

Zaaknummer: 22-094
Datum uitspraak: 29 april 2022

Uitspraak

in de zaak van:

X.
wonende te Xxx,
klaagster,
gemachtigde Xxx te Xxx

tegen

Y.
h.o.d.n. Xxx,
gevestigd te Xxx,
Beklaagde, hierna ook: de Makelaar

1. Ingekomen stukken en verloop van de procedure

1.1. Het tuchtcollege heeft kennisgenomen van de stukken, waaronder:

- de klacht van 24 februari 2022, met bijlagen;
- het verweer van 27 maart 2022;
- de repliek van 30 maart 2022;
- de dupliek van 31 maart 2022

1.2. De casus van de klacht is eerder door de gemachtigde gestuurd naar het ministerie van binnenlandse zaken. Dat heeft geleid tot een overleg tussen ministerie, VBO en de gemachtigde. De gemachtigde is in vervolg daarop verzocht de casus als klacht in te dienen. Een deel van de stukken uit dit overleg is ter beschikking van het tuchtcollege gesteld en is voorzover van belang ook door het tuchtcollege meegewogen.

1.3. Gelet op de aard en omvang van de zaak en de gewisselde stukken, heeft de voorzitter toepassing gegeven aan artikel 5.6. van het Reglement. Dit brengt mee dat geen mondelinge behandeling van de klacht zal plaats vinden en dat de zaak wordt afgedaan op de stukken. De schriftelijke uitspraak is bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Beklaagde is makelaar en is sinds 2013 ingeschreven in het SCVM-register. Beklaagde althans zijn kantoor is lid van de VBO. Beklaagde zal hierna worden aangeduid als de Makelaar

2.2. De Makelaar heeft in 2021 een woning aan de Xxx te Xxx, hierna de Woning, in de verkoop gehad. Met betrekking tot deze woning is hij in onderhandeling getreden met Xxx en haar partner, hierna Kopers. Dit resulteerde in een mondelinge overeenstemming op vrijdag 12 november 2021. De Makelaar heeft deze overeenstemming bevestigd met een mail van diezelfde dag om 16:46 uur waarin koopsom, de ontbindende voorwaarde en de opleveringsdatum zijn vastgelegd. Voorts vraagt de Makelaar de gegevens die nodig zijn voor het opstellen van de koopakte. De concept koopovereenkomst wordt op dinsdag 15 november 2021 naar betrokkenen verstuurd.

2.3. Na het bereiken van bovenbedoelde overeenstemming heeft een derde bij verkopers van de Woning aangebeld. Verkopers hebben deze derde ook binnengelaten en hebben van die derde een bod ontvangen. Dit bod was ver boven het bod van de Kopers waarover eerder overeenstemming was bereikt.

2.4. Verkopers benaderen vervolgens de Makelaar en vragen wat hun rechtspositie is. De Makelaar vertelt de verkopers dat de bereikte overeenstemming gelet op het schriftelijkheidsvereiste nog niet heeft geleid tot een bindende overeenkomst en dat zij in die zin door de enkele overeenstemming niet gebonden zijn.

2.5. De Makelaar heeft er bij de verkopers op aangedrongen de Kopers een nieuwe kans te geven. Daar is uiteindelijk geen gebruik van gemaakt.

2.6. Bij het aankoopproces zijn Kopers begeleid door Klaagster.

3. De klacht en het verweer

- 3.1. Klaagster betreft navolgende stelling:
Verkopende Makelaars hebben de vrije hand om misbruik te maken van het schriftelijkheidsvereiste bij consumenten aan- en verkopen op de woningmarkt.
- 3.2. Het tuchtcollege begrijpt dat de klacht ziet op de gang van zaken bij de onderhavige aan- en verkoop van de Woning. Klaagster verwijt de Makelaar dat hij misbruik heeft gemaakt van het schriftelijkheidsvereiste als bedoeld in artikel 7:lid 1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Onder verwijzing naar de stelling hierboven plaats zij de kwestie in het breder perspectief van het functioneren van de beroepsgroep door de vraag te stellen: *Is dit waar VBO voor staat?*
- 3.3. De Makelaar voert verweer, hij stelt dat hij geen bemoeienis heeft gehad met de actie van de derde die de overeenstemming heeft opgebroken en dat hij in het belang van allen die bij de overeenstemming betrokken waren, heeft geprobeerd de verkopers te bewegen alsnog tot overeenstemming met de Kopers te komen.

