

De aansprakelijkheid van de verkoopmakelaar tegenover kopers: over meetinstructies, gezichtspunten en schadeaspecten

*Mr. M. H. J. Lubbers**

1 Inleiding

De aansprakelijkheid van onroerendgoedmakelaars is volop in ontwikkeling. Dat bleek deze zomer eens te meer toen de Hoge Raad een arrest van het Gerechtshof Amsterdam in stand liet, waarin een verkoopmakelaar op de vingers werd getikt die de NVM-meetinstructie onjuist had toegepast. Het arrest van de Hoge Raad biedt een mooie aanleiding om uitvoerig stil te staan bij de zorgplicht van de onroerendgoedmakelaar. Ik zal eerst wat verder ingaan op dit arrest en de aanloop ernaartoe. Vervolgens voorzie ik het arrest van commentaar en zal ik in een breder perspectief ingaan op de reikwijdte van de zorgplicht van de onroerendgoedmakelaar (die ik verder gemakshalve aanduid als 'makelaar').

2 Terzijde: de klachtplicht

Voordat ik inhoudelijk verder in de materie duik, sta ik op deze plek slechts heel kort stil bij de overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest over de toepasselijkheid van de klachtplicht ex art. 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Kort gezegd oordeelt de Hoge Raad dat de klachtplicht geen toepassing vindt bij aansprakelijkstellingen op grond van een zuiver onrechtmatige daad. Omdat de verkoopmakelaar en kopers geen rechtstreekse contractuele verhouding hebben, is goed te volgen dat de klachtplicht dan toepassing mist. Zoals hierna ook zal blijken, is echter bestendige rechtspraak dat de verkoopmakelaar zich juist ook de belangen van kandidaatkopers moet aantrekken, waarmee de belangen van de koper voor de verkoopmakelaar wel voortdurend onderdeel uitmaken van zijn zorgplicht. Dat raakt (gevoelsmatig) op een aantal fronten de setting waarin contractspartijen tot elkaar staan. Maar anders dan bij contractspartijen geldt in deze setting de klachtplicht dus niet. Hoewel over de wenselijkheid en rechtvaardiging van dit onderscheid naar mijn oordeel discussie mogelijk is, geeft dit oordeel van de Hoge Raad wel duidelijkheid op dit punt voor de rechtspraak.

3 Feiten

In het arrest draait het om de aansprakelijkheid van een verkoopmakelaar jegens de kopers van een appartement in Amsterdam. Deze kopers hebben de woning gekocht in september 2010. Bij de aankoop zijn zij mede afgegaan op informatie die de verkoopmakelaar in een (verkoop)brochure had opgenomen. Een van de onderwerpen die daarin aan de orde kwam, was de woonoppervlakte. Die werd omschreven als 'ca. 80 m²'. Dezelfde oppervlakte werd ook opgenomen in een taxatierapport dat werd opgesteld ten behoeve van de aanvraag van een hypothecaire geldlening.

Begin 2014 bestaat bij de nieuwe eigenaren het idee om de woning te gaan verkopen. In dat verband laten zij de woning inmeten. Uit het meetrapport volgt dat het brutovloeroppervlak (afgerond) 77 m² beslaat, maar dat het gebruiksoppervlak slechts 71 m² is. Deze oppervlakte wordt bevestigd in een meetrapport dat in opdracht van zowel de nieuwe eigenaren als de verkoopmakelaar werd opgesteld. Bij het opstellen van deze laatste rapporten werd gebruik gemaakt van de meetinstructie NEN 2580, door de NVM uitgevaardigd voor het bepalen van gebruiksoppervlaktes van alle woningen. Deze instructie bepaalt onder meer dat NVM-makelaars verplicht zijn om in verkoopinformatie de (netto)gebruiksoppervlakte van de woning te vermelden. De brochure die de verkoopmakelaar in augustus 2010 uitvaardigde, vermeldde een andere waarde, namelijk de brutovloeroppervlakte. Vast staat in ieder geval dat informatie die na 1 september 2010 wordt verstrekt in overeenstemming moet zijn met deze meetinstructie.

