

ECLI:NL:GHARL:2019:536

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	22-01-2019
Datum publicatie	04-02-2019
Zaaknummer	200.201.410
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Beroepsaansprakelijkheid notaris
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civil recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.201.410
(zaaknummer rechtbank Gelderland (Zutphen) 281955)

arrest van 22 januari 2019

in de zaak van

[Appellant] ,
wonende te [Woonplaats] ,
appellant in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: [Appellant] ,
advocaat: mr. J. Mencke,

tegen:

[Geintimeerde] , in zijn hoedanigheid van executeur in de nalatenschap van [X] ,
wonende te [Woonplaats] ,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellant in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: eiser,
hierna: [Geintimeerde] ,
advocaat: mr. H. Versluis.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het verdere verloop blijkt uit:

- het tussenarrest van 17 april 2018;
- namens [Geintimeerde] bij bericht van 1 november 2018 toegezonden productie;
- de spreeknotities van mr. Versluis;
- het verhandelde ter comparitie van 21 november 2018, waarvan de griffier aantekening heeft gehouden.

1.2 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald.

2 De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.22 van het vonnis van 17 februari 2016.

3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1 Het gaat in dit geding kort gezegd om het volgende. In januari 2006 heeft [X] (hierna: [X]) aan zijn zoon [zoon van X] (hierna: [zoon van X]) en bedrag van € 411.705 uitgeleend. De Rabobank heeft daarover contact gezocht met notaris [Appellant] om te bewerkstelligen dat de lening notarieel zou worden vastgelegd en [X] een hypothecaire zekerheid voor de lening zou ontvangen. [Appellant] heeft aanvankelijk een conceptakte opgesteld waarin ten behoeve van [X] hypotheekrechten op de woning (het landhuis met opstallen en omliggende terreinen aan [Adres 1] te [Locatie 1] , groot twee hectare 38 are en 60 centiare) en het kantoorpand (het huis met tuin aan [Adres 2] te [Locatie 2] , groot vijf are, 53 centiare) van [zoon van X] waren opgenomen.

Uiteindelijk heeft [Appellant] evenwel op 20 april 2006 een akte gepasseerd waarin is opgenomen de geldlening ad € 411.000 met een duur tot 31 juli 2006, waarvan € 111.000 direct door [X] werd kwijtgescholden, en een "recht van positieve/negatieve hypotheek", ook wel positieve/negatieve hypotheekverklaring genoemd, ten behoeve van [X] De positieve/negatieve hypotheekverklaring had alleen betrekking op het kantoorpand aan [Adres 2] te [Locatie 2] . De woning werd niet in die verklaring betrokken. De kwijtschelding was, evenals de positieve/negatieve hypotheekverklaring, niet in de conceptakte opgenomen.

Vervolgens heeft [Appellant] op 9 juni 2006 een hypotheekakte gepasseerd waarbij [zoon van X] hypotheek verleende op het kantoorpand aan ABN AMRO Bank N.V. (ABN AMRO), met rangwisseling

ten behoeve van die bank door een vennootschap van [zoon van X] , B.V. [B.V. zoon] (hierna: [B.V. zoon]), voor totaal € 700.000. Op diezelfde dag heeft [Appellant] een hypotheekakte gepasseerd waarbij de echtgenote van [zoon van X] , [Echtgenote van zoon] , op de woning eerste hypotheek verleende aan ABN AMRO tot zekerheid voor de schulden van haarzelf en [zoon van X] aan die bank voor totaal € 1.013.000.

Op de lening van [X] is niets terugbetaald. [zoon van X] is failliet verklaard. [X] is op 29 oktober 2010 overleden. [Geintimeerde] is benoemd tot executeur van zijn nalatenschap.

