

ECLI:NL:GHSHE:2023:844

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	14-03-2023
Datum publicatie	23-03-2023
Zaaknummer	200.311.000_01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBLIM:2022:2792
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	zorgplicht makelaar/hypotheekadviseur
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Prg. 2023/139 NTHR 2023, afl. 3, p. 100

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.311.000/01

arrest van 14 maart 2023

in de zaak van

[appellant] ,
wonende te [woonplaats],
appellant,
hierna aan te duiden als [appellant] ,
advocaat: mr. L.S. Slinkman te Hoogezand,

tegen

[---] , h.o.d.n. **Systeemmakelaardij**,
wonende en zaakdoende te [wonende en zaakdoende] ,

geïntimeerde,
hierna aan te duiden als [geïntimeerde] ,
advocaat: mr. H.M.J. van Boxtel te Eindhoven.

op het bij exploit van dagvaarding van 3 mei 2022 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 6 april 2022, door de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, gewezen tussen [appellant] als eiser en [geïntimeerde] als gedaagde.

1 Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/03/291438 / HA ZA 21-221)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voornoemd vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven;
- de memorie van antwoord met producties.

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

de feiten

3.1. Het hof gaat uit van de volgende feiten.

- 3.1.1. Tussen [appellant] als koper en [persoon A] (hierna: [persoon A]) als verkoper is op 24 april 2019 een koopovereenkomst tot stand gekomen met betrekking tot de woning aan de [adres 1] te [plaats] (hierna: de woning). De koopprijs bedroeg € 250.000,00. De levering zou plaatsvinden op 1 juli 2019.
- 3.1.2. [geïntimeerde] trad in opdracht van [persoon A] op als verkoopmakelaar. [appellant] heeft [geïntimeerde] op enig moment als hypotheekadviseur ingeschakeld om hem bij te staan bij het verkrijgen van een hypothecaire financiering voor de aankoop van de woning.
- 3.1.3. De koopovereenkomst tussen [persoon A] en [appellant] bevat onder meer de volgende bepalingen:

artikel 11 Ingebrekestelling/Ontbinding

- 11.1. *Indien één van de partijen, na in gebreke te zijn gesteld, gedurende acht dagen nalatig is of blijft in de nakoming van één of meer van haar uit deze koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, kan de wederpartij van de nalatige partij deze koopovereenkomst zonder rechterlijke tussenkomst ontbinden door middel van een schriftelijke verklaring aan de nalatige partij.*
- 11.2. *Ontbinding op grond van tekortkoming is slechts mogelijk na voorafgaande ingebrekestelling. Bij ontbinding van de koopovereenkomst op grond van toerekenbare tekortkoming zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij een zonder rechterlijke tussenkomst terstond opeisbare boete van tien procent (10%) van de koopsom verbeuren, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding, indien de daadwerkelijke schade hoger is dan de onmiddellijk opeisbare boete, en onverminderd vergoeding van kosten van verhaal.*

15.1. *Deze koopovereenkomst kan door koper worden ontbonden indien uiterlijk:*

- a. op 15-05-2019 koper voor de financiering van de onroerende zaak voor een toereikend bedrag geen bindend aanbod tot een hypothecaire geldlening van een erkende geldverstrekken bankinstelling heeft verkregen. (...)*

artikel 20 Nadere afspraken

Ontbindende voorwaarde verkoop eigen woning.

Koper heeft het recht deze overeenkomst te ontbinden indien er uiterlijk 15-06-2019 nog geen getekende koopovereenkomst ligt voor de hem in eigendom toebehorende onroerende zaak [adres 2] te [plaats] . Koper verplicht zich om in samenspraak met Systeem Makelaardij al het redelijk mogelijke te doen teneinde tot verkoop te geraken.

