijk niet met elkaar worden vereenzelvigd. Aandeelhouders zijn dan ook geen partij bij de overeenkomsten die derden sluiten met de vennootschap waarvan zij aandelen bezitten.
- 5.6. [eiseres] heeft onvoldoende onderbouwd dat [persoon B] het verzoek om een berekening van de fiscale gevolgen van een ontbinding van de vennootschap namens haar deed. [eiseres] stelt namelijk geen feiten waaruit volgt dat [persoon B] aan [gedaagde] kenbaar heeft gemaakt dat hij voor haar optrad en evenmin dat [gedaagde] dat uit de omstandigheden had moeten begrijpen. Dat had zij wel moeten doen omdat als algemeen uitgangspunt geldt dat een ieder wordt geacht voor zichzelf te handelen dan wel, ingeval iemand bestuurder is van een vennootschap en het een kwestie is die de vennootschap aangaat, voor die vennootschap. Hierop geldt een uitzondering als degene die handelt voordat tot uitvoering van de overeenkomst is overgegaan kenbaar maakt dat hij niet voor zichzelf maar voor een ander optreedt. Bij gebrek aan feiten waaruit volgt dat die uitzondering van toepassing is, kan [eiseres] niet als de opdrachtgeefster van [gedaagde] worden aangemerkt. De omstandigheid dat [gedaagde] wist dat [persoon B] een schoonzoon van [eiseres] is doet daaraan niet af, omdat [persoon B] , los van die familierelatie, al jaren als bestuurder voor en namens de vennootschap handelde, ook richting [gedaagde] . Daaraan doet evenmin af de omstandigheid dat de ontbinding van de vennootschap van belang is voor de aandeelhouder, want die ontbinding was uiteraard ook voor de vennootschap van belang.
- 5.7. Dit leidt ertoe dat ervan dient te worden uitgegaan dat de berekening in opdracht van de vennootschap is gemaakt. Niet ter discussie staat namelijk dat [gedaagde] [persoon B] kende als de bestuurder van de vennootschap en zij mocht daarom redelijkerwijs ervan uitgaan dat hij het verzoek om de berekening namens de vennootschap deed. Dat [eiseres] later de kosten van de berekening heeft gedragen leidt niet tot een wijziging van de toen al bestaande contractuele relatie tussen [gedaagde] en de vennootschap.
- 5.8. Dit alles betekent dat de vorderingen van [eiseres] niet op grond van een (toerekenbare) tekortkoming in de nakoming van de aan [gedaagde] opgedragen werkzaamheden kunnen worden toegewezen.

Onrechtmatige daad tegenover [eiseres] ?

5.9. [eiseres] baseert haar vorderingen ook op onrechtmatig handelen van [gedaagde] tegenover haar. Zij stelt dat [gedaagde] een beroepsfout heeft gemaakt door de berekening te baseren op de fiscale waarde van de pensioen- en stamrechtenclaims in plaats van de economische waarde. Dat is namelijk in strijd met de toepasselijke wet- en regelgeving (artikel 19b Wet op de loonbelasting 1964 in samenhang met artikel 3.12 lid 1 van de Uitvoeringsregeling loonbelasting 2011). Daarmee heeft [gedaagde] tegenover [eiseres] als houder van de aandelen in de vennootschap niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in gelijke omstandigheden mocht worden verwacht. Het was duidelijk dat de berekening zou worden betrokken bij de afweging om al dan niet tot liquidatie van de vennootschap over te gaan en dat die mede ten behoeve van [eiseres] werd gevraagd. Het waren namelijk ook de belangen van [eiseres] die een rol in die afweging speelden, zoals voor [gedaagde] kenbaar was.

5.10. [gedaagde] spreekt dat tegen. Volgens haar kan de berekening niet los worden gezien van de opmerking van [persoon B] tijdens een bespreking begin 2019, dat hij na het overlijden van [persoon A] zelf contact zou opnemen met de Belastingdienst om te bezien of het pensioen nog gefaciliteerd afgekocht kon worden. Uitgaande van die gefaciliteerde afkoop zou namelijk de belasting verschuldigd zijn die in de berekening staat. Met het maken en verstrekken van de berekening gaf [gedaagde] geen advies. De berekening ging primair om de gevolgen van het afzien van het pensioen voor de vennootschap. [eiseres] kan [gedaagde] op dat punt geen verwijt maken omdat zij slechts een afgeleid belang heeft.

5.11. De rechtbank oordeelt dat [gedaagde] onrechtmatig tegenover [eiseres] heeft gehandeld omdat [gedaagde] :

- in de berekening is uitgegaan van de fiscale waarde van de pensioen- en stamrechtenclaims in plaats van de economische waarde en
- deze heeft verstrekt zonder enig voorbehoud of waarschuwing dat volgens de geldende wet- en regelgeving de berekening zou moeten worden gebaseerd op de economische waarde van de pensioen- en stamrechtverplichtingen en dat dit tot hogere fiscale lasten zou leiden.

De rechtbank licht dit toe als volgt.

5.12. De rechtbank verwerpt het beroep van [gedaagde] op de rechtspraak over de zogenaamde afgeleide schade omdat die niet van toepassing is. Die rechtspraak houdt namelijk in dat aandeelhouders in beginsel geen eigen vordering tot schadevergoeding kunnen instellen bij vermindering van de waarde van hun aandelen die het gevolg is van een wanprestatie of onrechtmatige daad tegenover de vennootschap. Dat is hier niet van toepassing omdat de vordering van [eiseres] :

- (i) niet gebaseerd op een vermindering van de waarde van de aandelen en
- (ii) is gebaseerd op een uitzondering op voornoemd beginsel, te weten dat [gedaagde] een specifieke zorgvuldigheidsnorm tegenover haar heeft geschonden.

5.13. Een belastingadviseur moet als beroepsbeoefenaar tegenover zijn wederpartij de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (artikel 7:401 BW). Deze zorgplicht houdt in dat hij dient te handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot betaamt.

5.14. Onder omstandigheden kan het schenden van die zorgplicht ook een onrechtmatige daad tegen een derde opleveren. Dat is met name het geval als een belastingadviseur vanwege het belang dat een derde aan zijn rapport zal hechten er rekening mee moet houden dat die derde zijn gedrag mede door de inhoud van dat rapport laat bepalen en nalaat maatregelen te treffen om te voorkomen dat die derde aan dat rapport ten onrechte of onjuiste betekenis toekent (vgl. HR 13-10-2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 (Vie dOr) en HR 29-1-2021, ECLI:NL:HR:2021:149).

