

AANSPRAKELIJKHEID MAKELAAR

van Diepen
van der Kroef
advocaten

www.vandiepen.com



Nét even wat sneller

mr. Floris Havelaar

Datum: 6 juli 2011

Presentatie

- Waarom dit onderwerp?
- Wet
- Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever
- Aansprakelijkheid makelaar - derde
- Uitsmijter
- Conclusie / advies

Waarom dit onderwerp?

- ‘claimfrequentie’ onrustbarend toegenomen: vaker dan voorheen proberen opdrachtgevers en derden hun schade op de makelaar af te wentelen
- gevolg: verzekeraars van makelaars heroverwegen beleid ten aanzien van aansprakelijkheidsverzekeringen → hogere verzekeringspremies, strengere polisclausules (uitsluitingen, uitkeringslimiet per jaar, hoger eigen risico), etc.

- De rechtsverhouding tussen makelaar en opdrachtgever is een *bemiddelingsovereenkomst*. Opdrachtgever verplicht de makelaar tot het verrichten van bemiddelingswerkzaamheden, bij geslaagde bemiddeling moet loon (courtage) aan de makelaar worden voldaan (art. 7:426, lid 1, BW).
- Zorgplicht makelaar → 'goed opdrachtnemer' (art. 7:401 BW). De maatstaf van art. 7:401 BW is de norm: in een concreet geval wordt aan de hand van de gegeven omstandigheden vastgesteld of de makelaar als een 'goed opdrachtnemer' heeft gehandeld.

Uitleg

- Zorg van een goed opdrachtnemer: onder andere kijken naar de kwaliteit van zijn werkzaamheden
- Kwaliteit van de werkzaamheden: van een makelaar mag worden verwacht dat hij bij zijn werkzaamheden de zorg van een 'redelijk bekwaam' en 'redelijk handelend' vakgenoot in acht neemt (Hoge Raad)
- In concreto: makelaar moet in staat zijn gedegen deskundig advies te geven over juridische en bouwkundige aspecten die bij de aan- of verkoop van een onroerende zaak aan de orde (kunnen) zijn

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever

- Laat een makelaar dit na, dan schiet hij tekort in de nakoming van een op hem rustende verbintenis (wanprestatie). Lijdt de opdrachtgever schade als gevolg van deze tekortkoming, dan kan hij de makelaar hiervoor aansprakelijk stellen

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever / onderzoeksplicht

- Bemiddeling bij verkoop van woonhuis; vlak voor levering brand het woonhuis af, verkopende makelaar deelt aan koper mee dat de gemeente zeker zal meewerken aan herbouw van het woonhuis met een bepaald volume → wordt alsnog geleverd
- Mededeling onjuist: de agrarische bestemming liet hooguit de bouw van een veel kleiner woonhuis toe
- Koper → buitengerechtigde vernietiging (dwaling) → verkoper stelt vordering tot nakoming in → rechtbank: vordering afgewezen, vervolgens makelaar door verkoper met succes aangesproken voor betalen schade (wegens niet doorgaan van de koop)

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever / onderzoeksplicht

- Bemiddeling tot verkoop van ‘twee onder een kap’ → in strijd met bestemmingsplan gesplitst → niet aan koper medegedeeld.
- Rechtbank: makelaar van verkoper heeft ten onrechte niet uitgezocht of splitsing in overeenstemming was met het bestemmingsplan → makelaar aansprakelijk. (In deze zaak wordt overigens de fout toegerekend aan de verkoper (wegens non-conformiteit) met als gevolg dat verkoper aansprakelijk was voor de door koper geleden schade.)
- Terzijde: onderzoeksplicht van makelaar gaat overigens niet zo ver dat hij ook onderzoek dient te doen naar de vraag of er ten behoeve van een of meer belendende panden bouwvergunningen zijn verleend (i.c. was een vergunning verleend voor het verbouwen en vergroten van naastgelegen pand), zo oordeelde het gerechtshof Amsterdam vorige maand.

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever / onderzoeksplicht

- Bemiddeling bij verkoop van woonboerderij → koopovereenkomst: waarborgsom dient uiterlijk op 28 februari 2005 te zijn betaald, overdracht op 31 maart 2005. Verkoper koopt na 28 februari maar vóór 31 maart 2005 een appartement.
- Op 30 maart 2005 laat de makelaar aan de opdrachtgever weten dat de benodigde stukken en de koopsom voor de woonboerderij niet bij de notaris binnen zijn. Dan blijkt ook de waarborgsom niet te zijn gestort. Op 1 april 2005 wordt verkoper in gebreke gesteld voor het niet afnemen van het nieuwe appartement.
- Rechtbank: makelaar heeft niet de zorg betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot verwacht mag worden → makelaar aansprakelijk voor schade, omdat de makelaar had behoren te onderzoeken in hoeverre de waarborgsom was gestort.

