

# ECLI:NL:GHARL:2017:2410

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	21-03-2017
Datum publicatie	23-03-2017
Zaaknummer	200.173.024/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Beroepsaansprakelijkheid accountant. Accountant is tekortgeschoten in zijn zorgplicht door zijn cliënt bij een aandelentransactie niet te wijzen op een fiscale consequentie van de overdracht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2017/1478 AR 2017/1507

## Uitspraak

### GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.173.024  
(zaaknummer rechtbank Noord-Nederland C/17/134495 HA ZA 14-157)

### arrest van 21 maart 2017

in de zaak van

**1 [appellant1],  
kantoorhoudend te [A],  
hierna: [appellant1],  
2MIEDEMA ACCOUNTANTS B.V.,  
gevestigd te [A],  
hierna: Miedema B.V.,**

appellanten in het principaal hoger beroep,  
geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: gedaagden,  
hierna gezamenlijk te noemen: **Miedema c.s.**,  
advocaat: mr. N.E.N. de Louwere, kantoorhoudend te Waalre,

tegen

**1 MARAN BEHEER B.V.,**  
**gevestigd te [B] ,**  
**hierna: Maran,**  
**2. SRI VASTGOED B.V.,**  
**gevestigd te [C] ,**  
**hierna: SRI Vastgoed,**  
**3. SRI SPECIAAL ROESTVRIJSTAAL INDUSTRIE B.V.,**  
**gevestigd te [C] ,**  
**hierna: SRI Industrie,**  
**geïntimeerden in het principaal hoger beroep,**  
**appellanten in het incidenteel beroep,**

in eerste aanleg: eisers,  
hierna gezamenlijk te noemen: **Maran c.s.**,  
advocaat: M.J. Blokzijl, kantoorhoudend te Groningen.

## **1 Het verdere verloop van de procedure in hoger beroep.**

1.1 In het tussenarrest van 17 januari 2017 is een comparitie gelast. Deze comparitie heeft op 26 januari 2017 plaatsgevonden. Daarvan is proces-verbaal opgemaakt.

1.2 vervolgens is arrest bepaald.

## **2 Vaststaande feiten**

2.1 De rechtbank heeft in rechtsoverweging 2 (2.1 tot en met 2.11) van het vonnis de feiten vastgesteld. Tegen deze vaststelling zijn geen grieven gericht en ook overigens is niet van bezwaren gebleken. Het hof gaat dan ook uit van de door de rechtbank vastgestelde grieven, die - aangevuld met enkele andere feiten - op het volgende neerkomen.

2.2 SRI Industrie houdt zich bezig met de vervaardiging van machines en apparaten, onder meer voor de industriële koeltechniek.

2.3 [appellant1] is accountant. Hij oefent het accountantsberoep uit in Miedema B.V.

2.4 [appellant1] was accountant van SRI Industrie. Hij heeft SRI Industrie in 2007 geadviseerd bij het

opzetten van een holdingstructuur. Ter uitvoering van dat advies is Maran opgericht. Maran houdt de aandelen en is de bestuurder van SRI Vastgoed, dat op haar beurt de aandelen houdt van SRI Industrie. SRI Industrie heeft haar bedrijfspand tegen de boekwaarde (en met een stille reserve) overgedragen aan SRI Vastgoed. [appellant1] heeft in 2007 ook een verzoek voor fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting betreffende Maran c.s. ingediend bij de belastingdienst, welk verzoek is gehonoreerd.

- 2.5 In 2008 heeft Maran (mede) op advies van en in samenspraak met [appellant1] een watersportbedrijf gekocht, Hoora Watersport. [appellant1] was de accountant van dat bedrijf. Ten behoeve van de watersportactiviteiten zijn vier nieuwe vennootschappen opgericht, waarvan Maran (middellijk) aandeelhouder was.
- 2.6 De watersportactiviteiten bleken verliesgevend te zijn en drukten zodanig zwaar op het resultaat van de gehele Maran-groep dat de bankier van de groep, Rabobank, aandrang op een kapitaalinjectie. In (elk geval in) 2011 was de Maran-groep ondergebracht bij de afdeling bijzonder beheer van Rabobank.
- 2.7 [appellant1] kende uit zijn netwerk de heer [D], die bereid was via zijn vennootschap NCM Broeders Beheer B.V. (hierna: Broeders B.V.) € 550.000,- in aandelen van SRI Vastgoed te investeren en een achtergestelde lening van € 115.000,- te verstrekken. Met de van Broeders B.V. ontvangen bedragen, een geldlening van de vader van de bestuurder van Maran en een door de Frieslandbank verstrekte financiering, kon begin augustus 2011 het krediet van de Maran-groep bij Rabobank worden afgelost.
- 2.8 Bij notariële akte van 15 juli 2011 heeft Maran 20% van de aandelen in SRI Vastgoed overgedragen aan Broeders B.V. Door de levering van deze aandelen werd de fiscale eenheid verbroken.
- 2.9 Als gevolg van de verbreking van de fiscale eenheid diende de stille reserve in de onroerende zaak die SRI Industrie in 2007 aan SRI Vastgoed had overgedragen, in 2011 voor de vennootschapsbelasting tot de winst te worden gerekend. Het betrof een bedrag van circa € 1.500.000,-. Deze fiscale boekwinst kon in 2011 worden verrekend met (compensabele) verliezen over de jaren 2010 en 2011.
- 2.10 Bij brief van 9 juli 2013 heeft de advocaat van Maran c.s. Miedema c.s. aansprakelijk gesteld voor de geleden en nog te lijden schade. Miedema c.s. hebben aansprakelijkheid van de hand gewezen.

