

ECLI:NL:GHAMS:2021:4167

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	28-12-2021
Datum publicatie	25-01-2022
Zaaknummer	200.278.051/01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Aansprakelijkheid makelaar/taxateur als bindend adviseur. Maatstaf ECLI:NL:HR:2012:BW0727. Bindend adviseur niet aansprakelijk. Vernietiging tussenvonnis en afwijzing vorderingen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civil recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.278.051/01

rol-/ zaaknummer rechtbank Amsterdam : C/13/662025 / HA ZA 19-204

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 28 december 2021

inzake

1 V.O.F. EKZ MAKELAARS O.G.

2. [X] MAKELAARS B.V.,

3. [Y] MAKELAARDIJ B.V.,

allen gevestigd te [vestigingsplaats] ,

appellanten,

advocaat: mr. O.B. Zwijnenberg te Rotterdam,

tegen

[geïntimeerde] ,
wonend te [woonplaats] ,
geïntimeerde,
advocaat: mr. R. Gardeslen te Amsterdam.

Partijen worden hierna EKZ Makelaars en [geïntimeerde] genoemd.

1 Zaak in het kort

EKZ Makelaars heeft als bindend adviseur de woning van [geïntimeerde] en zijn ex-partner getaxeerd. [geïntimeerde] is van mening dat EKZ Makelaars bij de taxatie op drie punten onzorgvuldig heeft gehandeld. Volgens [geïntimeerde] had het huis op een hoger bedrag getaxeerd moeten worden. De conclusie van de rechtbank is dat EKZ Makelaars onzorgvuldig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de door [geïntimeerde] geleden schade. EKZ Makelaars is het daar niet mee eens.

2 Het geding in hoger beroep

EKZ Makelaars is bij dagvaarding van 8 april 2020, gewijzigd bij exploit van 15 april 2020 in hoger beroep gekomen van een tussenvonnis van de rechtbank Amsterdam van 15 januari 2020, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen [geïntimeerde] als eiser en EKZ Makelaars als gedaagde. De rechtbank heeft verlof verleend voor het instellen van hoger beroep tegen het tussenvonnis.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, met producties;

Partijen hebben de zaak ter zitting van 8 november 2021 doen bepleiten, EKZ Makelaars door mr. Zwijnenberg, advocaat te Rotterdam, en [geïntimeerde] door mrs. Gardeslen en Danismant, advocaten te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Ten slotte is arrest gevraagd.

EKZ Makelaars heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden tussenvonnis zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog de vorderingen van [geïntimeerde] af zal wijzen, met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van het geding in beide instanties met nakosten en wettelijke rente. [geïntimeerde] heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden tussenvonnis, met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van EKZ Makelaars in de kosten van het geding in hoger beroep met wettelijke rente.

EKZ Makelaars heeft bewijs van haar stellingen aangeboden.

3 Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden tussenvonnis onder 2.1 tot en met 2.8 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

3.1 [geïntimeerde] is de ex-partner van [A] (hierna: [A]). Met [A] had hij de woning aan de [adres 1] (hierna: de woning) in gemeenschappelijk eigendom, ieder voor de onverdeelde helft.

3.2 Over de verdeling van de woning hebben [geïntimeerde] en [A] een procedure in kort geding bij de rechtbank Amsterdam gevoerd, die is geëindigd met een schikking. In de overeenkomst waarin deze schikking (hierna: de schikking) is vastgelegd, is voor zover relevant, het volgende bepaald:

"(...) 1. De gemeenschappelijke woning (het huis) zal worden getaxeerd door een makelaar/taxateur. De rechtbank zal een makelaar/taxateur voorstellen die met deze opdracht wordt belast. Als één van partijen bezwaar maakt tegen de persoon van de makelaar/taxateur dient dit bezwaar binnen drie werkdagen aan de wederpartij en rechtbank kenbaar gemaakt te worden. De rechtbank zal dan een andere persoon voordragen.

2. De taxatie zal tussen partijen gelden als bindend advies.

3. De vrouw zal binnen drie weken na toezending van de taxatie, schriftelijk aan de man medelen of zij in staat is de onverdeelde helft van het huis, met inachtneming van de getaxeerde waarde, van hem te kopen.

(...)