Bij de verkoop van hun woning vermelden de nieuwe eigenaren dan ook dat de gebruiksoppervlakte – conform metingen – 71 m² bedraagt. Zij stellen de vraagprijs op € 375.000, waar de vraagprijs in 2010 op € 415.000 lag. De nieuwe eigenaren slagen erin de woning binnen twee weken te verkopen voor nagenoeg de vraagprijs, maar zijn van mening dat zij schade hebben geleden als gevolg van de onjuiste informatieverstreking door de verkoopmakelaar bij de aankoop in 2010. Zij stellen dat zij door de uitlatingen van de verkoopmakelaar

* Mr. M.H.J. Lubbers is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

zijn uitgegaan van een onjuiste oppervlakte bij de aankoop van hun woning, met schade als gevolg.

De makelaar betwist aansprakelijk te zijn voor de onjuiste vermelding. Voor zover relevant, wijst hij op een aantal omstandigheden. Een ervan is dat de meetinstructie pas verplicht werd gesteld per 1 september 2010. De woning werd toen al te koop aangeboden. Daarom zouden kopers er niet op hebben mogen vertrouwen dat de verkoopbrochure de nettowoonoppervlakte vermeldde, conform die meetinstructie.

4 De procedure

De rechtbank honoreert voornoemd verweer van de makelaar en voegt daaraan toe dat ook gewicht moet worden toegekend aan het woord 'circa' in de brochure.

Het hof oordeelt vervolgens echter dat de verkoopmakelaar wel een beroepsfout valt te verwijten. Daartoe overweegt het hof allereerst dat de meetinstructie is opgesteld zodat derden (onder wie kopers) erop kunnen vertrouwen dat verkoopinformatie de nettooppervlakte vermeldt. Volgens het hof staat het onrechtmatig handelen dan ook vast indien de meetinstructie al gold ten tijde van deze opdracht; in de verkoopbrochure stond immers een aanmerkelijk grotere woonoppervlakte genoemd dan de nettooppervlakte (80 m² om 71 m²). Het hof bestudeert vervolgens de – interne – instructie die de NVM heeft uitgevaardigd. Daarbij kent het beslissend gewicht toe aan een door de NVM opgesteld aanhangsel, waarin staat dat de meetinstructie per 15 juni 2010 geldt voor alle nieuwe opdrachten. Het hof oordeelt op grond daarvan dat de meetinstructie al gold ten tijde van deze verkoopopdracht, en daarmee dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam NVM-makelaar deze instructie destijds al had moeten toepassen. Het hof kent de kopers een schadevergoeding toe van € 10.000, tegen een oorspronkelijke vordering van € 52.195 (ik sta daar verderop nog nader bij stil).

Het oordeel van het hof is voor de verkoopmakelaar aanleiding om cassatie in te stellen. Dat acht hij onder meer noodzakelijk in verband met de 'maatschappelijk ongewenste "onbeperkte" aansprakelijkheid van de makelaar zoals die in diverse rechterlijke uitspraken in geval van schending van de meetinstructie is aangenomen'. De verkoopmakelaar liet daarmee blijken dat de belangen groot waren.

De makelaar krijgt A-G Valk mee in zijn betoog. In zijn conclusie voor het arrest stelt hij dat het te ver gaat om iedere schending van de meetinstructie te sanctioneren. Volgens Valk moet worden gekeken naar de gerechtvaardigde verwachtingen die de (kandidaat-)koper had ontleend aan de vermelding van de woonoppervlakte. Die verwachtingen had het hof slechts in abstracte zin meegenomen in de beoordeling, aldus Valk. Nu een concrete toets aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de kopers in deze kwestie ontbrak, zou het arrest van het hof moeten worden vernietigd.