- 3.2 Op grond van de stelling dat [Appellant] zijn zorgplicht jegens [X] heeft geschonden, vordert [Geintimeerde] van [Appellant] vergoeding van de door de nalatenschap geleden schade ad € 391.951,03. De rechtbank heeft de vordering toegewezen tot een bedrag van € 43.988,51 met contractuele rente en heeft [Appellant] voorts veroordeeld tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

- 4.1 [Appellant] voert in hoger beroep tegen die beslissing negen grieven aan. In incidenteel appel formuleert [Geintimeerde] vijf grieven.

verjaring

- 4.2 De eerste grief, zowel in principaal als in incidenteel appel, betreft de verjaring van de vordering. Terzake staat vast dat [Geintimeerde] [Appellant] bij brieven van 16 mei en 15 juli 2008 aansprakelijk heeft gesteld. Bij brief van 23 juli 2008 heeft [Geintimeerde] aan [Appellant] afschrift gezonden van zijn tuchtklacht tegen [Appellant] . Bij brief van 17 juli 2013 heeft [Geintimeerde] opnieuw aanspraak gemaakt op schadevergoeding.
- 4.3 [Appellant] voert aan dat de brief waarmee de tuchtklacht is toegezonden, niet kan gelden als een stuiting van de verjaring. De tuchtklacht zelf voldoet daartoe niet en de verwijzing naar de aansprakelijkstellingen van enkele weken eerder had niet de strekking om de verjaring opnieuw te stuiten. Tussen 16 mei 2008 en 17 juli 2013 is meer dan vijf jaar verstreken, zodat de vordering is verjaard, aldus [Appellant] .
- 4.4 Het hof stelt vast dat in de tuchtklacht is vermeld dat [Appellant] bij brief van 16 mei 2008 aansprakelijk is gesteld voor geleden en/of nog te lijden schade, en dat die brief in afschrift was bijgevoegd. Naar analogie van HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011: BQ7063 (waarin het ging om de toezending van een verzoekschrift tot voorlopig getuigenverhoor) oordeelt het hof dat aan [Appellant] door de toezending van de tuchtklacht een schriftelijke mededeling is gedaan waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Daarmee is de verjaring opnieuw gestuit. De daaropvolgende stuiting dateert van 17 juli 2013, dus nog net binnen de vijfjaarstermijn. De vordering is dus niet verjaard. Grief 1 in het principaal appel faalt.
- 4.5 Dit brengt mee dat [Geintimeerde] geen belang meer heeft bij grief 1 in het incidenteel appel, waarmee wordt betoogd dat de verjaring eerst is aangevangen op 19 augustus 2010, bij de openbare verkoop van het kantoorpand, omdat pas toen duidelijk werd dat er schade werd geleden en voor welk bedrag. Nu vaststaat dat de vordering, ook al zou die eerder zijn ontstaan, niet is verjaard, doet niet meer terzake of de vordering pas in 2010 zou zijn ontstaan.

klachtplicht

- 4.6 Met zijn tweede grief betoogt [Appellant] dat van de kant van [X] te laat is geklaagd over het vermeende tekortschietende handelen. De eerste klacht is geuit bij brief van 16 mei 2008, dus ruim twee jaar na het verlijden van de akte van geldlening. [X] heeft zich zelf nooit beklagd bij de

notaris over het feit dat hij geen hypotheekrecht had verkregen; de klacht was afkomstig van de bewindvoerder.

4.7 Uit de stukken blijkt inderdaad niet dat [X] zelf jegens [Appellant] het standpunt heeft ingenomen dat deze jegens hem is tekortgeschoten. Het hof houdt het ervoor dat [X] niet heeft beseft dat daarvan sprake zou kunnen zijn. Ten tijde van het passeren van de akte van geldlening was [X] bijna 87 jaar en zijn echtgenote, [Echtgenote van X] , 89 jaar. Op 4 april 2007 werd destijds [bewindvoerder] benoemd tot bewindvoerder over de goederen van [Echtgenote van X] en op 23 augustus 2007 tevens tot bewindvoerder over de goederen van [X] omdat zij zelf, beide wegens geestelijke en/of lichamelijke stoornis, tot het beheer van hun vermogen niet meer in staat waren. De bewindvoerder heeft vervolgens op 16 mei 2008 [Appellant] aansprakelijk gesteld. Onder de geschetste omstandigheden is daarmee de redelijke termijn waarbinnen moet worden geklaagd, niet overschreden. De grief faalt.

tekortkomingen

4.8 De grieven 3 en 4 in principaal appel en 2 en 3 in incidenteel appel hebben betrekking op de verschillende beweerdelijke tekortkomingen. Het hof stelt in verband daarmee voorop dat een notaris als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan deze zorgvuldigheidsplicht meebrengen dat de notaris bij het verlijden van een akte niet slechts de zakelijke inhoud daarvan meedeelt en toelicht, maar ook wijst op de gevolgen die uit die inhoud voortvloeien (HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288). Tegen het licht daarvan geldt in dit geval het volgende.

