

Ontvankelijkheid. Klacht over (nog) niet verrichte handeling. Tuchtrechtelijke laakbaarheid van handelwijze in gerechtelijke procedure.

De koper van een woning (klager) verwijt de verkopend makelaar (beklaagde) dat hij in een door klager tegen beklagde aangespannen gerechtelijke procedure tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld. Beklaagde zou in deze procedure standpunten hebben ingenomen die zozeer onjuist en onwaar zijn dat hem daarvan in tuchtrechtelijk opzicht een verwijt kan en moet worden gemaakt. Vier van deze door klager genoemde standpunten zijn weliswaar nog niet daadwerkelijk door beklagde ingenomen maar volgens klager zal beklagde dat mogelijk nog wel gaan doen.

De Raad overweegt dat klager wat betreft de vier laatstgenoemde standpunten niet in zijn klacht kan worden ontvangen. Klager kan immers geen klachten indienen (en de Raad is immers niet bevoegd te oordelen) over handelingen die beklagde (nog) niet heeft verricht. De overige onderdelen van de klacht worden ongegrond geacht. Hierbij wordt onder meer overwogen dat uitgangspunt is dat een makelaar een grote mate van vrijheid heeft om in een gerechtelijke procedure het standpunt in te nemen dat hem geraden voorkomt. In dit geval heeft beklagde geen feiten geponeerd waarvan hij weet of behoort te weten dat deze onwaar zijn en beklagde heeft zich evenmin grievend over klager uitgelaten.

Raad van Toezicht Oost van de Nederlandse Vereniging van Makelaars in Onroerende Goederen en Vastgoeddeskundigen NVM geeft uitspraak inzake de klacht van:

De heer **S.**, te **A.**, gemachtigde: mr. P. S. klager,

tegen:

de heer **R.**, makelaar in onroerende zaken te **A.**, gemachtigde: mr. J. beklagde.

1. De klachtprocedure

- 1.1 Bij e-mailbericht van 17 juni 2016 van mr. P.S., verbonden aan het incasso- en juridisch adviesbureau [bedrijfsnaam], heeft door tussenkomst van de afdeling Consumentenvoorlichting van de NVM de heer S., wonende te A., (hierna: klager) bij de Raad van Toezicht Oost (hierna: de Raad) een klacht ingediend tegen de heer R. te A. en lid van de NVM (hierna: beklagde).
- 1.2 Bij brief van 19 augustus 2016 van mr. J., advocaat te R., heeft beklagde tegen de klacht verweer gevoerd.

- 1.3 Ter zitting van de Raad, gehouden te Duiven op 26 oktober 2016, heeft beklagde, bijgestaan door mr. J.nd, zijn verweer aan de hand van een pleitnotitie nader toegelicht. Klager en mr. P.S. zijn niet verschenen; mr. P.S. heeft zijn pleitnotitie op voorhand bij de Raad ingediend.
- 1.4 De Raad heeft acht geslagen op de hiervoor genoemde stukken, waarvan de inhoud als hier herhaald en ingelast moet worden beschouwd.

2. De feiten

Als gesteld en erkend, dan wel niet of onvoldoende weersproken zijn de navolgende feiten komen vast te staan:

