

Heeft de huisaccountant/fiscalist een beroepsfout gemaakt bij de advisering rondom een bedrijfsovername?

Rb. Gelderland 08-08-2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3816

Instantie

Rechtbank Gelderland

Datum

8 augustus 2018

Magistraten

Mr. M.A.M. Vaessen

Zaaknummer

C/05/317134

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Faillissement

Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid

Verbintenissenrecht / Overeenkomst

Brondocumenten

ECLI:NL:RBGEL:2018:3816, Uitspraak, Rechtbank Gelderland, 08-08-2018

Wetgeving

Art. 6:89, 6:101, 6:162 BW

Essentie

Beroepsfout adviseur. Klachtplicht. Eigen schuld.

Heeft de huisaccountant/fiscalist een beroepsfout gemaakt bij de advisering rondom bedrijfsovername? Is sprake van schending klachtplicht en eigen schuld?

Samenvatting

Twee vaders en twee zonen exploiteren, allen door een persoonlijke holding, een bouwbedrijf. Flynth is al decennia accountant/adviseur van het bedrijf. In 2012 adviseert Flynth over schenking van aandelen door de vaders aan de zonen onder toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR). Voorwaarde van de BOR is dat de bedrijfsopvolger de onderneming tenminste vijf jaar moet voortzetten. In december 2012 wordt de schenking afgewikkeld. Op verzoek van de zonen wordt in 2013 het faillissement van het bouwbedrijf uitgesproken. Daardoor handelen de zonen in strijd met de BOR. In de loop van 2013 legt de fiscus de zonen alsnog een forse aanslag schenkbelasting op. Omdat Flynth er niet nadrukkelijk op heeft gewezen dat de vrijstelling van de schenkingsbelasting alleen zou gelden als de onderneming niet binnen vijf jaar failliet zou gaan, hebben de vaders en de zonen Flynth in 2016 aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van de foute advisering. Flynth beroept zich op eigen schuld en schending van de klachtplicht.

Rb.: Omdat eisers geen partij bij de opdrachtovereenkomst waren, moet beoordeeld worden of Flynth onrechtmatig heeft gehandeld. Voor die beoordeling geldt dezelfde toets als voor wanprestatie: heeft Flynth gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht. Dat is niet het geval. Flynth, om advies gevraagd over een bedrijfsoverdracht, had eigen onderzoek moeten doen naar de waarde van de onderneming. Daarbij had zij niet alleen moeten kijken naar de waarde van het eigen vermogen maar ook naar de liquiditeitspositie en de continuïteitsvooruitzichten. Flynth had niet zomaar blind mogen varen op de informatie van het bouwbedrijf. Flynth had bovendien expliciet erop moeten wijzen dat in geval van faillissement de voorwaarden van de BOR-vrijstelling zouden worden geschonden waardoor er alsnog een schenkingsaanslag zou kunnen volgen.

Omdat eisers geen partij bij de opdrachtovereenkomst zijn, is in plaats van de klachtplicht uit de algemene voorwaarden art. 6:89 BW van toepassing. In beginsel geldt het artikel niet voor een vordering uit onrechtmatige daad, tenzij – zoals hier – de onrechtmatige daad haar grond vindt in een gebrek in de prestatie (het advies van Flynth aan de beheermaatschappij). Flynth heeft echter onvoldoende gemotiveerd gesteld dat sprake is van rechtsverwerking.

Bij wijze van eigen schuld wordt het eisers aangerekend dat zij Flynth niet op de hoogte hebben gehouden van de slechte financiële positie en de problemen met de bank. Pas door op het allerlaatste moment de account en niet de fiscaal jurist die eerder had geadviseerd, te informeren, hebben eisers er zelf ook aan bijgedragen dat toen niet meer een juiste en weloverwogen keuze kon worden gemaakt. De eigen schuld wordt vastgesteld op 40%.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176: art. 6:89 BW geldt in beginsel niet bij onrechtmatige daad;
- HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, RAV 2015/27: over de gemotiveerde stelplicht ter zake rechtsverwerking (*Far Trading/Edco*);
- HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497, RAV 2013/42;
- HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552, RAV 2008/13: art. 6:89 BW geldt wel bij onrechtmatige daad met grondslag in gebrek in de prestatie (*Ploum/Smeets I*);
- HR 2 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9766, NJ 2002/379: maatstaf voor aansprakelijkheid belastingadviseur;
- Asser 7-IV 2018/191 e.v.