### **3 De procedure in eerste aanleg**

- 3.1 Maran c.s. hebben Miedema c.s. gedagvaard. Zij vorderen dat voor recht wordt verklaard dat Miedema c.s. toerekenbaar zijn tekortgeschoten in de nakoming van hun verplichtingen uit de overeenkomst met Maran c.s. althans onrechtmatig hebben gehandeld, en veroordeeld worden tot schadevergoeding op te maken bij staat, te vermeerderen met (buitengerechtelijke) kosten en wettelijke rente. Aan deze vorderingen leggen zij ten grondslag dat [appellant1] hen er ten onrechte niet op heeft gewezen dat door de aandelentransactie met Broeders B.V. de fiscale eenheid zou worden doorbroken en (dientengevolge) zou moeten worden afgerekend over de fiscale reserves. Volgens Maran c.s. heeft [appellant1] ook ten onrechte nagelaten de fiscale eenheid tijdig te herstellen. Indien dat wel zou zijn gebeurd, zou de afrekening over de fiscale reserves achterwege zijn gebleven. Maran c.s. stellen schade te hebben geleden door de tekortschietende advisering van [appellant1], daarin bestaande dat zij in de toekomst geen gebruik meer kunnen maken van de opgebouwde compensabele verliezen. Die zijn immers

verrekend met de in 2011 (onbedoeld) gerealiseerde boekwinst. Daardoor lijden zij (fiscale) schade.

3.2 Miedema c.s. hebben de vorderingen van Maran c.s. bestreden. Volgens hen stonden Maran c.s. in 2011 met de rug tegen de muur. Maran c.s. hadden geen andere keuze dan om in te stemmen met het aanbod van Broeders, die alleen wilde investeren wanneer hij aandelen zou verkrijgen in Maran Vastgoed. Onder deze omstandigheden, waarin Maran c.s. met de rug tegen de muur stonden, hoefde [appellant1] niet te wijzen op (de gevolgen van) het verbreken van de fiscale eenheid. Miedema c.s. bestrijden ook dat Maran c.s. schade hebben geleden door het advies en dat sprake is van causaal verband tussen de gestelde schade en de aan hen verweten onzorgvuldigheid.

3.3 Nadat de rechtbank een tussenvonnis had gewezen, waarbij een comparitie van partijen was gelast en deze comparitie had plaatsgevonden, heeft de rechtbank in het eindvonnis overwogen dat [appellant1] is tekortgeschoten in zijn zorgplicht door Maran c.s. niet te waarschuwen voor de fiscale gevolgen van de aandelentransactie met Broeders B.V. De rechtbank overwoog verder dat dat het verweer van Miedema c.s. betreffende het causaal verband in de schadestaat aan de orde dient te komen. Voor toewijzing van de vordering tot verwijzing naar de schadestaat is voldoende dat de mogelijkheid van schade door de schending van de zorgplicht aannemelijk is en aan dit vereiste is voldaan, aldus de rechtbank.

De rechtbank achtte de vordering betreffende de buitengerechtelijke kosten onvoldoende onderbouwd en wees erop dat de gevorderde wettelijke rente alleen betrekking had op de buitengerechtelijke kosten. De rechtbank verklaarde voor recht dat Miedema c.s. waren tekortgeschoten in de nakoming van de met Maran c.s. gesloten overeenkomst van opdracht en veroordeelde Miedema c.s. hoofdelijk tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat.