5.15. Die situatie doet zich naar het oordeel van de rechtbank in deze zaak voor en zij baseert dat op het volgende.

- 5.16. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend belastingadviseur mag worden verwacht dat hij op de hoogte is van de geldende wet- en regelgeving en deze toepast.
- 5.17. De mogelijkheid om pensioen in eigen beheer af te kopen tegen de fiscale waarde was gebaseerd op de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en is geëindigd op 31 december 2019. Het verzoek aan [gedaagde] om de fiscale gevolgen van een ontbinding van de vennootschap te berekenen is pas gedaan in 2020, dus na het eindigen van die mogelijkheid om pensioen in eigen beheer tegen de fiscale waarde af te kopen.
- 5.18. Partijen zijn het er over eens dat op grond van de geldende wet- en regelgeving in 2020 (artikel 19b Wet op de loonbelasting 1964 in samenhang met artikel 3.12 lid 1 van de Uitvoeringsregeling loonbelasting 2011) bij afkoop van de pensioen- en stamrechtenaanspraken moest worden uitgegaan van de economische waarde. De rechtbank volgt dat standpunt.
- 5.19. Er zijn geen aanwijzingen dat [gedaagde] het verzoek om de fiscale gevolgen van een ontbinding van de vennootschap te berekenen in samenhang zag met de opmerking die [persoon B] volgens haar begin 2019 maakte, zoals zij stelt (zie 5.10). In haar brief van 14 mei 2020 verwijst [gedaagde] daar niet naar en zij verklaart ook niet waarom dan in haar berekening revisierente is opgenomen. Dat lag wel op haar weg omdat [eiseres] stelt dat bij gebruik van de mogelijkheid van gefaciliteerde afkoop er geen revisierente is verschuldigd en [gedaagde] dat niet tegenspreekt. Tegen die achtergrond is de stelling van [gedaagde] dus onvoldoende onderbouwd.
- 5.20. Daarbij komt het volgende. Ook als [gedaagde] van die gestelde samenhang uitging heeft zij haar zorgplicht tegenover [eiseres] als derde geschonden. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend belastingadviseur mag namelijk worden verwacht dat zij de geldende wet- en regelgeving kent en voor de nadelige gevolgen daarvan waarschuwt.
- 5.21. De vennootschap diende alleen om voor de oudedagsvoorziening van [eiseres] te zorgen en [eiseres] was ook de enig aandeelhouder van de vennootschap. Dit was [gedaagde] bekend en voor haar moet daarom ook duidelijk geweest zijn dat [eiseres] betrokken was bij het besluit om de vennootschap al dan niet te ontbinden en dat haar belangen daarin een belangrijke rol speelden.
- 5.22. Het risico dat [eiseres] liep was niet te verwaarlozen. Niet ter discussie staat namelijk dat een berekening van de fiscale lasten van een ontbinding van de vennootschap op basis van de economische waarde van de pensioen- en stamrechtenaanspraken tot aanzienlijk hogere fiscale lasten leidt dan wanneer die wordt gebaseerd op de fiscale waarde van die aanspraken. Dat moet ook duidelijk zijn geweest voor [gedaagde] als redelijk bekwaam en redelijk handelend belastingadviseur. Hoewel het hier niet gaat om een wettelijke taak brengt haar positie mee dat aan haar berekening als deskundige door [eiseres] als derde grote waarde werd toegekend, zoals [gedaagde] kon weten, en dat de beslissing om te ontbinden grote en in beginsel onomkeerbare gevolgen zou hebben voor [eiseres] , een particulier.
- 5.23. [gedaagde] had er daarom rekening mee moeten houden dat [eiseres] haar beslissing mede op de uitkomst van de berekening zou baseren en maatregelen moeten treffen om te voorkomen dat [eiseres] daaraan een onjuiste waarde zou toekennen. Dat had zij kunnen doen door in de brief van 14 mei 2020 een voorbehoud op te nemen of te waarschuwen dat volgens de geldende wet- en regelgeving de berekening moest worden gebaseerd op de economische waarde van de pensioen- en stamrechtverplichtingen en dat dit tot grotere fiscale lasten zou leiden. Zulke maatregelen konden ook nog worden genomen en waren zeker op zijn plaats toen [gedaagde] [persoon B] in haar e-mail van 15 april 2021 naar de berekening verwees. Het feit dat [gedaagde] in die e-mail aanraadde om de vennootschap voort te zetten doet daaraan niet af, omdat het niet wegneemt dat de vennootschap en [eiseres] mochten vertrouwen op de juistheid van (de uitgangspunten van) de berekening, zeker nu die heel concreet was en gebaseerd was op de vermelde cijfers. Het advies was daarentegen niet concreet en benoemde met name niet de mogelijkheid dat de berekening op verkeerde uitgangspunten

berustte. Het kwam er slechts op neer dat, uitgaande van de juistheid van de berekening, de kosten aanzienlijk zouden zijn.

- 5.24. Vast staat dat [gedaagde] de hiervoor bedoelde maatregelen -een voorbehoud of een waarschuwing- niet heeft genomen.
- 5.25. Uit dit alles volgt dat [gedaagde] tegenover [eiseres] niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend belastingadviseur betaamt. Daarmee heeft zij tegenover [eiseres] een specifieke zorgvuldigheidsnorm geschonden en een onrechtmatige daad tegenover [eiseres] gepleegd die haar kan worden toegerekend. [gedaagde] is daarom aansprakelijk voor de schade die [eiseres] door die onrechtmatige daad lijdt (artikel 6:162 lid 1 BW).

Geen belang bij gevorderde verklaring voor recht

- 5.26. [eiseres] stelt dat ook in het geval er geen sprake is van een contractuele relatie tussen partijen er wel sprake is van een onjuist of onzorgvuldig advies en de gevorderde verklaring voor recht daarom toegewezen dient te worden.
- 5.27. [gedaagde] spreekt dat tegen en voert aan dat zij met het maken en verstrekken van de berekening geen advies heeft gegeven.
- 5.28. De rechtbank wijst de gevorderde verklaring voor recht bij gebrek aan belang af. Hiervoor heeft de rechtbank al geoordeeld dat [gedaagde] onrechtmatig tegenover [eiseres] heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de schade die [eiseres] daardoor lijdt. Die schade zal in dit vonnis worden vastgesteld. Bij die stand van zaken heeft [eiseres] geen belang bij de gevorderde verklaring.

Causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de ontbinding van de vennootschap

- 5.29. De volgende vraag die moet worden beantwoord is of er voldoende causaal (oorzakelijk) verband bestaat tussen de onrechtmatige daad van [gedaagde] en de ontbinding van de vennootschap. [eiseres] baseert de door haar gestelde schade namelijk op het bestaan van dat verband.
- 5.30. [eiseres] stelt dat zij niet tot ontbinding van de vennootschap zou zijn overgegaan indien [gedaagde] een juiste berekening van de fiscale gevolgen had gemaakt of op het risico had gewezen dat de fiscale lasten hoger zouden zijn. De kosten, in de vorm van fiscale lasten, van de ontbinding van de vennootschap waren dan immers mogelijk veel hoger uitgevallen dan de kosten van instandhouding van de vennootschap. Die instandhoudingskosten begroot zij op 197.532 bij de te verwachten levensduur van [eiseres] .
- 5.31. [gedaagde] spreekt dat tegen. Volgens haar is niet aannemelijk dat de vennootschap in stand was gehouden als zij de fout in de berekening niet zou hebben gemaakt. Indien [gedaagde] haar berekening had gebaseerd op de economische waarde van de pensioen- en stamrechtaanspraken was [gedaagde] daarbij namelijk (terecht) uitgegaan van een niet geïndexeerd pensioen. De fiscale last zou dan slechts 261.009 zijn geweest. [eiseres] was bereid om tot ontbinding over te gaan bij een fiscale last van 203.365, dus een hoger bedrag dan de instandhoudingskosten, en er moet van worden uitgegaan dat er een zekere marge was voordat [eiseres] het kantelpunt bereikte. [eiseres] had namelijk net haar woning verkocht en een bedrag in de orde van 650.000 ontvangen en ook niet financiële overwegingen speelden een rol, zoals de rompslomp die met het in stand houden van de vennootschap was gemoeid en de psychische belasting die zij ervoer van het bestaan van de vennootschap.
- 5.32. De rechtbank oordeelt dat er voldoende causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige daad van [gedaagde] en de ontbinding van de vennootschap. Zij licht dit toe als volgt.

- 5.33. Voor de beoordeling van het causaal verband tussen de onrechtmatige daad van [gedaagde] en de gestelde schade dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de onrechtmatige daad van [gedaagde] en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als [gedaagde] niet onrechtmatig had gehandeld. Voor de hypothetische situatie dient te worden uitgegaan van wat bij het uitblijven van de onrechtmatige daad feitelijk zou hebben plaatsgevonden, waarbij uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden.
- 5.34. De discussie tussen partijen spitst zich toe op die hypothetische situatie. Voor de beantwoording van de vraag wat die situatie zou zijn geweest, is het volgende van belang.
- 5.35. Er bestond geen noodzaak om tot ontbinding van de vennootschap over te gaan. Dat daarvoor toch is gekozen is alleen begrijpelijk tegen de achtergrond van de kosten van instandhouding, in combinatie met de andere belastende aspecten.
- 5.36. [gedaagde] spreekt niet tegen dat de kosten van instandhouding van de vennootschap van 197.532 zijn berekend op basis van de te verwachten levensduur van [eiseres] . Deze zouden in feite zowel hoger als lager kunnen uitvallen, maar dit was een goede schatting.
- 5.37. Het ligt tegen die achtergrond voor de hand dat [eiseres] niet voor een ontbinding van de vennootschap zou hebben gekozen indien zij zou hebben geweten dat het risico bestond dat de fiscale lasten van de ontbinding van de vennootschap ruimschoots meer zouden bedragen. Dat is dus ook het geval indien [gedaagde] de fiscale last op basis van de economische waarde van een niet geïndexeerd pensioen zou hebben berekend, want dan kwam zij uit op 261.009.
- 5.38. Het is daarom aannemelijk zij het niet volstrekt zeker, zie hierna dat [eiseres] in de hypothetische situatie van het uitblijven van de onrechtmatige daad van [gedaagde] niet tot ontbinding van de vennootschap zou zijn overgegaan. Hiermee is het bestaan van een causaal verband tussen die onrechtmatige daad en de ontbinding van de vennootschap gegeven. Op de vraag of de fiscale gevolgen van de ontbinding van de vennootschap kunnen worden gebaseerd op de economische waarde van een niet geïndexeerd pensioen (wat [eiseres] tegenspreekt) hoeft daarom op dit punt niet te worden ingegaan. Dit zal aan de orde komen bij de behandeling van het verweer van [gedaagde] dat [eiseres] haar schadebeperkingsplicht heeft geschonden (zie 5.48 tot en met 5.57).

Eigen schuld van [eiseres] , inclusief schending van de schadebeperkingsplicht

- 5.39. [gedaagde] voert als verweer dat de schade op grond van eigen schuld van [eiseres] geheel of gedeeltelijk voor haar rekening dient te blijven. Zij stelt dat de schade mede het gevolg is van de volgende omstandigheden die aan [eiseres] dienen te worden toegerekend:
1. [gedaagde] heeft tweemaal aangeraden om de vennootschap voort te zetten maar de ontbinding is toch doorgezet,
 2. [gedaagde] heeft tweemaal de fiscaal gefaciliteerde afkoopmogelijkheid tevergeefs ter sprake heeft gebracht,
 3. [eiseres] heeft haar plicht om de schade te beperken geschonden door:
 - a. haar aangifte inkomstenbelasting over 2021 te baseren op een geïndexeerd pensioen, alhoewel [gedaagde] haar daarvoor er op had gewezen dat het pensioen niet geïndexeerd was en evenmin hoefde te worden;
 - b. haar aangifte inkomstenbelasting niet te wijzigen en geen gebruik te maken van de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen de (definitieve) belastingaanslag;
 - c. geen pogingen te ondernemen om het besluit tot ontbinding van de vennootschap te herroepen en de afkoop van het pensioen als gevolg daarvan terug te draaien;
 - d. geen gebruik te maken van de mogelijkheid van verliesverrekening;
 - e. niet aan te sturen op middeling waardoor zij een bedrag van circa 10.000 van de belastingdienst zou kunnen terug vragen.

