

SmartNewz AR 2016/125

Afwijzing schadevergoedingsvordering ABN AMRO vanwege ontbreken causaal verband tussen tekortkoming notaris en schade bank




Hof 's-Hertogenbosch, 12 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:52 - Op SmartNewz sinds: 16 januari 2016

Beati B.V. heeft aan Casa Novo een registergoed (hierna: het pand) geleverd, tegen betaling van een koopsom van € 900.000. De letterlijke opdracht van de bank om hypotheekrecht ten laste van de schuldenaar te vestigen was echter door de notaris niet uitgevoerd; in plaats daarvan heeft de notaris - zonder nader overleg met de bank - derdenhypotheek gevestigd ten laste van een aan de schuldenaar gelieerde rechtspersoon, aangezien hij meende dat dit de eigenlijke bedoeling van de bank was. Na faillietverklaring van Casa Novo, hebben de curatoren op grond van art. 42 Fw. de buitengerechtelijke vernietiging ingeroepen van de hypotheekverlening door Casa Novo en van eventuele obligatoire verplichtingen van Casa Novo om zekerheid te verschaffen voor schulden van de volmachtgever.

Hof: De notaris maakt bezwaar tegen de beslissing van de rechtbank in het tussenvonnis die erop neerkomt dat de notaris toerekenbaar is tekortgeschoten jegens de bank, doordat hij een hypotheekakte heeft opgemaakt en verleden die niet overeenstemde met de opdracht die de bank had verleend. Het hof is van oordeel dat volgens de bewoordingen van de door de bank toegezonden offerte, opdrachtbrief en conceptakte de bank aan de notaris heeft opgedragen om een akte te passeren ter vestiging van een hypotheekrecht op het pand ten laste van volmachtgever. Dit vindt bevestiging in de stelling van de notaris zelf, erop neerkomend dat hij meende dat de opdracht een fout bevatte en dat de bank beoogde dat een hypotheekrecht ten laste van Casa Novo zou worden gevestigd. Gelet op zijn taak en functie in het rechtsverkeer en gelet op de bij de hypotheekverlening in concreto betrokken belangen had de notaris, na het constateren van de discrepantie tussen de bewoordingen van de opdracht en de door hem veronderstelde bedoeling van de bank, deze discrepantie uitdrukkelijk onder de aandacht van de bank moeten brengen en had hij zich ervan moeten vergewissen wat de werkelijke bedoeling was van de bank. Hij had de door hem opgestelde conceptakte, inhoudend een hypotheekrecht ten laste van Casa Novo, niet eerder mogen passeren dan nadat de bank daar uitdrukkelijk mee had ingestemd. De ontvangst van de koopsom op de kwaliteitsrekening kan niet als een instemmende reactie van de bank worden gezien. De notaris heeft gesteld dat het vaker voorkwam dat de hypotheekaktes waarbij de bank betrokken was niet werden gepasseerd volgens de letterlijke tekst van de offerte, maar volgens de feitelijke verhouding schuldenaar/hypotheekgever. Het hof komt tot het oordeel dat de notaris is tekortgeschoten jegens de bank, doordat hij een hypotheekakte heeft opgemaakt en verleden, zonder zich - kort gezegd - er voldoende van te vergewissen of die in overeenstemming was met de daadwerkelijke bedoelingen van de bank. Deze tekortkoming kan de notaris worden toegerekend.

