

Afwezigheid makelaar ter zitting van de raad van toezicht. Optreden voor koper én verkoper? Constructie om de NHG om te tuin te leiden. Incassomaatregelen terwijl de NVM al was ingeschakeld. Makelaar is recidivist.

Klagers gaan uit elkaar en in dat kader dienen zij hun woning te verkopen. De makelaar (beklaagde) kwam dit laatste ter ore en neemt contact met klagers op ten behoeve van een echtpaar wiens woning hij in verkoop heeft. Er komt een koopovereenkomst tussen partijen tot stand. Omdat klagers met een hypothecaire restschuld blijven zitten kunnen zij een claim indienen bij de Nationale Hypotheek Garantie. Daartoe is nodig dat zij een copie van een opdracht aan een makelaar overleggen. Zij benaderen daartoe beklagde en die laat klagers naast de koopakte een geantedateerd opdrachtformulier tekenen. Voordeel voor de makelaar is dat diens courtage ook door de NHG wordt meegenomen. De claim wordt door de NHG vervolgens afgewezen. Daarop verklaren klagers dat zij de door de makelaar in rekening gebrachte courtage niet kunnen voldoen. De makelaar neemt daarop incassomaatregelen. Klagers, bang dat de overdracht door een beslaglegging van de kant van de makelaar geen doorgang kan vinden, treffen een afbetalingsovereenkomst met de makelaar. Klagers verwijten beklagde dat hij zowel voor kopers als voor hen (verkopers) is opgetreden en dat hij hen onjuist heeft voorgelicht over de NHG-voorwaarden. Ook verwijten zij hem dat hij incassomaatregelen nam terwijl klagers de kwestie al bij de NVM hadden neergelegd. De raad van toezicht is van oordeel dat de makelaar zwaar in de fout is gegaan. Hem wordt allereerst aangewreven dat hij niet ter zitting aanwezig is. De verklaring van zijn advocaat die wel ter zitting aanwezig is, dat beklagde per abuis naar het bureau van de NVM is gereden, is ongeloofwaardig nu de makelaar al driemaal eerder op hetzelfde in de oproep duidelijk aangegeven adres aanwezig is geweest. De makelaar heeft willens en wetens een voorstelling van zaken bij de NHG doen ontstaan dat hij als verkopend makelaar optrad terwijl hij in werkelijkheid geen werkzaamheden voor klagers verrichtte. Het treffen van incassomaatregelen bij dreigende non-betaling van facturen, is niet ongebruikelijk en de gekozen bewoordingen van de maatregelen zijn dat evenmin. Klagers hebben niet de geschillencommissie ingeschakeld, maar de raad van toezicht. Dat staat incassomaatregelen niet in de weg.

De Raad van Toezicht Zwolle geeft de volgende uitspraak in de zaak van:

de heer en mevrouw X, klagers,

tegen

de heer Y., aangesloten bij de vereniging, de makelaar.

1. Verloop van de procedure:

- 1.1. Mr. J.G. Borgesius, jurist bij ARAG, heeft namens klagers bij brief van 24 juni 2014 met bijlagen aan de NVM te Nieuwegein een klacht ingediend tegen de makelaar, door de NVM bij brief van 6 juli 2014 aan de Raad van Toezicht doorgestuurd.
- 1.2. Bij brief van 12 september 2014 met bijlagen heeft mr. E.F.E. van Essen, advocaat te Apeldoorn, namens de makelaar verweer gevoerd tegen de klacht.
- 1.3. Ter zitting van 1 oktober 2014 van de Raad van Toezicht zijn verschenen:
 - klager X, bijgestaan door mr. Borgesius voornoemd, tevens optredend als schriftelijk gemachtigde van klaagster X.
 - mr. Van Essen voornoemd namens de makelaar
- 1.4. Partijen zijn door de Raad van Toezicht gehoord en hebben hun standpunten nader toegelicht.