4.9 Zoals [Appellant] ter comparitie van het hof heeft bevestigd, had de Rabobank telefonisch contact met hem gezocht met de vraag of hij de voorgenomen geldlening van [X] aan [zoon van X] notarieel wilde vastleggen, gezekerd met hypotheekrechten op het kantoorpand en de woning van [zoon van X] . [Appellant] heeft toen gezegd dat hij dat kon regelen. Vervolgens is de lening verstrekt en heeft Rabobank het geld overgemaakt rechtstreeks aan de Belastingdienst, nu het doel van de lening was dat [zoon van X] met het geleende geld een schikking met de Belastingdienst kon nakomen.

4.10 Vervolgens heeft [Appellant] een eerste concept voor de akte opgemaakt, waarin hypotheekrechten zijn opgenomen op zowel het kantoorpand als de woning van [zoon van X] . Daarop volgde een tweede concept, waarin alleen nog het (zo volgt uit het concept:) derde hypotheekrecht op het kantoorpand is opgenomen. Op dat pand rustten al twee hypotheeken ten gunste van de Rabobank, maar ook nog een (derde) hypotheek ten gunste van [B.V. zoon] , welke laatste hypotheek ten onrechte niet door [Appellant] werd vermeld, hoewel de betreffende hypotheekakte door [Appellant] zelf was gepasseerd. In de uiteindelijke akte van geldlening is ook die hypotheek vervallen en vervangen door een zogenaamde positieve/negatieve hypotheekverklaring ten aanzien van het kantoorpand, waarin de voorbelasting [B.V. zoon] opnieuw niet is vermeld.

4.11 Volgens [Appellant] is de gang van zaken zo geweest dat [zoon van X] heeft aangeboden om ten gunste van [X] hypotheeken te vestigen, maar is daarvan afgezien omdat [X] het niet nodig vond. Nog daargelaten dat uit geen van de overgelegde stukken (ook niet uit de later overgelegde handgeschreven aantekeningen van [Appellant]) blijkt dat [X] zelf heeft afgezien van de vestiging van hypotheekrechten, heeft [Appellant] onzorgvuldig gehandeld door die hypotheekrechten zonder meer achterwege te laten. Daarbij is het volgende van belang.

4.12 In de eerste plaats wist [Appellant] uit het gevoerde telefoongesprek met de Rabobank dat het de bedoeling was, in ieder geval van de Rabobank en [X] , dat de hypotheeken zouden worden gevestigd tot zekerheid van de terugbetaling van de lening. De Rabobank had weliswaar het geld al overgemaakt, maar eerst nadat zij met de notaris had afgestemd dat de hypotheeken zouden

worden gevestigd.