Voorts rijst de vraag of er een causaal verband bestaat tussen de tekortkoming van de notaris en de door de bank geleden (en qua hoogte nader vast te stellen) schade, het *condicio sine qua non*-verband. Volgens de rechtbank is dit verband aanwezig. De rechtbank heeft daartoe (samengevat) overwogen dat de stelling van de notaris dat de bank - had zij geweten dat de volmachtgever niet de eigenaar was van het pand - zou hebben ingestemd met een derdenhypotheek ten laste van Casa Novo, naar eigen zeggen van de notaris niet meer is dan een veronderstelling. De rechtbank is daaraan voorbijgegaan en is de bank gevolgd in haar stelling dat het nimmer haar bedoeling is geweest dat Casa Novo een derdenhypotheek zou stellen en dat zij - had zij geweten van de levering van het pand aan Casa Novo - nimmer een geldlening aan de volmachtgever had verstrekt. Het hof stelt voorop dat de (in het voorgaande vastgestelde) tekortkoming van de notaris niet als *condicio sine qua non* voor de (gestelde) schade kan worden gezien in het geval de bank deze schade ook zou hebben geleden als de notaris niet zou zijn tekortgeschoten en de gegeven opdracht naar behoren had vervuld. In dit verband verdient allereerst vaststelling dat de tekortkoming van de notaris ertoe heeft geleid dat een derdenhypotheek ten laste van Casa Novo is gevestigd. De curatoren hebben zich vervolgens op het standpunt gesteld (1) dat de derdenhypotheek niet geldig is gevestigd, omdat daaraan geen geldige titel - in de zin van een overeenkomst tot vestiging van de hypotheek tussen Casa Novo en de bank - ten grondslag heeft gelegen. De curatoren hebben zich voorts op het standpunt gesteld (2) dat de derdenhypotheek neerkomt op een voor de schuldeisers van Casa Novo nadelige rechtshandeling, onverplicht verricht in de periode vóór het faillissement van Casa Novo, en hebben de nietigheid ervan ingeroepen met een beroep op de faillissementspauliana ex art. 42 Fw. De rechtbank is de curatoren gevolgd in het standpunt onder (1), met als gevolg dat de verkoopopbrengst van het pand in de boedel van Casa Novo is gevloeid en niet is aangewend ter aflossing van de schuld van [volmachtgever] aan de bank. Vervolgens verdient vaststelling dat de notaris de door hem geconstateerde tegenstrijdigheid aan de bank had moeten voorleggen en om een uitdrukkelijke instructie had moeten vragen. De vraag die vervolgens rijst, is wat de bank zou hebben gedaan als de notaris aldus had gehandeld. Van het antwoord op deze vraag naar de 'hypothetische situatie' hangt af of de tekortkoming van de notaris - al dan niet - kan worden gezien als een omstandigheid zonder welke de schade niet zou zijn ingetreden. De bank heeft gesteld dat, ervan uitgaande dat de notaris om een uitdrukkelijke instructie zou hebben gevraagd, twee scenario's denkbaar zijn: (1) de volmachtgever zou een hypotheekrecht op het pand hebben gegeven; (2) de bank zou hebben afgezien van de geldlening aan de volmachtgever. Volgens de bank zou zij in ieder geval niet akkoord zijn gegaan met een derdenhypotheek ten laste van Casa Novo, zodat de tekortkoming van de notaris kan worden gezien als een *condicio sine qua non* voor de schade. De notaris heeft het door de bank gestelde gemotiveerd betwist. Volgens hem zou de bank, eenmaal op de hoogte van de levering van het pand aan Casa Novo, akkoord zijn gegaan met een derdenhypotheek ten laste van laatstgenoemde. De bank zou dan in dezelfde situatie hebben verkeerd als op dit moment het geval is, zodat het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt. Naar het oordeel van het hof heeft de bank haar stellingen inzake het bestaan van causaal verband tussen tekortkoming en schade, mede in het licht van de betwisting door de notaris, onvoldoende onderbouwd. Met het beroep op scenario (1) miskent de bank dat een verleden hypotheekakte inhoudend een door de volmachtgever verleend hypotheekrecht, zinledig zou zijn geweest vanwege het gebrek aan beschikkingsbevoegdheid van de volmachtgever als niet-eigenaar van het pand. De bank zou dan, net als nu het geval is geweest, haar