

ECLI:NL:GHSHE:2017:111

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	17-01-2017
Datum publicatie	18-01-2017
Zaaknummer	200.173.985_01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBZWB:2015:8610
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	tekortkoming notaris in de nakoming van zijn zorgvuldigheidsplicht jegens een van partijen bij een onroerendgoedtransactie.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer 200.173.985/01

arrest van 17 januari 2017

in de zaak van

[appellante] ,

wonende te [woonplaats] ,

appellante,

hierna aan te duiden als [appellante] ,

advocaat: mr. A.F. Ammerlaan te Dordrecht,

tegen

1 Maatschap [Maatschap] ,
gevestigd te [vestigingsplaats 1] ,

2. Jalieva BV,
gevestigd te [vestigingsplaats 1] ,

3. Roemah Besar BV,
gevestigd te [vestigingsplaats 2] ,

geïntimeerden,

hierna gezamenlijk aan te duiden als de notaris,

advocaat: mr. P.H. Kramer te Amsterdam,

op het bij exploit van dagvaarding van 16 juli 2015 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 22 april 2015, door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Middelburg, gewezen tussen [appellante] als eiseres en de notaris als gedaagden.

1 Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/02/287968/HA ZA 14-697)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis en naar het tussenvonnissen van 14 januari 2015.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met producties;
- de memorie van antwoord met producties;
- de pleitnotities ten behoeve van het schriftelijke pleidooi, waarbij door partij [appellante] producties zijn overgelegd.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

3.1.1. [appellante] heeft tot 2008 een restaurant/strandpaviljoen geëxploiteerd in het (bij [appellante] in eigendom zijnde) bedrijfspand ' [bedrijfspand] [nummer] te [woonplaats] (hierna: ' [bedrijfspand]). Het bedrijfspand was belast met erfpacht ten behoeve van Natuur- en Recreatieschap [Natuur- en Recreatieschap] . Ter financiering van haar onderneming en/of het erfpachtrecht had [appellante] een lening bij ABN-AMRO afgesloten. Als zekerheid voor de nakoming van haar verplichtingen jegens ABN-AMRO was op ' [bedrijfspand] een hypotheek gevestigd ten bedrage van € 315.000,-.

[appellante] heeft de onderneming in ' [bedrijfspand] verkocht aan de heer [koper] (hierna: [koper]). Tevens heeft zij het bedrijfspand (met bovenwoning) aan [koper] verhuurd, dit per 15 januari 2008.

Aanvullend is tussen [appellante] en [koper] op 1 februari 2008 een overeenkomst gesloten waarbij aan [koper] het recht van koop van het horecapand (met bovenwoning) werd verleend. In de tussen [appellante] en [koper] gesloten overeenkomst is onder meer het volgende bepaald:

RECHT VAN KOOP

Partij 2 ([koper], opm. hof) krijgt het recht om zeven jaar na de ingangsdatum van de voormelde huurovereenkomst over te gaan tot aankoop.

Partij 2, hierna te noemen: "koper", heeft dan het recht van koop van voormeld registergoed, voor een koopsom van vijfhonderdvijfenzestig duizend euro (€ 565.000,-).

Gemelde koopsom wordt jaarlijks geïndexeerd met de CBS index werknemers algemeen.

De koper is verplicht binnen een maand, na zeven jaar na de ingangsdatum van de voormelde huurovereenkomst, schriftelijk aan de verkoper mede te delen, of hij al dan niet van zijn recht van koop gebruik wenst te maken.

(...)

Indien de verkoper tot verkoop overgaat zonder de koper gelegenheid te hebben gegeven op de boven aangegeven wijze om van zijn recht gebruik te maken of zijn medewerking aan de overdracht niet verleent, nadat door de koper is verklaard dat hij van zijn recht gebruik wenst te maken, zal de verkoper ten behoeve van de koper verbeuren een direct opeisbare boete van driehonderdvijftig duizend euro

(€ 350.000,-) onverminderd het recht van de koper om van de verkoper te eisen vergoeding van de eventueel door hem, koper, geleden meerdere schade.