Als de vrouw daartoe niet in staat is, of niet binnen drie weken een bericht aan de man zendt als zojuist bedoeld, zal het huis binnen een week in de verkoop worden gezet. De eerder bedoelde makelaar/taxateur zal dan als verkoopmakelaar optreden. (...)"

3.3 EKZ Makelaars is als taxateur (bindend adviseur) benoemd, nadat zij verklaarde geen band te hebben met [geïntimeerde] en/of [A] . Hierna is door het kantoor van EKZ Makelaars de uitnodiging voor de taxatie aan [geïntimeerde] en [A] verzonden.

3.4 Op 16 april 2018 is de woning getaxeerd door EKZ Makelaars, door de taxateur [taxateur] (hierna: [taxateur]). Hij heeft de woning getaxeerd op een marktwarde van € 430.000,- (hierna: de taxatie). [A] was bij de taxatie aanwezig, [geïntimeerde] niet. In het taxatierapport heeft EKZ Makelaars drie referentieobjecten gebruikt: [adres 2] , [adres 3] en [adres 4] .

3.5 Voorafgaand aan de taxatie heeft [geïntimeerde] contact gezocht met [taxateur] . [taxateur] heeft dit contact afgehouden en per e-mail laten weten dat het in verband met zijn positie als onafhankelijk taxateur zeer ongebruikelijk is om individueel contact te hebben met één van de partijen.

3.6 Nadat [geïntimeerde] het taxatierapport heeft ontvangen, heeft hij meerdere malen contact

gezocht met [taxateur] . [geïntimeerde] vroeg zich af waarom [adres 5] niet is meegenomen als referentieobject en het huis op de [adres 2] wel. In een andere e-mail schrijft [geïntimeerde] dat de taxatie een fout met betrekking tot de inhoud van de woning bevat. [taxateur] reageerde dat hij niet met partijen in discussie wenst te gaan over de taxatie.

3.7 Op 4 juni 2018 heeft Object&co, in opdracht van [geïntimeerde] , een contra-expertise uitgevoerd voor de meting van het woonoppervlak van de woning. Uit deze contra-expertise bleek dat het woonoppervlak van de woning, gemeten volgens de NVM-meetinstructie, 138,20 m² was. Door EKZ Makelaars was het woonoppervlak vastgesteld op 128 m².

3.8 [geïntimeerde] heeft vervolgens op 31 juli 2018 en daarna nogmaals op 7 november 2018 EKZ Makelaars aansprakelijk gesteld.

4 De procedure in eerste aanleg

4.1 [geïntimeerde] vorderde in de procedure voor de rechtbank – samengevat – uitvoerbaar bij voorraad:

I. een verklaring voor recht dat EKZ Makelaars onzorgvuldig c.q. onrechtmatig jegens [geïntimeerde] heeft gehandeld en dat EKZ Makelaars de als gevolg daarvan geleden schade dient te vergoeden;

II. veroordeling van EKZ Makelaars tot het vergoeden van de schade ten hoogte van € 51.000,-, althans veroordeling van EKZ Makelaars tot het vergoeden van de schade door de rechtbank in goede justitie te schatten bedrag, alles te vermeerderen met wettelijke rente en buitengerechtelijke kosten;

III. EKZ Makelaars te veroordelen in de proceskosten en het nasalaris.

4.2 In het bestreden tussenvonnissen heeft de rechtbank geconcludeerd dat de verklaring voor recht (vordering I) kan worden toegewezen. Daartoe heeft de rechtbank – kort gezegd – overwogen dat EKZ Makelaars de taxatie niet heeft uitgevoerd zoals mocht worden verwacht van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot tevens in de hoedanigheid van bindend adviseur. Daarnaast heeft de rechtbank beslist dat partijen zich mogen uitlaten over een te benoemen deskundige die de waarde van de woning op het moment van de taxatie zal schatten. De rechtbank heeft namelijk deskundige voorlichting nodig om te kunnen beslissen over de hoogte van de schade.

5 Beoordeling in hoger beroep

5.1 Tegen de beslissing van de rechtbank en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt EKZ Makelaars met drie grieven op. Grief 1 ziet op de door de rechtbank gehanteerde maatstaf voor het aannemen van aansprakelijkheid van EKZ Makelaars. Grievens 2 en 3 zien op de toepassing van de maatstaf en de daaraan verbonden conclusie. De grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking en het hof overweegt daarover het volgende.

