ECLI:NL:GHAMS:2015:1849

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	12-05-2015
Datum publicatie	25-08-2015
Zaaknummer	200.155.418-01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Beroepsfout van notaris. Bank heeft hypothecair krediet verleend voor financiering van koop van woning. Nadien blijkt dat op de woning de bestemming rust van dienstwoning van een bungalowpark. Schending zorgplicht van notaris jegens de hypotheekneemster.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I AOF

zaaknummer : 200.155.418/01

zaaknummer rechtbank : C/13/543.306/ HA ZA 13- 627

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 12 mei 2015

inzake

De naamloze vennootschap ING BANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
advocaat: mr. T.J.P. Jager te Amsterdam,

tegen:

[geïntimeerde] ,

kantoor houdend te [woonplaats 1] ,

geïntimeerde,

advocaat: mr. V.J.N. van Oijen te Haarlem

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna ING en [geïntimeerde] genoemd.

ING is bij dagvaarding van 27 augustus 2014 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam, sector civiel van 9 juli 2014, onder boven vermeld zaak/rolnummer gewezen tussen ING als eiseres en [geïntimeerde] als gedaagde. De dagvaarding bevat de grieven en gaat vergezeld van een productie; ING heeft dienovereenkomstig ter rolle geconcludeerd.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties.

Ten slotte is arrest gevraagd.

ING heeft geconcludeerd in het principale appel dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis zal vernietigen voor wat betreft de beslissingen omtrent de schadeposten: doorgelopen hypotheekrente, waardedaling woning en buitengerechtelijke incassokosten, en deze schadeposten alsnog zal toewijzen, met beslissing over de kosten; in het incidentele appel tot verwerping ervan, met beslissing over de kosten.

[geïntimeerde] heeft geconcludeerd: in het principaal appel: tot verwerping ervan; in het incidenteel appel: dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog de vorderingen van ING volledig zal afwijzen, met veroordeling van ING tot terugbetaling van al hetgeen mr. [geïntimeerde] ter uitvoering van het bestreden vonnis reeds aan ING heeft voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van restitutie.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

2.1 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder rechtsoverweging 3 (3.1 tot en met 3.10) de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of niet voldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten op het volgende neer.

2.2.1 Op 14 november 1991 is ten overstaan van [geïntimeerde] als notaris een scheidingsakte verleden, waarbij onder meer een perceel grond met daarop een woning, plaatselijk bekend als de

[adres] te [woonplaats 2] in eigendom is overgegaan op [X] . In de scheidingsakte staat vermeld dat op [X] ten volle in eigendom is overgegaan (…) een perceel grond dienstbaar aan het bungalowpark [adres] , [adres] , te [woonplaats 2] , met één bungalow, genummerd 13 en de woning [adres] , met aanhorigheden, erf en tuin zijnde tezamen hetgeen van het kadasterperceel gemeente [gemeente] sectie D nummer 3610, (….).

2.2.2 [Y] en [Z] (hierna: [YZ]) hebben op 19 juli 2004 de woning van [X] gekocht. De leveringsakte is op 16 september 2004 ten overstaan van [geïntimeerde] als notaris gepasseerd. Op dezelfde dag is door [geïntimeerde] de hypotheekakte tussen [YZ] en ING gepasseerd.

2.2.3 In verband met betalingsachterstanden heeft ING de hypothecaire lening in 2011 opgeëist; in een taxatierapport van 28 april 2011 is de executiewaarde van de woning getaxeerd op € 385.000.

2.2.4 Enige tijd later is de woning opnieuw getaxeerd en bij die taxatie is blijkens het op 3 augustus 2011 gedateerde rapport gebleken dat op de woning nog altijd de bestemming dienstwoning van het bungalowpark rust. Dit betekent dat het gebruik voor particuliere bewoning in strijd is met het bestemmingsplan. Naar aanleiding van dit taxatierapport is de op 19 september 2011 geplande veiling tot nader order opgeschort om een en ander uit te zoeken.

2.2.5 Vervolgens is bij de gemeente een verzoek tot wijziging van de bestemming ingediend, welke vergunning op 29 augustus 2012 is verleend. Daarmee is de bestemming gewijzigd naar burgerwoning.