- 4.13 In de tweede plaats had [Appellant] niet lang daarvoor, in december 2004, een brief ontvangen van de dochter van [X] , mevrouw [Dochter van X] , waarin werd vermeld dat bij haar vader cognitieve stoornissen en een beginnend dementiesyndroom waren geconstateerd. Zijn geestelijke situatie was behoorlijk verslechterd, en hij vertoonde onvoorspelbaar en onredelijk gedrag. Verder werd vermeld dat [zoon van X] vermoedelijk 'ongeoorloofde druk' op zijn vader uitoefende. [Appellant] heeft deze brief opgevat als gestook binnen de familie, en heeft daar, volgens eigen zeggen, verder geen aandacht aan geschonken. De vermelding van cognitieve stoornissen en beginnende dementie, geconstateerd door artsen, bezien in samenhang met de hoge leeftijd van [X] van 86 jaar, had evenwel aanleiding moeten zijn om, nog meer dan anders, te waken voor zijn belangen.
- 4.14 Het spreekt vanzelf dat de belangen van [X] werden geschaad door in plaats van de aanvankelijk bedoelde hypotheekrechten slechts een positieve/negatieve hypotheekverklaring in de akte op te nemen, zodat er geen harde zekerheid stond tegenover de geldlening. Indien al juist is dat [X] zelf aangaf (in weerwil van de eerdere afspraken met de Rabobank) geen behoefte te hebben aan de twee hypotheekrechten te zijnen gunste, had [Appellant] daarin aanleiding moeten zien om [X] schriftelijk en uitdrukkelijk voor te lichten over en te wijzen op de gevolgen en bijbehorende risico's van de door [zoon van X] en (veronderstellenderwijs) [X] voorgestane nieuwe constructie voor de "zekerheid" gesteld voor de terugbetaling van de lening. Dat is wat van [Appellant] bij een juiste taakopvatting en invulling van de zogenoemde "Belehrungspflicht", die in de correcte uitoefening van het notarisambt zo centraal staat, in dit geval (ook door [X]) had mogen worden verwacht. De brieven van 28 februari en 20 maart 2006, waarbij [Appellant] het tweede respectievelijk derde concept van de geldleningsakte aanbood aan [X] reppen met geen woord over vorenbedoelde gevolgen en risico's of daarover gevoerde gesprekken. Volgens [Appellant] heeft hij er wel mondeling op gewezen dat de hypotheekverklaring minder zekerheid bood, maar daarbij had hij het niet moeten laten, nog daargelaten dat, zoals hiervoor werd overwogen, [Appellant] die stelling niet kan onderbouwen.
- 4.15 [Appellant] voert met grief 3 aan dat [X] niet wilsonbekwaam was. Dat is van de kant van [Geintimeerde] ook niet gesteld. Het doet er evenwel niet aan af dat [Appellant] , ook indien [X] wilsbekwaam was, rekening moest houden met de leeftijd van [X] , zijn geestelijke gesteldheid (nu hij daarvan in december 2004 op de hoogte was gesteld) en zijn financiële positie. Bovendien had [Appellant] zich rekenschap moeten geven van de bijzondere positie van [X] als "pater familias" van een familie waarbinnen - zoals aan [Appellant] bekend - de verhoudingen behoorlijk verstoord waren en de loyaliteitsconflicten jegens en (emotionele) afhankelijkheid van zijn kinderen die die versterking voor [X] zou kunnen meebrengen. Grief 3 faalt.
- 4.16 Zes weken na de akte van geldlening heeft [Appellant] de hypotheekakte gepasseerd waarbij [zoon van X] hypotheek verleende aan ABN AMRO op het kantoorpand. Tevens verleende de echtgenote van [zoon van X] hypotheek op het woonhuis. Deze herfinanciering was voorzien en vermeld in de considerans van de akte van geldlening. De bedoeling was (zo staat inmiddels tussen partijen vast) dat de geldlening van [X] uit deze herfinanciering zou worden terugbetaald. Desalniettemin blijkt uit het dossier niet van enig overleg met [X] over de positieve/negatieve hypotheekverklaring in verband met de te vestigen hypotheek ten gunste van ABN Amro. Evenmin blijkt uit de overgelegde stukken dat [Appellant] [zoon van X] erop heeft gewezen dat hij door het hypotheekrecht aan ABN AMRO te verlenen tekortschoot in zijn verplichtingen jegens zijn vader uit hoofde van de positieve/negatieve hypotheekverklaring. Voorts blijkt niet dat er op enig moment is gesproken over terugbetaling van de lening. [Appellant] heeft een door hem op zijn derdengeldenrekening ontvangen overschot op de hypotheeklening ad ruim € 43.000 terugbetaald aan ABN AMRO, die het (zo begrijpt het hof) aan [zoon van X] heeft uitbetaald; voorts betaalde [Appellant] een overschot van ruim € 70.000 uit aan [Echtgenote van zoon] . Aan [X] is niets afgelost.