2. De feiten:

- 2.1. Als gesteld en erkend, dan wel niet of onvoldoende weersproken, alsmede op grond van de overgelegde bescheiden, voorzover niet betwist, staat tussen partijen het volgende vast.
- 2.2. Klagers hebben hun relatie beëindigd en in dat kader wensten zij hun gezamenlijke woning aan <adres> te verkopen. Zij hebben geen verkopend makelaar daarvoor in de arm genomen.
- 2.3. De makelaar had opdracht van de heer en mevrouw <naam> om te bemiddelen bij de verkoop van hun woning. Die overeenkomst tot dienstverlening is op 19 augustus 2013 gesloten.
- 2.4. Omdat de makelaar ter ore was gekomen dat de woning van klagers te koop zou komen, heeft hij met hen contact opgenomen, omdat de familie <naam> als zijn opdrachtgevers wellicht geïnteresseerd zouden zijn in de aankoop daarvan. In de periode 13 tot 16 januari 2014 heeft e-mailcorrespondentie plaatsgevonden tussen de makelaar en klagers in dit verband. In deze correspondentie is sprake van een bezichtiging van de woning en biedingen. De correspondentie eindigt met een mailbericht van klagers van 15 januari 2014 met de mededeling dat zij bereid zijn tot een verkoopprijs van € 200.000,- en de reactie van de makelaar van 16 januari

2014 dat hij met zijn klant zou gaan overleggen en zou laten horen of zij interesse hebben.

- 2.5. Uiteindelijk is op enig moment overeenstemming bereikt tussen de familie <naam> als kopers en klagers als verkopers betreffende de woning van klagers, namelijk voor een koopprijs van € 195.000,--. De koopovereenkomst is gedateerd 17 februari 2014.
- 2.6. Door de verkoop van hun woning bleven klagers met een restschuld zitten. Zij hadden begrepen dat zij voor deze restschuld een claim onder de Nationale Hypotheek Garantie (verder NHG) geldend zouden kunnen maken, mits bij de verkoop van de woning een in hun opdracht optredende verkopend makelaar was betrokken. Zij hebben dit probleem door middel van een e-mailbericht op 6 februari 2014 aan de makelaar voorgelegd. Tussen partijen is een schriftelijke opdracht tot dienstverlening gesloten gedateerd 7 februari 2014. De vergoeding onder de NHG voorziet ook in de courtage van de in te schakelen verkopend makelaar.
- 2.7. De claim van klagers tot vergoeding van de restschuld onder de NHG is afgewezen, omdat klagers niet voldeden aan alle daarvoor geldende, en sinds 1 januari 2014 aangepaste voorwaarden. Daarop hebben klagers de makelaar laten weten dat zij niet in staat waren de courtage, waarop hij krachtens de opdracht tot dienstverlening recht had, te voldoen. In de daarop volgende periode heeft de makelaar door tussenkomst van zijn advocaat gedreigd met incassomaatregelen en beslaglegging en klagers een vaststellingsovereenkomst ter ondertekening voorgelegd met een betalingsregeling.
- 2.8. Ter zitting van de Raad van Toezicht van 1 oktober 2014 hebben klagers herhaaldelijk verklaard dat zij, nadat ze met de makelaar contact hadden gehad over het probleem dat zij voor het indienen van een claim onder de NHG een verkopend makelaar moesten inschakelen, door de makelaar op zijn verzoek op 13 februari 2014 op zijn kantoor zijn uitgenodigd en op diezelfde avond zowel de onder 2.6 genoemde, op 7 februari 2014 gedateerde opdrachtbevestiging tot dienstverlening hebben getekend als de onder 2.5 genoemde, op 17 februari 2014 gedateerde koopovereenkomst tussen hen en de familie <naam>.

3. De klacht:

3.1. Klagers verwijten de makelaar:

- a. belangenverstrengeling, nu hij niet alleen is opgetreden als aankopend makelaar voor de familie <naam>, maar ook als verkopend makelaar voor klagers;