3.1.2. In 2009 is een horecapand aan de [straatnaam][nummer] te [plaats] (hierna: de [horecapand]) aan [appellante] te koop aangeboden. [appellante] kon deze aankoop niet financieren. Zij is vervolgens benaderd door de heer [potentiële koper 1] (hierna: [potentiële koper 1]) die heeft aangeboden de [horecapand] te kopen en aan haar te verhuren, alsmede aan haar een lening te verstrekken ten bedrage van € 50.000,- voor de aankoop van de inventaris van de [horecapand] en tevens om de hypothecaire lening van de ABN-AMRO ten behoeve van '[bedrijfspan]' over te nemen. Hiertegenover diende [appellante] ten behoeve van [potentiële koper 1] een recht van eerste hypotheek te verstrekken op '[bedrijfspan]', dit tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van [appellante] jegens [potentiële koper 1], zulks tot een bedrag van € 550.000,- (later gewijzigd in € 580.000,-).

3.1.3. Op 14 december 2009 heeft een gesprek plaatsgevonden van [appellante] en [potentiële koper 1] met de heer [medewerker notaris], een medewerker van de notaris. In dat gesprek zijn de aankoop van de [horecapand] door [potentiële koper 1], de verhuur van dat pand aan [appellante], de lening van € 50.000,- en de vestiging van de hypotheek op '[bedrijfspan]' besproken, dit aan de hand van een memo (overgelegd als productie 2 bij CvA). In die memo -die daarnaast handgeschreven aantekeningen bevat- is onder meer het volgende vermeld:

Aankoop [straatnaam][nummer] [plaats] door [potentiële koper 1] (...)

Prijs 230.000,- euro (=inclusief volledige inventaris) passeren a.s. woensdag graag eind van de middag zodat ik begin van de middag het pand kan inspecteren

Huurovereenkomst, [potentiële koper 1] verhuurt aan: Mevrouw [appellante] (...) [straatnaam] [nummer] Restaurant en bovenwoning voor 24.000,- per jaar, jaarlijkse indexatie voor het eerst op 1-1-2011.

Ingangsdatum huurovereenkomst 1-1-2010 (...) Looptijd 10 jaar.

(...)

Verkoop inventaris door [potentiële koper 1] aan Mevr. [appellante] voor 55.000,- euro

Lening 50.000,- euro verstrekt door [potentiële koper 1] aan Mevr. [appellante] voor inrichting, inventaris, opknappen inrichting, aanleg terras, etc.

(...)

Hypothek op [bedrijfspand] [nummer] [woonplaats] ter hoogte van 315.000 welke momenteel loopt bij de ABN-AMRO (...) wordt door [potentiële koper 1] overgenomen.

[bedrijfspand] [nummer] wordt verhuurt door Mevr. [appellante] aan Dhr [koper] (...)

- Aflossingsvrij

- Rente 7%, 5 jaar vast

- Inschrijving ter hoogte van 550.000

- Verpanding huurpenningen (...)

- De hypothek moet dienen ter nakoming van alle financiële verplichtingen van

Mevr. [appellante] jegens [potentiële koper 1] (huur, lening, hypothek)

3.1.4. Op 15 december 2009 heeft [appellante] concepten ontvangen van de volgende stukken:

- leveringsakte;

- akte van geldlening;

- huurovereenkomst;

- hypothekakte;

- volmacht hypothekstelling.

In de concept-hypothekakte is de door [appellante] ten behoeve van [potentiële koper 1] gestelde zekerheid als volgt omschreven:

VESTIGING HYPOTHEEK- EN PANDRECHT MET BIJBEHORENDE BEPALINGEN

Ter uitvoering van de overeenkomst als hiervoor vermeld, verleent de schuldenaar aan de schuldeiser, die zulks aanneemt, recht van hypothek respectievelijk – voor zoveel nodig nu voor alsdan – recht van pand op het hierna te omschrijven onderpand, tot meerdere zekerheid voor:

I de terugbetaling van:

a. voormelde hoofdsom, ad DRIE HONDERD VIJFTIEN DUIZEND EURO (€ 315.000,-);

b. alsook voor de terugbetaling van een onderhandse, door de schuldeiser aan de schuldenaar verstrekte lening ad VIJFTIG DUIZEND EURO (€ 50.000,-),

c. alsmede voor al hetgeen de schuldenaar uit welke hoofde ook blijkt de administratie van de schuldeiser, aan de schuldeiser verschuldigd is of zal zijn;

een en ander ten belope van een totaal (inschrijvings-) bedrag van **VIJF HONDERD TACHTIG DUIZEND EURO (€580.000,00)**

Voormelde concepten zijn op 16 december 2009 door [appellante] en [potentiële koper 1] met de heer [medewerker notaris] voornoemd besproken, met dien verstande dat in het concept van de hypothekakte wijzigingen waren aangebracht, onder meer naar aanleiding van door [potentiële koper 1] gemaakte opmerkingen met betrekking tot het concept.