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever / onderzoeksplicht

- Terzijde: het betrof hier een NVM-koopakte en in de daarbij bijbehorende handleiding ten behoeve van de NVM-leden staat dat het van belang is dat de makelaar controleert of de waarborgsom tijdig wordt betaald en overleg met de notaris daarover gewenst is. Deze aanbeveling werd door rechtbank aangemerkt als een richtlijn voor de beroepsgroep.

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever/waarschuwingsplicht

- Feiten: bemiddeling bij de in eerste instantie verhuur en nadien verkoop van een kantoor. Tijdens huurperiode heeft opdrachtgever een deskundigenonderzoek laten uitvoeren naar de staat van het gehuurde. Uit dit rapport kwam onder meer naar voren dat er gebreken kleefden aan pand. De eigenaar/verhuurder had al enige jaren het gehuurde niet meer van binnen gezien. Voorafgaand aan het sluiten van de koop is het deskundigenrapport niet onder de aandacht gebracht van de koper. De makelaar onderhield tijdens de onderhandelingen alle contacten met (potentiële) koper.
- Rechtbank: in de koopovereenkomst is garantie opgenomen dat het pand normaal gebruikt kon worden voor de bestemming, te weten als een kantoor. De makelaar heeft nagelaten zijn opdrachtgever te wijzen op het risico van deze garantie in combinatie met het deskundigenrapport (waaruit bleek dat het niet 'normaal' gebruikt kon worden) → makelaar aansprakelijk voor schade die de verkoper heeft geleden (ongeveer € 70.000).

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever/waarschuwingsplicht

- Feiten: bemiddeling makelaar bij aankoop. In koopovereenkomst wordt een financieringsvoorbehoud opgenomen. Vast komt te staan dat de aankopende makelaar zijn cliënten niet (tijdig) heeft gewezen op de consequenties van het aflopen van de termijn die is opgenomen in het financieringsvoorbehoud.
- Rechtbank: door aankopende partij niet tijdig te wijzen op deze consequentie, oordeelt de rechtbank dat de makelaar niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelende en redelijk bekwame makelaar mag worden verwacht.
- Terzijde: vast komt te staan dat indien de makelaar zijn cliënten wel tijdig had gewaarschuwd voor de consequenties van het verlopen van de termijn voor het financieringsvoorbehoud, die ontbindende voorwaarden tijdig was ingeroepen. In dat geval was de aankopende partij geen boete verschuldigd aan de verkopers en was er derhalve ook geen schade geleden.

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever/algemene voorwaarden

- Feiten: bemiddeling tot verhuur van bovengelegen appartement van opdrachtgever (maximaal 2 jaar, EUR 1.600 per maand) → opdracht slaagt (1 jaar, daarna onbepaalde tijd). 'Met hulp van nieuwe levenspartner van beroep advocaat gespecialiseerd in het huurrecht woonruimte' stapt huurster naar Huurcommissie → huurprijs EUR 385 + huurster doet (geslaagd) beroep op wettelijke huurbescherming
- Verweer makelaar jegens opdrachtgever: beroep op verzonden algemene voorwaarden → aansprakelijkheidsbeperking, verwijzing naar wettelijke systeem van huurbescherming woonruimten, risico's die verhuurder loopt bij een overeengekomen relatief hoge aanvangshuurprijs en bij een gewenste huurovereenkomst voor beperkte tijd.

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever/algemene voorwaarden

- Rechtbank: a.v. niet van toepassing → niet voorafgaand of bij het sluiten van de overeenkomst ontvangen door eigenaar → wanprestatie → aansprakelijk voor schade omdat makelaar eigenaar niet heeft gewaarschuwd voor de dwingend rechtelijke bepalingen uit het huurrecht en daarnaast ook niet op de bepalingen uit de gesloten huurovereenkomst met betrekking tot de duur van de huurtermijn.

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever/bouwkundig onderzoek

- Feiten: bemiddeling bij aankoop van een ruim 90 jaar oud huis. Alhoewel de makelaar geconstateerd had dat een gevel gerepareerd diende te worden vanwege een bolling in het metselwerk en dat de staat van bepaalde kozijnen slecht was, had hij de koper niet geadviseerd een bouwkundig onderzoek te laten uitvoeren. Enige jaren later werden ernstige gebreken geconstateerd aan de gevels. De koper stelde zijn makelaar aansprakelijk, omdat hij had nagelaten hem te adviseren om een bouwkundig onderzoek uit te laten voeren.
- Gerechtshof: het had op de weg van de makelaar gelegen de koper te adviseren een bouwkundig onderzoek uit te laten voeren → makelaar moet de door koper geleden schade vergoeden (herstelkosten).
- Terzijde: verkoper had een zogenaamde ouderdomsclausule in de koopovereenkomst laten opnemen. Dientengevolge heeft koper verkoper niet aangesproken.