#### **4 Wijziging van eis**

4.1 Maran c.s. hebben bij memorie van antwoord in principaal appel hun eis vermeerderd, in die zin dat zij ook wettelijke handelsrente vorderen over de (bij staat op te maken) schade die zij lijden en zullen lijden.

4.2 Miedema c.s. hebben geen bezwaar gemaakt tegen deze vermeerdering van eis. Het hof ziet ook geen reden de vermeerdering van eis, die in het eerste processtuk in hoger beroep van Maran c.s. is geformuleerd, ambtshalve buiten beschouwing te laten. Het hof zal dan ook recht doen op de vermeerderde eis.

#### **5 De bespreking van de grieven in principaal en in incidenteel appel**

5.1 Het hof stelt bij de bespreking van de grieven voorop dat Miedema c.s. geen grief hebben gericht tegen het kennelijk door de rechtbank gehanteerde uitgangspunt dat zowel [appellant1] als Miedema B.V. een overeenkomst hebben met zowel Maran, als SRI Vastgoed en SRI Industrie. Evenmin is een grief gericht tegen het kennelijk door de rechtbank gehanteerde uitgangspunt dat de aannemelijkheid van de mogelijkheid van schade alle drie laatstgenoemde vennootschappen betreft. Ten slotte hebben Miedema c.s. uitdrukkelijk berust in het oordeel van de rechtbank dat alle verweren van Miedema c.s. die geen betrekking hebben op de gestelde schending van de zorgplicht in de schadestaatprocedure nog aan de orde kunnen komen.

5.2 Het voorgaande betekent dat de procedure in het principaal appel, zoals Miedema c.s. ook

uitdrukkelijk hebben aangegeven in hun memorie van grieven, beperkt blijft tot de vraag of Miedema c.s. hun (contractuele) zorgplicht hebben geschonden. Met grief I in het principaal appel leggen Miedema c.s. die vraag in volle omvang aan het hof voor.

- 5.3 Op grond van artikel 7:401 BW dient een opdrachtnemer bij de uitvoering van de opdracht de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Ten aanzien van beroepsbeoefenaren, als accountants, wordt deze norm aldus ingevuld dat het gaat om de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheidsplicht brengt onder meer mee dat een accountant zijn cliënt niet onnodig blootstelt aan voorzienbare en vermijdbare risico's. Wanneer een accountant zijn cliënt adviseert en begeleidt in het kader van een transactie brengt de zorgvuldigheidsplicht mee dat de accountant de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen. Het antwoord op de vraag of en in welke mate de accountant de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij komt onder meer betekenis toe aan de ernst en de omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit risico zich zal realiseren en de mate waarvan de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn (vgl. Hoge Raad 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406 - het betreft de advisering door een advocaat, maar partijen zijn het er, terecht, over eens dat de daar omschreven maatstaf ook van toepassing is op de advisering door een accountant). Zo hoeft niet te worden gewezen op geringe, evidente of al bekende risico's of op theoretische mogelijkheden (vgl. Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2624).
- 5.4 Ter beantwoording van de vraag of Miedema c.s. hun zorgplicht hebben geschonden door Maran c.s. niet te wijzen op de verbreking van de fiscale eenheid indien de beoogde aandelentransactie met Broeders B.V. zou worden gerealiseerd, stelt het hof het volgende vast:
- a. tussen partijen staat niet ter discussie dat ten gevolge van het verkrijgen door Broeders B.V. van 20% van de aandelen in SRI Vastgoed de fiscale eenheid verbroken zou worden. Het verbreken van de fiscale eenheid was dan ook het voorzienbare gevolg van deze transactie;
  - b. tussen partijen staat ook vast dat, gelet op het tijdstip van de verbreking van de fiscale eenheid - minder dan 6 kalenderjaren na de overdracht van het bedrijfspand -, op grond van artikel 15ai Wet VPB 1969 vennootschapsbelasting is verschuldigd over, kort gezegd, de stille reserves betreffende dat pand;
  - c. bij gelegenheid van de comparitie van partijen in hoger beroep is gebleken dat partijen het er inmiddels over eens zijn (aanvankelijk verschilden zij daarover van mening) dat het niet mogelijk is na het verbreken van de fiscale eenheid de fiscale gevolgen van de verbreking ongedaan te maken, bijvoorbeeld door kort na de verbreking de fiscale eenheid weer te herstellen;
  - d. uit hetgeen hiervoor onder b. en c. is vastgesteld, volgt dat het voorzienbaar was dat in 2011 voor de vennootschapsbelasting moest worden afgerekend over de stille reserves in het bedrijfspand;
  - e. met de stille reserves was een bedrag van ongeveer € 1.500.000,- gemoeid, derhalve - uitgaande van een heffing van 20% over € 200.000,- en 25% over het meerdere - een substantieel bedrag aan belastingheffing;
  - f. [appellant1] is actief betrokken geweest bij de vestiging van de fiscale eenheid en bij de overdracht van het bedrijfspand aan SRI Industrie in 2007. Hij was ook betrokken bij de aandelentransactie met Broeders B.V. in 2011. Hij beschikte dan ook over alle informatie die nodig was om te kunnen vaststellen dat deze transactie leidde tot het verbreken van de fiscale eenheid en de belastingheffing over de opwaardering van het bedrijfspand op grond van het bepaalde in artikel 15ai Wet VPB 1969. Als accountant diende hij op basis van deze informatie ook te weten dat deze belastingheffing het gevolg was van de aandelentransactie;
  - g. [appellant1] heeft Maran c.s. niet gewezen op de hiervoor onder e. en f. vermelde consequenties van de aandelentransactie;
  - h. Miedema c.s. hebben, terecht, niet aangevoerd dat [appellant1] er vanuit is gegaan, dan wel er vanuit mocht gaan, dat Maran c.s. bekend waren met deze consequenties;
  - i. Uit hetgeen bij de vaststelling van de feiten is vermeld over de rol van Miedema c.s., volgt dat de advisering door [appellant1] zich onder meer uitstreckte tot fiscale kwesties. [appellant1] was