Tijdens de bespreking op 16 december 2009 heeft [appellante] de huurovereenkomst en de volmacht hypothekstelling ondertekend.

De hypothekakte is verleden op 25 januari 2010, met gebruikmaking van de door [appellante] verleende volmacht.

In de definitieve hypothekakte is de door [appellante] aan [potentiële koper 1] verstrekte zekerheid als volgt omschreven:

VESTIGING HYPOTHEEK- EN PANDRECHT MET BIJBEHORENDE BEPALINGEN

Ter uitvoering van de overeenkomst als hiervoor vermeld, verleent de schuldenaar aan de schuldeiser, die zulks aanneemt, recht van hypothek respectievelijk – voor zoveel nodig nu voor alsdan – recht van pand op het hierna te omschrijven onderpand, tot meerdere zekerheid voor:

I de terugbetaling van:

a. voormelde hoofdsom, ad DRIE HONDERD VIJFTIEN DUIZEND EURO (€ 315.000,-);

b. alsook voor de terugbetaling van een onderhandse, door de schuldeiser aan de schuldenaar verstrekte lening ad VIJFTIG DUIZEND EURO (€ 50.000,-),

c. alsmede voor al hetgeen de schuldenaar uit welke hoofde ook blijkt de administratie van de schuldeiser, aan de schuldeiser verschuldigd is of zal zijn waaronder ook te begrijpen eventuele

achterstalligheden aangaande de tussen de schuldeiser als verhuurder en de schuldenaar als huurder gesloten overeenkomst van verhuur en huur betreffende het pand [straatnaam] [nummer] te [plaats] ;

een en ander ten belope van een totaal (inschrijvings-) bedrag van **VIJF HONDERD TACHTIG DUIZEND EURO (€580.000,00)**.

3.1.5. [appellante] heeft de horecaonderneming in de [horecapand] eerst zelf geëxploiteerd en vervolgens (feitelijk) overgedragen aan haar zoon en schoondochter, die deze exploitatie – als gevolg van een faillissement – begin 2012 hebben moeten staken.

3.1.6. [appellante] is in de loop van 2012 met [potentiële koper 1] overeengekomen dat laatstgenoemde ` [bedrijfspan] koopt voor een bedrag van € 345.000,- en dat de huurovereenkomst met betrekking tot de [horecapand] werd beëindigd.

3.2. [appellante] stelt zich in de onderhavige procedure op het standpunt dat de notaris

toerekenbaar is tekort geschoten in de nakoming van de op hem rustende zorgvuldigheidsplicht, dan wel jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de door haar geleden en nog te lijden schade.

Zij vorderde in eerste aanleg een verklaring voor recht ter zake, alsmede de veroordeling van de notaris tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat.

De notaris heeft deze vordering bestreden.

3.3. De rechtbank heeft in het vonnis waarvan beroep de vordering van [appellante] afgewezen na

te hebben overwogen dat de door [appellante] aan de notaris gemaakte verwijten onterecht zijn: de inhoud van de hypotheekakte is gebaseerd op de memo die bij de notaris in aanwezigheid van [appellante] en [potentiële koper 1] is besproken; de gewijzigde en uiteindelijk gepasseerde hypotheekakte is door [appellante] gelezen en op de ten deze relevante passages is door haar geen commentaar geleverd. De rechtbank heeft verder overwogen dat [appellante] door de gebruikte formuleringen in de hypotheekakte niet is benadeeld en tevens dat de verkoop van ` [bedrijfspan] door de gekozen zekerheidsconstructie geenszins onmogelijk werd gemaakt.

3.4. [appellante] kan zich met het vonnis waarvan beroep niet verenigen en is in hoger beroep

gekomen. Zij heeft in haar memorie van grieven 13 grieven aangevoerd. Zij concludeert tot het alsnog toewijzen van haar vordering zoals geformuleerd in eerste aanleg. Daarnaast vordert zij dat de notaris wordt veroordeeld om al hetgeen zij ter uitvoering van het vonnis waarvan beroep aan de notaris mocht hebben voldaan, aan haar terug te betalen binnen 5 dagen na het in deze te wijzen arrest, vermeerderd met wettelijke rente tot aan de dag der algehele voldoening.

3.5. De grieven 1 tot en met 5 hebben betrekking op de feiten waarvan de rechtbank bij haar beslissing is uitgegaan.

De grieven 6 tot en met 11 hebben betrekking op de kern van het geschil tussen partijen, namelijk de vraag of de notaris heeft voldaan aan zijn zorgvuldigheidsplicht jegens [appellante] .