De Hoge Raad gaat echter contrair en laat het arrest van het hof in stand. Met het hof oordeelt hij dat de meetinstructie strekt tot bescherming van de belangen van (kandidaat-)kopers. De meetinstructie bepaalt in belangrijke mate het vertrouwen dat kopers mogen ontlenen aan de genoemde gebruiksoppervlakte in verkoopinformatie, terwijl kopers er in beginsel van uit mogen gaan dat de meetinstructie is toegepast. De Hoge Raad overweegt nog dat dit onder omstandigheden anders kan zijn, maar dat het aan de verkoopmakelaar is om omstandigheden te benoemen die afbreuk doen aan dit abstracte uitgangspunt. De Hoge Raad lijkt dus te kiezen voor een normatieve invulling van het vertrouwen in het licht van de aard van de norm; niet de koper moet aantonen dat hij in de concrete omstandigheden gerechtvaardigde verwachtingen mocht ontlenen aan verkoopinformatie, zoals Valk betoogde, maar in beginsel zal de makelaar op zoek moeten naar aanknopingspunten waaruit volgt dat de koper *niet* gerechtvaardigd mocht vertrouwen op deze informatie. Kortom: een schending van de meetinstructie levert in beginsel een onrechtmatige daad op jegens de koper. Dat wordt niet anders door een verwijzing in verkoopinformatie dat geen rechten kunnen worden ontleend aan de inhoud ervan. Een dergelijke standaardvermelding is niet specifiek genoeg om het vertrouwen te verminderen dat de koper in beginsel wel mag ontlenen aan dergelijke informatie, aldus de Hoge Raad.

5 Commentaar: de situatie ter zake de zorgplicht van de verkoopmakelaar jegens de koper voorafgaand aan dit arrest

Het arrest kent als basis enige uitgangspunten die voortkomen uit eerdere rechtspraak.¹ Een verkoopmakelaar zal in principe de belangen moeten dienen van zijn opdrachtgever (in casu de verkoper), maar dat betekent niet dat hij de belangen van derden mag veronachtzamen. Zeker verkoopmakelaars dienen ermee bekend te zijn dat kandidaat-kopers afgaan op informatiemateriaal dat de verkoopmakelaar vervaardigt. In zoverre is hun informatievoorziening ook van belang voor kopers. Hoewel een contractuele basis tussen verkoopmakelaar en koper ontbreekt, en eerstgenoemde juist handelt ter behartiging van de belangen van de verkoper, kan het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie waarop de koper zijn aankoopbeslissing baseert onder omstandigheden toch leiden tot een onrechtmatige daad jegens die koper.

6 Bestaan van een zorgplicht van de verkoopmakelaar jegens de koper: relevante gezichtspunten

Dat betekent natuurlijk niet dat de verkoopmakelaar hangt voor iedere vergissing die hij richting kopers begaat. In hoeverre een vergissing of onjuistheid een onrechtmatige daad oplevert, zal afhangen van de omstandigheden van het specifieke geval. Ik meen een aantal gezichtspunten te ontwaren die richting kunnen geven bij de beantwoording van deze vraag in een specifieke kwestie.

1. Ik verwijs onder meer naar het Savills-arrest (HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162), alsook naar een vonnis van de Rechtbank Noord-Holland uit 2016 (ECLI:NL:RBNHO:2016:11289).

6.1 Aard van de informatie

Hiervoor kwam al aan de orde dat de koper zich bij zijn aankoopbeslissing kan laten leiden door informatie die de verkoopmakelaar verstrekt. Hoe essentiëler bepaalde informatie is, hoe groter in beginsel haar invloed op de aankoopbeslissing zal zijn. En andersom: hoe minder essentieel de eigenschap, hoe minder snel de verkoopmakelaar aansprakelijk zal zijn indien achteraf blijkt dat de informatie die in dit verband is verstrekt niet volledig is of niet (geheel) juist is.

Het is wel interessant waar de grens ligt tussen wel en niet essentieel. Dat toont de onderhavige kwestie eens te meer aan. De Hoge Raad sanctioneert schending van de meetinstructie, omdat de toepassing ervan het vertrouwen van kopers op een belangrijk punt dient. Dat hebben kopers ook op die manier aan de orde gebracht in deze procedure. Kopers zullen echter wel expliciet en gemotiveerd naar voren moeten brengen dat de – exacte – oppervlakte belangrijk is, omdat bepaald geen consensus bestaat dat de oppervlakte altijd bepalend is voor de waarde of prijs van een woning. Ik wijs in dit verband ook op het belang dat A-G Valk hecht aan de vermelding van het woord ‘circa’ bij de oppervlakte (randnr. 2.5) en de opvatting van de rechtbank in deze kwestie. Deze gedachtegang staat niet op zichzelf. Zo leek de Rechtbank Rotterdam in een andere zaak de oppervlakte ook vooral als ‘aanduiding’ te zien.²