5.40. [eiseres] spreekt dat tegen. Zij betwist dat de gestelde gesprekken over de fiscaal gefaciliteerde afkoopmogelijkheid hebben plaatsgevonden en voert aan dat die ook niet relevant zijn. Verder voert zij het volgende aan.

De belastingaangifte moest op een geïndexeerd pensioen worden gebaseerd. Dat volgt uit de pensioenbrief (artikel 5) en niet blijkt dat de Belastingdienst heeft ingestemd met het niet indexeren van het pensioen. Van de mogelijkheden om de belastingaanslag nog te laten wijzigen valt geen succes te verwachten, terwijl daaraan ook risico's zijn verbonden. Een besluit tot herroeping van de ontbinding van de vennootschap heeft fiscaal geen terugwerkende kracht en leidt dus niet tot wijziging van de belastingverplichtingen. [eiseres] heeft wel gebruik gemaakt van de mogelijkheid van middeling en haar schade daarmee verminderd en zij zal ook gebruik maken van de mogelijkheid van verliesverrekening.

5.41. De rechtbank verwerpt het verweer en licht dat toe als volgt.

Ad 1) de adviezen van [gedaagde] om de vennootschap voort te zetten

5.42. Het gaat hier om het advies in de e-mail van de heer [persoon D] van [gedaagde] (verder: [persoon D]) aan [persoon B] van 15 april 2021. Daarnaast stelt [gedaagde] dat [persoon D] na die e-mail telefonisch contact met [persoon B] heeft gehad en toen op de mededeling van [persoon B] dat de vennootschap per 31 mei 2021 zou worden ontbonden nogmaals heeft aangegeven dat het hem verstandiger leek om dat niet te doen.

5.43. Die adviezen kunnen het beroep op eigen schuld van [eiseres] niet dragen. In de e-mail van 15 april 2021 heeft [gedaagde] namelijk zonder enig voorbehoud verwezen naar de berekening en niet gewaarschuwd voor het risico dat de fiscale lasten van de ontbinding aanzienlijk hoger zouden uitvallen dan uit de berekening volgde. Niet gesteld is dat dit wel is gedaan in het telefoongesprek dat [persoon D] daarna met [persoon B] had. Het advies in die e-mail en het gestelde advies in dat telefoongesprek brengen daarom niet mee dat de schade die [eiseres] door de onrechtmatige daad van [gedaagde] lijdt volledig aan [eiseres] kunnen worden toegerekend, nog daargelaten dat [persoon B] en [eiseres] niet vereenzelvigd kunnen worden.

Wel is juist dat uit voormelde cijfers blijkt dat [eiseres] kennelijk bereid was om een extra kostenpost van bijna 6.000 te accepteren. Hierop zal de rechtbank bij de begroting van de schade nader ingaan (zie 5.65).

Ad 2) Het tevergeefs ter sprake brengen van de fiscaal gefaciliteerde afkoopmogelijkheid

5.44. [gedaagde] stelt samengevat dat zij voor het overlijden van [persoon A] tweemaal de fiscaal gefaciliteerde mogelijkheid om de pensioen- en stamrechten aanspraken af te kopen ter sprake heeft gebracht. De eerste keer was in een gesprek met [persoon A] in maart of april 2018 en de tweede keer in een bespreking met [persoon B] die begin 2019 plaatsvond. Beide keren werd er in verband met de slechte gezondheidstoestand van [persoon A] afgezien van het gebruik van de mogelijkheid, aldus [gedaagde] .

5.45. [eiseres] weet van die gesprekken niet af, stelt zij. Of dat juist is kan in het midden blijven. Ook indien de gestelde gesprekken hebben plaatsgevonden kunnen die het beroep op eigen schuld van [eiseres] niet dragen. Op de gestelde momenten was [eiseres] namelijk nog geen aandeelhouder van de vennootschap. Het handelen of nalaten van [persoon A] kan niet, zeker niet zonder meer, als eigen schuld aan [eiseres] worden toegerekend. De situatie was toen volledig anders en [gedaagde] had de berekening nog niet gemaakt. Daarom valt niet in te zien dat uit de gestelde besprekingen schuld van [eiseres] aan het ontstaan van de schade voortvloeit.

Ad 3) De schadebeperkingsplicht (algemeen)

5.46. Een benadeelde is gehouden om de schade te beperken voor zover dit redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, in die zin dat het schenden van die plicht hem bij het begroten van de schade kan worden tegengeworpen. De grenzen van die plicht worden door de redelijkheid bepaald en wat die redelijkheid meebrengt hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij dient in zijn algemeenheid te worden bedacht dat het de aansprakelijke partij is geweest die door zijn onrechtmatig handelen de benadeelde in die positie heeft gebracht. Dat rechtvaardigt dat de vraag wat van de benadeelde kan worden verlangd terughoudend wordt beantwoord.

5.47. [gedaagde] doet een beroep op schending van de schadebeperkingsplicht van [eiseres] . Zij moet daarom feiten stellen waaruit volgt dat [eiseres] nalaat om gebruik te maken van mogelijkheden om de schade te beperken die zij redelijkerwijs had moeten benutten en om die feiten te bewijzen als [eiseres] ze met goede argumenten tegenspreekt (hoofdregeel van artikel 150 Rv).

Ad 3a en 3b) het indexeren van het pensioen bij de aangifte inkomstenbelasting 2021 en het niet gebruik maken van de mogelijkheden om de aanslag inkomstenbelasting 2021 te (laten) wijzigen

5.48. [gedaagde] stelt dat het afrekenen op basis van een geïndexeerd pensioen niet nodig is omdat (i) de vennootschap mocht afzien van de indexatie (artikel 6 van de pensioenbrief), (ii) het pensioen nooit is geïndexeerd, (iii) [persoon A] bewust heeft afgezien van indexatie en (iv) de Belastingdienst expliciet akkoord is gegaan met het niet indexeren van het pensioen, dan wel de belastingplichtige redelijkerwijs daarop mocht vertrouwen. [gedaagde] verwijst hierbij naar de verklaring van haar externe fiscalist [persoon C] in zijn e-mail van 12 april 2024, een e-mail van een controlemedewerker van de Belastingdienst van 4 december 2017 en het controlerapport van de Belastingdienst van 16 april 2018.