De maatstaf

5.2 Partijen twisten over de vraag welke maatstaf moet worden gebruikt om te toetsen of EKZ Makelaars bij het uitvoeren van de taxatie als bindend adviseur onzorgvuldig heeft gehandeld en

aansprakelijk is. Grief 1 slaagt in zoverre, dat moet worden getoetst aan de maatstaf die de HR in zijn uitspraak van 15 juni 2012 heeft geformuleerd (ECLI:NL:HR:2012:BW0727). EKZ Makelaars heeft immers als bindend adviseur een waardebeoordeling verricht. Deze maatstaf luidt als volgt.

- 5.3 Uit artikel 7:401 BW volgt dat een bindend adviseur bij de werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moeten nemen. Voor een bindend adviseur die als beroepsbeoefenaar is opgetreden, geldt dat hij/zij tegenover de opdrachtgever de zorg moeten betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Wat in concreto de gehoudenheid om als goed opdrachtnemer te handelen meebrengt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de opdracht, de positie van de opdrachtnemer en de aard en ernst van de betrokken belangen.
- 5.4 De bijzondere aard van een opdracht tot het geven van een bindend advies noopt ertoe dat terughoudendheid dient te worden betracht als het gaat om het aannemen van aansprakelijkheid van een bindend adviseur voor tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht. Mede in het licht van de strikte maatstaf van artikel 7:904 lid 1 BW, moet ervan worden uitgegaan dat door een bindend adviseur gemaakte fouten pas tot aansprakelijkheid jegens een opdrachtgever kunnen leiden, indien het in hun verhouding tot de opdrachtgever in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn aan die fouten geen gevolgen ten nadele van de bindend adviseur te verbinden. Een minder strikte maatstaf zou tot de onwenselijke gevolgen kunnen leiden dat een bindend adviseur niet in vrijheid en onbevangenheid kan oordelen, en dat een partij de nadelige gevolgen van een (naar inhoud of wijze van totstandkoming) onjuist bindend advies gemakkelijker op de bindend adviseur zou kunnen afwentelen dan dat zij de bindende kracht daarvan langs de weg van artikel 7:904 zou kunnen aantasten.
- 5.5 Voor zover uit de stellingen van partijen volgt dat een andere maatstaf wordt verdedigd, falen deze stellingen. Aan de hand van de hiervoor genoemde maatstaf zal het hof hierna bespreken waarom de drie verwijten die [geïntimeerde] EKZ Makelaars maakt, niet tot aansprakelijkheid van EKZ Makelaars kunnen leiden.

Hoor en wederhoor

- 5.6 [geïntimeerde] stelt dat EKZ Makelaars onzorgvuldig heeft gehandeld door het beginsel van hoor en wederhoor te schenden. EKZ Makelaars weigerde voorafgaand aan de taxatie met [geïntimeerde] te spreken en heeft de taxatie vervolgens alleen in aanwezigheid van [A] uitgevoerd, aldus [geïntimeerde]. Daarnaast neemt [geïntimeerde] het EKZ Makelaars kwalijk dat zij niet heeft gereageerd op zijn bezwaren op het taxatierapport. EKZ Makelaars voert aan het contact met [geïntimeerde] te hebben afgehouden vanuit het oogpunt van integriteit. EKZ Makelaars stelt tijdens de taxatie niet inhoudelijk met [A] te hebben gesproken. Bovendien hebben de door [geïntimeerde] genoemde omstandigheden geen bijdrage geleverd aan de oordeelsvorming over de waarde van de woning, aldus EKZ Makelaars.
- 5.7 Op EKZ Makelaars rust niet de plicht om als bindend adviseur het (concept) taxatierapport aan [geïntimeerde] en [A] voor te leggen, zodat zij hun visie daarop kunnen geven. EKZ Makelaars is immers juist als bindend adviseur benoemd vanwege haar onafhankelijke oordeel en expertise. Voor de waarde die EKZ Makelaars aan de woning toeschrijft is de visie van [geïntimeerde] en/of [A] niet relevant. Dat geldt des te meer omdat [geïntimeerde] en [A], gelet op de inhoud van de schikking, ieder een ander belang bij de taxatie hebben. Wat betreft de stelling van [geïntimeerde] dat EKZ Makelaars (ook) voorafgaand aan de taxatie het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden, geldt dat deze stelling niet voldoende is onderbouwd. Dat EKZ Makelaars het contact met [geïntimeerde] heeft afgehouden rechtvaardigt die conclusie niet. Ook de omstandigheid dat alleen Klavestijn bij de taxatie aanwezig was, is daarvoor onvoldoende. Vast staat dat [geïntimeerde] eveneens was uitgenodigd bij de taxatie aanwezig te zijn, maar daarvan om hem moverende redenen heeft afgezien. EKZ Makelaars heeft voorts onweersproken gesteld niet