2.2.6 ING heeft tegen [geïntimeerde] een klacht ingediend bij de Kamer van Toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen te Alkmaar; deze heeft bij uitspraak van 28 februari 2013 de klacht ongegrond verklaard.

2.2.7 Op 27 mei 2013 is de woning geveild voor € 366.000.

2.3 ING vorderde in eerste aanleg bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeling van de notaris tot betaling van € 98.549,70, te vermeerderen met rente en kosten, samengesteld uit

a. a) doorgelopen hypotheekrente tot en met 27 mei 2013 van € 50.214,75;

b) waardedaling van de woning van € 19.000;

c) kosten van de afgelaste veiling van € 2.359,59;

d) kosten voor schadebeperkende maatregelen van in totaal € 21.350,75 en

e) buitengerechtelijke kosten van € 5.624,61. ING legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de notaris onzorgvuldig heeft gehandeld door bij het opstellen van de leverings- en hypotheekakte niet te wijzen op de bestemming dat de woning dienstbaar was aan het bungalowpark. Door die bestemming was de woning vrijwel waardeloos, waardoor het belang van ING is geschaad.

De notaris betwist dat zijn zorgplicht zover strekt dat hij onderzoek zou moeten doen naar de publiekrechtelijke bestemming van het door hem overgedragen onroerend goed; zijn onderzoeksplicht reikt slechts zover als nodig is voor de totstandkoming van de met de in de akte opgenomen privaatrechtelijke rechtshandeling beoogde rechtsgevolgen en laat de eigen onderzoeksplicht van partijen in stand.

De rechtbank heeft met een beroep op het in HR 14 december 2007, NJ 2008,8 neergelegde criterium: "een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris behoort zich bij de van hem verlangde werkzaamheden de belangen van de beide in de akte vermelde partijen aan te trekken. Dit kan onder omstandigheden meebrengen dat de notaris bij ieder van partijen informeert of deze de reikwijdte van de aangegane verplichtingen wel overziet. Daar hoort bij dat hij zich ervan vergewist dat de betrokken partijen de implicatie van de transacties overzien" geoordeeld dat de notaris zijn zorgplicht heeft geschonden en derhalve onrechtmatig heeft gehandeld jegens ING. De schade bestaat volgens de rechtbank daarin dat ING zonder de fout geen hypothecaire geldlening zou hebben verstrekt omdat een onderpand zonder woonbestemming geen relevante dekkingswaarde vertegenwoordigt. Derhalve neemt de rechtbank een causaal verband aan tussen de beroepsfout van de notaris en de gestelde schade en oordeelt zij hem aansprakelijk voor de daadwerkelijk geleden schade. De rechtbank wijst de vordering met betrekking tot de doorgelopen hypotheekrente af als onvoldoende onderbouwd, evenals de

gevorderde waardedaling, die onvoldoende aannemelijk is. De kosten van de afgelaste veiling en de schadebeperkende maatregelen (bestaande in € 11.123,11 aan honorarium voor de bestuursrechtadvocaat, € 7.968,75 aan leges en € 2.240,89 aan ruimtelijke onderbouwing) heeft zij toe-, de buitengerechtelijke kosten echter afgewezen.

Tegen deze afwijzingen komt de ING op onder aanvoering van vier grieven. In incidenteel appel komt [geïntimeerde] zijnerzijds eveneens onder aanvoering van vier grieven op tegen zijn veroordeling.

3 Beoordeling

3.1. Als het incidenteel appel slaagt is het principaal appel gedoemd te mislukken. Om die reden ligt het voor de hand om eerst het incidentele appel te behandelen

In het incidenteel appel

3.2 [geïntimeerde] bestrijdt door middel van zijn grieven het oordeel van de rechtbank dat hij een beroepsfout heeft gemaakt. Hij benadrukt dat zijn ministerieplicht niet zover gaat dat hij gehouden zou zijn partijen voor te lichten over de publiekrechtelijke aspecten van hun voorgenomen transactie, terwijl bovendien ING een professionele partij is van wie mag worden verwacht dat zij zelf voldoende onderzoek doet naar eventuele (publiekrechtelijke) belemmeringen, die van invloed zouden kunnen zijn op de waarde van het onderpand. Daartoe beroept hij zich op het (tuchtrechtelijke) oordeel van de Kamer van Toezicht en op een recente uitspraak van de rechtbank Rotterdam.