Wenk

1. Onrechtmatige daad en toetsingsmaatstaf

In deze uitspraak komen aspecten van de beroepsaansprakelijkheid van de belastingadviseur aan de orde. Van belang is dat sprake is van buiten-contractuele aansprakelijkheid, gebaseerd op onrechtmatige daad. Dat maakt, volgens vaste jurisprudentie, niet uit voor de toe te passen norm: handelt de adviseur als van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht. Aan die norm heeft de belastingadviseur om twee redenen niet voldaan. Ten eerste had de adviseur expliciet moeten wijzen op de voorwaarde van de BOR dat de onderneming tenminste vijf jaren zou moeten worden gecontinueerd. Ten tweede had de adviseur – in het kader van het continuïteitsvereiste – zich beter rekenschap van het toekomstperspectief moeten geven. Hij had zelf mede de liquiditeitspositie en continuïteitsvooruitzichten moeten onderzoeken en niet moeten afgaan op de informatie van de onderneming.

2. Eigen schuld

De gedraging van eisers zelf leidt tot een beperking van de aansprakelijkheid via de weg van de eigen schuld. Toen de financiële situatie penibel werd – en de vereiste continuïteit in gevaar kwam – had het op de weg van eisers gelegen contact met de adviseur te zoeken, zo oordeelt de rechtbank. Wellicht was dan een andere oplossing dan het faillissement mogelijk geweest. De vraag komt op of men van eisers wel mag verwachten dat zij contact zoeken in geval van dreigende discontinuïteit, wanneer de adviseur nooit op dat continuïteitsvereiste heeft gewezen. Maar mogelijk dat deze (veronderstelde) eigen verantwoordelijkheid van eisers communiceert met de verantwoordelijkheid van Flynth uit eigen beweging onderzoek naar de toekomstperspectieven te doen (zie 1).

3. Klachtplicht

Het gebrek in de prestatie hebben eisers in de loop van 2013 ontdekt. Toen legde de fiscus alsnog een hogere schenkbelasting op. Pas in 2016 hebben eisers Flynth aansprakelijk gesteld. Voor de vaststelling of binnen bekwame tijd is geklaagd (art. 6:89 BW) is tijdverloop niet van doorslaggevend belang (vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600). Het gaat er mede om of Flynth in dit geval door het tijdverloop in haar belangen geschaad zou zijn. Het tijdverloop is echter wel een belangrijke factor. Gelet op het forse tijdverloop was er voor Flynth met een betere onderbouwing (anders dan – kennelijk – de enkele stelling dat er tijdig geklaagd dient te worden) wellicht nog wat te winnen geweest.

J.A. Stal

Partij(en)

Vonnis in de zaak van,

1. [Eiser 1],
2. [Eiser 2],
3. [Eiser 3],
4. [Eiser 4],
5. [Eiser 5] BV,
6. [Eiser 6] BV,

eisers, hierna gezamenlijk [eisende partij c.s.], advocaat mr. T.E. Heslinga te Leeuwarden, tegen

Flynth Adviseurs en Accountants B.V., te Haarlemmermeer, kantoorhoudende te Arnhem, gedaagde, advocaat mr. B.G. Jansen te Arnhem.

Uitspraak

Rechtbank, locatie Arnhem:

1. De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 14 juni 2017
- het proces-verbaal van comparitie van 21 november 2017
- de conclusie van repliek
- de conclusie van dupliek.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1.

Eisers sub 1 en 2 (hierna: de vaders) zijn de vaders van respectievelijk eisers sub 3 en 4 (hierna: de zonen). Eisers sub 5 en 6 zijn holdingvennootschappen die de vaders hebben opgericht en waarvan de aandelen vervolgens in het kader van een bedrijfsoverdracht die in deze zaak centraal staat, aan de zonen zijn overgedragen.

2.2.

De vaders exploiteerden sinds 1979 gezamenlijk een familiebedrijf in de vorm van een besloten vennootschap, genaamd [bouwbedrijf] (hierna: het bouwbedrijf). Enig aandeelhouder van het bouwbedrijf is sinds 1990 [de beheermaatschappij] (hierna: de beheermaatschappij). Eiser sub 2 en de persoonlijke holdingvennootschappen van de beide zonen ([bouwbedrijf A], respectievelijk [bouwbedrijf B]) zijn de bestuurders van het bouwbedrijf.