inhoudelijk met [A] te hebben gesproken. Andere feiten of omstandigheden heeft [geïntimeerde] niet gesteld. Niet is gebleken dat EKZ Makelaars het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden.

Referentieobjecten

- 5.8 Volgens [geïntimeerde] had EKZ Makelaars Gemaalstraat 4 in plaats van Duikersstraat 51 als referentieobject bij de taxatie moeten betrekken. Duikersstraat 51 was namelijk evident niet vergelijkbaar aangezien deze geen uitbouw heeft, aldus [geïntimeerde]. EKZ Makelaars voert aan dat de omstandigheid dat er misschien andere (betere) referentieobjecten aan te wijzen zijn, niet maakt dat de door [taxateur] gekozen referentieobjecten niet gekozen hadden mogen worden. Daarnaast wijst EKZ Makelaars erop dat het gaat om een NWWI gevalideerde taxatie.
- 5.9 Het hof volgt EKZ Makelaars in haar standpunt dat het enkele feit dat [adres 5] niet als referentieobject is gebruikt, niet maakt dat de objecten die wel als referentieobjecten zijn gebruikt onjuist waren. Het staat een taxateur immers vrij om naar eigen inzicht en vanuit zijn/haar expertise geschikte referentieobjecten te kiezen. Daarbij gaat het dus altijd om een subjectieve keuze van de desbetreffende taxateur. Dat [adres 5] achteraf *ook* een geschikt referentieobject had *kunnen* zijn, maakt niet dat EKZ Makelaars onzorgvuldig heeft gehandeld door dit object niet als referentie te nemen.
- 5.10 Voor zover [geïntimeerde] stelt dat de keuze voor [adres 2] als referentieobject op zichzelf onzorgvuldig is, heeft [geïntimeerde] dat niet voldoende onderbouwd. Hij heeft daartoe gesteld dat [adres 2] geen uitbouw heeft. Uit het taxatierapport blijkt dat EKZ Makelaars zich bewust is van dat verschil en de geschiktheid van dit referentieobject als volgt toelicht: *'Dit object is vanwege de ligging, het woningtype, bouwjaar, oppervlaktes en afwerkingsniveau goed vergelijkbaar met het getaxeerde object'*. EKZ Makelaars legt uit dat zij [adres 2] vanwege meerdere andere aspecten geschikt acht als referentieobject. [geïntimeerde] heeft niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat een redelijk handelend redelijk bekwaam vakgenoot deze woning niet als geschikte referentiewoning zou hebben aangemerkt. Aangezien [geïntimeerde] dit heeft nagelaten, kan niet worden aangenomen dat EKZ Makelaars op dit punt onzorgvuldig heeft gehandeld.

