



Kwartaalupdate

Beroepsaansprakelijkheid

Q4 2023

Introductie

Auteurs: [Thomas Munnik en Annerieke Meerkerk](#)

In het vierde kwartaal van 2023 zijn er op www.rechtspraak.nl weer verschillende uitspraken gepubliceerd waarin een (civiele of tuchtrechtelijke) vordering tegen een beroepsbeoefenaar werd ingesteld. Denk hierbij onder andere aan de mogelijke aansprakelijkheid van notarissen, advocaten, assurantietussenpersonen en makelaars.

In deze Kwartaalupdate Beroepsaansprakelijkheid voor Q4 2023 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 01. Handelt een makelaar onrechtmatig als hij nalaat mee te delen dat de woning niet is verbouwd conform de afgegeven bouwvergunning?**
(Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 31 oktober 2023) 2
- 02. Beweerdelijke beroepsfout van een advocatenkantoor, maar ook schade?**
(Gerechtshof Amsterdam, 12 december 2023) 5
- 03. Heeft notaris ongeoorloofd ingegrepen in een vaststellingsovereenkomst?**
(Gerechtshof Amsterdam 31 oktober 2023) 9
- 04. Beroepsfout belastingadviseur bij advisering over bedrijfsoverdracht?**
(Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 november 2023) 12

01

Handelt een makelaar onrechtmatig als hij nalaat mee te delen dat de woning niet is verbouwd conform de afgegeven bouwvergunning?

(Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 31 oktober 2023)

Kopers hebben een woning gekocht van verkopers, waarbij X als makelaar is opgetreden. De woning voldeed echter niet aan de afgegeven bouwvergunning. Zo was onder meer de inhoud van de woning 918 m³, terwijl deze 806 m³ mocht bedragen. Ook was de nok- en goothoogte hoger dan was vergund. Daarom hebben de kopers niet meegewerkt aan de overdracht van de woning. Tussen kopers en verkopers heeft daarom een procedure plaatsgevonden over de ontbinding van de koopovereenkomst. In deze procedure zijn de verkopers veroordeeld tot betaling van een bedrag aan kopers, waarna kopers de makelaar aansprakelijk hebben gesteld nu de makelaar niet de vereiste zorgvuldigheid in acht zou hebben genomen. De makelaar heeft iedere aansprakelijkheid afgewezen, waarna kopers een procedure zijn gestart. De rechtbank heeft geoordeeld dat de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld en de zaak vervolgens naar de schadestaatprocedure verwezen. De makelaar is in hoger beroep gegaan. In hoger beroep gaat het hof in op de vraag of de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld en, indien dit het geval is, wat de omvang van de schade is.

Heeft de makelaar onrechtmatig gehandeld?

Allereerst dient dus de vraag te worden beantwoord of de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld nu de makelaar volgens de kopers ervan op de hoogte zou zijn geweest dat de woning in afwijking van de eerder verleende bouwvergunning is verbouwd en dat hij daarvan geen mededeling heeft gedaan aan kopers.

Voor de beantwoording van deze vraag, zet het hof de maatstaf omtrent de aansprakelijkheid van een makelaar uiteen. Zo handelt een verkopend makelaar volgens vaste jurisprudentie onrechtmatig indien hij jegens de aspirant-kopers niet de zorgvuldigheid betracht die in de omstandigheden van het geval van de makelaar mag worden

verwacht. Hiervan kan sprake zijn *“indien de makelaar de aspirant-koper voorafgaand aan de verkoop onjuiste of misleidende informatie verstrekt over eigenschappen van de zaak waarvan hij moet begrijpen dat deze voor de (betrokken) koper bij diens aankoopbeslissing van belang kunnen zijn”*. De netto woon- of gebruiksoppervlakte behoort tot die eigenschappen. Bij de beoordeling van de vraag of een makelaar onjuiste of misleidende informatie heeft verstrekt, komt het aan op het vertrouwen dat de koper in de omstandigheden van het geval aan de gegeven informatie mocht ontlenuen ([HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176](#) en [HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162](#)).