De aandelen in de beheermaatschappij worden gehouden door de vier persoonlijke holdings van de vaders en de zonen.

2.3.

Het was de bedoeling dat het bouwbedrijf van de vaders op de beide zonen zou worden overgedragen. Flynth, al ongeveer 40 jaar de huisaccountant van het bouwbedrijf, heeft hierbij geadviseerd. In dat kader zijn er in 2009 door de beheermaatschappij aandelen ingekocht uit de holdings van de vaders, waarna de koopprijs is omgezet in onderhandse leningen van de holdings van de vaders aan de beheermaatschappij.

2.4.

Rabobank (hierna: de bank) was de huisbank van het bouwbedrijf. Na het ontstaan van de economische crisis van 2008, heeft het bouwbedrijf in 2010 om extra krediet gevraagd bij de bank. Dit is toen gehonoreerd. Verder zijn er vanaf 2008 vanuit privé door de vaders leningen verstrekt om de liquiditeit aan te vullen. Begin 2012 is het bouwbedrijf door de bank onder toezicht van haar Afdeling bijzonder beheer geplaatst. Op de onder 2.2 bedoelde onderhandse leningen van de vaders aan de beheermaatschappij was toen al enige tijd geen rente betaald en niet afgelost omdat de onderneming die last niet kon dragen. Er was al enige tijd sprake van verliezen. In 2010 was er bij een omzet van bijna 23 miljoen en een balanstotaal van bijna 20 miljoen, sprake van een verlies van ruim € 700.000,00 en in 2011 was er bij een omzet van bijna 21 miljoen en een balanstotaal van bijna 19 miljoen ook weer een verlies van ruim € 700.000,00.

2.5.

Op 6 maart 2012 heeft een fiscaal jurist van Flynth schriftelijk geadviseerd over de bedrijfsopvolging. Voorgesteld is de aandelen in de persoonlijke holdings van de beide vaders via een zusterafsplitsing onder te brengen in een nieuwe vennootschap (dit werden de eisers 5 en 6), waarvan vervolgens de aandelen onder toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR, die kort gezegd een vrijstelling inhoudt van de regels van de Successiewet) worden geschonken aan de beide zonen. Daarbij zou dan op basis van Flynth's waarderingsvoorstel ieder van de zonen een bedrag van circa € 2.156.000,00 ontvangen, waarover dan maar € 27.530,00 schenkingsrecht zou zijn verschuldigd, waarvan de betaling zou mogen worden uitgesmeerd over 10 jaar.

2.6.

Een voorwaarde van de BOR is dat de bedrijfsopvolger de onderneming tenminste vijf jaar moet voortzetten.

2.7.

Omdat Flynth stelde dat er vooroverleg met de belastingdienst nodig was, kreeg de schenking niet meteen haar beslag. Het was aanvankelijk de bedoeling dat de daarvoor benodigde aktes al in mei 2012 notarieel gepasseerd zouden worden. Bij e-mail van 23 oktober 2012 heeft de fiscaal jurist van Flynth aan [eisende partij c.s.] laten weten "dat ingevolge het vooroverleg met de belastingdienst" het te betalen schenkingsrecht lager uitvalt dan het initieel begrote bedrag van circa € 27.500,00.

2.8.

In november 2012 heeft het bouwbedrijf zich weer tot de bank gewend met een verzoek om extra kapitaal. Volgens eisers betrof het een tijdelijke en zeer summiere extra financiering. Het bouwbedrijf beschikte weliswaar over veel eigen vermogen in de vorm van onbezwaard vastgoed, maar er was behoefte aan meer liquide middelen. De bank was slechts bereid tot het verschaffen van extra kapitaal indien de beide zonen ieder een persoonlijke borgstelling van € 125.000,00 zouden afgeven. De bank was niet bereid genoeg te nemen met enkel zekerheden op het onbezwaarde vastgoed van het bouwbedrijf.

2.9.

Op 10 december 2012 zijn de onder 2.5. bedoelde schenkingen notarieel afgewikkeld.

2.10.