vordering op de volmachtgever niet hebben kunnen verhalen op de opbrengst van het pand. In verband met het beroep op scenario (2) had het op de weg van de bank gelegen om uit te leggen waarom het pand als gevolg van de omstandigheid dat het toebehoorde aan Casa Novo en niet aan de volmachtgever, ongeschikt was als zekerheidsobject. Het hof wijst er in dit verband op dat de koopprijs van het pand was gesteld op € 900.000,- (terwijl niet is gesteld of gebleken dat dit een te hoge prijs was) en dat het pand de eigenaar aanzienlijke huurinkomsten zou opleveren, terwijl de geldlening betrekking zou hebben op een bedrag van € 450.000. Het hof wijst er tevens op dat het pand bij de openbare verkoop een bedrag ad € 671.000,- heeft opgebracht, welke opbrengst ruimschoots voldoende zou zijn geweest om de totale schuld aan de bank (hoofdsom, rente en kosten) uit te voldoen. Verder verdient opmerking dat een tot hetzelfde concern behorend bank, Fortis Bank, akkoord is gegaan met een derdenhypotheek (derde in rang) op het pand op welke hypotheekverlening de notaris uitdrukkelijk een beroep heeft gedaan ter onderbouwing van zijn standpunt dat de bank akkoord zou zijn gegaan met een derdenhypotheek ten laste van Casa Novo. Het had op de weg van de bank gelegen om uit te leggen waarom dit standpunt onjuist is en waarom een te vestigen derdenhypotheek (eerste in rang) de bank onvoldoende zekerheid zou hebben geboden, terwijl eenzelfde hypotheek (van lagere rang) Fortis Bank kennelijk wel voldoende zekerheid bood. In dit verband had het ook op de weg van de bank gelegen om uit te leggen waarom het risico van een beroep op de faillissementspauliana anders zou zijn beoordeeld. Het hof is van oordeel dat de bank haar stelling dat zij geen genoegen zou hebben genomen met de derdenhypotheek ten laste van Casa Novo, onvoldoende heeft toegelicht. Het hof neemt, met de notaris, als vaststaand aan dat de bank, had zij geweten van het probleem als gevolg van de levering van het pand aan Casa Novo, zou hebben gekozen voor een oplossing langs de weg van de derdenhypotheek. Uitgaande van deze keuze zou het titel-probleem waarop de rechtbank haar beslissing in de zaak tussen de curatoren en de bank heeft gebaseerd niet zijn opgetreden, aannemend dat ook Casa Novo zou hebben ingestemd met het vestigen van de derdenhypotheek. Gesteld noch gebleken is dat deze toestemming niet zou zijn verleend. De instemming van de bank en van Casa Nova met de derdenhypotheek, die hier worden verondersteld, zijn in verband met het bepaalde in artikel 42 Fw niet verder van belang. Ook in de hypothetische situatie waarin met toestemming van alle betrokkenen een derdenhypotheek ten laste van Casa Nova zou zijn gevestigd, moet er daarom van uit worden gegaan dat de curatoren een beroep hadden gedaan op de faillissementspauliana. Dat beroep zou vervolgens hebben geleid tot de vernietiging van de hypotheekverlening door Casa Nova. De situatie zou dan geen andere zijn geweest dan nu in werkelijkheid het geval is: de bank zou zich niet hebben kunnen verhalen op de verkoopopbrengst van het pand.

Het vereiste *condicio sine qua non*-verband tussen de tekortkoming van de notaris en de (gestelde) schade is aldus niet komen vast te staan.

De rechtbank heeft haar beslissingen uitsluitend gebaseerd op de grondslag van de toerekenbare tekortkoming. Het alsnog beoordelen van de schadevergoedingsvordering op de grondslag van de onrechtmatige daad mist belang omdat de vordering ook op deze grondslag uiteindelijk zal stranden op het ontbreken van causaal verband. De overige grieven die betrekking hebben op de eigen schuld van de bank, de omvang van de schade en de klachtplicht ex [artikel 6:89](#)  BW, behoeven geen bespreking meer.

De bank heeft geen belang bij - uitsluitend - een verklaring voor recht dat de notaris jegens haar toerekenbaar is tekortgeschoten. Het hof wijst het door de bank gevorderde alsnog volledig af.

A.C.D. (Angela) Evers, Van Iersel Luchtman Advocaten

WETINGANG

Faillissementswet artikel 42 , [Meer nieuws over dit wetsartikel](#)

TREFWOORDEN

pauliana