Het hof stelt vervolgens vast dat de woning niet conform de afgegeven bouwvergunning is gebouwd. Daarbij overweegt het hof dat de makelaar had moeten begrijpen dat dit wezenlijke informatie was. Zeker nu de afwijkingen niet gering zijn. Om die reden heeft de makelaar volgens het hof niet de zorgvuldigheid in acht genomen. De makelaar heeft onder verwijzing naar het vragenformulier van de woning nog aangevoerd dat de verkopers hebben meegedeeld dat de woning voldeed aan de afgegeven bouwvergunning en dat ook in de procedure tussen de kopers en verkopers is vastgesteld dat de verkopers toerekenbaar tekort zijn geschoten. Dit laat volgens het hof echter onverlet dat ook de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld. Zo heeft de makelaar verklaard dat de verkopers aan hem hebben meegedeeld dat de goot- en nokhoogte anders waren uitgevoerd dan vergund. Daarom had de makelaar dit verder moeten onderzoeken, zodat hij kopers hierover correct en volledig had kunnen informeren.

Verder heeft de makelaar nog aangevoerd dat hij slechts bouwtekeningen zonder stempels (tekeningen van de door verkopers gewenste, maar niet vergunde, situatie) had ontvangen van de verkopers. Ook ten aanzien hiervan, oordeelt het hof dat de makelaar niet mocht volstaan met een meting aan de hand van de tekeningen zonder stempels. De makelaar heeft door deze handelwijze het risico genomen dat deze tekeningen niet de door de gemeente goedgekeurde verbouwing betroffen. Dit risico heeft zich ook verwezenlijkt: de verbouwing is conform deze tekeningen gerealiseerd, maar was afgekeurd door de gemeente. Dat een architect betrokken is geweest bij de verbouwing, ontslaat de makelaar niet van zijn verantwoordelijkheid om zelfstandig een oordeel te vormen, aldus het hof. Zeker gelet op het feit dat de verkopers hebben

meegedeeld dat de verbouwing niet is uitgevoerd conform de vergunning. De stelling van de makelaar dat de kopers de mogelijkheid is geboden om de tekening met stempels in te zien en dat kopers hiervan zelf geen gebruik hebben gemaakt, kan de makelaar ook niet baten. De makelaar is een NVM-makelaar en had kopers correct en volledig moeten informeren.

De makelaar voert tot slot nog aan dat de gemeente nalatig is geweest nu zij wist dat de woning afweek van de vergunning en dit niet heeft geregistreerd in het Kadaster. Ook hierin gaat het hof niet mee nu de makelaar volgens het hof zelf aanleiding had moeten zien om "*in het veld*" onderzoek te doen naar de afwijkingen.

Het hof oordeelt dan ook dat de makelaar de kopers niet correct en volledig heeft geïnformeerd dat de woning niet conform de afgegeven vergunning is gebouwd. Hoewel de kopers hebben gevraagd of alles is gebouwd conform de vergunning, heeft de makelaar slechts geantwoord dat de bouwvergunning met stempels klaarligt. Dit is volgens het hof niet voldoende. Nu de makelaar wist, althans had moeten weten, dat de inhoud van de woning veel groter was dan vergund, had de makelaar hierop alerter moeten zijn en had hij zich niet moeten laten leiden door de (onjuiste) informatie van verkopers. De makelaar heeft daarom niet de zorgvuldigheid betracht, die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend makelaar mocht worden verwacht.

Omvang van de schade

Het hof zet ook ten aanzien van de beoordeling van de omvang van de schade de betreffende maatstaf uiteen. Zo dient de rechter de schade op grond van artikel 6:97 BW te begroten op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. De rechter mag de schade schatten indien de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de benadeelde zoveel mogelijk in de financiële toestand moet worden gebracht waarin hij zou verkeren indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Hiervoor dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie (als het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden).

Het hof oordeelt vervolgens dat de verkopers naar aanleiding van de procedure tussen kopers en verkopers slechts een beperkt bedrag hebben voldaan aan kopers en dat de

vordering verder onverhaalbaar is gebleken. Het reeds betaalde bedrag door verkopers dient daarom in mindering te worden gebracht op het gevorderde in onderhavige procedure. Dat de contractuele boete in de procedure tussen kopers en verkopers is gematigd, heeft volgens het hof geen invloed op de vordering van de kopers jegens de makelaar. Deze boete geldt namelijk alleen in de rechtsverhouding tussen kopers en verkopers. Daarom kan het hof de vordering in deze procedure op grond van onrechtmatige daad alsnog toewijzen. Het hof gaat vervolgens op iedere schadepost in en oordeelt dat de makelaar een bedrag van ruim EUR 23.000 dient te voldoen aan de kopers.