Het jaar 2012 heeft het bouwbedrijf afgesloten met een verlies van ruim 1 miljoen euro bij een omzet van 15 miljoen euro en een balanstotaal van zo'n 18 miljoen euro.

2.11.

De zonen hebben geweigerd de door de bank gevraagde persoonlijke borgstellingen af te geven omdat zij, volgens eigen zeggen, het geld niet hadden om in een eventueel geval de borgsom te betalen. Daardoor was de bank niet bereid een aanvullend krediet te verstrekken. Omdat het ook niet lukte bij een andere bank aanvullend krediet te krijgen, hebben de zonen zich na het inwinnen van juridisch advies genoodzaakt gezien zelf het faillissement van het bouwbedrijf aan te vragen.

2.12.

Op de dag vóór het indienen van de faillissementsaanvraag, 28 februari 2013, is er contact geweest met de vaste accountant van Flynth om hem te informeren over de ontstane situatie. De accountant heeft daarop het bouwbedrijf nog diezelfde avond bezocht en onder meer geholpen heeft bij het opstellen van de notulen van de aandeelhoudersvergadering.

2.13.

Op 1 maart 2013 is het eigen faillissement aangevraagd, waarna het bouwbedrijf op 5 maart 2013 in staat van faillissement is verklaard. Er zijn 85 personeelsleden ontslagen en inmiddels heeft de curator voor ongeveer € 800.000,00 kunnen liquideren.

2.14.

Bij aanslagen van 6 augustus 2013 heeft de fiscus aan de zonen ieder een aanslag Schenkbelasting van € 442.038,00 opgelegd, kort gezegd omdat door het faillissement de onderneming is gestaakt binnen vijf jaar na de overdracht van de onderneming via schenking, waardoor niet langer aanspraak bestaat op de vrijstelling krachtens de BOR.

2.15.

Met hulp van een fiscalist hebben de zonen de aanslagen uiteindelijk in het najaar van 2016 kunnen terugbrengen tot nihil, nadat zij de schenkingsakten van 10 december 2012 met terugwerkende kracht gerechtelijk hebben laten vernietigen in procedures tussen telkens de vader en de zoon.

2.16.

Bij brief van 11 april 2016 hebben de vaders Flynth aansprakelijk gesteld, nadat de Belastingdienst aan hen het voornemen had kenbaar gemaakt een aanslag inkomstenbelasting op te leggen in verband met een zogenoemd "vervreemdingsvoordeel AB" vanwege de overdracht van het bouwbedrijf zonder dat de BPR toepasselijk was.

2.17.

Vervolgens heeft Flynth dit opgepakt en de Belastingdienst weten te bewegen af te zien van zijn voornemen.

2.18.

Bij brief van 22 november 2016 hebben de zonen Flynth aansprakelijk gesteld.

3. Het geschil

3.1.

[Eisende partij c.s.] vordert – samengevat – een verklaring voor recht dat Flynth aansprakelijk is voor de door hen geleden schade, met veroordeling van Flynth tot betaling van die schade ad € 157.760,01, vermeerderd met rente en kosten.

3.2.

[Eisende partij c.s.] stelt daartoe kort gezegd dat Flynth bij haar advisering een fout heeft gemaakt door er niet nadrukkelijk op te wijzen dat vrijstelling van schenkingsbelasting ingevolge de BOR in verband met de schenking van 10 december 2012 alleen zou gelden als de onderneming niet binnen vijf jaar failliet zou gaan. De schade wordt begroot op de kosten van advisering door Flynth en de kosten die zijn gemaakt om de fiscale aanslagen in verband met de staking van het bouwbedrijf ongedaan gemaakt te krijgen.

3.3.

Flynth voert verweer.

4. De beoordeling

4.1.