De grieven 12 en 13 hebben, naast de overige grieven, geen zelfstandige betekenis.

3.6.1. Wat betreft de feiten waarvan de rechtbank is uitgegaan heeft [appellante] onder meer aangevoerd dat, anders dan de rechtbank overweegt, de op 14 december 2009 besproken memo niet is opgesteld door [potentiële koper 1] maar door de notarieel medewerker [medewerker notaris] en dat de aantekeningen op de memo van [potentiële koper 1] zijn.

Verder heeft [appellante] aangevoerd dat de rechtbank er ten onrechte van uitgaat dat de hier bedoelde memo is besproken met de notaris (die de hypotheekakte heeft verleden); de bespreking vond plaats met de notarieel medewerker [medewerker notaris] .

[appellante] stelt verder dat dat de memo geenszins een weergave is van de tussen haar en [potentiële koper 1] (voorafgaande aan de bespreking op 14 december 2009) gemaakte afspraken.

- 3.6.2. Naar het oordeel van het hof dient ervan uit te worden gegaan dat de hier bedoelde memo is opgesteld door [potentiële koper 1] , dit gelet op de schriftelijke verklaring van de heer [medewerker notaris] (productie 2 memorie van antwoord) en de inhoud van de memo zelf waarin immers staat:

Aankoop [straatnaam][nummer] [plaats] door [potentiële koper 1] (...)

Prijs 230.000,- euro (=inclusief volledige inventaris) passeren a.s. woensdag graag eind van de middag zodat ik begin van de middag het pand kan inspecteren

Met de aanduiding "ik" kan moeilijk iemand anders zijn bedoeld dan [potentiële koper 1] .

Tegenover deze bewijsstukken heeft [appellante] niets ter zake dienende aangevoerd zodat haar stelling dat [medewerker notaris] de memo heeft opgesteld als onvoldoende onderbouwd wordt verworpen.

Het hof merkt hierbij nog op dat deze kwestie voor het te beslissen geschil niet van doorslaggevend belang is.

- 3.6.3. Voor zover de overigens door [appellante] aangevoerde bezwaren tegen de door de rechtbank gehanteerde feiten van belang zijn voor de beoordeling van het geschil zal het hof hierop in het hierna volgende ingaan.

- 3.7.1. De grieven 6 tot en met 11 hebben, zoals overwogen, betrekking op de kern van het geschil tussen partijen.

[appellante] stelt dat de met [potentiële koper 1] overeengekomen en notarieel vastgelegde constructie (in het bijzonder: een huurovereenkomst van 10 jaar voor de [horecapand] en de door [appellante] aan [potentiële koper 1] verstrekte hypotheek op ' [bedrijfspan] voor de nakoming van de huur voor de volledige duur van de huurovereenkomst met betrekking tot de [horecapand]) niet overeenkomt met hetgeen zij voor ogen had ten tijde van het sluiten van de hier bedoelde overeenkomsten. Volgens [appellante] was het haar bedoeling om de overeenkomst met betrekking tot de [horecapand] aan te gaan voor een periode van 5 jaar met 5 optie jaren en had zij voor ogen om al na korte tijd de huur over te dragen aan haar zoon en schoondochter. Volgens [appellante] is het absoluut niet haar bedoeling geweest om ' [bedrijfspan] te belasten met een hypotheek tot zekerheid van de betaling van toekomstige huurpenningen voor de [horecapand] , te meer omdat zij voornemens was ' [bedrijfspan] na enkele jaren te verkopen en de overwaarde bij verkoop te gebruiken als pensioenvoorziening. Zij verwijst in dit verband naar haar geboortedatum 30 januari 1948. Volgens [appellante] betekent de hypothecaire belasting op ' [bedrijfspan] een doorkruising van haar voornemen om de overwaarde van ' [bedrijfspan] als pensioenvoorziening te gaan gebruiken.

[appellante] heeft er voorts op gewezen dat de huurder [koper] een koopoptie had bedongen met betrekking tot ' [bedrijfspan] en dat zij een boete van € 350.000,- zou verbeuren indien zij tekort zou schieten in het honoreren van die koopoptie.

[appellante] stelt zich op het standpunt dat de notaris zich onvoldoende heeft vergewist wat [appellante] voor ogen had ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten met [potentiële koper 1] . Bovendien heeft de notaris verzuimd haar te wijzen op de risico's die voor haar verbonden waren aan de gekozen constructie, temeer nu de notaris op de hoogte was van haar voornemen om ' [bedrijfspan] te verkopen met het oog op haar pensioenleeftijd en bekend was met de door [koper] bedongen koopoptie.