6.2 Aard van de bron en de wijze van informatieverstrekking

Voorwaarde voor aansprakelijkheid lijkt dat sprake moet zijn van vertrouwen dat de koper aan bepaalde uitlatingen mag ontleen. Een dergelijk vertrouwen zal in algemene zin eerder mogen worden ontleend aan specifieke uitlatingen jegens (alleen) de koper over een bepaald aspect of onderwerp dan aan uitlatingen in algemene informatiebronnen. Ik haalde hiervoor al een vonnis van de Rechtbank Rotterdam aan, waarin het vermelden van een verkeerde oppervlakte niet leidde tot aansprakelijkheid van de verkoopmakelaar die deze informatie in een brochure had verwerkt. Ik lees impliciet in deze uitspraak dat daarvoor mede van belang is dat de informatie was opgenomen in een algemene brochure, terwijl de (gebruiks)oppervlakte geen specifiek gespreksonderwerp was geweest tussen kopers en verkoopmakelaar.

Aan de andere kant maakt het onderhavige arrest duidelijk dat onder omstandigheden ook informatie in een algemene brochure tot aansprakelijkheid kan leiden. Dat neemt niet weg dat er minder snel reden lijkt om aansprakelijkheid aan te nemen voor een fout die zijn oorsprong vindt in algemene informatiebronnen, zoals brochures en folders. Daar komt bij dat een verkoopbrochure ook dient ter promotie van het verkoopobject, en daarmee een wervend karakter kent. Andersom kan eerder gerechtvaardigd zijn om aansprakelijkheid jegens kopers aan te nemen, indien zij specifiek navraag hebben

gedaan naar een bepaald onderwerp of indien de juistheid van de informatie uitdrukkelijk aan de orde is geweest.

Bij bovenstaande gezichtspunten spelen twee onderwerpen mogelijk weer een beperkende rol: de aard en omvang van gemaakte voorbehouden en de eigen deskundigheid van de kopers. Daar sta ik ook bij stil.

6.3 Voorbehouden

De rol van voorbehouden die de verkoopmakelaar maakt over de juistheid van de informatie speelde een grote rol bij het toonaangevende Savills-arrest.³ Ook daar speelde een discussie waarbij de koper op basis van informatie uit brochures uitging van een grotere oppervlakte dan daadwerkelijk het geval was. De verkoopmakelaar beriep zich op diverse weren, waarvan er één zag op een clause in de brochure. Daarin stond dat de informatie vrijblijvend was en ook geen aansprakelijkheid werd aanvaard voor – de juistheid van – deze informatie. Het hof ging daar niet in mee, de Hoge Raad echter wel (r.o. 3.4):

‘Het antwoord op de vraag of – en zo ja, in hoeverre – een potentiële koper op de juistheid van de door een makelaar verstrekte informatie mag afgaan, is onder meer afhankelijk van eventuele mededelingen van de makelaar over de mate waarin hij voor de juistheid van die gegevens instaat. Daaraan kan niet afdoen dat hij jegens de potentiële koper niet in een contractuele verhouding staat.’

Kortom: in algemene zin kunnen voorbehouden afbreuk doen aan het gerechtvaardigde vertrouwen van de koper.⁴ De Hoge Raad liet echter in dat arrest in het midden waaraan dergelijke voorbehouden dan moeten voldoen.

In deze kwestie lijkt de Hoge Raad dit wat verder te verduidelijken (r.o. 3.4.6):

‘De enkele vermelding in de verkoopbrochure dat daaraan geen rechten kunnen worden ontleend (...) is in dit verband onvoldoende. Een dergelijke standaardmededeling is op zichzelf niet specifiek genoeg om afbreuk te doen aan het vertrouwen dat de aspirant-koper, die geïnteresseerd is in een woning die wordt aangeboden door een NVM-makelaar, aan het verplichte karakter van die meetinstructie mag ontleen.’

Tegen deze achtergrond lijkt een voorbehoud over de juistheid van informatie voldoende specifiek te moeten worden toegesneden op specifieke onderdelen van die informatie om de kans op een succesvol verweer zo groot mogelijk te maken.

3. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162.

4. Voor een meer algemene beschouwing van de invloed van een voorbehoud of exoneration in rapporten op (het bestaan van) de zorgplicht van professionals als de makelaar en accountant jegens derden, zie de eerder in dit tijdschrift verschenen bijdrage: P.H. Kramer, De zorgplicht van beroepsbeoefenaren jegens derden en de invloed van gebruiksbedingen en exonerationen in rapportages, MvV 2017, afl. 11, p. 322-323.

2. Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1300.

Voor makelaars verdient het dan ook aanbeveling om voorbehouden zo specifiek en uitdrukkelijk mogelijk te omschrijven.

De Hoge Raad plaatst het vertrouwen in deze kwestie overigens wel duidelijk in het licht van de meetinstructie. Die regel heeft tot kern om gerechtvaardigde verwachtingen bij kopers op te wekken, aldus de Hoge Raad. Een voorbehoud zal dat niet snel kunnen veranderen. Mogelijk is dit anders wanneer de verkoopmakelaar expliciet vermeldt dat de meetinstructie niet is toegepast. Ook de NVM schrijft voor om dit in een dergelijk geval expliciet te vermelden. De koper kan er dan ook niet meer op vertrouwen dat de instructie wel is toegepast.

6.4 Eigen deskundigheid

Tot slot speelt vanzelfsprekend een rol of de koper een aankoopmakelaar heeft ingeschakeld of zich anderszins laat vertegenwoordigen door een professionele partij (bijvoorbeeld een advocaat). De – eventuele – informatieplicht van de verkoopmakelaar en de eigen onderzoeksplicht van de koper zijn communicerende vaten. Des te meer kennis een koper heeft, des te minder snel zullen de verkoopmakelaar verdergaande (informatie)verplichtingen worden opgelegd.

7 Invloed van de aard van de geschonden regelgeving

Het hof en de Hoge Raad lijken vrij stellig in hun oordeel dat de makelaar in dit geval aansprakelijk is. Die stelligheid verhult naar mijn oordeel dat hierover toch discussie mogelijk kan zijn.

In de eerste plaats is van belang dat de meetinstructie een vorm van zelfregulering onder makelaars met een NVM-lidmaatschap betreft. Terecht wijst A-G Valk er naar mijn oordeel op dat schending van dergelijke zelfregulering niet zonder meer leidt tot aansprakelijkheid. Het betreffende handelen moet immers worden getoetst aan de open norm van de onrechtmatige daad, of meer specifiek: het handelen moet maatschappelijk onbetamelijk zijn. De Hoge Raad lijkt echter ook op andere gebieden weinig terughoudend bij het aannemen van externe werking van interne (zelf)regulering. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de verzekeraar in principe gehouden is te handelen volgens de interne gedragscode voor persoonlijk onderzoek.⁵ Ik kan op zich volgen dat bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van bepaald handelen of nalaten betekenis toekomt aan een interne regel die als hoofddoel heeft om derden te beschermen. Ik meen echter dat ervoor moet worden gewaakt dat de stap te makkelijk wordt genomen van schending van een interne regel naar het oordeel dat die schending een onrechtmatige daad oplevert tegenover een derde. De parallel dringt zich op met een oordeel van een tuchtrechter: ook dat heeft geen doorslaggevende betekenis voor het oordeel van de civiele rechter.⁶

5. HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942.

6. Zie onder meer het Vie d'Or-arrest; HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080.

Het is in dit verband ook aardig om stil te staan bij het feit dat de geschonden regel een NVM-instructie betreft. Deze regel geldt dus alleen voor makelaars die lid zijn van de NVM. Uit onderzoek van Valk blijkt dat ongeveer de helft van de actieve makelaars in Nederland ook lid is van de NVM. De meetinstructie geldt dus voor (slechts) de helft van de makelaars; voor de andere helft is zij niet van toepassing. Het hof en de Hoge Raad plaatsen hun oordeel uitdrukkelijk in het licht van het NVM-lidmaatschap. Zou dit (kunnen) betekenen dat er een onderscheid bestaat tussen wat een redelijk bekwaam NVM-makelaar moet doen en wat een redelijk bekwaam niet-NVM-makelaar moet doen? Dat lijkt niet direct voor de hand te liggen, en wijkt af van de normale toetsingsmaatstaf in geval van beroepsaansprakelijkheid, waarin een betrokken beroepsbeoefenaar wordt afgezet tegen zijn gehele beroepsgroep. Hof en Hoge Raad zullen niet voor ogen hebben gehad om in algemene zin andere toetsingsmaatstaven te hanteren voor *sec* dezelfde beroepsgroep. Daarmee komt dan wel de vraag op of de meetinstructie (indirect) ook voor niet-aangesloten makelaars geldt. Daarbij geldt dat ik me goed kan voorstellen dat het gros van de kopers onbekend is met de interne meetinstructie en vanuit hen bezien dan ook veeleer de vraag is of ze niet simpelweg erop mogen vertrouwen dat de oppervlakte in de verkoopinformatie juist is.

En die vraag is naar mijn oordeel dus niet zonder meer met een 'ja' te beantwoorden. Toepassing van de voornoemde vier gezichtspunten op deze concrete casus leidt naar mijn oordeel namelijk niet zonder meer tot aansprakelijkheid van de verkoopmakelaar. Ik wijs dan met name op de gezichtspunten 'aard en bron van de informatie' en 'voorbehouden'. Het staat vast dat de informatie in een algemene – ook wervende – brochure was opgenomen. Daarbij was bovendien een – algemeen – voorbehoud gemaakt over de juistheid van de informatie. In het verlengde daarvan vraag ik mij af of kopers zonder meer ervan uitgingen, althans ervan uit mochten gaan dat de verkoopmakelaar ook echt de gebruiksoppervlakte vermeldt. Dat lijkt mij bepaald geen feit van algemene bekendheid, al is het maar omdat de 'verplichting' voor makelaars daartoe voortvloeit uit een *interne* regel. Onder de gegeven omstandigheden kan ik mij nog steeds wel voorstellen dat de afweging uiteindelijk uitvalt in het voordeel van de kopers. Ik volg het hof en de Hoge Raad echter niet in de stelligheid waarmee zij tot deze conclusie komen.

8 Het vaststellen van schade

Waar – vanuit de positie van de makelaar bezien – de aansprakelijkheid relatief snel lijkt te zijn aangenomen in deze zaak, lijkt het bewijzen van de schade als gevolg van de beroepsfout een dusdanige drempel op te werpen dat de impact van deze uitspraak daardoor mogelijk beperkt blijft.

Alvorens dit in breder perspectief te bespreken, ga ik eerst terug naar de casus. Kopers vorderen aan schadevergoeding een bedrag van € 52.195. Aan hun vordering leggen zij ten grondslag dat zij in de onderhandelingen met verkopers op een

lagere koopsom zouden zijn uitgekomen bij kennis van de juiste woonoppervlakte. Ik kan uit het arrest van het hof niet goed afleiden hoe concreet zij die stellingen hebben onderbouwd. Het hof beoordeelt de mate van schade vooral in relatie tot de marktwaarde van de woning op het moment van aankoop, en minder naar evenredigheid over de verminderde woonoppervlakte. Dit komt naar voren in het arrest (r.o. 3.13):

‘Anders dan [appellant sub 1] bepleit, kan zijn schade dan ook niet eenvoudigweg worden gesteld op een evenredig deel van de (ver)koopsom. Ook is wel degelijk relevant wat de marktwaarde van de woning in 2010 was; indien [appellant sub 1] daarvoor een marktconforme prijs heeft betaald, heeft hij geen schade geleden.’

Kortom: hadden de kopers de marktwaarde betaald, dan hadden zij weliswaar onder een onjuiste voorstelling van zaken, maar zouden zij daardoor niet zijn verarmd. Het hof komt echter uiteindelijk tot het oordeel dat de marktwaarde lager lag dan de betaalde koopsom (€ 415.000), waardoor het aanneemt dat er wel enige schade is. De omvang van de schade laat zich volgens het hof echter alleen schatten. Daarbij betreft het hof dan wel weer de oppervlakte, ook omdat die voor kopers in dit geval volgens het hof niet van doorslaggevende betekenis (b)leek voor de aankoopbeslissing (r.o. 3.14):

‘Dit duidt erop dat [appellant sub 1] de woning graag wilde hebben en dat de exacte netto woonoppervlakte bij de prijsbepaling voor hem niet van doorslaggevende betekenis was.’