Allereerst staat ter beoordeling of Flynth bij de advisering rond de bedrijfsovername in 2012 een fout heeft gemaakt. Flynth stelt kort gezegd dat er geen aanwijzingen waren dat het bouwbedrijf op een faillissement afstevende, vooral omdat er voldoende eigen vermogen was. De rechtbank kan Flynth daarin niet volgen. Er was bij het bouwbedrijf in het voorjaar van 2012, toen het onder 2.5. bedoelde advies werd uitgebracht, in ieder geval al in de twee voorgaande jaren sprake van substantiële verliezen, terwijl de beheermaatschappij kennelijk ook al enkele jaren niet kon aflossen op de leningen van de vaders. Bovendien waren er vanuit privé sinds 2008 leningen verstrekt om de liquiditeit aan te vullen. Weliswaar had de onderneming blijkbaar nog veel onbelast vastgoed in eigendom, maar de vastgoedmarkt stond vanwege de economische crisis van 2008 onder druk: er was weinig vraag naar vastgoed en waardes daalden. Daardoor was de waarde moeilijk liquide te maken. Liquiditeitsprobleem kunnen op zeer korte termijn een faillissement veroorzaken. Indien een onderneming immers zijn schuldeisers niet meer kan betalen omdat zij daar de liquide middelen niet voor heeft, kan zij ook als zij zeer veel eigen vermogen bezit, failliet gaan. Zeker voor vastgoed gold in 2012 dat de waarde daarvan maar moeilijk liquide te maken was: verkoop was moeilijk (teruglopende vraag en dalende prijzen) en vastgoed was maar beperkt gewild als zekerheid voor nieuw krediet, zodat ook het aantrekken van liquiditeit langs die weg lastig was. Daar komt bij dat er concrete aanwijzingen waren dat het slecht ging met het bouwbedrijf. De jaren 2010 en 2011 waren met verliezen afgesloten, en nadat er al in 2010 om extra krediet bij de bank was gevraagd, is het bouwbedrijf begin 2012 door de bank onder bijzonder beheer gesteld. Daar waar Flynth stelt dat het bouwbedrijf voldoende onbezwaard eigen vermogen bezat, hadden deze feiten dan toch op zijn minst de vraag moeten oproepen hoe het dan zat met de liquiditeitspositie van het bouwbedrijf. Dat de onderneming begin 2012 - toen ook het onder 2.5. bedoelde advies werd uitgebracht - onder bijzonder beheer was geplaatst door de bank omdat, zo heeft [eisende partij c.s.] ter zitting gesteld, het obligo te hoog was opgelopen (boven de 7,5 miljoen euro), was op zijn minst een veeg teken. In combinatie met de overige hiervoor geschetste gegevens, had dit minst genomen de vraag moeten oproepen hoe de liquiditeit en het continuïteitsperspectief ervoor stonden. Zeker nu het hier ging om een bouwbedrijf, waar in zijn algemeenheid al voor geldt dat de liquiditeitsbehoefte vrij hoog is omdat men het personeel moet blijven betalen en er bovendien voor lopende bouwprojecten voortdurend rekeningen betaald moeten worden. Blijkens de faillissementsverslagen was de liquiditeitsbehoefte voor de salarissen alleen al € 450.000,00 per vier weken. Uit het verweer van Flynth blijkt op geen enkele wijze dat met deze aspecten in de advisering rond de bedrijfsovername rekening is gehouden. Kennelijk heeft de adviserend fiscaal jurist zich voornamelijk geconcentreerd op de waardering van de aandelen en daarbij vooral gekeken naar de waarde van het eigen vermogen van de onderneming, zonder zich te bekommeren om het toekomstperspectief van de onderneming.

4.2.

Als dit in het voorjaar van 2012 wel was gedaan en de gevaren van een faillissement concreet in beeld waren gebracht, is te verwachten dat in de loop van 2012 vanuit Flynth het verloop van de liquiditeit van de onderneming ook beter gemonitord zou zijn. Wat immers opvalt is dat het volgens [eisende partij c.s.] steeds slechter ging met de onderneming. In september 2012 zou de bank het betalingsverkeer hebben geblokkeerd, waarna er overleg op gang kwam, dat er uiteindelijk in heeft geresulteerd dat de bank in november slechts bereid was tot het verstrekken van krediet onder de voorwaarde dat door de zonen ieder ook persoonlijk een borgstelling zou worden afgegeven. Het volgens Flynth waardevolle onbelaste vastgoed was toen blijkbaar al niet meer genoeg om een volgens [eisende partij c.s.] gering kortlopend krediet van de bank te verkrijgen. Het feit dat Flynth in haar conclusie van antwoord onder 21 "bij gebrek aan wetenschap" de door [eisende partij c.s.] geschetste gang van zaken betwist, bevestigt de rechtbank in haar oordeel dat er van de zijde van Flynth dus op geen enkele wijze in de gaten is gehouden hoe de onderneming zich in de loop van 2012 bedrijfseconomisch verder ontwikkelde, terwijl dit gelet op hetgeen hiervoor onder 4.1. is overwogen, wel op haar weg had gelegen. Uit de eigen stellingen van