[appellante] stelt dat zij, indien zij bekend was geweest met de reikwijdte van de door [potentiële koper 1] bedongen constructie en met de hieraan voor haar verbonden risico's, nimmer de overeenkomsten met [potentiële koper 1] zou zijn aangegaan.

[appellante] heeft ook nog gesteld dat de notaris een wijziging heeft aangebracht in de op 15 december 2009 aan haar toegezonden concept-hypotheekakte (namelijk onder de kop

VESTIGING HYPOTHEEK- EN PANDRECHT MET BIJBEHORENDE BEPALINGEN onder Ic de toevoeging "waaronder ook te begrijpen eventuele achterstalligheden aangaande de tussen de schuldeiser als verhuurder en de schuldenaar als huurder gesloten overeenkomst van verhuur en huur betreffende het pand [straatnaam][nummer] te [plaats] "), dit zonder overleg met haar en zonder haar instemming.

Volgens [appellante] is de notaris op grond van het voorgaande toerekenbaar tekort geschoten in zijn zorgvuldigheidsplicht jegens haar en dient hij de door haar geleden schade te vergoeden. Die schade is onder meer ontstaan doordat zij ' [bedrijfspan] voor een bedrag dat ver onder de waarde lag, heeft moeten verkopen aan [potentiële koper 1] .

- 3.7.2. De notaris heeft bestreden dat hij in zijn zorgvuldigheidsplicht is tekort geschoten. Hij betwist dat [appellante] tegenover (een medewerker van) de notaris kenbaar zou hebben gemaakt dat zij voor ogen had een huurovereenkomst ter zake van de [horecapand] aan te gaan voor de duur van 5 jaar met 5 optiejaren en dat het haar bedoeling was om de huurovereenkomst na korte tijd over te dragen aan haar zoon en schoondochter. De duur van de overeenkomst is op 14 december 2009 met [appellante] besproken aan de hand van de memo waarin een contractduur van 10 jaar stond vermeld.

Ook de koppeling van de hypothecaire zekerheid op ' [bedrijfspan] met de huurverplichting van [appellante] ter zake van de [horecapand] is gebaseerd op de inhoud van de genoemde memo en op 14 december 2009 met [appellante] besproken. Volgens de notaris is in dat gesprek uitvoerig gesproken over de hier bedoelde constructie en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen, waarbij ook de samenhang tussen de verschillende rechtshandelingen (de huurovereenkomst, de hypothecaire zekerheidstelling, de koopoptie van [koper]) is besproken

Volgens de notaris is tijdens de met [appellante] en [potentiële koper 1] gevoerde gesprekken wel degelijk gecontroleerd of de gekozen constructie overeen kwam met de bedoeling van partijen, hetgeen het geval was.

De toevoeging onder de kop **VESTIGING HYPOTHEEK- EN PANDRECHT MET BIJBEHORENDE BEPALINGEN** onder Ic heeft volgens de notaris plaatsgevonden ter verduidelijking, dit in het belang van [appellante] . Volgens de notaris is deze wijziging met [appellante] besproken tijdens de bijeenkomst op 16 december 2009.

- 3.7.3. De notaris heeft voorts aangevoerd dat, als er al geoordeeld zou worden dat hij tekort is geschoten in zijn zorgvuldigheidsplicht, de vordering van [appellante] moet worden afgewezen omdat [appellante] geen schade heeft geleden. Immers: niet gesteld of gebleken is dat [appellante] ' [bedrijfspan] beneden de marktprijs aan [potentiële koper 1] heeft verkocht, dit wanneer rekening wordt gehouden met het feit dat de door [potentiële koper 1] betaalde koopprijs tot stand is gekomen na verrekening met het bedrag dat diende ter afkoop van de huurovereenkomst met betrekking tot de [horecapand] . Mocht er al sprake zijn van schade dan ontbreekt volgens de notaris het causaal verband tussen die schade en de gestelde tekortkoming van de notaris, aangezien de verkoop van ' [bedrijfspan] aan [potentiële koper 1] niet veroorzaakt is door het gestelde tekortschieten van de notaris, maar door het feit dat [appellante] de huur voor de [horecapand] niet meer kon betalen. Deze laatste omstandigheid brengt volgens de notaris tevens mee dat eventuele geleden schade grotendeels het gevolg is geweest van de eigen schuld van [appellante] .

- 3.7.4. Het hof overweegt hieromtrent het volgende.

