

Kansschade of proportionele aansprakelijkheid?

28

(HR 21 december 2012, RAV 2013/30, LJN BX7491)

1. Inleiding

Dat het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid nog niet is uitgekristalliseerd blijkt wel uit het feit dat de Hoge Raad op 14 december 2012 (HR 14 december 2012, RAV 2013/26, LJN BX8349) en 21 december 2012 arresten wijst over de toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid (zie *Bb* 2013/13, afl. 6). In het arrest van 14 december 2012 heeft de Hoge Raad kort gezegd geoordeeld dat in het kader van de proportionele aansprakelijkheid geen ruimte bestaat voor een billijkheidscorrectie.

In zijn arrest van 21 december 2012 komen de leerstukken kansschade en proportionele aansprakelijkheid aan de orde. Deze leerstukken hebben volgens de Hoge Raad ieder een eigen toepassingsbereik. Indien een beroep wordt gedaan op proportionele aansprakelijkheid, geldt dat de rechter op grond van het arrest *Fortis/Bourgonje* (HR 24 december 2010, LJN BO1799, NJ 2011/251) dit beroep met terughoudendheid moet benaderen. Deze terughoudende benadering geldt niet in gevallen waarin het leerstuk van kansschade van toepassing is.

2. Feiten

X was vanaf 1 januari 1983 werkzaam als vennoot bij de accountantsmaatschap [A]. De accountantsmaatschap is later opgegaan in Deloitte Belastingadviseurs B.V. In september 1988 heeft het bestuur van [A] de maatschap opgezegd aan X. Op 4 oktober 1988 heeft X aan Y opdracht gegeven hem te adviseren over de fiscale consequenties van zijn uitreden bij [A]. Het advies diende gericht te zijn op de fiscale mogelijkheden om de belastingdruk op een door X te ontvangen uittreedensom te beperken, ervan uitgaande dat X (die toen 43 jaar was) nadien in enigerlei vorm de accountancy wilde blijven uitoefenen. Y heeft bij brief van 16 december 1988 een advies gegeven aan X (hierna: het advies). Vanaf december 1988 hebben uittredingsonderhandelingen plaatsgevonden tussen X en [A]. Op 9 april 1989 hebben X en [A] overeenstemming bereikt over de voorwaarden van uittreding, waaronder een uittreedensom voor X van f 1.235.000. Het advies dat Y had gegeven was gebaseerd op de geruisloze inbreng van de onderneming van X in H&H Beheer. De vennootschap H&H Beheer is op 22 maart 1989 opgericht. Volgens Y zou op deze manier de belastingdruk op de uittreedensom beperkt blijven. De belastingdruk zou volgens het advies van Y f 405.000 belopen. Op 19 januari 1989 is aan de Belastingdienst het verzoek gedaan om de uittreedensom van X geruisloos in te brengen in H&H Be-

heer. Dit verzoek is afgewezen, hetgeen resulteerde in een aanslag inkomstenbelasting van f 588.333. Na bezwaar en beroep hebben X en de Belastingdienst op 20 juni 1996 een compromis gesloten, op grond waarvan X f 480.000 belasting moest betalen aan de Belastingdienst.

3. Oordeel hof

X en H&H Beheer (X c.s.) vorderen in deze procedure vergoeding van de schade als gevolg van een beroepsfout van Y. X stelt dat Y bij zijn advisering jegens X toerekenbaar tekortgeschoten is door bij zijn advisering geen melding te maken van de mogelijkheid van de zogenoemde 'ruilarresten'. Bij toepassing van de 'ruilarresten' zou een beter resultaat zijn bereikt voor X. Het advies van Y voor een geruisloze inbreng was geen haalbare mogelijkheid en in feite een onbegaanbare weg. Nadat de rechtbank die vordering had afgewezen, heeft het hof de vordering van X c.s. toegewezen tot een bedrag van € 54.285,27 met rente. Het arrest van het hof is door de Hoge Raad bij arrest van 5 juni 2009, LJN BH2624, NJ 2009/256 zowel in principaal als in incidenteel beroep vernietigd. Na verwijzing heeft het hof Y en Deloitte Belastingadviseurs B.V. veroordeeld tot betaling van 60% van de schade die X heeft geleden als gevolg van de door Y gemaakte beroepsfout.