3.1.4. [appellant] heeft op 8 mei 2019 een e-mail gestuurd aan [geïntimeerde] . Daarin schrijft [appellant] :

"Onlangs hebben wij het koopcontract getekend voor de woning aan de [adres 1] te [plaats] . De datum m.b.t. ontbindende voorwaarden voor de financiering is 12 mei a.s. Nu is het zo dat wij tegen een niet voorziene kwestie zijn aangelopen die eerst moet worden opgelost alvorens wij verder kunnen. Dit is ook de reden waarom wij onze woning nog niet te koop hebben aangeboden. (...)

Wat wij graag willen is uitstel van de data m.b.t. de ontbindende voorwaarden en daarbij doen wij de volgende voorstellen: (...)

Het liefst zien wij nog een korte verschuiving van de overdrachtsdatum naar 10-7-2019 (...)."

3.1.5. [geïntimeerde] heeft hierop bij e-mail van 15 mei 2019, om 20.21 uur als volgt gereageerd:

"(...)

Verlenging

Ik heb de situatie met verkoper besproken. Zij emigreert naar Frankrijk en moet voor 1 juli passeren bij de [adres 1] om haar nieuwe huis in Frankrijk te kunnen aanvaarden. Verlengen is voor haar helaas geen optie. (...)

Financiering

Nadat wij elkaar spraken gisteren heb ik de hypotheekberekening afgerond en een aantal

scenario's doorgerekend. Gebaseerd op de huidige gegevens is het mogelijk om de [adres 1] te kopen en op tijd (dus 01-07) te passeren. De nieuwe hypotheeklasten zouden een stuk lager zijn dan jullie huidige lasten en de hypotheek krijgen is ook mogelijk wanneer de Semsstraat nog niet verkocht is op dat moment.

(...)”

3.1.6. Op 1 juli 2019 heeft geen levering van de woning plaatsgevonden, omdat [appellant] de koopsom toen niet op de derdengeldenrekening van de notaris had gestort.

3.1.7. Bij brief van 12 juli 2019 is [appellant] door [persoon A] in gebreke gesteld en in de gelegenheid gesteld om alsnog binnen acht dagen de verplichtingen uit de koopovereenkomst na te komen. [appellant] heeft de woning niet binnen deze termijn kunnen afnemen, omdat de financiering niet op tijd rond is gekomen.

3.1.8. Bij brief van 19 juli 2019 heeft [persoon A] de koopovereenkomst ontbonden per 22 juli 2019 en aanspraak gemaakt op betaling van de in de koopovereenkomst overeengekomen boete van € 25.000,00 (10% van de koopsom) vanwege een tekortkoming van [appellant] . [appellant] heeft die boete niet betaald.

3.1.9. Op 31 juli 2019 heeft [persoon A] de woning aan een derde verkocht en geleverd.

3.1.10. Bij vonnis van 25 augustus 2020 is [appellant] door de kantonrechter in de rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, veroordeeld om aan [persoon A] de door haar gevorderde contractuele boete van € 25.000,00, vermeerderd met de wettelijke rente, proceskosten en nakosten te betalen. [persoon A] is tot executie van dat vonnis overgegaan. [appellant] heeft een kortgedingprocedure aanhangig gemaakt tot stopzetting van de executiemaatregelen van [persoon A] . In die kortgedingprocedure is hij in het ongelijk gesteld.

de procedure bij de rechtbank

3.2. In de procedure bij de rechtbank vorderde [appellant] :

- a. te verklaren voor recht dat [geïntimeerde] tegenover hem tekort is geschoten in de nakoming van de met [geïntimeerde] gesloten bemiddelingsovereenkomst door niet als een redelijk handelend makelaar/hypotheekadviseur te handelen ter zake van de ten behoeve van [appellant] aan te vragen hypotheek met betrekking tot de woning;
- b. [geïntimeerde] te veroordelen om aan [appellant] te betalen:
 - i. een bedrag van € 27.392,31 ter zake de door [appellant] verschuldigde boete uit hoofde van de koopovereenkomst met betrekking tot de woning en de daaruit voortvloeiende executiekosten uit hoofde van het vonnis van 25 augustus 2020;
 - ii. de door [appellant] verschuldigde executiekosten ontstaan na 18 maart 2021 uit hoofde van de vordering op [appellant] zoals omschreven onder i.;
 - iii. een bedrag van € 452,00 ter zake de gemaakte kosten betreffende de procedure bekend onder 133220 KG ZA 20-130;
 - iv. de kosten van de onderhavige procedure.