Beweerdelijke beroepsfout van een advocatenkantoor, maar ook schade?

([Gerechtshof Amsterdam, 12 december 2023](#))

In deze kwestie staat de vraag centraal of een advocatenkantoor de schade dient te vergoeden nu zij volgens een voormalig cliënt in een procedure beroepsfouten zou hebben gemaakt.

Feiten

Tussen Carigna Investments N.V. ("Carigna") en de heer X is in 1999 een geschil gerezen over de verkoop van een aan Carigna toebehorend pand aan een derde. De heer X huurde een gedeelte van dit pand en op grond van de huurovereenkomst was Carigna verplicht het pand bij voorgenomen verkoop eerst aan de heer X aan te bieden. Dit heeft Carigna niet gedaan. In de procedure tussen Carigna en de heer X is Carigna veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding nader op te maken bij staat. In de schadestaatprocedure heeft de heer X een vergoeding van ruim EUR 4 miljoen gevorderd. Carigna is tijdens de schadestaatprocedure in eerste aanleg en een gedeelte van het hoger beroep bijgestaan door Köster advocaten N.V. ("het Advocatenkantoor"). De rechtbank heeft in deze procedure een deskundige aangewezen om de schade vast te stellen. Deze deskundige heeft de schade begroot op EUR 3.858.411 en Carigna is ook veroordeeld tot betaling van dit bedrag, waarna Carigna op advies van het Advocatenkantoor hoger beroep heeft ingesteld. Het Advocatenkantoor heeft vervolgens een memorie van grieven ingediend. Daarna heeft het Advocatenkantoor zich onttrokken en heeft een andere advocaat de zaak overgenomen. Bij pleidooi heeft deze advocaat een aantal aanvullende verweren geformuleerd.

Op 12 februari 2013 heeft het hof Amsterdam overwogen dat aan de pas bij gelegenheid van pleidooi voldoende concreet naar voren gebrachte verweren voorbij zal worden gegaan, omdat het nieuwe grieven zijn en de heer X niet ondubbelzinnig heeft ingestemd met een uitbreiding van het debat in hoger beroep. Vervolgens heeft het hof twee grieven beoordeeld, deze grieven verworpen en het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

Op 14 maart 2013 is het Advocatenkantoor door Carigna aansprakelijk gesteld,

omdat zou zijn nagelaten de bij pleidooi in hoger beroep aangevoerde verweren in eerste aanleg dan wel in hoger beroep bij memorie van grieven aan te voeren. Nadien, op 8 maart 2018, heeft de advocaat van Carigna het Advocatenkantoor nogmaals aansprakelijk gesteld en medegedeeld dat deze brief dient te worden beschouwd als een stuitingshandeling (artikel 3:317 BW). Vervolgens is Carigna een procedure gestart tegen het Advocatenkantoor, waarin zij een verklaring voor recht heeft gevorderd dat het Advocatenkantoor toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht die betrekking had op de behandeling van de schadestaatprocedure en heeft Carigna ook een veroordeling tot betaling van een schadevergoeding gevorderd. Verder heeft Carigna ontbinding van deze overeenkomst gevorderd en terugbetaling van de door Carigna betaalde bedragen aan het Advocatenkantoor.

De rechtbank

De rechtbank heeft geoordeeld dat het Advocatenkantoor beroepsfouten heeft gemaakt, maar dat Carigna geen werkelijke schade heeft geleden. Carigna heeft gegriefd tegen de afwijzing van de vordering tot ontbinding en het Advocatenkantoor is in incidenteel beroep met drie grieven opgekomen tegen de door de rechtbank toegewezen verklaring voor recht dat zij toerekenbaar tekortgeschoten is.

Beoordeling van het geschil door het hof

Het hof gaat allereerst in op het oordeel van de rechtbank dat de vordering tot ontbinding wordt afgewezen. Het Advocatenkantoor stelt dat de bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst van opdracht in 2018 is verjaard, aangezien een verklaring tot ontbinding ontbreekt in de aansprakelijkstelling in 2013. Carigna heeft in dat kader aangevoerd dat zij in deze brief heeft gesteld dat zij haar rechten voorbehoudt en dat zij heeft medegedeeld dat zij aanspraak maakt op vergoeding c.q. terugbetaling van de door haar gemaakte kosten van juridische bijstand en dat voor een dergelijke terugbetaling een ontbinding is vereist.