De stelling van [appellante] dat de notaris is tekort geschoten in zijn zorgvuldigheidsplicht omdat – in strijd met haar bedoeling – in de met [potentiële koper 1] gesloten overeenkomst de huurperiode is bepaald op 10 jaar, kan niet worden aanvaard. De notaris heeft onweersproken gesteld dat voorafgaande aan het opstellen van de huurovereenkomst met [appellante] en [potentiële koper 1] is gesproken over de duur van de overeenkomst aan de hand van de meergenoemde memo waarin een huurtermijn van 10 jaar was genoemd. Voorafgaand aan het ondertekenen van de huurovereenkomst was de conceptovereenkomst aan [appellante] toegezonden ter beoordeling. Niet gesteld of gebleken is dat [appellante] op enig moment bezwaar heeft gemaakt op het punt van de tienjaartermijn.

Van belang in dit verband is mede dat [appellante] bekend was met de inhoud van huurovereenkomsten; zij was immers zelf verhuurster van ' [bedrijfspan] .

Tevens is in dit verband van belang dat [appellante] zich ten aanzien van de inhoud van (onder meer) de huurovereenkomst heeft laten adviseren door haar accountant.

3.7.5. Evenmin kan de stelling van [appellante] worden aanvaard dat de notaris ten onrechte geen rekening heeft gehouden met haar bedoeling om de huur van de [horecapand] na korte tijd over te dragen aan haar zoon en schoondochter. De notaris heeft uitdrukkelijk betwist dat dit aspect door [appellante] aan de orde is gesteld tijdens de met (een medewerker van) de notaris gevoerde besprekingen. Door [appellante] is onvoldoende concreet onderbouwd dat zij dit wél aan de orde heeft gesteld.

3.7.6. Met betrekking tot de stelling van [appellante] dat de notaris zich, wat betreft de zekerheidstelling in de hypotheekakte, onvoldoende heeft vergewist wat de bedoeling van [appellante] was en haar ten onrechte niet heeft gewezen op de risico's die voor haar verbonden waren aan de zekerheidstelling zoals geformuleerd in de hypotheekakte, overweegt het hof het volgende.

Als uitgangspunt heeft te gelden dat een notaris als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid moet 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 gehouden is tot het geven van verdergaande informatie, met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's (HR 20 januari 1989 NJ 1989,766).

3.7.7. Naar het oordeel van het hof brengen de omstandigheden in de onderhavige zaak mee dat de notaris [appellante] had moeten wijzen op de risico's die voor haar waren verbonden aan de hypothecaire zekerheidstelling zoals geformuleerd in de hypotheekakte die op 25 januari 2010 is verleden. Immers: [potentiële koper 1] had met die hypothecaire zekerheidstelling voor ogen – zoals nadien is gebleken – dat deze zich mede uitstreckte tot toekomstige huurverplichtingen van [appellante] jegens [potentiële koper 1] met betrekking tot de [horecapand], zolang de huurovereenkomst met betrekking tot dat pand zou duren. Die bedoeling van [potentiële koper 1] volgt niet zonder meer uit de formulering van de zekerheidstelling in de concept-hypotheekakte die op 15 december 2009 aan [appellante] is gezonden (productie 4 inleidende dagvaarding) en evenmin uit de definitieve tekst van de zekerheidstelling in de definitieve hypotheekakte (productie 6 inleidende dagvaarding).

Indien deze uitleg van [potentiële koper 1] niet aan de orde is gesteld door (de medewerker van) de notaris in de besprekingen met [appellante] en [potentiële koper 1], dan is de notaris tekortgeschoten in zijn zorgvuldigheidsplicht omdat hij zich onvoldoende heeft vergewist wat partijen op dit essentiële punt voor ogen stond. Indien deze uitleg van [potentiële koper 1] wél aan de orde is geweest tijdens de besprekingen, dan had de (medewerker van de) notaris [appellante] dienen te wijzen op de risico's die voor haar waren verbonden aan deze (omvang van de) zekerheidstelling. Immers: in de visie van [potentiële koper 1] had [appellante] zijn medewerking nodig voor verkoop van '[bedrijfspan] zolang de huurovereenkomst zou duren, tenzij [appellante] hem bij de verkoop van '[bedrijfspan] alle toekomstige huurtermijnen voor de [horecapand] zou voldoen dan wel voor hem toereikende vervangende zekerheid zou stellen. Dit betekende een ingrijpende beperking van de mogelijkheden voor [appellante] om over te gaan tot verkoop van '[bedrijfspan] binnen enkele jaren, dit terwijl door [appellante] onweersproken is gesteld dat de notaris op de hoogte was van het feit dat zij het voornemen had tot verkoop van '[bedrijfspan] over te gaan en de overwaarde te gebruiken als pensioenvoorziening en tevens dat de notaris bekend was met de door [koper] bedongen koopoptie met betrekking tot '[bedrijfspan], uit te oefenen in januari 2015 met daaraan gekoppeld een boete van € 350.000,- indien [appellante] haar verplichting, voortvloeiend uit die koopoptie, niet zou nakomen.