- b. hen onjuist te hebben geadviseerd over de voorwaarden waaronder met succes een claim onder de NHG kan worden ingediend, alsmede medewerking aan een constructie, waarbij de makelaar zich voordoet als verkopend makelaar in het kader van het indienen van een claim onder de NHG;
 - c. het dreigen met beslag op de woning in het zicht van de levering aan de familie <naam> in verband met het niet betalen van de courtage en
 - d. het dreigen met het uitbrengen van een dagvaarding, terwijl de kwestie bij de NVM aanhangig is gemaakt.
- 3.2. Ten aanzien van klachtonderdeel a verwijzen klagers naar de als bijlage 2 bij het klaagschrift overgelegde e-mailcorrespondentie. Daaruit blijkt zonneklaar dat er sprake is van door de makelaar ten behoeve van de familie <naam> met klagers gevoerde onderhandelingen. De makelaar verwijst in dit opzicht, uitdrukkelijk naar “mijn klant”, zijnde de familie <naam>. Door te stellen dat de makelaar is opgetreden als verkopend makelaar, handelt hij in strijd met de waarheid en artikel 3 van de Erecode.
- 3.3. Ten aanzien van klachtonderdeel b merken klagers op dat het de makelaar niet vrijstond mee te werken aan een constructie, waarbij hij zich voordeed als verkoopmakelaar, met als (bij)gevolg dat zijn courtage ten laste zou komen van de NHG.
- 3.4. Ten aanzien van klachtonderdeel c merken de klagers het volgende op. De makelaar wist dat de woning verkocht zou worden met een restschuld en dat klagers, nu de claim onder de NHG was afgewezen, niet in staat waren zijn courtagenota te voldoen. Door onder die omstandigheden te dreigen met beslag hanteerde de makelaar een oneigenlijk drukmiddel om acceptatie door klagers af te dwingen van een door de makelaar eenzijdig opgestelde vaststellingsovereenkomst met een afbetalingsregeling. Een beslag op de woning, voorafgaand aan de levering, zou immers het risico opleveren dat klagers aan de kopers de contractuele boete van 10% van de waarde verschuldigd zouden worden omdat zij niet konden leveren.
- 3.5. Ten aanzien van klachtonderdeel d merken klagers op dat het op de weg van de makelaar had gelegen om hen te informeren over de mogelijkheden hun geschil over betaling van de courtage voor te leggen bij de daartoe door de NVM in het leven geroepen instanties (geschillencommissie of raad van toezicht). Klagers hebben echter zelf contact moeten opnemen met de NVM en daar vernomen welke mogelijkheden hun ter beschikking stonden.

4. Het verweer:

- 4.1. De makelaar voert, samengevat en zakelijk weergegeven, het volgende verweer.
- 4.2. Ten aanzien van klachtonderdeel a wijst de makelaar erop dat hij uitsluitend is opgetreden als verkopend makelaar voor de familie <naam> en niet als aankopend makelaar voor die opdrachtgever ten opzichte van klagers. Dit klopt ook met een door de familie <naam> afgelegde schriftelijke verklaring, die als bijlage 4 bij het klaagschrift is gevoegd. Daarin verklaart de familie <naam> immers uitdrukkelijk geen aankoopopdracht te hebben verstrekt aan de makelaardij ten behoeve van het aankopen van de woning aan <adres>. De makelaar is dus alleen opgetreden als verkopend makelaar voor klagers en de mailwisseling, die als bijlage 2 bij het klaagschrift is gevoegd, moet worden beschouwd als het doen van een aftastend bod om de verkoopbereidheid van klagers te toetsen. De makelaar heeft zich in dit opzicht slechts dienstbaar opgesteld ten behoeve van zijn opdrachtgevers, de familie <naam>, in het kader van de verkoop van hun woning. De makelaar wijst er voorts op dat hij de familie <naam> geen nota heeft verzonden met betrekking tot de aankoop door de familie <naam> van de woning van klagers. De makelaar concludeert dan ook dat hij geen twee meesters heeft gediend en ook niet in strijd met artikel 3 van de Erecode heeft gehandeld.
- 4.3. Ten aanzien van klachtonderdeel b wijst de makelaar erop dat klagers niet bij hem, maar bij hun hypotheekadviseur advies hadden ingewonnen omtrent de mogelijkheden om hun restschuld onder de NHG vergoed te krijgen. Nu één van de voorwaarden daarvoor is dat een verkopend makelaar ingeschakeld wordt bij de verkoop van de woning, hebben klagers de makelaar het verzoek gedaan als zodanig op te treden en hij heeft aan dat verzoek gehoor gegeven. De makelaar wijst erop dat de verschuldigdheid van de courtage, als vastgelegd in de ter zake gesloten overeenkomst van opdracht, niet afhankelijk is van het slagen van een claim onder de NHG. Dat betekent dat de makelaar recht heeft op die courtage, ook al is de claim onder de NHG afgewezen.
- 4.4. Ten aanzien van klachtonderdeel c merkt de makelaar op dat hij nimmer (expliciet) gedreigd heeft met beslag op de woning of blijkt heeft gegeven de levering daarvan te willen frustreren. De makelaar had de - inmiddels gegronde - vrees dat zijn courtagenota onbetaald zou blijven en heeft, na verzending van niet ongebruikelijke incassobrieven door zijn advocaat, getracht in overleg te treden met klagers. Het voorleggen van de vaststellingsovereenkomst moet worden gezien als een tegemoetkoming van de zijde van de makelaar, omdat hij daarin akkoord ging met betaling van zijn courtagenota in 12 gelijke maandelijkse termijnen, zonder bijkomende kosten en rente. Klagers hadden immers aangegeven de courtagenota niet te zullen/kunnen voldoen.