Flynth volgt dat zij zich heeft beperkt tot overleg met de belastingdienst over de mogelijkheden van de BOR. Dat dit overleg daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, wordt door [eisende partij c.s.] betwist, maar ook als geen overleg heeft plaatsgevonden, heeft te gelden dat uiteindelijk de in het vroege voorjaar van 2012 voorgestelde schenking blijkbaar zonder enig nader onderzoek van Flynth naar het feitelijk reilen en zeilen van de onderneming als zodanig, pas in december 2012 haar beslag heeft gekregen. Wat er ook zij van de juistheid van de bij gebrek aan wetenschap door Flynth betwiste stellingen van [eisende partij c.s.] over de relatie met de bank; uit het verdere verloop van de feiten volgt genoegzaam dat de liquiditeit van het bouwbedrijf in de loop van 2012 serieus onder druk moet zijn komen te staan omdat anders in het najaar van 2012 niet weer een extra krediet nodig was geweest waarvan het niet doorgaan uiteindelijk [eisende partij c.s.] heeft genoopt tot het aanvragen van het eigen faillissement begin 2013.

4.3.

Indien Flynth zich in haar advisering rekenschap zou hebben gegeven van de lastige liquiditeitspositie van de onderneming en daarmee ook de mogelijkheid van een faillissement onder ogen had gezien, zou dit in het kader van de BOR normaliter ook met [eisende partij c.s.] zijn besproken. Daarbij tekent de rechtbank aan dat het op zichzelf wel logisch klinkt dat wanneer in het kader van een wettelijke vrijstelling de voorwaarde geldt dat een onderneming tenminste vijf jaar moet worden voortgezet, die voorwaarde wordt geschonden als er een faillissement volgt (Flynth lijkt daar ook van uit te gaan in haar conclusie van antwoord onder 148), maar omdat in een faillissement heel veel zaken juist anders lopen dan dat men als juridische leek (waartoe ook [eisende partij c.s.] mag worden gerekend) misschien zou verwachten - de aan de faillissementswetgeving ten grondslag liggende principes rond de verdeling van de in een faillissement aan de orde zijnde tekorten zijn deels lastig te doorgronden - zou van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur in een geval als hier aan de orde mogen worden verwacht dat de klant er expliciet op zou zijn gewezen dat in het geval van faillissement de voorwaarden van de BOR-vrijstelling zouden worden geschonden waardoor er alsnog een schenkingsaanslag zou kunnen volgen. In dat geval zou [eisende partij c.s.] dus volledig zijn geïnformeerd. De rechtbank wil wel aannemen dat de BOR en de vijfjaarstermijn op een of meer momenten de revue zijn gepasseerd - vooral over de frequentie, de intensiteit en de duidelijkheid van de mededelingen daarover verschillen de partijen van mening - maar uit niets blijkt dat [eisende partij c.s.] er door Flynth uitdrukkelijk op is gewezen dat wanneer binnen vijf jaar na de schenking een faillissement zou volgen er alsnog rekening moest worden gehouden met aanslagen schenkingsbelasting. Indien Flynth haar werk behoorlijk had gedaan, had dit gezien de lastige liquiditeitspositie van het bouwbedrijf wel expliciet moeten gebeuren. Ook in zoverre heeft Flynth niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mocht worden verwacht.

4.4.

Voor zover Flynth heeft willen betogen dat [eisende partij c.s.] haar hebben voorgespiegeld dat het bedrijf de economische crisis goed had doorstaan en zij daarop mocht afgaan, miskent dit betoog dat van een deskundige die om advies wordt gevraagd over een bedrijfsoverdracht, mag worden verwacht dat deze een eigen onderzoek doet naar de waarde van de onderneming (zoals hier overigens ook is gebeurd), waarbij niet alleen wordt gekeken naar de waarde van het eigen vermogen, maar ook naar het toekomstperspectief van de onderneming. Daartoe behoort ook een beoordeling van de liquiditeitspositie en de continuïteitsvooruitzichten. Een deskundige kan in dat kader niet zomaar blind varen op de informatie van de klant.