Weliswaar werd verkoop van '[bedrijfspan] niet onmogelijk gemaakt door de hier bedoelde hypothecaire zekerheidstelling, maar [appellante] werd voor die verkoop wel afhankelijk van de medewerking van [potentiële koper 1], en het bereiken van haar doel: het binnen enkele jaren beschikbaar krijgen van de overwaarde van '[bedrijfspan], werd in grote mate onzeker. De zorgvuldigheidsplicht van de notaris bracht mee dat hij [appellante] op die risico's had moeten wijzen.

3.7.8. [appellante] stelt dat de notaris niet aan deze waarschuwingsplicht heeft voldaan. Naar het oordeel van het hof heeft de notaris deze stelling van [appellante] onvoldoende gemotiveerd

weersproken, dit gelet op het volgende:

- de notaris heeft slechts in algemene termen aangevoerd dat met partijen over de rechtsgevolgen van de gekozen constructie, inclusief de samenhang tussen de verschillende overeenkomsten (huurovereenkomst, hypotheekstelling, het voorkeursrecht van [koper]) is gesproken;
- er zijn door (de medewerker van) de notaris geen aantekeningen bijgehouden en bewaard van hetgeen hij in het kader van zijn voorlichtingsplicht met betrokkenen heeft besproken (vergelijk HR 19 februari 2016 ECLI:NL:HR:2016:288);
- de notaris heeft in antwoord op een brief van de advocaat van [appellante] d.d. 29 mei 2012 (productie 7 inleidende dagvaarding) waarin gevraagd wordt welke uitleg moet worden gegeven aan het hypothecaire zekerheidsbeding dat is vermeld in de hypotheekakte onder Ic, meegedeeld: " *Uw vraag laat zich niet door mij van een klip en klaar antwoord voorzien*", hetgeen naar het oordeel van het hof de stelling van [appellante] ondersteunt dat verzuimd is aan haar deugdelijke voorlichting op dit punt te geven.

3.7.9. Naar het oordeel van het hof heeft [appellante] in voldoende mate onderbouwd dat zij de hier bedoelde constructie met betrekking tot de [horecapand] niet zou zijn aangegaan indien zij door de notaris voldoende zou zijn voorgelicht omtrent de risico's die hieraan voor haar waren verbonden, waarbij de volgende omstandigheden van belang zijn:

- er bestond voor [appellante] geen noodzaak om de horecaonderneming in de [horecapand] te gaan exploiteren. Zij deed dit slechts met het oog op de overdracht van de onderneming aan haar zoon en schoondochter na verloop van enkele jaren;
- de omvang van de hypothecaire zekerheidstelling, gekoppeld aan de door haar aangegane huurverplichting met betrekking tot de [horecapand] , doorkruiste haar voornemen tot verkoop van ` [bedrijfspan] ten behoeve van haar pensioenvoorziening;
- die zekerheidstelling bracht voor haar het risico mee dat zij niet zou kunnen voldoen aan haar verplichting jegens [koper] op het punt van de koopoptie met betrekking tot ` [bedrijfspan] en

de daaraan gekoppelde boete van € 350.000,-.

In dit licht bezien is de in algemene termen gestelde betwisting van de notaris van de hier bedoelde stelling van [appellante] ontoereikend.

3.8.1. Naar het oordeel van het hof dient de conclusie uit het voorgaande te zijn dat de notaris jegens [appellante] toerekenbaar is tekort geschoten in zijn zorgvuldigheidsplicht; de notaris is verplicht de schade die [appellante] hierdoor heeft geleden, te vergoeden.

3.8.2. [appellante] vordert vergoeding van schade op te maken bij staat. Voor toewijzing van een dergelijke vordering is, wat betreft het element schade, voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is.