3.3. [geïntimeerde] heeft de vorderingen van [appellant] gemotiveerd bestreden.

3.4. Bij vonnis van 6 april 2022 heeft de rechtbank de vorderingen van [appellant] afgewezen en hem veroordeeld in de proceskosten.

de procedure in hoger beroep

- 3.5. [appellant] heeft hoger beroep ingesteld tegen voornoemd vonnis van 6 april 2022. Hij vraagt het hof dat vonnis te vernietigen en zijn vorderingen alsnog toe te wijzen, met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten van de eerste aanleg en van het hoger beroep.

de opzet van deze uitspraak

- 3.6. Het hof zal de grieven van [appellant] tegen het vonnis van 6 april 2022 hierna gezamenlijk behandelen.

de beoordeling door het hof

overeenkomst van opdracht

- 3.7. De rechtsverhouding tussen partijen is te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht zoals bedoeld in artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Een opdrachtnemer (in dit geval [geïntimeerde]) dient bij de uitvoering van zijn opdracht de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen (artikel 7:401 BW). Dit betekent dat hij bij de uitvoering van zijn opdracht de zorgvuldigheid moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.

de verwijten die [appellant] [geïntimeerde] maakt

- 3.8. [appellant] stelt dat [geïntimeerde] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de door [appellant] aan [geïntimeerde] gegeven opdracht om voor de noodzakelijke financiering voor de aankoop van de woning zorg te dragen. [appellant] maakt [geïntimeerde] in dit verband (kort gezegd) de volgende drie verwijten:
- a. [geïntimeerde] heeft [appellant] onvoldoende en niet op tijd gewezen op de risico's van het mogelijk niet kunnen verkrijgen van de financiering voor de aankoop van de woning;
 - b. [geïntimeerde] heeft zich onvoldoende ingespannen om die financiering te verkrijgen;
 - c. [geïntimeerde] heeft – door als verkoopmakelaar voor [persoon A] en tegelijkertijd als hypotheekadviseur voor [appellant] op te treden – gehandeld in een situatie waarin hij geconfronteerd werd met tegengestelde belangen, waardoor [geïntimeerde] niet optimaal de belangen van [appellant] kon behartigen.

de stelplicht en de bewijslast rusten op [appellant]

- 3.9. Het hof zal deze verwijten hierna achtereenvolgens beoordelen. Bij die beoordeling stelt het hof voorop dat het ingevolge artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) aan [appellant] is om zijn verwijten met feiten en omstandigheden te onderbouwen en – bij gemotiveerde betwisting door [geïntimeerde] – toereikend bewijs voor die feiten en omstandigheden te leveren.

het eerste verwijt dat [appellant] [geïntimeerde] maakt

- 3.10. [appellant] verwijt [geïntimeerde] dat die hem onvoldoende en niet op tijd zou hebben gewezen op de risico's van het mogelijk niet kunnen verkrijgen van de financiering voor de aankoop van de woning. Dit verwijt treft naar het oordeel van het hof geen doel, om de volgende redenen.
- 3.11. Bij het niet of niet uiterlijk op de in de koopovereenkomst genoemde datum van 15 mei 2019 invoeren van de ontbindende voorwaarde met betrekking tot de financiering, bestond voor [appellant] het risico dat hij de contractuele boete zou verbeuren en dat [persoon A] de koopovereenkomst zou ontbinden indien hij de financiering voor de woning niet of niet vóór de