3.3 De rechtbank hecht (op het voetspoor van ING) doorslaggevende waarde aan een e-mail van 13 januari 2014 van [geïntimeerde] aan zijn raadsman, waarin hij schreef dat zijn kantoor al gedurende 13 jaar betrokken is bij de gang van zaken met betrekking tot het bungalowpark en dat hem bekend is dat voorheen, volgens hem in de jaren (19)70, er wel degelijk sprake van was dat de woning daadwerkelijk als dienstwoning functioneerde. De notaris vervolgt in die e-mail met de mededeling dat op enig moment sprake was van een bestemmingswijziging van het kampeerterrein en dat hij ervan uitging dat de bestemming van de woning ook was meegenomen, zodat hij ten tijde van de koop in 2004 geen reden had om aan te nemen dat de woning niet als particuliere woning kon worden gebruikt.

3.4 Het hof oordeelt als volgt. De waarde van de dienstverlening van de notaris wordt in belangrijke mate bepaald door zijn deskundigheid en kwaliteit, welke op hun beurt worden geacht een afspiegeling te vormen van het gemiddelde niveau binnen de beroepsgroep. Zijn handelen wordt gemeten naar de maatstaf van de redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris, die zich de belangen van de beide in de akte vermelde partijen aantrekt (en moet aantrekken). Aldus rust op hem een actieve zorgplicht, waarvan de aard en het bereik mede worden bepaald door de hoedanigheid van de cliënten, hun persoonlijke omstandigheden, alsmede alle specifieke omstandigheden van het geval. Met deze sterk door casuïstiek bepaalde omstandigheden als gegeven dient de notaris te beoordelen op welke wijze deze doorwerken in de omvang en de aard van zijn actieve zorgplicht. In dit verband acht het hof van doorslaggevend gewicht dat de notaris, naar blijkt uit zijn eigen mededelingen in de e-mail, uit hoofde van zijn professie en als plaatsgenoot op de hoogte was van de bestemming en het feitelijk gebruik van de woning als dienstwoning, maar dat hij er, kennelijk zonder zich nader te vergewissen van het feitelijke en juridische realiteitsgehalte van zijn hypothese, van uit is gegaan, dat de bestemming van de woning zou zijn meegenomen in de wijziging van het bestemmingsplan van het gehele kampeerterrein, waarop de woning is gelegen.

Het is echter juist deze persoonlijke en professionele bekendheid met de feitelijke en juridische situatie van het bungalowpark, die de notaris noopt niet klakkeloos op eigen gevormde hypotheses af te gaan, maar zijn vooronderstellingen te toetsen aan de feitelijke en juridische werkelijkheid. Weliswaar kan aan [geïntimeerde] worden toegegeven dat in het algemeen de notaris niet gehouden is partijen voor te lichten over de publiekrechtelijke aspecten van hun voorgenomen transactie, maar zulks neemt niet weg dat hij als dorpsnotaris die professioneel vaker bemoeienis heeft gehad met dit bungalowpark niet, althans niet zonder meer erop mocht vertrouwen, dat de oorspronkelijke bestemming van dienstwoning (die hem bekend was) was overgegaan in de bestemming burgerlijke bewoning. Tegenover ING als professionele partij rustte in dit bijzondere geval op hem een waarschuwingsplicht op dit punt en had hij

niet de indruk van juistheid van zijn hypotheses bij ING moeten wekken door in de koopovereenkomst te doen opnemen dat het gekochte bij de levering de feitelijke eigenschappen bezit die nodig zijn voor normaal gebruik als woonhuis. In elk geval had het op zijn weg gelegen om bij de partijen bij de hypotheekakte het misverstand te voorkomen dat er van recherche zijnerzijds sprake was geweest en had hij ING tijdig moeten wijzen op de geenszins louter theoretische mogelijkheid dat de bestemming van het huis niet in overeenstemming was met hetgeen in de koopakte was vermeld. Dat hij die mededeling heeft nagelaten terwijl recherche van zijn kant deze foutieve vermelding had kunnen voorkomen, levert een schending van zijn zorgplicht ten opzichte van ING op. Voor de door deze schending veroorzaakte schade is [geïntimeerde] aansprakelijk.