Uit de overwegingen van het hof over de schadeomvang valt een aantal interessante gedachten te herleiden. Allereerst de marktwaarde. Het hof lijkt hoofdzakelijk een objectieve toets aan te leggen voor het beoordelen van schade (de marktwaarde ten tijde van de aankoop). Dat is een verdedigbaar objectief vertrekpunt. Willen kopers een afwijking van de (objectieve) marktwaarde bepleiten, dan zullen zij met concrete omstandigheden moeten aantonen waarom zij schade lijden *ondanks* dat zij het eigendom tegen marktwaarde hebben verkregen.

Het zal in de praktijk voor kopers echter moeilijk zijn om aan te tonen dat zij daadwerkelijk minder zouden hebben betaald voor de woning. Dat vereist immers dat de kopers aannemelijk maken dat verkopers met een prijs die lager dan de marktwaarde was, akkoord zouden zijn gegaan. Mochten de kopers willen aantonen dat zij bij een juiste voorstelling van zaken een lagere koopprijs zouden hebben betaald, dan stuiten zij op de complicatie dat de uiteindelijke koopprijs natuurlijk het resultaat is van onderhandelingen met de verkoper. Het is vaak lastig te bepalen wat de uitkomst zou zijn geweest van die onderhandelingen indien de onderhandelingspositie op één bepaald punt wat anders zou zijn geweest.

Dat lijkt in de praktijk een lastige hobbel. Illustratief is ook de wijze waarop de Rechtbank Rotterdam een – afgewezen – vordering tot schadevergoeding afwikkelde in dit licht:⁷

‘Voor zover [eiser 1] en [eiser 2] stellen dat zij schade hebben geleden doordat zij minder voor de woning hadden betaald als zij de werkelijke woonoppervlakte hadden geweten, geldt dat dit niet is gebleken en hier ook geen aanwijzingen voor zijn, net zomin als dat de woning bij eventuele verkoop in de toekomst minder zal opbrengen nu de woonoppervlakte geen 120 m² maar 111 m² blijkt te zijn.’

Aan dit geschil lag een kwestie ten grondslag die gelijkenissen vertoont met de onderhavige kwestie. Er speelde eenzelfde oppervlakteverschil, dat alleen in relatieve zin minder groot was. Kennelijk heeft de rechtbank geen aanwijzingen gezien dat kopers significant meer hadden betaald dan de marktwaarde, gelet op haar overweging dat zij geen aanleiding zag om te veronderstellen dat kopers de woning voor een lager bedrag hadden kunnen verkrijgen. Mogelijk hadden zij dat ook niet (voldoende) gesteld. Omdat evenmin was gebleken dat de toekomstige opbrengst minder zou zijn indien dan alsnog van de juiste woonoppervlakte zou worden uitgegaan, kon de rechtbank hoe dan ook niet toekomen aan het toekennen van schadevergoeding.

Kortom, van kopers mag worden verwacht dat zij aantonen dat zij (1) ofwel bij kennis van de juiste stand van zaken een lagere koopprijs zouden hebben betaald, (2) ofwel met de juiste kennis niet tot aankoop waren overgegaan – dat zullen zij gemotiveerd moeten aantonen⁸ – en bovendien dat bij (toekomstige) verkoop sprake is van een lagere verkoopwaarde. De aangehaalde rechtspraak illustreert dat dit niet eenvoudig is. In zoverre wordt de door de makelaar benoemde ‘ongeremde aansprakelijkheid’ toch wat afgeremd.