overeengekomen leveringsdatum van 1 juli 2019 rond kreeg. [appellant] was met dat risico bekend en hij was zich daarvan bewust. Dat blijkt uit zijn e-mail aan [geïntimeerde] van 8 mei 2019 (zie rechtsoverweging 3.1.4.). [appellant] verzoekt daarin om uitstel van de datum van de ontbindende voorwaarde met betrekking tot de financiering en om de datum voor het passeren van de leveringsakte te verplaatsen omdat hij, zo stelt hij in die e-mail, met betrekking tot het verkrijgen van de financiering voor de woning tegen een 'niet voorziene kwestie' is aangelopen. [geïntimeerde] hoefde [appellant] dus niet op voornoemd risico te wijzen zoals [appellant] ten onrechte stelt.

- 3.12. [appellant] heeft niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist dat [geïntimeerde] hem op 14 mei 2019 mondeling heeft meegedeeld dat [persoon A] niet akkoord ging met het door [appellant] bij e-mail van 8 mei 2019 gevraagde uitstel van de datum van de ontbindende voorwaarde met betrekking tot de financiering en dat zij ook niet akkoord ging met de door [appellant] gevraagde verplaatsing van de datum voor het passeren van de leveringsakte. [geïntimeerde] heeft dat bij e-mail van 15 mei 2019, om 20.21 uur nog eens schriftelijk aan [appellant] bevestigd (zie rechtsoverweging 3.1.5.). Gelet op het voorgaande was er naar het oordeel van het hof, anders dan [appellant] stelt, voor hem nog voldoende gelegenheid om de ontbindende voorwaarde met betrekking tot de financiering in te roepen. Op grond van de koopovereenkomst had [appellant] daarvoor immers na de e-mail van [geïntimeerde] van 15 mei 2019, om 20.21 uur tot 15 mei 2019, 24.00 uur de tijd.

het tweede verwijt dat [appellant] [geïntimeerde] maakt

- 3.13. [appellant] verwijt [geïntimeerde] dat die zich onvoldoende zou hebben ingespannen om de financiering voor de aankoop van de woning rond te krijgen. Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv is het aan [appellant] om deze stelling te motiveren en, bij voldoende gemotiveerde betwisting door [geïntimeerde] , te bewijzen.
- 3.14. [appellant] stelt dat hij stukken ten behoeve van de financieringsaanvraag bij [geïntimeerde] heeft ingeleverd, maar dat [geïntimeerde] heeft verzuimd om die stukken bij de hypotheekverstrekker in te dienen. [geïntimeerde] heeft dat gemotiveerd betwist en [appellant] heeft dat daartegenover niet nader onderbouwd, zodat het hof aan deze stelling van [appellant] voorbij gaat. Verder heeft [appellant] , net als in eerste aanleg, niet gesteld dat bij het wel indienen van deze stukken door [geïntimeerde] nog op tijd een financiering zou zijn verkregen en dat de levering van de woning in dat geval wel had kunnen plaatsvinden. Gelet hierop heeft [appellant] niet voldaan aan de op hem rustende stelplicht wat betreft zowel de gestelde tekortkoming van [geïntimeerde] als wat betreft het causaal verband tussen die gestelde tekortkoming en de schade die [appellant] daardoor stelt te hebben geleden.
- 3.15. [appellant] heeft voldoende gesteld dat [geïntimeerde] geen overbruggingskrediet voor hem heeft aangevraagd om de tijd te overbruggen totdat de woning van [appellant] zou zijn verkocht en de overwaarde van die woning zou kunnen worden aangewend voor de financiering van de aankoop van de woning van [persoon A] . [geïntimeerde] heeft dat onvoldoende onderbouwd betwist, zodat dit verwijt van [appellant] vast staat. Dat kan [appellant] echter niet baten, gelet op wat hierna wordt overwogen over zijn BKR-registratie vanwege een schuld van hem aan de Rabobank (voor het vervolg te definiëren als: "de BKR-schuld") en de eigen middelen van [appellant] die nodig waren om de financiering rond te krijgen, die hij niet heeft verstrekt.
- 3.16. [appellant] stelt verder nog dat [geïntimeerde] , nadat die hem op 12 juli 2019 namens [persoon A] in gebreke had gesteld en aan hem een termijn van acht dagen had gegeven om alsnog aan zijn verplichtingen uit hoofde van de koopovereenkomst te voldoen, op diezelfde dag aan [appellant] heeft laten weten dat hij van 12 tot en met 22 juli 2019 afwezig was. Met deze stelling gaat [appellant] er ten onrechte aan voorbij dat een collega van [geïntimeerde] , [persoon B] (hierna: [persoon B]), in de genoemde periode voor [geïntimeerde] heeft waargenomen, wat ook blijkt uit de e-mailcorrespondentie tussen [persoon B] en [appellant] in die periode (zie producties