Het hof overweegt dat voor de beoordeling of uit deze mededeling voldoende duidelijk blijkt dat Carigna zich het recht op ontbinding voorbehoudt, zowel het formulier als de context en de omstandigheden van het geval van belang zijn. Zo spreken de betreffende brieven uit 2013 en 2018 over fouten die zijn gemaakt

in de procedure tegen de heer X, de aansprakelijkheid van het Advocatenkantoor, de hoogte van de vordering en over de aanspraak op vergoeding van de juridische kosten. Vervolgens overweegt het hof dat – anders dan Carigna heeft betoogd – voor terugbetaling geen ontbinding is vereist. Van terugbetaling kan namelijk ook sprake zijn bij een tekortkoming in de nakoming. Gelet op de door Carigna gebruikte formulering, doelde Carigna volgens het hof op die tekortkoming. Daarom hoefde het Advocatenkantoor volgens het hof de brief niet zo te begrijpen dat Carigna zich het recht voorbehield om de overeenkomst te ontbinden. Bovendien was de brief opgesteld door een advocaat, waardoor het Advocatenkantoor mocht aannemen dat de formulering zorgvuldig en bewust was gekozen. Vervolgens overweegt het hof dat een rechtsvordering tot ontbinding op grond van artikel 3:311 lid 1 BW verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop Carigna met de tekortkoming bekend is geworden. Op dat moment vervalt eveneens de mogelijkheid tot buitengerechtelijke ontbinding (artikel 6:268 BW). Nu Carigna op 14 maart 2013 bekend is geworden met de tekortkoming, oordeelt het hof dat het recht om de overeenkomst te ontbinden is verjaard.

Vervolgens gaat het hof in op de stelling van het Advocatenkantoor dat Carigna geen belang heeft bij een verklaring voor recht dat het Advocatenkantoor toerekenbaar tekort is geschoten. Volgens het Advocatenkantoor is er namelijk geen financieel belang omdat het Advocatenkantoor niet aansprakelijk is voor de geleden schade. Ook is er geen sprake van een ideëel belang, aldus het Advocatenkantoor. Het hof overweegt in dat kader dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt (artikel 3:303 BW) en dat in artikel 3:303 besloten ligt dat het belang bij het instellen van een vordering evenredig moet zijn aan het belang van de wederpartij en dat van een behoorlijke rechtspleging. Nu Carigna financiële gevolgen heeft verbonden aan de beroepsfouten van het Advocatenkantoor en Carigna heeft betoogd dat een verklaring van belang is in haar verhouding tegenover derden, heeft Carigna volgens het hof belang bij een dergelijke verklaring. De grief van het Advocatenkantoor faalt derhalve.

Verder gaat het hof in op de vraag of de door Carigna geleden schade als gevolg van de beroepsfouten voor vergoeding in aanmerking komt. Carigna heeft aangevoerd dat zij – anders dan de rechtbank heeft geoordeeld – door toedoen van het Advocaten-

kantoor een schuld heeft die op haar vermogen drukt en dat zij daarmee rechtstreeks in haar vermogen wordt geraakt. Dat Carigna een negatief vermogen heeft en geen bedrijfsactiviteiten oefent, is volgens Carigna niet relevant. Het gaat volgens haar om het economisch nadeel dat zorgt voor een vermogensvermindering. Zo heeft de heer X vanwege een gebrek aan vermogensbestanddelen zijn vordering niet kunnen executeren en heeft de heer X zijn peilen gericht op de feitelijk beleidsbepalers van Carigna.