Het hof heeft in dat kader overwogen, dat beoordeeld moet worden of X schade heeft geleden doordat Y hem niet heeft geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de 'ruilarresten'. Daarvoor dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de situatie zoals die zich feitelijk heeft voorgedaan – waarin Y niet heeft geadviseerd over de ruilarresten – en de hypothetische situatie dat Y wel zou hebben geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten. Dit brengt mee dat een schatting moet worden gemaakt van de kans dat X, indien Y hem had geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, aan de daarvoor geldende vereisten had kunnen voldoen. Omdat het gaat om de kansbepaling van een hypothetische situatie, is niet doorslaggevend of X in de situatie waarin hij zich in 1988-1989 bevond, feitelijk voldeed aan de ruilarresten. X was immers juist niet geadviseerd over de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, zodat hij zijn gedrag daarop ook niet heeft kunnen afstemmen. Daarom kan niet van doorslaggevende betekenis worden geacht of bij X in 1988-1989 een concreet voornemen bestond tot inkoop in een andere accountantsmaatschap. Gelet op de inspanningen die X feitelijk heeft verricht, acht het hof voldoende aannemelijk dat X, zoals hij heeft gesteld, zijn inspanningen had geïntensiveerd met het doel zich in een ander kantoor in te kopen, indien Y hem correct had geadviseerd.

De goede en kwade kansen tegen elkaar afwegend komt het hof tot een kans van 60% dat X, indien Y hem in zijn advies van december 1988 ook had gewezen op de mogelijkheid van toepassing van de ruilarresten, zich daadwerkelijk op

¹ Mr. M. Ouchene is advocaat bij CMS Derks Star Busmann, te Utrecht.

deze fiscale faciliteit had kunnen beroepen. Wat betreft de omvang van de schade dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de belasting die X feitelijk heeft betaald, en de belasting die hij zou hebben betaald indien hij gebruik zou hebben gemaakt van de fiscale faciliteit van de ruilarresten. Van dit bedrag dient dan 60% door Y te worden voldaan aan X.

4. Hoge Raad

Volgens Y heeft het hof miskend dat *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de beroepsfout van Y en de schade van X vereist is, en bovendien dat de aard van de geschonden norm (te weten de plicht om X te wijzen op de ruilarresten) en de strekking van de geschonden norm (het voorkomen van vermogensschade) meebrengen dat het onaanvaardbaar is dat het in beginsel op X rustende bewijsrisico van het *condicio-sine-qua-non-verband* niet voor rekening van X wordt gelaten. Met een beroep op het arrest *Fortis/Bourgonje* betoogt Y dat het hof heeft miskend dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij het toepassen van leerstukken zoals kansschade en proportionele aansprakelijkheid, omdat die toepassing de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt.

De Hoge Raad begint met een uiteenzetting in welke gevallen de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en kansschade kunnen worden toegepast.

Volgens de Hoge Raad is de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid geëigend om een oplossing te bieden voor situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken. Het leerstuk van de kansschade is geëigend om een oplossing te bieden voor situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in 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 succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.

De Hoge Raad oordeelt kort gezegd dat in het onderhavige geval het hof geen toepassing heeft gegeven aan de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid, maar (kenmerkend) aan die van de kansschade. Zijn oordeel moet aldus worden verstaan, dat het hof voldoende aannemelijk heeft geoordeeld dat X, indien Y hem had geadviseerd over de mogelijkheid van de ruilarresten, dat advies zou hebben opgevolgd en zich intensief zou hebben ingespannen zich overeenkomstig de voorwaarden van de ruilarresten in een ander kantoor in te kopen. Aldus heeft het hof het *condicio-*

sine-qua-non-verband vastgesteld tussen de tekortkoming van Y en het verlies van de kans van X op een fiscaal gunstiger situatie. Vervolgens heeft het hof, volgens de Hoge Raad, geoordeeld of X, ervan uitgaande dat hij zich zou hebben ingespannen zich in een ander kantoor in te kopen binnen de voorwaarden die door de ruilarresten worden gesteld, daarin zou zijn geslaagd. Daarbij wijst het hof terecht erop dat de ruilarresten meebrengen dat zulks binnen een bepaalde tijd moest zijn gerealiseerd en dat de volledige uittreedsom van X moest worden aangewend voor inkoop in een andere maatschap. Omdat dit van een aantal onzekere factoren afhankelijk is (waarbij het hof kennelijk vooral het oog heeft op de vraag of binnen de gestelde tijd een kantoor gevonden had kunnen worden waarmee X overeenstemming kon bereiken en dat een zodanige omvang had dat hij de volledige uittreedsom kon aanwenden om zich in te kopen), heeft het hof, gelet op het over en weer aangevoerde en onder afweging van de goede en kwade kansen, geoordeeld dat X een kans van 60% had dat hij zich daadwerkelijk van de fiscale faciliteit van de ruilarresten had kunnen bedienen. Aldus heeft het hof volgens de Hoge Raad een juiste toepassing gegeven aan het leerstuk van de kansschade.

Daarbij merkt de Hoge Raad op dat, nu het hof het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de normschending van Y en het verlies van de kans van X op een gunstiger fiscale behandeling heeft vastgesteld volgens de gewone bewijsregels, zonder in dat verband een proportionele benadering te hanteren, geen grond bestaat voor de terughoudende benadering die volgens het arrest *Fortis/Bourgonje* bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is.