Oppervlak woning

- 5.11 Tussen partijen is niet in geschil dat EKZ Makelaars bij de taxatie ten onrechte is uitgegaan van een oppervlak van de woning van 128 m² in plaats van 138,2 m². Volgens [geïntimeerde] was de woning op minimaal € 532.000,- getaxeerd indien EKZ Makelaars van het juist oppervlak (en de juiste referentieobjecten) was uitgegaan. [geïntimeerde] verwijst daarbij naar een taxatierapport van 20 april 2018, waarin [adres 6] (met een oppervlak van 139 m²) op dat bedrag is getaxeerd. EKZ Makelaars betwist gemotiveerd de taxatie van de woning aan de [adres 6] voor een bedrag van € 532.000,-. Zij meent dat die taxatie niet maatgevend kan zijn voor de waardebepaling van de woning aan de [adres 1]. Verder betwist EKZ Makelaars dat zij de woning substantieel hoger had getaxeerd als zij van het juiste oppervlak uit was gegaan. Bij de taxatie zijn namelijk ook andere omstandigheden van groter belang, zoals de locatie, de voorzieningen, de bouwwijze en de staat van het onderhoud, aldus EKZ Makelaars. EKZ Makelaars licht toe dat zij bij de door NWWI gevalideerde taxatie gebruik maakte van twee modelmatige berekeningen vanuit twee systemen (hierna: de systemen). Die gaven een overzicht van vergelijkbare verkochte woningen, waaruit EKZ Makelaars een eigen selectie van referentieobjecten heeft gemaakt. Vervolgens gaven de systemen een suggestiewaarde. Op basis van zijn kennis, ervaring en inschatting heeft [taxateur] de marktwaarde vervolgens boven die suggestiewaarde vastgesteld. [taxateur] heeft de door hem bepaalde marktwaarde van € 430.000,- nog besproken met zijn collega's bij EKZ Makelaars en zij waren van mening dat hij de waarde van de woning aan de hoge kant had bepaald. EKZ Makelaars heeft het rapport ter validatie naar het NWWI gezonden, die het heeft

gevalideerd.

5.12 In het licht van de hiervoor genoemde terughoudende maatstaf (zie 5.3 – 5.4) dient de vraag te worden beantwoord of het foutieve oppervlak van dusdanige invloed is geweest op de waardebeoordeling van de woning, dat hantering van dat onjuiste oppervlak tot aansprakelijkheid van EKZ Makelaars moet leiden. Het hof is van oordeel dat [geïntimeerde] over het effect van het onjuiste oppervlak op de waardebeoordeling onvoldoende heeft aangevoerd. [geïntimeerde] stelt weliswaar dat de hantering van het juiste oppervlak tot een substantieel hogere getaxeerde waarde had geleid, maar het lag op zijn weg om te stellen en onderbouwen waarom dat het geval zou zijn geweest. Hij heeft niet toegelicht wat het effect zou zijn geweest van het invoeren van het juiste oppervlak in de door EKZ Makelaars gebruikte systemen, waarbij van bepaalde referentieobjecten is uitgegaan. Hiervoor is al aan de orde gekomen dat het EKZ Makelaars vrij stond referentieobjecten te kiezen en dat niet aangenomen kan worden dat daarbij onzorgvuldig is gehandeld. [geïntimeerde] heeft slechts verwezen naar een taxatierapport met betrekking tot [adres 6] . Dat taxatierapport geeft hierin echter geen inzicht. [adres 6] is namelijk niet de woning van [geïntimeerde] en was ook niet als referentieobject door EKZ Makelaars gekozen. Bovendien is [adres 6] door een andere taxateur getaxeerd. Zoals hiervoor ook benoemd, is een subjectief element inherent aan een taxatie. Uit de taxatie van [adres 6] blijkt dus niet dat een taxatie door EKZ Makelaars op basis van het juiste oppervlak van [adres 1] op een substantieel hoger bedrag uit was gekomen. [geïntimeerde] heeft, mede in het licht van de door EKZ Makelaars toegelichte wijze van waardebeoordeling, ook geen andere feiten of omstandigheden gesteld waaruit de substantiële invloed van het oppervlak op de waardebeoordeling van [adres 1] volgt. Op grond van hetgeen [geïntimeerde] heeft aangevoerd kan niet worden geconcludeerd dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om aan het foutieve oppervlak geen gevolgen ten nadele van EKZ Makelaars te verbinden. Hierop stranden de vorderingen van [geïntimeerde] . Voor benoeming van een deskundige is geen aanleiding.

Slotsom

5.13 Het hoger beroep slaagt. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en de vorderingen van [geïntimeerde] zullen worden afgewezen. [geïntimeerde] zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.

6 Beslissing

Het hof:

vernietigt het tussenvonnis waarvan beroep en opnieuw rechtdoende;

wijst de vorderingen van [geïntimeerde] af;

veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van EKZ Makelaars begroot op € 1.992 aan verschotten en € 2.228 voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 2.171,89 aan verschotten en € 6.093 voor salaris en op € 163,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 85,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen

veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W. Hoekzema, J.F. Aalders en A.H. de Regt door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 28 december 2021.