Het hof overweegt dat bij de beoordeling of de door Carigna gevorderde schade voor vergoeding in aanmerking komt, van belang is dat sprake is van feitelijk nadeel. Daarbij is bepalend op welke wijze het geleden nadeel aan het vermogen van Carigna kan worden gerelateerd. Het gaat dan om vermogen in feitelijk-economische zin. De onherroepelijke vaststelling dat de heer X een vordering heeft op Carigna, houdt volgens het hof niet zonder meer in dat de door Carigna gevorderde schade voor vergoeding in aanmerking komt. Het hof stelt vervolgens vast dat Carigna een lege vennootschap is zonder baten, die sinds 2004 niet meer actief is en slechts intercompany schulden heeft. Dit zal volgens het hof in de toekomst niet anders zijn. Verder is de heer X in 2013 gestopt om zijn vordering te executeren. Mocht dit anders worden, dan biedt Carigna in ieder geval geen verhaal. De enkele vaststelling dat de heer X een vordering heeft op Carigna, is volgens het hof onvoldoende om te oordelen dat de gevorderde schade voor vergoeding in aanmerking komt. Gelet op alle omstandigheden is het namelijk niet aannemelijk dat Carigna ooit haar schuld zal voldoen. Om die reden kan de gevorderde schade, die gerelateerd is aan de vordering van de heer X, niet worden toegewezen.

Of Carigna voldoende heeft onderbouwd dat sprake is van een beroepsfout van het Advocatenkantoor door niet het verweer te voeren van eigen schuld, matiging en het ontbreken van toerekenbaarheid, faalt volgens het hof wegens gebrek aan belang nu de grieven ten aanzien van de schade ook falen.

03

Heeft notaris ongeoorloofd ingegrepen in een vaststellingsovereenkomst?

([Gerechtshof Amsterdam 31 oktober 2023](#))

Deze uitspraak betreft een uitspraak in hoger beroep in een tuchtrechtelijke procedure tegen een notaris. Het is standaard dat dergelijke hoger beroepen worden behandeld door de Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam.

De tuchtklacht tegen de notaris is ingediend door een vrouw (hierna gemakshalve “klaagster”) die enige tijd een affectieve relatie heeft gehad met een inmiddels, in 2018, overleden man (hierna gemakshalve “erflater”). Erflater heeft in zijn testament een legaat aan klaagster gemaakt, te weten een bedrag van EUR 1 miljoen. Daarnaast is de echtgenote van erflater (“de echtgenote”) als enig erfgename en ook als executeur van de nalatenschap benoemd.

Na het overlijden van erflater zijn verschillende discussies gerezen tussen klaagster en de echtgenote met betrekking tot de uitkering van de aan hen toekomende bedragen. Zo heeft klaagster beslag gelegd onder de derdengeldrekening van de notaris, op welke rekening de verkoopopbrengst van de woning van erflater is gestort. Deze discussies worden uiteindelijk beslecht, wanneer op 23 mei 2019 een vaststellings-overeenkomst wordt gesloten tussen klaagster en de echtgenote. Zij komen overeen dat ter uitvoering van het legaat een bedrag van EUR 623.184 wordt gestort op de rekening van klaagster vanaf de derdengeldrekening van de notaris. Ter beslechting van de geschillen wordt eveneens een bedrag van EUR 10.000 aan klaagster betaald. Ten slotte houdt de notaris een bedrag van EUR 386.816 in depot, ter voldoening van de verwachte erfbelasting die klaagster verschuldigd is. Dit bedrag zal na oplegging van de aanslag door de notaris worden voldaan. Ten aanzien van het depot wordt een aparte depotovereenkomst gesloten tussen de notaris, klaagster en de echtgenote. Hierin wordt ook opgenomen dat klaagster en de echtgenote gezamenlijk de facturen van de notaris zullen voldoen.

Op deze plaats kan alvast worden opgemerkt dat in de hierboven genoemde regeling een rekenfout is geslopen, die partijen noch hun juridisch adviseurs (die bij het

opstellen van de vaststellingsovereenkomst waren betrokken) hebben opgemerkt. Zo tellen de bedragen van EUR 623.184 en EUR 386.816 op tot EUR 1.010.000, en niet tot het bedrag van EUR 1 miljoen, waarop klaagster volgens het testament van erflater recht had. Klaagster zou met deze regeling dus meer krijgen dan erflater voor ogen had. De notaris is bij het opstellen van deze vaststellingsovereenkomst overigens niet betrokken.