5.49. Behalve het feit dat het pensioen nooit is geïndexeerd, spreekt [eiseres] dat allemaal tegen. Volgens haar volgt uit (artikel 6 van) de pensioenbrief niet dat de vennootschap kon afzien van indexatie. Ook blijkt nergens uit dat [persoon A] definitief heeft afgezien van indexatie van het pensioen en daarom kan er niet van worden uitgegaan dat de Belastingdienst dat heeft geaccepteerd of het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat dit het geval was. Verder blijkt uit het controlerapport van 16 april 2018 niet dat de Belastingdienst toen de pensioenbrief heeft ingezien en inhoudelijk heeft beoordeeld en akkoord is gegaan met het niet indexeren van het pensioen. [eiseres] ziet daarom geen heil in de voorgestelde wijziging van haar belastingaangifte en/of het gebruik maken van de mogelijkheden van bezwaar en beroep tegen de definitieve belastingaanslag. Bovendien is dat niet zonder risico omdat het ook kan leiden tot een navordering, aldus [eiseres] .

5.50. Naar het oordeel van de rechtbank heeft [eiseres] haar schadebeperkingsplicht niet geschonden door haar aangifte voor de inkomstenbelasting over 2021 te baseren op een geïndexeerd pensioen. Ook schendt zij die plicht niet door na te laten om haar belastingaangifte te wijzigen en geen gebruik te maken van de mogelijkheden van beroep en bezwaar tegen een definitieve aanslag. Dit oordeel baseert de rechtbank op de volgende omstandigheden.

5.51. Uitgangspunt is dat de pensioengerechtigde recht had op indexatie van het pensioen (zie artikel 5 van de pensioenbrief). Dat gold ook voor het nabestaandenpensioen. Daarom was de economische waarde van het pensioen dat na de ontbinding van de vennootschap moest worden afgerekend in beginsel inclusief de indexering. [gedaagde] moet daarom met voldoende feiten komen waaruit volgt dat een uitzondering op dit beginsel van toepassing is.

5.52. [eiseres] kon er redelijkerwijs niet op te vertrouwen dat artikel 6 van de pensioenbrief de vennootschap de vrijheid bood om af te zien van het pensioen. Dat de belastingdienst artikel 6 van de pensioenbrief in die zin zal uitleggen staat niet vast.

Ook de externe fiscalist van [gedaagde] die [persoon A] in 2015 adviseerde ([persoon C]) vertrouwde daar kennelijk niet op. In zijn e-mail van 12 april 2024 schreef hij namelijk dat hij [persoon A] in 2015 waarschuwde voor een navorderingsrisico bij het niet toepassen van indexatie.

- 5.53. Het feit dat het pensioen nooit is geïndexeerd rechtvaardigt niet de conclusie dat de pensioengerechtigde zijn recht op indexatie van het pensioen heeft prijsgegeven. Daarvoor zijn namelijk gedragingen of uitingen van de pensioengerechtigde nodig waaruit volgt dat hij definitief van indexatie afzag (vgl. HR 11-3-2022, ECLI:NL:HR: 2022:344).
- 5.54. [gedaagde] beroept zich op gedragingen en uitingen van [persoon A] in besprekingen met [persoon C] die in 2015 plaatsvonden en verwijst daarvoor naar de e-mail van Alberti van 12 april 2024. Daaruit blijkt niet meer dan dat [persoon A] bij de overdracht van de aandelen in de vennootschap aan zijn zoon toen bewust afzag van indexatie van de pensioenafspraken. Dat is niet genoeg, omdat daaruit niet zonder meer volgt dat [persoon A] definitief van indexatie afzag. Aanvullende gedragingen en uitingen van [persoon A] waaruit dat wel volgt, stelt [gedaagde] niet. Bovendien was de situatie ten tijde van de beroepsfout inmiddels ingrijpend gewijzigd.
- 5.55. Op basis van de inhoud van het controlerapport van 16 april 2018 kan [eiseres] er redelijkerwijs niet op vertrouwen dat de belastingdienst heeft geaccepteerd dat voor de loonheffing en de inkomstenbelasting wordt uitgegaan van een niet geïndexeerd pensioen. Dat staat namelijk niet met zoveel woorden in het controlerapport. Daarin staat wel dat [persoon A] jaarlijks 20.329,- aan pensioen ontving en dat het onderzoek geen aanleiding gaf tot het maken van nadere op- of aanmerkingen, maar dat is niet genoeg. Om de belastingdienst succesvol te kunnen tegenwerpen dat deze het niet indexeren van het pensioen heeft geaccepteerd of het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat dit het geval was is namelijk meer nodig. Vereist is onder andere dat de inspecteur van de belastingdienst heeft kennis genomen van alle daartoe vereiste bijzonderheden van het geval (vgl. HR 25-9-1979, ECLI:NL:HR:1979:AM4918 en HR 18-12-1991, ECLI:NL:HR:1991:BH8148). Dat aan die voorwaarde is voldaan kan niet worden vastgesteld omdat niet gebleken is dat [persoon A] definitief heeft afgezien van indexatie van het pensioen en daarom ook niet blijkt dat de inspecteur van de belastingdienst daarvan kennis heeft genomen.
- 5.56. Het vorenstaande wordt niet anders als [gedaagde] erin slaagt om te bewijzen dat de controlemedewerker van de belastingdienst bij het boekenonderzoek in 2017 beschikte over de pensioenbrief en de berekening van de commerciële waarde van het pensioen in verband met de overdracht, waarom deze in een e-mail van 4 december 2017 vroeg. Het getuigenbewijs van die stelling dat [gedaagde] aanbiedt is daarom niet relevant en de rechtbank laat [gedaagde] dan ook niet toe het leveren van dat bewijs.
- 5.57. Uit dit alles volgt dat van [eiseres] redelijkerwijs niet kon worden verlangd dat zij haar aangifte inkomstenbelasting over 2021 zou baseren op een niet-geïndexeerd pensioen. Ook volgt daaruit dat redelijkerwijs niet van [eiseres] kan worden verlangd dat zij die aangifte wijzigt of gebruik maakt van de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen de (definitieve) belastingaanslag. De rechtbank neemt daarbij mede in aanmerking dat [eiseres] ter zitting heeft gesteld dat daaraan het risico kleefde dat [eiseres] wordt geconfronteerd met een navordering en [gedaagde] dat niet heeft weersproken.
- Ad 3c) herroepen van het besluit om de vennootschap te ontbinden en terugdraaien van de afkoop van pensioenrechten