4.5. Ten aanzien van klachtonderdeel d merkt de makelaar op dat door de mededeling van klagers duidelijk was geworden dat zij zijn courtagenota niet zouden betalen. Dat gaf de makelaar het recht incassomaatregelen te nemen. Het standpunt van klagers, dat een dergelijke dagvaardingsprocedure niet parallel kan lopen met de onderhavige klachtprocedure, verwerpt de makelaar. Het betreft immers twee aparte zaken. Dit was wellicht anders geweest als klagers het geschil over de courtage hadden voorgelegd bij de geschillencommissie van de NVM, maar daartoe zijn zij niet overgegaan.

4.6. De makelaar acht de klacht dan ook in al zijn onderdelen ongegrond.

5. Beoordeling van het geschil:

5.1. De klacht richt zich tegen makelaar Y, verbonden aan het makelaarskantoor Z; deze is lid van de NVM en aangesloten bij de afdeling [...]. De Raad van Toezicht te Zwolle is derhalve bevoegd om van de klacht kennis te nemen.

5.2. Blijkens mededeling van zijn advocaat is de makelaar niet in persoon op de zitting van de Raad van Toezicht verschenen, omdat hij zich vergist heeft in de plaats waar de mondelinge behandeling zou worden gehouden. De makelaar zou naar het hoofdkantoor van de NVM in Nieuwegein zijn gereisd. Gezien de ernst van hetgeen bij de behandeling van deze zaak aan het licht is gekomen, had de raad de aanwezigheid van de makelaar in persoon op hoge prijs gesteld. Zijn verklaring voor zijn afwezigheid is bovendien onwaarschijnlijk, nu de makelaar reeds driemaal eerder naar aanleiding van een klacht bij de raad is verschenen en daarbij steeds de zitting in persoon heeft bijgewoond. In de drie bedoelde voorgaande gevallen heeft de mondelinge behandeling steeds in dezelfde plaats en op hetzelfde adres plaatsgevonden. Voorts bevat de schriftelijke oproeping van de secretaris het adres waarop de zitting plaatsvindt. En dat op duidelijke wijze, nu is gebleken dat de advocaat van de makelaar wel op het juiste tijdstip op de juiste plaats aanwezig was. De raad acht de verklaring voor het feit dat de makelaar, die voor de vierde maal voor een zitting van de Raad van Toezicht te Zwolle is uitgenodigd, daarvoor naar het hoofdkantoor van de NVM is afgereisd, dan ook onvoldoende overtuigend en rekent hem zijn afwezigheid zwaar aan.

5.3. De klachtonderdelen a en b lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Uit de uitdrukkelijke verklaring van klager ter zitting is gebleken dat naar aanleiding van het e-mailbericht op 6 februari 2014 van klagers zij beiden door de makelaar op diens kantoor zijn uitgenodigd en op 13 februari 2014 zowel de koopovereenkomst met betrekking tot de verkoop van hun woning aan de familie <naam> hebben ondertekend, als de schriftelijke