- 4.17 De notaris beroept zich op het Novitaris-arrest (ECLI:NL:HR:2015:831) en betoogt dat het hem op grond van zijn geheimhoudingsplicht niet vrijstond om [X] te informeren over de voorgenomen hypotheekverstrekking. Voorts betrof de positieve/negatieve hypotheekverklaring slechts verplichtingen voor de daarbij betrokken partijen, niet voor de notaris. Zelfs al zou sprake zijn van wanprestatie van [zoon van X] ten opzichte van [X] , zou dat [Appellant] nog niet nopen zijn ministerie te weigeren.
- 4.18 Naar het oordeel van het hof heeft [Appellant] onvoldoende gewaakt voor de belangen van [X] door enerzijds niet erop toe te zien dat hij zich realiseerde welke mogelijkheden de hypotheekverklaring hem bood, en anderzijds zich niet bezig te houden met de vraag of en hoe de geldlening zou worden terugbetaald uit de herfinanciering. De geheimhoudingsplicht en de ministerieplicht stonden er immers niet aan in de weg dat [Appellant] in ieder geval [zoon van X] , die wel partij was bij de hypotheekverstrekking aan ABN AMRO, indringend had gewezen op zijn verplichtingen ten opzichte van [X] , en met hem zou overleggen over de terugbetaling van de lening. [Appellant] wist immers dat het de bedoeling was dat de lening uit de herfinanciering zou worden terugbetaald, en had de situatie waarin tegenover de geldlening geen zekerheden stonden, zelf bewerkstelligd. Het moge juist zijn dat het [Appellant] niet vrijstond om het overschot op zijn derdenrekening zonder overleg uit te betalen aan een derde, maar [Appellant] diende wel zijn uiterste best te doen om te bewerkstelligen dat [zoon van X] de hem bekende afspraken ten opzichte van [X] zou nakomen. Dat hij zich daarvoor enige moeite heeft getroost, blijkt uit niets, en stelt [Appellant] zelfs niet. Grief 4 in principaal appel faalt aldus.
- 4.19 Grief 2 in incidenteel appel betreft de voorbelasting met het hypotheekrecht ten behoeve van [B.V. zoon] . [Appellant] had voorheen hypotheek gevestigd op het kantoorpand ten gunste van [B.V. zoon] tot maximaal € 700.000, maar heeft verzuimd die voorbelasting – naast de hypotheeken ten gunste van Rabobank ad pro resto € 335.797,35 en € 49.915,82 – te vermelden in de akte van geldlening. [Geintimeerde] voert aan dat, als [Appellant] die voorbelasting had vermeld, voor [X] duidelijker zou zijn geweest dat hij aanvullende zekerheid moest bedingen, aangezien de hypotheekverklaring ten aanzien van het kantoorpand inhoudsloos was.
- 4.20 Het hof stelt vast dat de hypotheek ten gunste van [B.V. zoon] een fout bevatte en nietig is verklaard door rechtbank en hof. Achteraf blijkt de in de akte van geldlening weergegeven situatie – alleen twee hypotheeken ten gunste van Rabobank – dus de juiste te zijn geweest; de eerste onzorgvuldigheid heeft de tweede opgeheven. Een en ander heeft aldus niet tot schade geleid. Het hof verenigt zich met de overweging van de rechtbank dat hieruit het beeld oprijst van een notaris die het met de zorgvuldigheid niet zo nauw neemt. Desalniettemin faalt de grief; had [Appellant] geen fouten gemaakt met betrekking tot de voorbelasting [B.V. zoon] , dan was deze ook niet in de akte van geldlening vermeld.
- 4.21 Grief 3 in incidenteel appel houdt in dat [Appellant] ook het verwijt treft dat de positieve/negatieve hypotheekverklaring uitsluitend het kantoorpand en niet het woonhuis betrof. Hypotheek op het woonhuis was aanvankelijk ook toegezegd, zodat niet valt in te zien waarom die niet tevens is vermeld in de hypotheekverklaring, nu de echtgenote van [zoon van X] immers tevens was betrokken bij de herfinanciering. Gelet op de voorbelasting op het kantoorpand was daartoe alle aanleiding.
- 4.22 Voor deze kwestie geldt hetzelfde als in r.o. 4.14 is overwogen. [Appellant] had er uitdrukkelijk op moeten wijzen dat de voorgenomen wijzigingen - hypotheekverklaring in plaats van hypotheekrecht, en alleen op het kantoorpand, niet op de woning – een aanzienlijke verslechtering inhielden van de positie van [X] , en onvoldoende zekerheid boden voor de terugbetaling van de lening. Dat hij de echtgenote van [zoon van X] niet zelf kon dwingen om mee te werken, doet daaraan niet toe of af. Aangenomen mag worden dat ook de echtgenote belang had bij nakoming van de schikking met de Belastingdienst en bij de herfinanciering, waar zij ook bij betrokken is geweest. Zij heeft tenslotte in het kader van die herfinanciering ook hypotheekrecht verleend op het op haar naam staande woonhuis aan ABN AMRO. Bovendien geldt dat [Appellant]