- 5.58. De rechtbank oordeelt dat [gedaagde] onvoldoende heeft onderbouwd dat [eiseres] een reële mogelijkheid om de schade te beperken heeft laten liggen door niet te proberen om het besluit tot ontbinding van de vennootschap te herroepen. [gedaagde] stelt namelijk geen feiten waaruit volgt dat (i) een poging om dat besluit te herroepen een reële kans op succes zou hebben gehad, hoewel de vennootschap al geliquideerd was, en (ii) een poging om de afkoop van de pensioenrechten (fiscaal) terug te draaien een reële kans op succes zou hebben gehad. Bij gebrek aan die onderbouwing blijkt niet dat [eiseres] een evidente mogelijkheid om de schade te beperken heeft laten liggen door geen poging te doen om het besluit tot ontbinding van de vennootschap te herroepen.

Ad 3 d en e) de mogelijkheden van verliesverrekening en middeling

5.59. Van de mogelijkheid van middeling heeft [eiseres] gebruik gemaakt en daarmee haar schade beperkt, zoals blijkt uit haar schadeopstelling (zie 5.61)

5.60. Ook stelt [eiseres] dat zij gebruik zal maken van de mogelijkheid tot het verrekenen van haar verlies uit aanmerkelijk belang. De vraag of in verband daarmee een bedrag op de schade in mindering moet worden gebracht beantwoordt de rechtbank bij de begroting bij de schade (zie 5.70 tot en met 5.80). Die mogelijkheid hoeft daarom hier niet verder te worden besproken.

De schade

5.61. [eiseres] stelt uiteindelijk dat de schade die zij door de onrechtmatige daad van [gedaagde] lijdt 148.303 bedraagt. Dit bedrag is als volgt opgebouwd:

Werkelijke belastingkosten na ontbinding en schadebeperkende maatregelen		
Extra inkomstenbelasting	244.013	
Revisierente	101.017	
Belastingrente	10.213	
Af: voordeel middeling	-9.588	
Totaal		345.655
Kosten van instandhouding van de vennootschap		
Totale reguliere belasting over jaarlijkse uitkeringen	100.708	
Vennootschapsbelasting bij overlijden	41.684	
Aanmerkelijk belang bij overlijden	6.826	
Kosten voor werkzaamheden [gedaagde]	48.134	
Totaal		197.352
Verschil		148.303

Ook stelt [eiseres] dat dit bedrag moet worden vermeerderd met wettelijke rente vanaf 10 mei 2023, de datum waarop zij de voorlopige aanslag over 2021 betaalde.

5.62. Calculation spreekt dat tegen en voert het volgende aan:

- a. [eiseres] heeft haar aangifte ten onrechte gebaseerd op een geïndexeerd pensioen in plaats van een niet geïndexeerd pensioen en heeft daardoor in totaal 84.026 teveel aan inkomstenbelasting en revisierente betaald. Dat is nog niet definitief omdat [eiseres] nog mogelijkheden heeft om de belastingaanslag te laten wijzigen en met 84.026 te laten verminderen. Dat bedrag dient daarom op de schade in mindering te worden gebracht;
- b. de door [eiseres] betaalde revisierente bedraagt geen 101.017 maar 101.016;
- c. de belastingrente moet buiten beschouwing worden gelaten. Het is namelijk een gevolg van de keuze van [eiseres] om gebruik te maken van de uitstelmogelijkheid voor het doen van aangifte voor de inkomstenbelasting over 2021 en om niet eerder een voorlopige aanslag te vragen om die belastingrente te voorkomen,
- d. [eiseres] heeft een verlies uit aanmerkelijk belang van 147.872 dat vanaf het aangiftejaar 2023 kan worden omgezet in een belastingkorting van in totaal 39.778. Ook dit bedrag dient op de schade in mindering te worden gebracht.

5.63. De rechtbank begroot de schade die [eiseres] door de onrechtmatig daad van [gedaagde] lijdt op $124.280,10 (90\% \times 138.089 (148.303 - 10.214 (1 + 10.213)))$ te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 10 mei 2023 en vanaf de datum van dit vonnis te verminderen met 6.300 ($90\% \times 7.000$). De rechtbank licht dit toe als volgt.

5.64. Ter zitting heeft de rechtbank de vraag opgeworpen of in deze zaak het leerstuk van de kansschade moet worden toegepast. Dat leerstuk is van toepassing als er onzekerheid bestaat over de vraag of een vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt. Die onzekerheid moet dan het gevolg zijn van de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de

hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op een betere uitkomst zich had gerealiseerd. De rechtbank past dit leerstuk toe als volgt.

5.65. Uit de feitelijke gedragingen van [eiseres] blijkt dat de voordelen van het ontbinden van de vennootschap voor haar kennelijk zwaar gewogen hebben. Zij heeft namelijk een nadeel van bijna 6.000,00 acceptabel gevonden (zie 5.43). De toelichting ter zitting over de beweegredenen van [eiseres] om de vennootschap te liquideren hield ook in dat zij het bestaan van de vennootschap en het daarbij behorende jaarlijks terugkerende laten opstellen van jaarstukken etc. als belastend ervoer, net als de onzekerheid over de in de toekomst te maken kosten van instandhouding. Anderzijds waren de fiscale gevolgen voor haar zeer relevant, mede gelet op haar beperkte financiële middelen. Dat betekent dat er een weliswaar niet te verwaarlozen, maar toch kleine kans bestaat dat [eiseres] ook als de fout niet gemaakt was de vennootschap had geliquideerd. Die kans schat de rechtbank op 10%. Dit betekent dat 10% van de schade voor rekening van [eiseres] blijft en dat [gedaagde] dus 90% van de schade moet vergoeden.

Ad a) begroting op basis van een geïndexeerd pensioen of een niet-geïndexeerd pensioen?