overeenkomst van opdracht tussen klagers en het kantoor van de makelaar. Daarbij is de verkoopopdracht geantedateerd, namelijk op 7 februari 2014 en de koopovereenkomst gepostdateerd, namelijk op 17 februari 2014. De raad acht de verklaring van klager, onderbouwd met verwijzing naar correspondentie en zijn agenda, overtuigend. De raad neemt daarbij in aanmerking dat klager, hoewel gewezen op zijn eigen laakbare handelwijze, heeft volhard in zijn verklaring. Doorslaggevend is die verklaring, omdat zich hier de afwezigheid van de makelaar ter zitting wreekt, waardoor tegenspraak geheel ontbreekt. Uit deze feiten kan de raad niet anders concluderen dan dat geen sprake was van een daadwerkelijke opdracht tot dienstverlening bij de verkoop van de woning van klagers aan de makelaar omdat op het moment van ondertekening -en antedatering van die opdracht reeds een koopovereenkomst voorlag en ook door klagers is ondertekend. Van daadwerkelijke inspanningen als verkopend makelaar kon dus geen sprake zijn. Door de afwijkende dateringen van de stukken hebben de makelaar en klagers gezamenlijk echter de indruk gewekt dat de makelaar wel degelijk daadwerkelijk als verkopend makelaar voor klagers is opgetreden, met als uitsluitend doel een claim onder de NHG te faciliteren. De makelaar had daarbij een apert eigen belang, nu ook de courtage van de ingeschakelde makelaar vergoed wordt onder de NHG. De makelaar heeft dan ook actief meegewerkt aan het willens en wetens creëren van een beeld over zijn betrokkenheid als verkopend makelaar bij de transactie tussen klagers en de familie <naam>, dat niet overeenstemt met de waarheid en uitsluitend bedoeld was om een claim onder de NHG te faciliteren. Een gevolg van deze constructie was mede dat de makelaar courtage zou ontvangen zonder dat hij daarvoor de gebruikelijke verkoopwerkzaamheden heeft verricht.

- 5.4. De makelaar heeft door zijn handelwijze naar het oordeel van de raad in flagrante strijd gehandeld met onderdeel 1 van de Erecode. De raad acht dan ook de onderdelen a en b van de klacht gegrond.
- 5.5. Voorzover klagers verwijten dat de makelaar tegelijkertijd als aankopend makelaar voor de familie <naam> is opgetreden en als verkopend makelaar voor hen, is dit verwijt onvoldoende feitelijk onderbouwd. De raad is van oordeel dat nu ook een schriftelijke aankoopopdracht door de familie <naam> aan de makelaar ontbreekt, best sprake kan zijn van aankoopactiviteiten, bijvoorbeeld als extra dienstverlening in het kader van de door de familie <naam> verstrekte verkoopopdracht. Er is echter niet vast komen te staan dat de makelaar de onderhandelingen heeft gevoerd die tot overeenstemming tussen klagers en de familie <naam> heeft geleid. De raad weegt hier ook de expliciete, schriftelijke ontkenning van de familie <naam> dat zij een aankoopopdracht aan de makelaar hebben verstrekt, mee. Wel is komen vast te staan dat de makelaar geen daadwerkelijke verkoopactiviteiten voor klagers heeft verricht of kunnen

verrichten nu de opdracht tot dienstverlening en de koopovereenkomst op één en dezelfde avond zijn getekend.