al meteen na het gesprek met de Rabobank had moeten nagaan of [zoon van X] èn diens echtgenote instemden met de constructie, want de instemming van de echtgenote was op grond van artikel 1:88 BW ook vereist als het woonhuis op naam van [zoon van X] had gestaan. De grief slaagt aldus.

causaal verband

4.23 Met zijn vijfde grief voert [Appellant] aan dat het geld al was uitbetaald voordat hij de akte opstelde, zodat het niet meer zou hebben uitgemaakt of hij [X] zou hebben gewaarschuwd dat zijn zekerheidspositie verslechterde. [X] zou slechts een hypotheekrecht kunnen krijgen dat lager in rang was dan de al bestaande rechten van Rabobank. De herfinanciering door ABN AMRO zou bovendien geen doorgang hebben gevonden als [X] niet zou hebben meegewerkt (nadat zijn hypotheekrecht door aflossing van de Rabobank van derde tot eerste in rang was geworden) aan rangwisseling ten gunste van ABN AMRO. Hij zou bovendien in alle gevallen maar een beperkt bedrag hebben kunnen terugontvangen.

4.24 Het hof volgt [Appellant] niet in deze redenering. In de eerste plaats had [Appellant] zich al meteen na het overleg met de Rabobank ervan moeten vergewissen of zowel [zoon van X] als zijn echtgenote hun medewerking aan de zekerheidstelling zouden verlenen. Bovendien had hij met partijen moeten bespreken op welke wijze de terugbetaling gestalte zou krijgen, en hoe dat zou kunnen worden verzekerd. De omstandigheid dat [Appellant] uiteindelijk niet zou kunnen afdwingen of bewerkstelligen dat [X] zou worden terugbetaald uit de herfinanciering, maar slechts zijn ministerie had kunnen weigeren, doet er niet aan af dat hij wel de zorgplicht had om de zaken ook voor [X] zo goed mogelijk te regelen. Had hij die zorgplicht naar behoren nageleefd, dan is aannemelijk dat er in het kader van de herfinanciering een terugbetaling aan [X] zou zijn gedaan: [Appellant] had [X] dan in ieder geval in de gelegenheid gesteld om de nakoming van de (financiële) verplichtingen jegens hem door zijn zoon beter in de gaten te houden. [X] stond nu, door het (niet) optreden van [Appellant] , wat betreft zekerheden met lege handen.

schade

4.25 Beide partijen hebben zich verzet tegen verwijzing naar de schadestaat (grief 9 in principaal appel en grief 4 in incidenteel appel). Het hof zal zelf de schade begroten.

4.26 Daartoe dient een vergelijking gemaakt te worden tussen enerzijds de situatie zoals die zich feitelijk heeft voorgedaan en anderzijds de situatie zoals die zou zijn geweest als de zorgplichtschendingen zich niet zouden hebben voorgedaan. De feitelijke situatie is dat er op de lening niets is terugbetaald. Wel heeft de nalatenschap een bedrag van € 19.733,97 ontvangen uit de executie van het kantoorpand. Het restant van de lening ad € 391.951,03 staat nog open.