Hiervoor is de relevantie van (het juist vermelden van) het aantal vierkante meters reeds aan de orde gekomen in het kader van de vraag of sprake is van een beroepsfout. Ook in verband met de schadevraag is hier het nodige over te zeggen. Immers, ook in het kader van de schade is de vraag hoe relevant het aantal vierkante meters is voor de waarde van de woning. In de onderhavige casus betrof het een appartement in de Amsterdamse markt. Die markt staat erom bekend dat groot gewicht wordt toegekend aan de prijs per vierkante meter om te bepalen wat een redelijke prijs is. De gemeente Amsterdam heeft ook niet voor niets een aparte plattegrond uitgebracht met de gemiddelde vierkante-meterprijs per specifiek gebied, ingedeeld in een aantal categorieën.⁹ Stel dat in redelijkheid zou zijn vast te stellen dat een bedrag van € 5000 per m² redelijk zou zijn (een bedrag dat op de Amsterdamse

7. Rb. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1300.

8. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 5 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10703.

9. Zie <https://maps.amsterdam.nl/woningwaarde/?LANG=nl>.

woningmarkt niet ongebruikelijk is). Een meetverschil van 9 m² komt dan al snel uit op een verschil van € 45.000. Dat is een fors verschil, waarvan ik mij kan voorstellen dat het de aankoopbeslissing en -prijs in aanzienlijke mate kan beïnvloeden. Uit het arrest van het hof lijkt het er overigens niet op dat dit uitvoerig ten grondslag heeft gelegen aan de stellingen van de kopers in deze procedure; zij hebben weliswaar gesteld dat een evenredig deel van de koopsom moet worden gezien als schade, maar dat lijkt vooral een blote stelling te zijn geweest. Andersom zal een verschil van 9 m² bij grotere woningen (in minder stedelijke gebieden) mogelijk minder verschil maken voor het gat tussen koopprijs en marktwaarde.

Daarbij speelt allereerst mee dat de waarde in dat geval veelal voor een deel ook in de grond zit en de meerderheid van de Amsterdamse appartementen juist via erfpachtconstructies wordt aangeboden, waardoor men geen eigenaar wordt van de onderliggende grond. Maar ook zullen andere omstandigheden een grotere rol spelen bij het bepalen van de marktwaarde naarmate de oppervlakteverschillen procentueel kleiner zijn. Het hof heeft ook terecht aandacht besteed aan andere omstandigheden (waaronder de courantheid van de woning en prijsontwikkelingen in de markt), hoewel het dat mogelijk minder had gedaan wanneer kopers uitvoerig hadden stilgestaan bij de relevantie van het aantal vierkante meters. Dat een schending van de meetinstructie in het onderhavige geval tot schade kan leiden, is daarmee te begrijpen, maar in andere situaties is dat misschien dus niet of (nog) minder aan de orde.

9 Conclusie

Ik kom tot een afronding. Het arrest laat zien dat het hof en de Hoge Raad streng waren voor een verkoopmakelaar die de interne NVM-meetinstructie schond. De vraag is hoe terecht dat is. Ik wil zeker geen vrijbrief bepleiten voor makelaars om verkeerde informatie in door hen vervaardigde informatiebrochures en dergelijke te verwerken, maar andersom hoeft ook niet ieder abuis of iedere fout zonder meer te leiden tot het oordeel dat sprake is van een onrechtmatige daad jegens kopers (of andere derden). Zeker niet in het geval de 'fout' eruit bestaat dat de makelaar interne regelgeving heeft geschonden. Het enkele feit dat sprake is van schending van een dergelijke interne regel is naar mijn oordeel onvoldoende voor het aannemen van een onrechtmatige daad. Veeleer zal dan de vraag of de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld jegens kopers moeten worden beantwoord aan de hand van alle relevante omstandigheden. Ik heb uit de rechtspraak relevante gezichtspunten herleid die daaraan verdere invulling geven. Indien dan vervolgens (alsnog) tot aansprakelijkheid van de verkoopmakelaar wordt geconcludeerd, is vervolgens de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. De marktwaarde van de woning lijkt daarin een centrale rol te spelen. Van kopers kan daarbij worden verwacht dat zij concreet maken waaruit de door hen gestelde schade precies zou bestaan, of voldoende aannemelijk maken dat het in de situatie zonder de gestelde beroepsfout tot een andere overeenkomst zou zijn gekomen. De hobbels die om de hoek

komen kijken bij het bewijzen van schade, bleken ook in de kwestie die ten grondslag ligt aan dit arrest lastig te nemen.