5.66. De rechtbank begroot de schade op basis van een geïndexeerd pensioen. Vast staat namelijk dat [eiseres] haar aangifte inkomstenbelasting 2021 daarop heeft gebaseerd. Ook blijkt uit haar stellingen dat zij geen gebruik wil maken van de mogelijkheden om de (definitieve) belastingaanslag te laten wijzigen. Hiervoor heeft de rechtbank al geoordeeld dat [eiseres] daarmee niet haar schadebeperkingsplicht schendt (zie 5.50 tot en met 5.57). De rechtbank houdt daarom geen rekening met een vermindering van de schade met het bedrag van 84.026.

Ad b) de betaalde revisierente

5.67. Bij de begroting van de schade gaat de rechtbank uit van een bedrag van 101.016 aan revisierente. Dat is namelijk het bedrag aan revisierente dat in de voorlopige aanslag inkomstenbelasting over het jaar 2021 staat, die [eiseres] heeft overgelegd. Er is geen reden om aan de juistheid van dat bedrag te twifelen.

Ad c) de belastingrente

5.68. De rechtbank oordeelt dat de belastingrente van 10.213 niet voor vergoeding in aanmerking komt omdat niet blijkt dat het betalen van die belastingrente in zodanig verband met de onrechtmatige daad van [gedaagde] staat dat het haar als een gevolg daarvan kan worden toegerekend. De rechtbank licht dit toe als volgt.

5.69. Aanvankelijk stelde [eiseres] zelf dat de belastingrente bij het vaststellen van de schade buiten beschouwing dient te blijven. Het staat [eiseres] vrij om daarvan terug te komen, maar dan dient zij wel concrete feiten te stellen waaruit volgt dat het verschuldigd worden van de belastingrente aan [gedaagde] kan worden toegerekend. [eiseres] heeft dat onvoldoende gedaan. Zij stelt slechts dat zij als gevolg van de discussie tussen partijen over de vraag of de aangifte al dan niet dient te worden gebaseerd op geïndexeerd pensioen later aangifte heeft gedaan, maar concretiseert dat niet. Ook licht [eiseres] niet toe waarom zij niet eerder om een voorlopige aanslag heeft gevraagd. Bij gebrek aan die onderbouwing blijkt niet dat het [gedaagde] kan worden toegerekend dat [eiseres] 10.213 aan belastingrente moest betalen.

Ad d) de belastingkorting op grond van het verlies uit aanmerkelijk belang

5.70. De rechtbank houdt bij de begroting van de schade rekening met een voordeel van 6.300. Dit betreft de contante waarde op de datum van het vonnis van 1.000 per jaar aan belastingkorting waarop [eiseres] over de belastingjaren 2023 tot en met 2030 recht heeft. De rechtbank baseert dit op het volgende.

- 5.71. Partijen zijn het erover eens dat [eiseres] het verlies van het aanmerkelijk belang dat zij heeft geleden kan verrekenen met haar inkomstenbelasting en dat dit zal leiden tot een belastingkorting. De rechtbank gaat ervan uit dat [eiseres] van die mogelijkheid gebruik zal maken omdat dat in het kader van de schadebeperking op haar weg ligt en [eiseres] ook heeft gesteld dat zij dat zal doen. Verder gaat de rechtbank ervan uit dat deze mogelijkheid bestaat over de jaren 2023 tot en met 2030 omdat [eiseres] dat heeft gesteld en [gedaagde] dat niet heeft tegengesproken. Daarbij geldt als voorwaarde dat [eiseres] in die jaren nog in leven dient te zijn; beide partijen gaan ervan uit dat aan die voorwaarde zal zijn voldaan
- 5.72. Het is ook redelijk om aan te nemen dat [eiseres] haar aanspraak op die belastingkorting over de jaren 2023 tot en met 2030 zal kunnen realiseren. Bij onzekerheid over de leeftijd die benadeelde zal behalen is het bij schadebegrotingen namelijk redelijk om aan te sluiten bij de statistische levensverwachting van de benadeelde. [eiseres] stelt zelf dat die statistische levensverwachting 88,5 jaar is. Die leeftijd zal [eiseres] pas na 2030 bereiken. Uit het door haar overgelegde verzoek om belastingteruggaaf blijkt namelijk dat zij is geboren in het jaar 1946.
- 5.73. Ook is het redelijk om het voordeel dat [eiseres] door die belastingkorting zal genieten in mindering te brengen op de al geleden schade omdat de belastingkorting een gevolg is van de onrechtmatige daad van [gedaagde]. Als die onrechtmatige daad wordt weggedacht zou [eiseres] namelijk geen verlies aan aanmerkelijk belang hebben geleden en zou zij dus ook geen aanspraak hebben op de belastingkorting.
- 5.74. Omdat de belastingkorting (grotendeels) in de toekomst moet worden gerealiseerd kan het voordeel dat [eiseres] daarmee behaalt niet nauwkeurig worden vastgesteld en moet dat worden geschat.
- 5.75. De rechtbank schat die belastingkorting op 1.000 per jaar en neemt daarbij het volgende in aanmerking.
- 5.76. [eiseres] heeft een beperkt inkomen. Partijen zijn het er namelijk over eens dat zij in 2021 een regulier inkomen van 30.425 had waarover zij 2.875 aan inkomstenbelasting betaalde. Ook heeft [eiseres] gesteld dat zij in 2022 2.359 aan inkomstenbelasting betaalde en heeft [gedaagde] dat niet tegengesproken.
- 5.77. [eiseres] is AOW-gerechtigd en bij gebrek aan aanwijzingen voor het tegendeel valt daarom niet te verwachten dat haar inkomen de komende jaren wezenlijk zal toenemen.
- 5.78. Daarom is het niet reëel om te verwachten dat [eiseres] een voordeel aan belastingkorting van in totaal 39.778 zal kunnen realiseren, maar komt een belastingkorting van 1.000 per jaar wel reëel voor.
- 5.79. Aangifte voor inkomstenbelasting moet in beginsel moet worden gedaan vóór 1 mei in het jaar dat volgt op het jaar waarin de inkomsten zijn genoten. Daarom is het redelijk om ervan uit te gaan dat de belastingkorting voor het eerst op 1 juli 2024 wordt genoten en vervolgens op 1 juli in de daarop volgende jaren.
- 5.80. Om het voordeel dat [eiseres] met de geschatte belastingkorting van 1.000 per jaar geniet als een totaalbedrag met de al geleden schade te kunnen verrekenen moet dat toekomstig voordeel worden omgerekend naar waarde die het op het moment van de verrekening heeft (de contante waarde). Er moet namelijk rekening worden gehouden met de toekomstige inflatie (geldontwaarding) en de rente die [eiseres] derft als gevolg van het feit dat de belastingkorting over de jaren 2024 tot en met 2030 op de geleden schade in mindering wordt gebracht voordat zij die belastingkorting ontvangt. De rechtbank schat die contante waarde op de datum van het vonnis op 7.000.