10 en 13 bij conclusie van antwoord).

- 3.17. Voor het overige heeft [appellant] niet onderbouwd gesteld wat [geïntimeerde] op welk moment in het financieringstraject volgens [appellant] anders had moeten doen. Nu [appellant] gelet op het voorgaande niet heeft voldaan aan de op hem rustende stelplicht, althans het gestelde verwijt over het niet aanvragen van een overbruggingskrediet [appellant] niet kan baten, wordt aan bewijslevering niet toegekomen.
- 3.18. Verder staat, als door [appellant] niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken, vast dat hij een BKR-schuld had, die aan het verkrijgen van de financiering voor de aankoop van de woning in de weg stond, zoals hem bij e-mail van 20 juni 2019 door [geïntimeerde] is meegedeeld (productie 7 bij conclusie van antwoord). De Rabobank, schuldeiser van de BKR-schuld, heeft bij e-mail van 25 juni 2019 aan [appellant] bericht dat de financiering voor de aankoop van de woning zou worden toegekend, indien [appellant] , na betaling van de BKR-schuld, het betalingsbewijs en deze e-mail van de Rabobank aan de beoogde financier van de woning zou verstrekken (zie productie 8 bij conclusie van antwoord). [appellant] heeft onvoldoende onderbouwd gesteld dat hij de BKR-schuld op tijd heeft afgelost. [appellant] stelt dat, toen het niet lukte om via [geïntimeerde] een financiering te krijgen, hij zelf een financiering heeft aangevraagd en dat hij op 17 juli 2019 (dus binnen de termijn van ingebrekestelling) een akkoord heeft gekregen op die door hem aangevraagde financiering. Dat duidt er weliswaar op dat [appellant] de BKR-schuld alsnog op tijd heeft afgelost, maar [appellant] heeft het door hem gestelde over de door hem aangevraagde financiering onvoldoende onderbouwd, zodat het hof daaraan voorbij gaat.
- 3.19. Zelfs al had [appellant] de BKR-schuld op tijd afgelost, dan nog blijft staan dat hij de eigen middelen waar hem door [geïntimeerde] om is gevraagd en die nodig waren om de financiering rond te krijgen, niet heeft verstrekt. [appellant] kwam op basis van zijn inkomen (onbetwist) in aanmerking voor een hypothecaire geldlening van € 152.000,00, zodat hij zelf nog een bedrag moest betalen uit eigen middelen, omdat de koopprijs van de woning € 250.000,00 bedroeg. Blijkens de e-mail van [appellant] aan [geïntimeerde] van 10 april 2019 hield [appellant] er op dat moment al rekening mee dat hij (mogelijk) een deel van de koopprijs uit eigen middelen zou moeten betalen. [appellant] bood dit in die e-mail zelfs als zekerheid aan [persoon A] aan (zie productie 1 bij conclusie van antwoord). Niettemin heeft [appellant] de betaling uit eigen middelen niet gedaan, hoewel hem daar door [persoon B] , namens [geïntimeerde] , om was gevraagd.
- 3.20. Het kan [geïntimeerde] (ook) op grond van het voorgaande niet worden verweten dat de financiering voor de aankoop van de woning niet (op tijd) is rondgekomen. Betaling van de BKR-schuld en een aanvullende betaling uit eigen middelen door [appellant] waren daarvoor (onbetwiste) voorwaarden. [appellant] heeft daaraan niet voldaan, terwijl hij daarvoor in deze procedure geen rechtvaardiging heeft aangevoerd.