- 5.6. In de correspondentie, die de raadsman van de makelaar aan klagers heeft verzonden voordat levering van hun woning had plaatsgevonden, is sprake van bewoordingen, die in incassobrieven niet ongebruikelijk zijn. Een concrete verwijzing naar het leggen van beslagen teneinde de levering door klagers aan de familie <naam> te frustreren, leest de raad daarin niet. Nu het de makelaar vrijstaat om op betaling van openstaande vorderingen aan te dringen, en de brief van zijn raadsman naar het oordeel van de raad de grenzen van de betamelijkheid niet overschrijdt, acht de raad dit klachtonderdeel c ongegrond.
- 5.7. Naar het oordeel van de raad stelt de makelaar zich terecht op het standpunt dat het indienen van een klacht bij de Raad van Toezicht niet in de weg staat aan het starten van een dagvaardingsprocedure voor de civiele rechter. Dit ligt anders in het geval het onderwerp van geschil de hoogte van een declaratie betreft en dat geschil, conform de geldende regelingen, wordt voorgelegd aan de geschillencommissie van de NVM. Vaststaat echter dat klagers die weg niet hebben bewandeld. Dit betekent dat naar het oordeel van de raad ook klachtonderdeel d ongegrond is.
- 5.8. De raad tilt zwaar aan de geconstateerde feiten en de rol van de makelaar daarbij, leidend tot zijn oordeel dat de eerste twee klachtonderdelen gegrond zijn. Naar het oordeel van de raad is sprake van ernstige schendingen van de betrouwbaarheid en integriteit, die van een NVM makelaar verwacht mogen worden. De ratio van het inschakelen van een verkopend makelaar waarna voor de restschuld en de courtage een claim onder de NHG wordt ingediend, is dat vast komt te staan dat sprake is van een reële koopprijs. Door de opzet, die makelaar en klagers in deze zaak
- 5.9. hebben gekozen, is aan die ratio niet voldaan. De makelaar wist dat of behoorde dat te weten en zijn medewerking aan het vormen van het misleidende beeld omtrent zijn inzet te onthouden. Aldus heeft de makelaar zich naar het oordeel van de raad onvoldoende rekenschap gegeven van het belang van zijn functie in het maatschappelijk verkeer. Ook dat levert een schending van onderdeel 1 van de Erecode op.
- 5.10. Bij de zwaarte van de op te leggen tuchtmaatregel neemt de Raad van Toezicht in overweging dat de makelaar reeds tweemaal eerder door deze raad een tuchtrechtelijke maatregel is opgelegd, namelijk op 20 februari 2002 en 13 november 2002. Van deze laatste uitspraak is beklagde in hoger beroep gegaan, waarbij de Centrale Raad van Toezicht eveneens tot gedeeltelijke gegrondverklaring van de klacht is gekomen en een maatregel heeft opgelegd.

5.11. Gezien de aard van de geconstateerde feiten en het feit dat deze raad de makelaar reeds tot tweemaal toe eerder een maatregel heeft opgelegd, brengt de raad tot het opleggen van de maatregel van boete van € 20.000,--

6. Uitspraak:

6.1. Verklaart de klacht voor wat betreft de onderdelen a en b gegrond en legt de makelaar de maatregel van boete van € 20.000,-- op.

6.2. Veroordeelt de makelaar tot betaling van een bedrag van € 3.176,25 (inclusief 21% btw) aan de NVM als bijdrage in de kosten van de behandeling. Dit bedrag dient te worden overgemaakt op het rekeningnummer van de NVM onder vermelding van ZW 535; kosten procedure.

Aldus beslist door de Raad van Toezicht te Zwolle, bestaande uit mr. W.J.B. Cornelissen, voorzitter, E. Getreuer, lid en mr. H.R. Quint, secretaris, op 1 oktober 2014

Essentie

Klagers maken bezwaar tegen de wijze, waarop de advocaat van hun verkopend makelaar diens courtagenota incasseert. Zij stellen die nota niet te kunnen betalen, omdat hun claim onder de NHG is afgewezen, terwijl zij juist met het oog daarop de makelaar in de arm hadden genomen. Tijdens de zitting van de raad blijkt dat de makelaar zijn opdracht pas heeft gekregen nadat de koop al was gesloten: op 13 februari 2014 is ten kantore van de makelaar de opdrachtbevestiging getekend, maar gedateerd op 7 februari 2014, en direct ook de koopovereenkomst, maar gedateerd op 17 februari 2014. Het aldus meewerken aan het creëren van een onjuist beeld over de inzet van de makelaar met als doel onder de NHG een claim in te dienen voor de restschuld van klagers (waarvan de met de makelaar overeengekomen courtage deel uitmaakt), neemt de raad hoog op en legt een boete op van € 20.000,--. Voor zover de klacht belangenverstremming betreft, omdat de makelaar namens derden (ook) als aankopend makelaar jegens klagers was opgetreden, acht de raad die onvoldoende onderbouwd en daarmee ongegrond. Ook de incassomaatregelen van de zijde van de makelaar en zijn advocaat overschrijden naar het oordeel van de raad niet de tuchtrechtelijke grenzen.

Trefwoorden

Belangenbehartiging opdrachtgever: aankoopopdracht, postdateren koopovereenkomst, antedateren opdrachtbevestiging, onzorgvuldig handelen, antedateren, belangenvermenging.