Pas in januari 2020 merkt een kandidaat-notaris, die op het kantoor van de notaris werkzaam is, de rekenfout op. Na een verzoek van klaagster om het bedrag van EUR 386.816 aan de Belastingdienst te voldoen ter voldoening van de aanslag erfbelasting, meldt de kandidaat-notaris bij e-mail van 10 januari 2020 dat de vaststellingsovereenkomst een rekenfout bevat. Vanuit het depot zou een bedrag van EUR 375.939,22 aan de Belastingdienst voldaan moeten worden, terwijl klaagster zelf zorg zou dienen te dragen voor betaling van het resterende bedrag van EUR 10.876,78. Bij e-mail van dezelfde dag wijst klaagster erop dat de depotovereenkomst door de notaris dient te worden uitgevoerd, en dat de daarin genoemde bedragen moeten worden voldaan. In reactie hierop meldt de kandidaat-notaris dat het eerder door haar genoemde bedrag inmiddels aan de Belastingdienst is voldaan.

Ruim twee jaar later – de uitkeringen aan de echtgenote en klaagster hebben dan allang plaatsgevonden – stelt klaagster de notaris bij e-mail van 30 maart 2022 aansprakelijk, omdat in haar ogen sprake is geweest van een onjuiste berekening door de kandidaat-notaris (die op dat moment overigens al niet meer werkzaam is op het notariskantoor). Volgens klaagster is zij voor een bedrag van EUR 10.876,78 benadeeld, zijnde het bedrag dat zij zelf nog aan de Belastingdienst zou hebben moeten voldoen. De echtgenote zou hierdoor zijn bevoordeeld, doordat zij een hoger bedrag uit het depot kreeg dan waarop zij volgens de vaststellingsovereenkomst recht zou hebben. Nadat klaagster op 31 mei 2022 een tuchtklacht tegen de notaris heeft ingediend, reageert de notaris op 23 juni 2022 inhoudelijk op de eerdere berichten van klaagster. Hij schrijft het probleem te willen oplossen en een inhoudelijke behandeling van de klacht te willen vermijden. Het door klaagster gevorderde bedrag wordt aan klaagster overgemaakt. Dat bedrag wordt enkele maanden later, op 14 oktober 2022, overigens weer door de notaris van klaagster teruggevorderd omdat het onverschuldigd zou zijn betaald.

In eerste aanleg oordeelt de Kamer van het Notariaat dat het verwijt dat de notaris heeft ingegrepen in de vaststellingsovereenkomst gegrond is. De notaris zou hiermee eigenmachtig hebben ingegrepen in de vaststellingsovereenkomst. Jegens klaagster zou dit onzorgvuldig zijn geweest.

In hoger beroep komt de notariskamer tot een ander oordeel. Van eigenmachtig ingrijpen was volgens de notariskamer geen sprake, nu de vaststellingsovereenkomst naar de strekking werd uitgevoerd. De strekking was immers ervoor te zorgen dat het aan klaagster toekomende legaat zou worden uitgevoerd. De notariskamer weegt hierbij bovendien mee dat klaagster in eerste instantie EUR 10.000 'teveel' betaald heeft gekregen (het bedrag van EUR 10.000 dat klaagster en de echtgenote eveneens in de vaststellingsovereenkomst waren overeengekomen), waardoor geen risico zou zijn gelopen door klaagster. Volgens de notariskamer had de notaris er overigens wel goed aan gedaan om de echtgenote ervan op de hoogte te stellen dat het bedrag in depot te laag was om de gehele aanslag erfbelasting te voldoen. Klaagster heeft volgens de notariskamer echter geen eigen belang om hierover te klagen.

Ten aanzien van de overige klachtonderdelen verklaart de notariskamer slechts de onderdelen gegrond ten aanzien van het wijzen op de te vergoeden rente over het depotbedrag en het niet adequaat reageren op de aansprakelijkstelling door klaagster. Een inhoudelijke reactie op de aansprakelijkstelling volgde immers pas na drie maanden. Voor de overige klachtonderdelen geldt volgens de notariskamer dat klaagster niet-ontvankelijk is, gelet op overschrijding van de klachttermijn. De notariskamer meent dat kan worden volstaan met het opleggen van een waarschuwing.

Hoewel het betreffende klachtonderdeel in hoger beroep ongegrond is verklaard, laat deze uitspraak wel zien dat het goed is om kritisch te kijken naar een verstrekte opdracht. Wat zijn partijen overeengekomen en hoe verhoudt zich dat tot de opdracht? Daarnaast laat deze uitspraak zien dat een beroepsbeoefenaar er hoe dan ook goed aan doet adequaat te reageren op een aansprakelijkstelling of, meer in het algemeen, klachten over het eigen handelen. Klachten zullen serieus genomen moeten worden. Daarmee kan worden voorkomen dat hierover aanvullend met succes zou kunnen worden geklaagd.