4.27 In de hypothetische situatie had [Appellant] met partijen, eerst [X] en [zoon van X] en diens echtgenote, en vervolgens eventueel ook met ABN AMRO, afgesproken hoe de terugbetaling van de lening uit de herfinanciering zou worden gestructureerd. Uit de stukken blijkt dat in het kader van de herfinanciering aan [zoon van X] een hypotheeklening van € 500.000 werd verstrekt voor het kantoorpand. Uit de afrekening d.d. 9 juni 2006 (prod. 31 bij memorie van grieven) blijkt dat van de hoofdsom de aflossing aan de Rabobank en notariële kosten zijn afgetrokken, waarna een 'depot' resteert van € 202.051,63. Dat depotbedrag moet redelijkerwijs beschikbaar zijn geweest voor [zoon van X] , en daarmee eveneens beschikbaar zijn geweest voor de aflossing van de lening. Immers blijkt niet (en [Appellant] stelt dat ook niet) waarvoor dat depotbedrag anders zou zijn aangewend. Voorts blijkt uit de afrekening d.d. 9 juni 2006 met betrekking tot het woonhuis (prod. 28 bij memorie van grieven) dat aan [Echtgenote van zoon] een bedrag van € 70.484,40 is uitbetaald, terwijl er een bedrag van € 187.000 is gereserveerd als 'extra zekerheidstelling'. Het hof begrijpt dat aldus dat dat bedrag niet is uitgekeerd aan [Echtgenote van zoon] , maar onder de hypotheek nog beschikbaar was. Voor beide bedragen geldt derhalve dat deze hadden kunnen worden aangewend ter aflossing van de lening. In totaal was daarvoor dus (€ 202.051,63 + € 70.484,40 + € 187.000 =) € 459.536,03 beschikbaar. Uit die ruimte had de lening van [X] geheel

kunnen worden afgelost.

4.28 Zoals hiervoor overwogen, was het ook de bedoeling (partijen zijn het daar inmiddels over eens) dat de lening uit de herfinanciering zou worden afgelost. Uit het voorgaande is gebleken dat, als [Appellant] zijn zorgplicht had nageleefd, hij zich meteen na het gesprek met de Rabobank zou hebben verzekerd van de instemming van [zoon van X] en diens echtgenote, en hij vervolgens duidelijke afspraken voor [X] zou kunnen hebben vastgelegd omtrent zekerheden en de terugbetaling van de lening. Niet valt in te zien waarom dat vervolgens niet zou hebben geleid tot volledige afbetaling, nu daarvoor met de herfinanciering de ruimte aanwezig was.

4.29 [Appellant] stelt weliswaar dat hij niet de volledige hypotheekbedragen op zijn derdengeldrekening heeft ontvangen, maar maakt niet duidelijk waarom niet. Dat doet evenwel ook niet ter zake. Het gaat er niet om dat [Appellant] zelf de terugbetaling aan [X] had moeten uitvoeren, maar dat hij erop had moeten aandringen dat goed werd afgesproken wanneer en hoe de terugbetaling aan [X] zou worden geregeld, en er ook op had moeten toezien dat die afspraken werden nagekomen, althans ten minste binnen de grenzen van zijn professionele mogelijkheden (zie hiervoor onder 4.14-4.18) zijn uiterste best had moeten doen om te bewerkstelligen dat die afspraken werden nagekomen. Daarom faalt grief 6 in principaal appel, waarmee [Appellant] betoogt dat hij niet over de gelden heeft beschikt en deze ook niet kon of mocht doorbetalen.