actief betrokken bij de herstructurering van de Maran-groep in 2007 en bij belangrijke investeringen nadien. Ook was hij actief betrokken bij pogingen om het tij te keren toen de groep in zwaar weer kwam te verkeren, waarbij hij vanuit zijn netwerk een externe financier, Broeders, aantrok. [appellant1] fungeerde dan ook als belangrijke financieel adviseur van Maran c.s.

- 5.5 Gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft vastgesteld, zijn Miedema c.s. naar het oordeel van het hof, in het licht van het hiervoor vermelde, tekortgeschoten in hun zorgplicht door Maran c.s. niet te wijzen op de fiscale consequenties van de aandelentransactie met Broeders B.V. Het hof neemt bij dit oordeel in aanmerking dat [appellant1] een belangrijke adviseur was van Maran c.s. en daarbij een actieve rol speelde. [appellant1] kende de structuur en de organisatie van Maran c.s., behoorde bekend te zijn met de aanzienlijke fiscale (en financiële) consequenties van de beoogde aandelentransactie en behoorde te weten dat die consequenties Maran c.s. niet bekend waren. Door Maran c.s. niet op deze (niet slechts theoretische, maar uiterst reële) consequenties te wijzen, waarmee bovendien een substantieel financieel belang was gemoeid, heeft hij Maran c.s. niet in staat gesteld goed geïnformeerd te beslissen over het al dan niet aangaan van de transactie.
- 5.6 Aan dit oordeel doen niet af de stellingen van Miedema c.s. dat Maran c.s. met de rug tegen de muur zouden hebben gestaan en geen alternatieven zouden hebben gehad. Miedema c.s. hebben in dat verband gewezen op een schriftelijke verklaring van de heer Broeders, inhoudende dat hij alleen in Maran c.s. wilde investeren indien hij aandelen in SRI vastgoed verwierf. Zij hebben ook aangevoerd dat er uiterst snel moest worden gehandeld.
- 5.7 Bij gelegenheid van de comparitie in hoger beroep heeft de (middellijk) bestuurder van Maran c.s., onweersproken door Miedema c.s., gesteld dat hij de heer Broeders eind mei/begin juni 2011 voor het eerst heeft gesproken. De akte tot levering van de aandelen is anderhalve maand later gepasseerd. Er lag dan ook nog wel enige tijd tussen het ontwikkelen en het realiseren van de plannen omtrent de aandelentransactie, zodat er naar het oordeel van het hof voldoende ruimte bestond om mogelijke alternatieven te zoeken voor de financieringsbehoefte van Maran c.s.. Ook indien de heer Broeders alleen maar wilde financieren wanneer hij een aandelenbelang in SRI Vastgoed verwierf, hadden Maran c.s. er met het oog op een verantwoorde beslissing ten aanzien van de beoogde aandelentransactie belang bij de fiscale consequenties van deze transactie te kennen. Die consequenties vormden immers een - minst genomen - potentieel nadeel van de transactie. De stelling dat er geen alternatief voor de financiering van Maran c.s. bestond, hebben Miedema c.s. onvoldoende onderbouwd. Het hof neemt daarbij in de eerste plaats in aanmerking dat niet is gebleken dat met de heer Broeders een andere wijze van structurering van zijn financiering van Maran c.s. is besproken, en voorts dat, naar bij gelegenheid van de comparitie in hoger beroep onweersproken door hen is gesteld, de vader van de (middellijk) bestuurder van Maran c.s. niet onbemiddeld is en ook bereid is gebleken een bedrag aan Maran c.s. te lenen. [appellant1] mocht er dan ook niet vanuit gaan dat Maran c.s. niet anders konden dan instemmen met de aandelentransactie, ongeacht de fiscale consequenties daarvan. In dit verband overweegt het hof dat de eigen stellingen van [appellant1] ter gelegenheid van de comparitie geen grond bieden voor de stelling dat [appellant1] om deze reden de informatievoorziening over de fiscale consequentie achterwege heeft gelaten. [appellant1] heeft immers verklaard dat hij bij zijn advisering deze consequentie niet voor ogen had.
- 5.8 Om ieder misverstand voor de schadestaatprocedure te voorkomen, overweegt het hof dat het met hetgeen hiervoor is overwogen nog geen oordeel heeft gegeven over het causaliteitsverweer van Miedema c.s., inhoudende dat ook als [appellant1] Maran c.s. wel zou hebben geïnformeerd over de fiscale consequentie de aandelentransactie zou zijn doorgedaan. Waar het bij het oordeel over de zorgvuldigheid om gaat, is dat [appellant1] Maran c.s. niet in staat heeft gesteld deze consequenties in haar afwegingen te betrekken, niet waartoe deze afwegingen in dat geval hadden geleid.