04

Beroepsfout belastingadviseur bij advisering over bedrijfsoverdracht?

(Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 november 2023)

Een echtpaar start een gerechtelijke procedure tegen hun belastingadviseur, omdat volgens het echtpaar sprake is geweest van gebrekkige advisering. Zo zou onvoldoende zijn gewaarschuwd voor de fiscale gevolgen van een bedrijfsoverdracht.

Het echtpaar is in gemeenschap van goederen getrouwd, en heeft drie kinderen. De echtgenoot is zakenman en eigenaar van het bedrijf Delco Participation. De partner van een van de kinderen is tot 2015 als accountant werkzaam geweest bij kantoor Y en treedt op als algemeen adviseur van de familie. Y maakt, samen met kantoor X, onderdeel uit van een groep (Z). Deze groep biedt gespecialiseerde dienstverlening op het gebied van accountantscontrole, de samenstelling van jaarrekening als ook bedrijfseconomische, juridische en fiscale vraagstukken. De heer A is sinds 1990 belastingadviseur en sinds 2005 statutair bestuurder van X. Hij heeft het echtpaar geadviseerd over allerlei fiscale vraagstukken.

De adviseurs van het echtpaar waren sinds 2010 betrokken bij onderhandelingen tussen het echtpaar en de Belastingdienst over toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling ("BOR") bij de schenking van het ondernemingsvermogen aan de drie kinderen. Hierover is uiteindelijk in januari 2018 mondelinge overeenstemming bereikt met de Belastingdienst. Onderdeel van de regeling was dat het echtpaar het belang in Delco, onder toepassing van de BOR, aan de kinderen kon worden overgedragen ("de Schenking Delco").

Het echtpaar heeft vervolgens op 8 februari 2018 aan Z en de heer A, als hun adviseurs, opdracht gegeven te adviseren bij de uitvoering van de Schenking Delco. Dit advies volgde vervolgens bij e-mail van 28 februari 2018. In deze e-mail zijn drie opties gepresenteerd, waaronder de optie 'Schenking onder Last'. Tijdens een bespreking die een half jaar later plaatsvond, op 21 augustus 2018, is deze optie

als fiscaal meest gunstig gepresenteerd. Uiteindelijk heeft de Schenking Delco op 17 oktober 2018 plaatsgevonden, inderdaad door middel van de genoemde optie 'Schenking onder Last'.

Het echtpaar wist op dat moment echter niet dat de rechtbank Gelderland op 12 juni 2018 uitspraak had gedaan in een procedure, waarbij een vergelijkbare schenking speelde. Over de hoogte van de last zou direct inkomstenbelasting zijn verschuldigd. Voor dit deel van de schenking zou geen doorschuiving van vermogen kunnen plaatsvinden. Tegen deze uitspraak is sprongcassatie ingesteld, uiteindelijk is het cassatieberoep op 24 mei 2019 ongegrond verklaard.

Over deze procedure, die ook van belang zou blijken te zijn voor het echtpaar en de beoogde schenking aan hun kinderen, hebben Z en A het echtpaar niet geïnformeerd. Voor de door het echtpaar te maken keuze zou dit echter wel relevant geweest kunnen zijn. Dat blijkt ook uit het feit dat directe heffing inkomstenbelasting zou plaatsvinden, voor een bedrag van EUR 526.000. Het echtpaar is hierover 26 september 2019 door Z en A geïnformeerd. In een hierop volgende bespreking, op 10 oktober 2019, heeft het echtpaar zijn ongenoegen geuit over in hun ogen gebrekkige advisering en aangekondigd Z en A, als hun adviseurs, aansprakelijk te houden voor het nalaten hen te adviseren over het vonnis en de daaraan verbonden risico's.

De daadwerkelijke aansprakelijkstelling van Z en A volgde bij brieven van 14 augustus 2020 en 9 oktober 2020. Het echtpaar is hierop een gerechtelijke procedure tegen Z en A gestart, waarin een verklaring voor recht is gevorderd dat Z en A toerekenbaar tekort zijn geschoten, althans onrechtmatig hebben gehandeld. Daarnaast is vergoeding gevorderd van de geleden schade, in totaal een bedrag van EUR 808.439,24.