4.30 De schade is het verschil tussen de einduitkomst in de werkelijk bestaande situatie en die in de hypothetische situatie. Zoals uit het voorgaande blijkt, moet worden aangenomen dat [X] , indien [Appellant] zijn zorgplicht jegens hem behoorlijk was nagekomen, de gehele lening terugbetaald zou hebben gekregen ten tijde van de herfinanciering, dus in juni 2006. Het gehele in r.o. 4.26 genoemde bedrag van € 391.951,03 vormt dus de schade. Daarmee slaagt grief 4 in incidenteel appel.

rente

4.31 Zoals hiervoor overwogen, zou in de hypothetische situatie de gehele lening in juni 2006 zijn terugbetaald. Nadien zou geen contractuele rente over het geleende bedrag meer hebben gelopen. Dit brengt mee dat gederfde contractuele rente over de periode tot 12 juni 2006 wel, maar over de periode nadien niet tot de schade behoort. Wel loopt dan de wettelijke rente, nu de hypothetische situatie zich niet heeft voorgedaan en het bedrag niet toen is betaald. Dit brengt mee dat grief 7 in principaal appel slaagt.

eigen schuld

4.32 Met grief 8 in principaal appel betoogt [Appellant] dat [X] zelf het geld heeft overgemaakt zonder op dat moment hypothecaire zekerheid te hebben. Hij draagt daarom zelf (mede) verantwoordelijkheid voor de gevolgen van die beslissing. De schade is geheel of grotendeels een gevolg van het handelen van [X] , en dient daarom voor rekening van [Geintimeerde] (q.q.) te blijven, aldus [Appellant] .

4.33 Het hof is van oordeel dat [X] evenals de Rabobank mocht vertrouwen op de mededeling van [Appellant] dat hij de notariële vastlegging van de geldlening en hypotheeken zou verzorgen. Hij mocht er verder op vertrouwen dat [Appellant] zijn zorgplicht jegens hem zou nakomen en voor zijn belangen zou waken. Indien al juist zou zijn, zoals [Appellant] stelt, dat [X] zelf heeft aangegeven geen behoefte te hebben aan hypotheekrechten, dan mocht hij erop vertrouwen dat [Appellant] hem zou ontraden daarvan af te zien, nu zijn belang daardoor werd geschaad. Alles afwegende acht het hof de zorgplichtschending van de kant van [Appellant] zodanig ernstig dat de eventuele eigen schuld van [X] , mede gelet op de hiervoor onder 4.15 genoemde omstandigheden, daarbij in het niet valt. De grief faalt.

bewijs

4.34 [Appellant] heeft bewijs aangeboden van zijn stellingen. Uit het voorgaande is echter gebleken dat [Appellant] geen stellingen heeft betrokken die, indien bewezen, zouden leiden tot een andere uitkomst. Daarom wordt aan het bewijsaanbod voorbij gegaan.

5 De slotsom

5.1 In principaal appel slaagt grief 7 en falen de overige grieven. In incidenteel appel slagen de grieven 3 en 4 en falen de overige grieven. Het bestreden vonnis moet worden vernietigd, behalve de kostenveroordeling, die in stand behoort te blijven. Het hof zal voor het overige opnieuw rechtdoen.

5.2 Als de overwegend in het ongelijk te stellen partij zal het hof [Appellant] veroordelen in de kosten van het principaal en incidenteel hoger beroep. Die kosten worden aan de zijde van [Geintimeerde] vastgesteld op:

- griffierecht € 1.631
- salaris advocaat principaal appel € 2.782 (2 punten x tarief IV)
- salaris advocaat incidenteel appel € 4.678 (1/2 x 2 punten tarief VII).

6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen van 17 februari 2016, behoudens wat betreft de kostenveroordeling, bekrachtigt dit vonnis in zoverre en doet voor het overige opnieuw recht;

veroordeelt [Appellant] tot betaling aan [Geintimeerde] van een bedrag van € 391.951,03, te vermeerderen met de contractuele wettelijke rente daarover vanaf 31 januari tot 12 juni 2006 en met de wettelijke rente daarover vanaf 12 juni 2006 tot de voldoening;

veroordeelt [Appellant] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [Geintimeerde] vastgesteld op € 1.631 voor verschotten, op € 2.782 voor salaris in principaal appel en op € 4.678 voor salaris in incidenteel appel, beide laatste overeenkomstig het liquidatietarief;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.M. Croes, M.H.F. van Vugt en J.G.J. Rinkes en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 22 januari 2019