De rechtbank heeft de hiervoor genoemde schadeposten c) kosten van de afgelaste veiling van € 2359,59 en d) kosten voor schadebeperkende maatregelen van in totaal

€ 21.350,75 toegewezen. Indien en voor zover de grieven tevens ertoe strekken om deze toewijzingen specifiek aan te tasten zijn zij onvoldoende toegelicht. Het incidentele appel faalt.

In het principaal appel

3.5 Daarmee komt het hof toe aan het principaal appel. Door middel van de eerste grief komt ING op tegen de afwijzing van haar vordering onder a) en wenst ING alsnog veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling van de doorgelopen hypotheekrente te verkrijgen, echter tevergeefs: het is, mede gelet op de, blijkens de hypotheekakte van 16 september 2004, op de overeenkomst van geldlening toepasselijke Bepalingen van Zekerheidsstelling, de eigen keuze geweest van ING om het onderpand niet in eigen beheer te nemen, gelijk in die bepalingen als mogelijkheid is voorzien, maar om de niet betalende [Y] ook nadat de veiling was aangekondigd in de woning te laten totdat de koper ter veiling de ontruiming zou kunnen bewerkstelligen. Voorts is het ook ING geweest die de datum van de veiling (pas in mei 2013, na de bestemmings-wijziging in augustus 2012) heeft bepaald. Het causaal verband tussen deze gestelde schadepost en de uiteindelijk aan de notaris toe te rekenen schade ontbreekt en voor zover dat verband er al zou zijn, dan heeft ING in ieder geval onvoldoende doen blijken van schadebeperkende maatregelen.

3.6Door middel van de tweede grief stelt ING post b), de waardedaling van de woning, aan de orde. Die schadepost en de omvang ervan is echter onvoldoende gemotiveerd. ING kan op dit punt niet volstaan met het in het geding brengen van een enkel taxatierapport. Daaruit valt weliswaar de (markt)waarde op dat moment af te leiden, die hoger is dan de gerealiseerde opbrengst, maar daarmee is van het noodzakelijke causaal verband tussen de schade en de beroepsfout van de notaris nog niet voldoende gebleken. Ook in dat verband is de onder 3.5 bedoelde, door ING vastgestelde, datum van de veiling immers van belang.

3.7 De afgewezen kosten van de tuchtprocedure vormen het onderwerp van grief 3. De stellingen van ING bevatten onvoldoende aanknopingspunten om af te wijken van het in het arrest van de Hoge Raad van HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 neergelegde uitgangspunt dat een tuchtrechtelijke procedure niet kan worden aangemerkt als een redelijke maatregel ter vaststelling van de aansprakelijkheid, zodat niet kan worden gezegd dat de kosten daarvan redelijke kosten zijn ter vaststelling van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:96 lid 2 onder b BW. Een tuchtrechtelijke procedure heeft immers tot doel een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen en heeft niet tot doel de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar vast te stellen.

3.8 Door middel van de vierde grief stelt ING andermaal de buitengerechtelijke kosten aan de orde, doch deze vordering is noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep (voldoende) onderbouwd en zij is in beide instanties door [geïntimeerde] betwist. Daarmee komt zij niet voor toewijzing in aanmerking.

In het principaal en in het incidenteel appel

3.9 Alle voorgedragen grieven, zowel die in het principaal als die in het incidenteel appel, falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Als in het principaal appel in het ongelijk gestelde partij zal ING in de kosten daarvan, als in het incidenteel appel in het ongelijk gestelde partij zal [geïntimeerde] in de kosten daarvan worden verwezen.

4 Beslissing

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt ING in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] begroot op € 704,- aan verschotten en € 1.316,- voor salaris;

veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep, tot op heden aan de zijde van ING begroot op € 658,- voor salaris;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.R. van Harinxma thoe Slooten, P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en E.J.H. Schrage en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 12 mei 2015.