Aansprakelijkheid makelaar - opdrachtgever/bouwkundig onderzoek

- Feiten: koper koopt een woonboerderij uit 2002 die gedeeltelijk is gerenoveerd en waarbij visueel geen gebreken waarneembaar waren (achteraf bleken er wel degelijk gebreken te kleven). In een aansprakelijkheidstelling schrijft de koper aan de aankopende makelaar onder meer de volgende passage: *“Na deze taxatie heeft u een bouwkundig onderzoek afgeraden. U heeft aangegeven dat dit pand bouwkundig in goede staat is”*. De desbetreffende aankoopmakelaar heeft de brief geparafeerd en ondertekend voor ontvangst.
- Rechtbank: naar het oordeel van de rechter heeft de kopende partij hiermee voldoende aangetoond dat de makelaar een bouwkundig onderzoek heeft afgeraden → indien de makelaar het niet eens zou zijn geweest met de inhoud van de aangetekende brief dan zou hij de brief niet hebben geparafeerd en ondertekend, althans dan zou een aantekening in de brief zijn opgenomen → makelaar is aansprakelijk voor de door koper geleden schade.

Aansprakelijkheid makelaar - derde/mededelingsplicht

- Onrechtmatig handelen: aansprakelijkheid voor verkoper optredende makelaar jegens koper → op erf verhard pad, dat uitkwam bij een hek dat toegang gaf tot een belendend perceel → koper (tijdens bezichtiging): “erfdienstbaarheid?” Makelaar: “nee, blijkt noch uit notariële akte verkoper noch uit openbare registers.”
- Na levering blijkt het tegendeel. Makelaar aansprakelijk?

Aansprakelijkheid makelaar - derde/mededelingsplicht

- Antwoord: ja!
- Een erfdiensbaerheid kan namelijk ook door verjaring (20 jaar) ontstaan. Het was om deze reden onverantwoord van makelaar uitdrukkelijk te ontkennen dat de zaak met een erfdiensbaerheid was bezwaard

Aansprakelijkheid makelaar - derde/adviesplicht

- maar (rechtbank/2011) : het behoort in beginsel niet tot de taak van een verkopend makelaar dat hij de koper (tijdig) wijst op (de consequentie van) het aflopen van een in de koopovereenkomst opgenomen termijn en/of adviseert om tijdig de ontbinding van de koopovereenkomst in te roepen
- Evenmin: advies aan koper een eigen makelaar in te schakelen

Aansprakelijkheid makelaar - derde/volmacht

‘de opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij de verkoop van een onroerende zaak houdt geen volmacht in aan die makelaar tot het sluiten van een koopovereenkomst; daarmee wordt evenmin de schijn van bevoegdheid van de makelaar gewekt’ (Hoge Raad)

De makelaar fungeert als een *tussenpersoon* die zich beperkt tot 'bemiddeling' (= het tot elkaar brengen van zijn opdrachtgever en een derde). Hij treedt niet als vertegenwoordiger op → in beginsel sluit hij niet in naam van zijn opdrachtgever een koopovereenkomst.

Aansprakelijkheid makelaar - derde/volmacht

- Mededeling verkopende makelaar aan potentiële koper:

“opdrachtgever stemt in met het bod” → dit brengt niet mee dat de biedende partij daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van opdrachtgever handelt (Hoge Raad/2009).

- Als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de biedende partij in een zodanig geval dient aan te nemen dat de makelaar optreedt als bode van zijn opdrachtgever (Hoge Raad/2009)

Aansprakelijkheid makelaar - derde/volmacht

- Wanneer de makelaar, hoewel daartoe niet bevoegd, zich zodanig gedraagt dat de biedende partij daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van de opdrachtgever handelt, bindt hij zijn opdrachtgever in beginsel niet en wordt hij tegenover de biedende partij schadeplichtig (Hoge Raad);
- Pas in het geval dat de opdrachtgever zelf bij de biedende partij het gerechtvaardigd vertrouwen wekt dat zijn makelaar die bevoegdheid bezit, is sprake een volmacht

Aansprakelijkheid makelaar - derde/volmacht/vertegenwoordiging

- Getuigenverklaring verkopende makelaar: *“iedereen kon zien dat er asbest zat in het dak van de loods. Net zoals iedereen kon zien dat er asbest zat in het dak van het huis”*
- Koper: “wetenschap makelaar toe te rekenen aan verkoper”
- Gerechtshof (2011) oneens met rechtbank en oordeelt dat (1) er geen sprake is van vertegenwoordiging omdat bemiddeling geen volmacht inhoudt tot het verrichten van rechtshandelingen maar zich slechts uitstrekt tot het verrichten van feitelijke handelingen (zoals het voeren van verkoopgesprekken) en (2) derhalve de wetenschap van makelaar niet aan de (particuliere) verkoper kan worden toegerekend (mede vanwege marginale rol van makelaar bij verkoopproces)