4.5.

Volgens Flynth is er sprake van eigen schuld aan de zijde van [eisende partij c.s.], onder meer omdat Flynth niet op de hoogte zou zijn gehouden van de slechte financiële positie en de problemen met de bank. Hiervóór is reeds overwogen dat Flynth als adviseur rond de bedrijfsovername een eigen onderzoeksplicht had. Tegelijkertijd kan aan Flynth worden toegegeven dat het jaarverslag van de directie van 10 april 2012 bij de jaarstukken 2011 het doet voorkomen dat de onderneming de economische crisis goed zou doorkomen. Ook heeft te gelden dat [eisende partij c.s.] blijkbaar in de loop van 2012 op geen enkel moment contact heeft gezocht met Flynth over de problemen met kort gezegd de bank. Dit terwijl de overname nog niet rond was en pas in december 2012 werd afgewikkeld. [Eisende partij c.s.] had ook zelf kunnen begrijpen dat dit voor de advisering door Flynth wel van belang zou kunnen zijn. Het mag voor eenieder te begrijpen zijn dat een onderneming die failliet dreigt te gaan in wezen alleen een liquidatiewaarde heeft, terwijl duidelijk was dat bij de advisering rond de bedrijfsovername is uitgegaan van een going concern-situatie. Flynth is pas ingeschakeld – en dan ook nog eens de vaste accountant en niet de fiscaal jurist die eerder geadviseerd had – daags voordat het eigen faillissement werd aangevraagd. Voor de advisering met betrekking tot de faillissementsaanvraag is door [eisende partij c.s.] een andere deskundige, kennelijk een jurist van buiten, aangetrokken. Wat op 28 februari 2013 door een samenloop van omstandigheden door niemand is onderkend, is dat het bouwbedrijf op de keper beschouwd de keuze had tussen óf het aangaan van twee persoonlijke borgstellingen (om een krediet te verkrijgen en zo een faillissement af te wenden) waardoor in een eventueel geval mogelijk door de zonen ieder ooit € 125.000,00 betaald zou moeten worden óf het alsnog (vrijwel direct) betalen van schenkingsrechten ad in totaal bijna € 900.000,00 door de zonen en het aanvragen van het eigen faillissement. Als dit wel was onderkend, zou normaal gesproken nooit voor het aanvragen van het eigen faillissement zijn

gekozen omdat het niet erg voor de hand ligt de voorkeur te geven aan het direct betalen van bijna € 900.000,00 boven het misschien ooit moeten betalen van € 250.000,00. [Eisende partij c.s.] is tegen te werpen dat zij Flynth te lang niet hebben geïnformeerd. Door pas op het allerlaatste moment de accountant en niet de fiscaal jurist die haar had geadviseerd te informeren, hebben zij er ook zelf aan bijgedragen dat er toen niet meer een juiste en weloverwogen keuze kon worden gemaakt. In zoverre is er sprake van eigen schuld. Naar het oordeel van de rechtbank had de gemaakte fatale keuze, waardoor een bedrijf met een balanstotaal van zo'n 18 miljoen euro en een groot eigen vermogen in een klap bijna niets meer waard was en zo'n 85 werknemers op straat kwamen te staan, op betrekkelijk eenvoudige wijze kunnen worden voorkomen als [eisende partij c.s.] Flynth enige tijd zouden hebben gegund haar licht te laten schijnen over de vraag of het verstandig was begin 2013 het eigen faillissement aan te vragen. Dit lag ook voor de hand nu pas enkele weken daarvoor de bedrijfsovername waarover Flynth had geadviseerd, was afgerond. Mede gelet op de grote gevolgen die het eigenmachtig handelen van [eisende partij c.s.] heeft gehad, waardoor er een onlogische keuze is gemaakt in een situatie waarin de te maken keuze eigenlijk helder was, stelt de rechtbank het percentage eigen schuld aan de zijde van [eisende partij c.s.] vast op 40%.

4.6.