Naar het oordeel van het hof is aan deze voorwaarde voldaan. Door [appellante] is gesteld, onderbouwd met een schriftelijke verklaring (productie 18 MvG) van de heer [potentiële koper 2] (hierna: [potentiële koper 2]) dat zij ` [bedrijfspan] aan [potentiële koper 2] kon verkopen voor een bedrag van

€ 500.000,-. De notaris heeft dit onvoldoende betwist.

Omdat [appellante] de lening ad € 50.000,- inmiddels aan [potentiële koper 1] had terugbetaald (blijkend uit productie 21 van [appellante]) zou bij verkoop aan [potentiële koper 2] voor haar een overwaarde hebben geresteed (na aftrek van de hypothecaire lening van € 315.000,-) van € 185.000,-. Weliswaar rustte op [appellante] de verplichting om aan [potentiële koper 1] huur te betalen tot en met 31 december 2019, maar door [appellante] is onweersproken gesteld dat, na de beëindiging van de huur met betrekking tot de [horecapand] eind 2012, de bedrijfsruimte door

[potentiële koper 1] aansluitend aan een derde is verhuurd (voor een hogere huurprijs) zodat de aanspraak van [potentiële koper 1] op het (volledige) positieve contractsbelang niet zonder meer gerechtvaardigd is.

De verkoop van ` [bedrijfspan] aan [potentiële koper 2] heeft geen doorgang gevonden als gevolg van het op dat pand rustende hypothecaire zekerheidsrecht van [potentiële koper 1] . [appellante] heeft ` [bedrijfspan] uiteindelijk aan [potentiële koper 1] verkocht voor een bedrag van € 345.000,-.

Gelet op het voorgaande moet de mogelijkheid dat [appellante] op dit punt schade heeft geleden, aannemelijk worden geacht. Anders dan de notaris stelt is die schade het gevolg van de tekortkoming van de notaris. Immers: indien de notaris zijn zorgvuldigheidsplicht jegens [appellante] zou zijn nagekomen, had zij de met [potentiële koper 1] overeengekomen constructie niet aanvaard en had zij haar handen vrij gehad bij de verkoop van ` [bedrijfspan] . Om dezelfde reden is van eigen schuld aan de zijde van [appellante] met betrekking tot de geleden schade geen sprake.

3.8.3. Door [appellante] is aangevoerd dat zij ook schade heeft geleden, bestaande uit gemaakte kosten in het kader van procedures tegen [potentiële koper 1] en tegen [koper] en uit notariskosten. Enige toelichting of onderbouwing op deze schadeonderdelen ontbreekt. Naar het oordeel van het hof heeft [appellante] ten aanzien van deze posten niet voldaan aan de eis dat de mogelijkheid van schade aannemelijk dient te zijn.

3.8.4. Door de notaris zijn geen concrete feiten te bewijzen aangeboden die, mits bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. Het door de notaris gedane bewijsaanbod wordt om die reden gepasseerd.

3.8.5. De conclusie is dat de grieven van [appellante] gedeeltelijk slagen en dat het vonnis waarvan beroep niet in stand kan blijven. Het hof zal dat vonnis vernietigen en opnieuw rechtdoende, de vordering van [appellante] zoals deze reeds in eerste aanleg was geformuleerd, toewijzen.

De notaris heeft onweersproken gesteld dat [appellante] niets heeft betaald ter uitvoering van het vonnis waarvan beroep. Dit betekent dat de vordering van [appellante] om de notaris te veroordelen om al hetgeen zij aan de notaris mocht hebben voldaan ter uitvoering van het vonnis van de rechtbank, niet toewijsbaar is.

De notaris zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van beide instanties.

4 De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep d.d. 2 april 2015;

opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat geïntimeerden jegens [appellante] toerekenbaar tekortgeschoten zijn in de nakoming van de op hen rustende zorgvuldigheidsplicht en dat geïntimeerden hoofdelijk jegens [appellante] aansprakelijk zijn voor alle schade die [appellante] als gevolg daarvan heeft geleden en/of zal lijden, nader op te maken bij staat;

wijst af het meer of anders gevorderde;

veroordeelt geïntimeerden in de kosten van beide instanties en begroot die kosten aan de zijde van [appellante] als volgt:

- wat betreft de eerste aanleg op (€ 119,21 + € 77,- =) € 196,21 voor verschotten en op € 904,- voor salaris advocaat;
- wat betreft het hoger beroep op (€ 94,19 + € 311,- =) € 405,19 voor verschotten en op € 1.788,- voor salaris advocaat;

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. O.G.H. Milar, M.G.W.M. Stienissen en J.C.J. van Craaikamp en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 17 januari 2017.

griffier rolraadsheer