De rechtbank en, in hoger beroep, het gerechtshof hebben zich echter allereerst moeten uitlaten over het beroep van Z en A op het vervalbeding dat in de algemene voorwaarden van X was opgenomen. Volgens dit vervalbeding zou ieder recht op schadevergoeding twaalf maanden na de schadeveroorzakende gebeurtenis vervallen. Volgens Z en A zou de vervaltermijn zijn aangevangen op 26 september 2019 (het moment waarop het echtpaar werd geïnformeerd over de directe heffing inkomsten-

belasting). Omdat op 26 september 2020 nog geen dagvaarding was uitgebracht, zou een beroep kunnen worden gedaan op het vervalbeding.

Het hof gaat hier, in navolging van de rechtbank, niet in mee. Volgens het hof zijn, na het klagen door het echtpaar bij de bespreking van 10 oktober 2019, verschillende stappen gezet waaruit volgde dat aan het echtpaar in eerste instantie werd voorgehouden dat werd nagedacht over een mogelijke oplossing. Tot de brief van 14 augustus 2020 zou door Z en A c.q. hun beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar nog geen definitief standpunt zijn ingenomen. Zo was in de tussenliggende een register expert ingeschakeld die nader onderzoek heeft verricht. Onder deze omstandigheden oordeelt het hof het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om de vervaltermijn aan het echtpaar tegen te werpen. Het echtpaar verkeerde in de veronderstelling, en mocht dat volgens het hof ook redelijkerwijs, dat mogelijk nog een onderlinge oplossing zou worden voorgesteld.

Voor wat betreft de door het echtpaar aangevoerde beroepsfout van de adviseurs wijst het hof erop dat tegen de betreffende rechtsoverweging uit het vonnis van de rechtbank geen grief is gericht, waardoor in hoger beroep van het bestaan van de beroepsfout mag worden uitgegaan.

De vraag is dan nog of sprake is van causaal verband tussen de beroepsfout en de door het echtpaar geleden schade. Het echtpaar doet hierbij onder andere een beroep op toepassing van de omkeringsregel. Het hof overweegt in dit verband dat in zaken als deze (waarbij het handelen dat tot aansprakelijkheid leidt bestaat uit een tekortschieten in een verplichting tot waarschuwen of informeren) niet met zekerheid kan worden vastgesteld wat de benadeelde zou hebben gedaan als wél adequaat zou zijn geïnformeerd of gewaarschuwd. Voor gevallen als deze is daarvoor de kansschadebepaling ontwikkeld. De schade wordt dan gezien als een verlies van een kans op een betere uitkomst.

Voor toepassing van de omkeringsregel bestaat in een situatie als deze volgens het hof geen grond. Hiertoe zou volgens het hof, onder verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad, vereist zijn dat een gedraging heeft plaatsgevonden die strijdig is met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar voor het ontstaan van schade, en dat de schadelijdende partij ook bij betwisting aannemelijk maakt dat dit

gevaar zich heeft verwezenlijkt. Volgens het hof doet die situatie zich in onderhavige procedure niet voor, en is de geschonden norm in deze zaak een andere, te weten de zorg van een goed opdrachtnemer (de verplichting uit artikel 7:401 BW).

Omdat partijen zelf niet zijn ingegaan op de kansschadebenadering, worden zij door het hof nog in de gelegenheid gesteld zich hierover in een nadere akte uit te laten. Uit een later te wijzen (eind-)arrest zal vervolgens moeten blijken in hoeverre de beroepsfout van hun adviseurs inderdaad leidt tot vergoeding van de schade die het echtpaar heeft geleden.

Een vraag over beroepsaansprakelijkheid?

Neem contact op met een van onze specialisten



Vincent Terlouw

Partner / Advocaat

+31 6 5112 0296

v.terlouw@ploum.nl



Maurice Verhoeven

Partner / Advocaat

+31 6 2036 4060

m.verhoeven@ploum.nl



Thomas Munnik

Advocaat

+31 6 2248 1755

t.munnik@ploum.nl



Suzanne van Aalst

Advocaat

+31 6 1255 6802

s.vanaalst@ploum.nl



Annerieke Meerkerk

Advocaat

+31 6 1117 6305

a.meerkerk@ploum.nl



Boaz van Honk

Advocaat

+31 6 3008 0195

b.vanhonk@ploum.nl