Flynth heeft verder betoogd dat zij niet met alle eisende partijen een adviesovereenkomst is aangegaan. Het advies van 6 maart 2012 is gericht aan de beheermaatschappij, waar de eisers sub 1 tot en met 4 in ieder geval indirect bij zijn betrokken als aandeelhouders via hun persoonlijk holdings, terwijl het advies uiteindelijk ziet op hun persoonlijke vermogenspositie. Naar aanleiding van het advies zijn de eisers 5 en 6 opgericht. De belangen van alle eisers zijn aldus bij het advies gemoeid. [Eisende partij c.s.] gaat er bij repliek van uit dat alleen met de beheermaatschappij de overeenkomst van opdracht is gesloten omdat aan haar het advies is uitgebracht. Door Flynth is dit niet gemotiveerd betwist. Nu ook de rekening blijkbaar aan het inmiddels gefailleerde bouwbedrijf is gericht (vgl. productie 25a bij eis), kan het ervoor worden gehouden dat eisers alleen als belanghebbenden zijn aan te merken jegens wie dan onrechtmatig kan zijn gehandeld. Voor het criterium waaraan het handelen van Flynth moet worden getoetst, maakt dit overigens geen verschil. Zowel in het kader van de contractuele aansprakelijkheid als de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gaat het erom of Flynth heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mocht worden verwacht. Die vraag is hiervoor beantwoord. Wel maakt het verschil in het kader van de vraag of de algemene voorwaarden van Flynth van toepassing zijn. Haar algemene voorwaarden kan Flynth in beginsel alleen aan haar contractuele wederpartij tegenwerpen en dus niet aan eisers. Daarmee behoeft ook de vraag of er in het licht van de artikelen 12 en 16 van Flynth's algemene voorwaarden tijdig is geklaagd, geen beantwoording en gaat het er alleen nog om of er door eisers in het licht van artikel 6:89 BW tijdig is geklaagd. Omdat eisers actie uit onrechtmatige daad haar grondslag vindt in de tussen Flynth en de beheermaatschappij gesloten overeenkomst en erop neerkomt dat de door Flynth geleverde prestatie niet beantwoordt aan die overeenkomst, is die bepaling - die in beginsel niet ziet op een vordering uit onrechtmatige daad (HR 13 juli 2018, HR:2017:1176) - hier wél van toepassing (vgl. HR 23 november 2007 Ploum/Smeets I, NJ 2008/552). Het is echter aan Flynth, die met haar betoog dat er niet tijdig is geklaagd een bevrijdend verweer inroept, om gemotiveerd te stellen en zo nodig ook te bewijzen dat eisers, gelet op alle omstandigheden van het geval, jegens haar kort gezegd hun rechten hebben verwerkt (vgl. HR 12 december 2014, Far trading/Edco, RvdW 2015/66). Flynth heeft ter zake echter niet meer gesteld dan dat een schuldeiser binnen bekwame tijd moet protesteren op straffe van verval van alle bevoegdheden. Dat is bepaald te mager voor een geslaagd beroep op de klachtplicht, zodat aan dit verweer voorbij moet worden gegaan.

4.7.

De conclusie is dat Flynth door eisers kan worden aangesproken tot vergoeding van 60% van hun schade als gevolg van gebrekkige advisering. In zoverre kan de gevorderde verklaring voor recht worden gegeven. Op zichzelf is voorts aannemelijk dat [eisende partij c.s.] hierdoor schade hebben geleden. Ter zitting is door de rechtbank met partijen besproken dat de rechtbank eerst een uitspraak zal doen over de aansprakelijkheid en de zaak wat betreft de schade naar de schadestaat zal verwijzen, zodat partijen desgewenst eerst het debat over de aansprakelijkheid kunnen uitprocederen. Het debat over de hoogte van de schade is bij re- en dupliek ook niet nader uitgediept. De rechtbank zal de zaak wat betreft de schade-omvang daarom verwijzen naar de schadestaat.

4.8.

Omdat partijen over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld, zal de rechtbank de kosten compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten dient te dragen.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1.

verklaart voor recht dat Flynth jegens [eisende partij c.s.] aansprakelijk is voor 60% van de schade die [eisende partij c.s.]

hebben geleden als gevolg van de gebrekkige advisering door Flynth over de bedrijfsovername in 2012,

5.2.

verwijst de zaak wat betreft de schade naar de schadestaatprocedure,

5.3.

compenseert de kosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt,

5.4.

wijst af het meer of anders gevorderde.