- 2.1 Beklaagde heeft in of omstreeks 2014 opdracht verkregen tot dienstverlening bij de verkoop van de woning aan de [adres]. Bij aanmelding op Funda heeft beklagde onder meer ten onrechte vermeld, dat de oppervlakte van de woning 185 m² bedraagt; de werkelijke oppervlakte bedraagt 140 m².
- 2.2 Klager heeft op 11 augustus 2014 de woning gekocht.
- 2.3 Vanwege de onder 2.1 beschreven onjuiste vermelding heeft klager bij de Raad een klacht tegen beklagde ingediend, die luidt:
 - “1) dat beklagde klachtwaardig heeft gehandeld doordat hij de door de NVM opgelegde meetinstructie niet, althans niet op een juiste wijze heeft toegepast, ofwel, indien zou komen vast te staan dat de meetinstructie wel is gevolgd, heeft verzuimd om de daaruit volgende oppervlakte juist te vermelden;*
 - 2) dat het klachtwaardig is dat beklagde het standpunt heeft ingenomen dat klager verzaakt heeft de woning zelf op te meten.”*
- 2.4 Bij beslissing van 16 februari 2015 van de Raad is het eerste onderdeel van de klacht gegrond verklaard en is de klacht voor het overige ongegrond verklaard.
- 2.5 Klager is van mening, dat beklagde vanwege de onjuiste vermelding van de oppervlakte van de woning onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Klager heeft op die grond bij de Rechtbank Gelderland een rechtsvordering tegen beklagde ingesteld, die ertoe strekt dat beklagde aan klager de door deze geleden schade zal vergoeden.

- 2.6 Beklaagde heeft tegen de vordering verweer gevoerd.
- 2.7 Bij vonnis van 16 december 2015 van genoemde Rechtbank is de vordering afgewezen. Klager heeft van dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Beklaagde heeft in hoger beroep nog niet van antwoord gediend.

3. De klacht en het verweer

- 3.1 De klacht luidt, dat beklagde in de gerechtelijke procedure tussen partijen standpunten inneemt die zozeer onjuist en onwaar zijn, dat hem daar in tuchtrechtelijk opzicht een verwijt van gemaakt kan en moet worden. Het gaat klager daarbij om de volgende standpunten:
- 1 Beklaagde stelt dat klager zijn onderzoeksplicht heeft geschonden;
 - 2 Beklaagde stelt dat hij op basis van de op- en ondermaatclausule in de koopovereenkomst ervan mocht uitgaan dat de woonoppervlakte voor klager niet van belang was;
 - 3 Beklaagde stelt dat klager voorafgaande aan de koop kenbaar had moeten maken dat de woonoppervlakte van belang was;
 - 4 Beklaagde beroept zich op een exoneratieclausule in de verkoopbrochure;
 - 5 Beklaagde stelt dat klager zich had laten moeten bijstaan door een aankoopmakelaar;
 - 6 Beklaagde stelt dat het begrip woonoppervlakte geen eenduidig begrip is;
 - 7 Beklaagde beroept zich op gebruik van het woord “circa”;
 - 8 Beklaagde verschuilt zich achter een rapport van het Ministerie van VROM.
- 3.2 Beklaagde heeft tegen de klacht navolgend verweer gevoerd.

Hoewel beklagde geen partij is in de gerechtelijke procedure die klager heeft aangespannen, staat beklagde achter het verweer dat in die procedure is gevoerd.

De open normen van (artikel 1 van) de NVM Erecode bieden weinig concrete aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag welk verweer een makelaar in een gerechtelijke procedure mag voeren. In rechte optreden is geen beroepsactiviteit van de makelaar. Voor een nadere invulling van de open normen legt beklagde een parallel met de tuchtrechtelijke regels voor advocaten, die wel geregeld in rechte optreden.

Aan de hand van voormelde parallel gelden voor de makelaar als uitgangspunten voor verweer in rechte:

1. Het tuchtrecht van de makelaar dient er niet toe om de makelaar ten faveure van diens wederpartij te beknotten in zijn vrijheid om verweer te voeren in een gerechtelijke procedure;
2. De makelaar heeft in beginsel de vrijheid om het verweer te voeren dat hem goeddunkt;
3. De onder punt 2 bedoelde vrijheid heeft de volgende grenzen:
 - de makelaar mag geen feiten poneren waarvan hij weet of behoort te weten dat zij niet waar zijn;
 - de makelaar mag zich niet onnodig grievend uitlaten over zijn wederpartij.