- 5.9 De slotsom is dat het hof, met de rechtbank, van oordeel is dat Miedema c.s. hun zorgplicht hebben geschonden door Maran c.s. niet te waarschuwen voor de negatieve consequentie van de aandelentransactie met Broeders B.V., daarin bestaande dat de fiscale eenheid zou worden verbroken en voor de vennootschapsbelasting afgerekend diende te worden over de stille reserves in het bedrijfspand.
- 5.10 De grief faalt dan ook.
- 5.11 Maran c.s. hebben incidenteel appel ingesteld vanwege de vermeerdering van eis. Zij vorderen nu ook dat Miedema c.s. worden veroordeeld tot betaling van de wettelijke handelsrente over de door Maran c.s. geleden en nog te lijden schade.
- 5.12 Deze vordering van Maran c.s. is niet toewijsbaar. Maran c.s. miskennen allereerst dat de wettelijke handelsrente alleen verschuldigd is over de vordering tot nakoming van een verplichting tot betaling van een geldsom uit een handelsovereenkomst, niet op een vordering tot schadevergoeding. Zij miskennen vervolgens dat de door de rechtbank toegewezen vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat mede de wettelijke rente behelst. De wettelijke rente vormt immers ook een schadepost. De vermeerderde vordering is dan ook niet toewijsbaar.
- 5.13 De slotsom is dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen. Miedema c.s. zullen worden veroordeeld in de kosten van het principaal appel (2 punten, tarief II), Maran c.s. in de kosten van het incidenteel appel (2 punten, tarief II \* 50%), in principaal en incidenteel appel te vermeederen met nakosten. De veroordeling in de proceskosten en nakosten ten laste van Maran c.s. zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard, als door Miedema c.s. gevorderd.

## **6 De beslissing**

**Het gerechtshof, rechtdoende in hoger beroep:**

**bekrachtigt het vonnis, waarvan beroep;**

**veroordeelt Miedema c.s. in de kosten van het principaal appel en begroot deze kosten voor zover tot op heden aan de zijde van Maran c.s. gevallen op € 711,- aan verschotten en op € 1.788,- voor geliquideerd salaris van de advocaat;**

**veroordeelt Miedema c.s. in de nakosten betreffende het principaal appel, begroot op € 131,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68,- in geval Miedema c.s. niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;**

**veroordeelt Maran c.s. in de kosten van het incidenteel appel en begroot deze kosten voor zover tot op heden aan de zijde van Maran c.s. gevallen op nihil aan verschotten en op € 894,- voor geliquideerd salaris van de advocaat;**

veroordeelt Maran c.s. in de nakosten betreffende het incidenteel appel, begroot op € 131,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68,- in geval Maran c.s. niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest voor wat betreft de veroordeling in de proceskosten en in de nakosten betreffende het incidenteel appel uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mr. H. de Hek, mr. J.N. Bartels en mr. A. van Hees en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag

21 maart 2017.