Aansprakelijkheid makelaar - derde/verkoopbrochure

- Feiten: verkoop van hoofd- en bijgebouw (ongeveer hetzelfde vloeroppervlakte als hoofdgebouw). Verkopende makelaar wist dat bewoning in een bijgebouw volgens het bestemmingsplan niet was toegestaan. In de brochure staat het bijgebouw desalniettemin aangeprezen als “multifunctionele ruimte”, die “uitermate geschikt is voor bewoning als patiobungalow”.
- Verder is in het vervolg van de brochure ten aanzien van de ligging opgemerkt dat “voor beide panden geldt dat ze zeer centraal gelegen zijn”. In de verkoopbrochure wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen de woning en het bijgebouw. Uit de foto’s in de verkoopbrochure blijkt voorts dat alle voor bewoning benodigde voorzieningen in het bijgebouw aanwezig waren.

Aansprakelijkheid makelaar - derde/verkoopbrochure

- Rechtbank: op deze manier heeft makelaar de indruk gewekt dat de woning en het bijgebouw gelijkwaardige objecten zijn en dat in beide panden bewoning is toegestaan, terwijl de makelaar wist dat bewoning van het bijgebouw niet was toegestaan.
- Het verweer van de makelaar dat de koper niet op de informatie in de brochure mocht vertrouwen en dat de koper moest afgaan op de bezichtigingen en de bouwkundige rapporten wordt verworpen → makelaar heeft potentiële kopers in de waan gelaten dat ook het bijgebouw kon worden bewoond. Voorts heeft de makelaar naar het oordeel van de rechtbank vervolgens tijdens bezichtigingen onvoldoende gedaan om het bij koper door haar verkoopbrochure ontstane onjuiste beeld bij te stellen. → koper stelt in deze zaak dus de verkopende makelaar aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad → makelaar dient schade te betalen (waardevermindering)

Aansprakelijkheid makelaar - derde/verkoopbrochure

- Feiten: in verkoopbrochure heeft verkopend makelaar opgenomen dat tot de woning tevens een perceel grond behoort, waarop een erfpachtrecht was gevestigd. Voorafgaand aan de levering bleek dat er helemaal geen erfpachtrecht was gevestigd, maar dat deze grond was gehuurd van een waterschap.
- Gerechtshof: deze onjuiste informatie leidt tot het oordeel dat de makelaar onzorgvuldig en derhalve onrechtmatig heeft gehandeld jegens koper en dat de makelaar aansprakelijk is voor de door koper als gevolg van deze onjuiste informatie geleden schade.

uitsmijter: ‘portefeuille houden’

- Feiten: intrekking door verkoper van opdracht aan makelaar voor actieve bemiddeling → partijen komen overeen dat makelaar het pand “in portefeuille” houdt
- 3 jaar later wordt pand door een andere makelaar verkocht, die daarvoor courtage ontvangt. Oorspronkelijke makelaar wenst ook courtage
- Gerechtshof: makelaar had verkoper erop moeten wijzen wat het gevolg was van het “portefeuille houden”. Nu dit niet is gebeurd is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de makelaar alsnog aanspraak maakt op courtage.

conclusie / advies

- Belangrijke mededelingen altijd schriftelijk bevestigen (anders problemen met bewijzen van ...)
- Bij hantering algemene voorwaarden: niet vergeten mee te zenden (en te laten paraferen door wederpartij → bewijs!)
- Goed geordend dossier bijhouden
- Tijdig navraag doen bij gemeenten (en/of andere instanties) en schriftelijke bevestiging van ingewonnen gegevens vragen. Pas daarna verkregen informatie aan derden/opdrachtgever mededelen.

conclusie / advies

- Let op inhoud verkoopbrochure
- Geen volmacht? → advies: bij overbrengen bod altijd voorbehoud van goedkeuring opdrachtgever maken
- Bij twijfel: adviseer bouwkundig onderzoek
- Waarschuwingsplicht: let op afgegeven garanties (conformiteit verkochte) en voorwaarden (voorbehoud van financiering)

conclusie / advies

- Onderzoeksplicht: termijnen (waarborgsom / bankgarantie), bestemmingsplannen, etc.
- Nazorg: check of waarborgsom is betaald
- Bedoeling partijen goed vastleggen (“in portefeuille houden”)
- Bij aansprakelijkheidstelling door koper/verkoper/derde

TIP



sectie vastgoed van Van Diepen Van der
Kroef Advocaten: 020 5 74 74 74

Bedankt voor uw belangstelling

van Diepen
van der Kroef
advocaten

www.vandiepen.com



020-574 74 74: sectie vastgoed

Zijn er nog vragen?