het derde verwijt dat [appellant] [geïntimeerde] maakt

- 3.21. [appellant] verwijt [geïntimeerde] belangenverstrengeling. Ter onderbouwing stelt [appellant] dat [geïntimeerde] hem niet heeft gewezen op de uiterste datum waarop [appellant] een beroep op de ontbindende voorwaarde met betrekking tot de financiering kon doen en dat [geïntimeerde] , namens [persoon A] , [appellant] in gebreke heeft gesteld. Die gedragingen van [geïntimeerde] zijn naar het oordeel van het hof een onvoldoende onderbouwing voor de stelling van [appellant] dat sprake is van belangenverstrengeling aan de zijde van [geïntimeerde] , ook indien [geïntimeerde] daarmee in het voordeel van [persoon A] en in het nadeel van [appellant] zou hebben gehandeld, zoals [appellant] stelt, omdat er geen eigen belang van [geïntimeerde] mee is gemoeid.
- 3.22. Van handelen van [geïntimeerde] in strijd met artikel 6 van de NVM-gedragscode is, anders dan [appellant] stelt, ook geen sprake. Dit artikel luidt:

"Het NVM-lid en de NVM-Makelaar/Taxateur hebben geen direct of indirect belang bij onroerend goed, tenzij dit dient tot huisvesting of belegging. Zij handelen dan ook direct noch indirect in onroerend goed en onthouden zich van risicodragende projectontwikkeling. Zij voorkomen betrokken te raken in een verstrengeling van belangen."

Een redelijke uitleg van dit artikel brengt mee dat de slotzin ("Zij voorkomen betrokken te raken in een verstrengeling van belangen.") niet op zichzelf staat, maar moet worden gelezen en uitgelegd in het licht van wat daarvoor in hetzelfde artikel is bepaald. De in dit artikel genoemde belangenverstrengeling heeft dus betrekking op de situatie waarin de makelaar, behalve in die hoedanigheid, ook als handelaar in onroerend goed betrokken is bij de (ver)koop van de betreffende onroerende zaak. Daarvan is in dit geval geen sprake, althans [appellant] heeft daarover niets aangevoerd.

- 3.23. Gelet op het voorgaande heeft [appellant] de door hem aan [geïntimeerde] verweten belangenverstrengeling, mede in het licht van het verweer van [geïntimeerde], onvoldoende onderbouwd.

tussenconclusie

- 3.24. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat [geïntimeerde] niet is tekortgeschoten in de nakoming van de zorgplicht.

bewijsaanbiedingen

- 3.25. De bewijsaanbiedingen van [appellant] worden gepasseerd omdat er geen – niet vaststaande – stellingen en verweren zijn die – indien die na bewijslevering zouden komen vast te staan – tot een ander oordeel zouden kunnen leiden.

slotsom

- 3.26. De slotsom is dat de grieven falen zodat het vonnis van 6 april 2022 waarvan beroep moet worden bekrachtigd.

proceskosten

- 3.27. Het hof zal [appellant] als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten van het hoger beroep veroordelen.

4 De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, van 6 april 2022;

veroordeelt [appellant] in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] op € 343,00 aan griffierecht en op € 1.183,00 aan salaris advocaat;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. E. Loesberg, O.G.H. Milar en R.M. Wagemakers en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 14 maart 2023.

griffier rolraadsheer