De kosten om de schade en aansprakelijkheid vast te stellen

5.81. De rechtbank wijst de gevorderde vergoeding van de kosten die KPMG Meijburg voor haar werkzaamheden aan [eiseres] in rekening bracht van in totaal 11.435 toe tot het bedrag van 10.291,50. [gedaagde] heeft namelijk niet tegengesproken dat het redelijk is dat [eiseres] deze kosten heeft gemaakt omdat zij behoefte had aan gespecialiseerde advisering en ook niet dat het bedrag van 11.435 voor de verrichte werkzaamheden redelijk is, mede in aanmerking nemend dat deze inschakeling de schade heeft beperkt. Van dat bedrag komt 10% (1.143,50) voor rekening van [eiseres] , zodat [gedaagde] 10.291,50 aan haar moet vergoeden.

5.82. De gevorderde wettelijke rente over het bedrag van 10.291,50 wijst de rechtbank pas toe vanaf de datum van de dagvaarding. Die rente is namelijk niet toewijsbaar vanaf 17 juli 2023 omdat [eiseres] toen het bedrag van 11.435 nog niet (volledig) had betaald.

De buitengerechtelijke incassokosten

5.83. [eiseres] vordert een vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten van 2.394,93 en baseert deze vordering op het tarief in het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten (hierna: het Besluit).

5.84. [gedaagde] voert aan dat [eiseres] geen recht op heeft omdat het hooguit gaat om de kosten van de brief van de advocaat van [eiseres] van 13 mei 2022.

5.85. De rechtbank wijst de vordering toe tot het bedrag van 1.954,80, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag van de dagvaarding. Zij licht dit toe als volgt.

5.86. De hoofdvordering valt niet onder het toepassingsbereik van het Besluit, omdat het niet is gebaseerd op een overeenkomst tussen partijen. De rechtbank zal daarom de gevorderde vergoeding toetsen aan de oriëntatiepunten voor de beoordeling van dergelijke vorderingen uit het Rapport BGK-integraal, maar met toepassing van de wettelijke tarieven die geacht worden redelijk te zijn.

5.87. De advocaat van [eiseres] heeft buitengerechtelijke werkzaamheden verricht die meer omvatten dan het voorbereiden van de gedingstukken en de instructie van de zaak. [eiseres] heeft namelijk onweersproken gesteld dat haar advocaat na het verzenden van de brief van 13 mei 2022 met de advocaat van [gedaagde] uitgebreid heeft gediscussieerd over de aansprakelijkheid van [gedaagde] en de omvang van de schade. Dit vindt ook steun in de overgelegde e-mails van de advocaat van [eiseres] (of zijn kantoorgenoot) van 12 en 22 juli 2022, 19 september 2022, 14 oktober 2022, 13 december 2022 en 25 januari 2023.

5.88. Het tarief in het Besluit is redelijk, maar komt toegepast op de toe te wijzen hoofdsom van 117.980,10 (124.280,10 - 6.300) uit op het bedrag van 1.954,80. De rechtbank wijst daarom 1.954,80 toe. Gelet op de forfaitaire berekening conform het Besluit hoeft de 10% korting hierop niet toegepast te worden.

5.89. De over de buitengerechtelijke incassokosten gevorderde wettelijke rente vanaf 10 mei 2023 wijst de rechtbank ook toe. Die vordering heeft [gedaagde] namelijk niet afzonderlijk tegengesproken en vindt voldoende steun vindt in de wet en de vaststaande feiten.

Samenvatting en proceskosten

5.90. Uit het voorgaande volgt dat in totaal het volgende wordt toegewezen:

124.280,10 124.280,10 te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 10 mei 2023 en te verminderen met 6.300 vanaf de datum van dit vonnis;

124.280,10 10.291,50 aan kosten om de schade en de aansprakelijkheid vast te stellen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van de dagvaarding;

124.280,10 1.954,80 aan buitengerechtigde incassokosten, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 10 mei 2023.

5.91. [gedaagde] is grotendeels in het ongelijk gesteld en moet daarom de proceskosten (inclusief nakosten) betalen. De proceskosten van [eiseres] worden begroot op:

- kosten van de dagvaarding	106,73	
- griffierecht	2.277,00	
- salaris advocaat	4.822,50	(2,5 punten × 1.929,00)
- nakosten	178,00	(plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)
Totaal	7.384,23	

5.92. De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten wordt toegewezen zoals vermeld in de beslissing.

6 De beslissing

De rechtbank

- 6.1. veroordeelt [gedaagde] om aan [eiseres] te betalen een bedrag van 124.280,10, te vermeerderen met wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over het toegewezen bedrag, met ingang van 10 mei 2023 tot de dag van volledige betaling en te verminderen met 6.300 vanaf de datum van dit vonnis,
- 6.2. veroordeelt [gedaagde] om aan [eiseres] te betalen een bedrag van 10.291,50, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over het toegewezen bedrag met ingang van de dag van de dagvaarding tot de dag van volledige betaling,
- 6.3. veroordeelt [gedaagde] om aan [eiseres] te betalen een bedrag van 1.954,80, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over het toegewezen bedrag met ingang van 10 mei 2023 tot de dag van volledige betaling,
- 6.4. veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten van 7.384,23, te betalen binnen veertien dagen na aanschrijving daartoe, te vermeerderen met 92,00 plus de kosten van betekening als [gedaagde] niet tijdig aan de veroordelingen voldoet en het vonnis daarna wordt betekend,
- 6.5. veroordeelt [gedaagde] tot betaling van de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de proceskosten als deze niet binnen veertien dagen na aanschrijving zijn betaald,
- 6.6. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 6.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en in het openbaar uitgesproken op 13 november 2024.