Beklaagde heeft in het verweer dat hij in de gerechtelijke procedure heeft gevoerd geen feiten geponeerd waarvan hij wist of behoorde te weten dat die niet waar zijn. Evenmin heeft beklagde zich onnodig grievend over klager uitgelaten.

4. De beoordeling van de klacht

- 4.1 Ingevolge artikel 14 van het Reglement Tuchtrechtspraak heeft de tuchtrechter tot taak in elk concreet geval, waarin wordt geklaagd over handelingen of nalatigheden van een NVM-lid, te oordelen of die handelingen of nalatigheden hebben plaatsgevonden, en zo ja of die in strijd zijn met de statuten, reglementen en de Erecode van de NVM en moeten leiden tot een tuchtrechtelijke sanctie.
- 4.2 Klager heeft aangevoerd dat beklagde klachtwaardig handelt doordat hij in een door klager tegen beklagdes kantoor aangespannen gerechtelijke procedure standpunten inneemt die haaks staan op artikel 1 van de Erecode en indruisen tegen (de geest van) de Meetinstructie. Het gaat klager daarbij om acht in het klaagschrift omschreven standpunten.
- 4.3 Klager heeft in zijn schriftelijke pleidooi erkend, dat beklagde de onder 5 tot en met 8 omschreven standpunten nog niet heeft ingenomen, maar gesteld dat hij deze mogelijkerwijs in de onder 4.2 genoemde procedure nog zal innemen. Gelet op de onder 4.1 beschreven taakstelling van de Raad kan klager ten aanzien van de hiervoor genoemde standpunten 5 tot en met 8 niet in zijn klacht worden ontvangen;

klager kan immers geen klachten indienen (en de Raad is immers niet bevoegd te oordelen) over handelingen die beklaagde (nog) niet heeft verricht.

- 4.4 Standpunt 1 van beklaagde waarover klager klaagt luidt, dat volgens beklaagde klager zijn onderzoeksplicht heeft geschonden. Over dit standpunt heeft de Raad in zijn beslissing van 16 februari 2015 gewezen tussen partijen, een onherroepelijk oordeel gegeven. In die beslissing is geoordeeld dat beklaagde niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door het standpunt in te nemen dat klager heeft verzaakt de woning zelf op te meten. Daaruit volgt dat beklaagde ook in rechte het standpunt mag innemen dat klager zijn onderzoeksplicht heeft geschonden en dat beklaagde niet tuchtrechtelijk verwijtbaar handelt door zulks te doen. In zoverre is de klacht dan ook ongegrond.
- 4.5 De klachten ten aanzien van de standpunten 2 tot en met 4 zal de Raad gezamenlijk behandelen. De Raad onderschrijft dat voor de makelaar voor zijn verweer in rechte de uitgangspunten gelden als door beklaagde in zijn verweer zijn geformuleerd. Uitgangspunt is dus dat een makelaar een grote mate van vrijheid heeft om in een gerechtelijke procedure het standpunt in te nemen dat hem geraden voorkomt. Door de standpunten 2 tot en met 4 in te nemen, heeft beklaagde geen feiten geponeerd waarvan hij weet of behoort te weten dat deze niet waar zijn en zich evenmin grievend uitgelaten over klager. Daarom is de klacht ten aanzien van de standpunten 2 tot en met 4 ongegrond.

5. De beslissing

De Raad van Toezicht Oost van de Nederlandse Vereniging van Makelaars in Onroerende Goederen en Vastgoeddeskundigen NVM: verklaart klager niet-ontvankelijk in zijn klacht voor zover deze betrekking heeft op de standpunten 5 tot en met 8, zoals overwogen onder 4.3 en verklaart de klacht ongegrond voor zover deze betrekking heeft op de standpunten 1 tot en met 4, zoals overwogen onder 4.4 en 4.5.

Aldus gewezen door mr. O. Nijhuis, voorzitter, drs. J. Berger, lid en mr. K. van der Meulen, lid tevens secretaris, en door de voorzitter en secretaris ondertekend op 06 december 2016.