4. De beoordeling

Ontvankelijkheid van de klacht

- 4.1. Het tuchtcollege begrijpt dat Klaagster en gemachtigde dezelfde persoon zijn te weten Xxx, kandidaat-makelaar te Xxx.¹ Hoewel het in de rede had gelegen dat Kopers in deze casus de klacht zouden hebben ingediend, acht het tuchtcollege de klacht niettemin ontvankelijk nu de begripsbepalingen van het tuchtreglement uitdrukkelijk bepalen dat ook een ieder die van oordeel is dat een lid heeft gehandeld in strijd met de Beroeps-en Gedragsregels een klacht kan indienen.
- 4.2. Beklaagde is lid van VBO² en VBO is aangesloten bij het Tuchtcollege Makelaardij Nederland. De klacht is tijdig ingediend en ziet op de gedragingen van Beklaagde of medewerkers van zijn kantoor in verband met de verkoop van een onroerende zaak. Dit zijn gedragingen onder de vlag van het Makelaarskantoor dat door het lidmaatschap van Beklaagde als een VBO kantoor mag worden aangemerkt. Gelet op de begripsbepalingen die deel uitmaken van het tuchtreglement is de klacht ontvankelijk.

¹ Klaagster ondertekent met de toevoeging KRMT, verbonden aan het makelaarskantoor Xxx te Xxx. In het register aangehouden door Vastgoedcert heeft het tuchtcollege geen bevestiging kunnen vinden van deze hoedanigheid.

² Per 1 januari 2022 is er bij VBO niet meer sprake van een persoonlijk lidmaatschap maar van een kantoorlidmaatschap. In deze zaak richt de klacht zich tegen het Makelaarskantoor onder verwijzing naar gedragingen van de Makelaar. Omdat in het tuchtrecht sprake is van een persoonlijke aansprakelijkheid zal in deze uitspraak – zoals voorheen gebruikelijk – de persoon, in dit geval de Makelaar, als Beklaagde worden aangemerkt.

De casus van de klacht en het rechtskader

4.3. Klaagster stelt aan de orde de problematiek die samenhangt met het schriftelijkheidsvereiste dat geldt voor de particuliere aankoop van een voor bewoning bestemde onroerende zaak als bedoeld in artikel 7:2 lid 1 BW. Het schriftelijkheidsvereiste houdt in, kort gezegd, dat de mondelinge overeenstemming tussen koper en verkoper met betrekking tot de verkoop van een woning, niet leidt tot een bindende overeenkomst indien de koper een consument is. Koper en verkoper zijn pas gebonden nadat het akkoord is geformaliseerd in de schriftelijke koopovereenkomst en deze is ondertekend, en nadat de bedenktijd van drie dagen, bedoeld in artikel 7:2 lid 2 BW, is verstreken.

4.4. De mondelinge overeenstemming over de verkoop zal veelal in hoofdlijnen worden vastgelegd in een mail ter bevestiging van de verkopende en/of aankopende makelaar. Het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd tezamen leiden evenwel tot een periode waarin koper en verkoper ondanks dat mondeling akkoord formeel niet gebonden zijn. Gedurende die periode kan zowel de koper als de verkoper zich terugtrekken, bijvoorbeeld door niet mee te werken aan de schriftelijke vastlegging en ondertekening of door de eenvoudige mededeling gedurende de bedenktijd. De rechtspraak heeft bevestigd dat slechts onder uitzonderlijke omstandigheden sprake is van een precontractuele gebondenheid.

4.5. Hoewel een makelaar de zorgplicht heeft zo spoedig mogelijk de schriftelijke koopovereenkomst op te stellen, laat de praktijk zien dat daar niet zelden een langere tijd overheen gaat. Die vertraging is niet per se de makelaar aan te rekenen. Partijen zelf kunnen hun redenen hebben om de zaak te vertragen, bijvoorbeeld om een langere periode te hebben om hun financiering te regelen, of zij kunnen onmachtig zijn om binnen een kort tijdsbestek de noodzakelijke gegevens te verschaffen aan de makelaar.

4.6. Het gegeven dat partijen hun handen nog vrij hebben tot de bedenktijd is verstreken kan ook anders gebruikt worden dan voor de door de wetgever beoogde bescherming van de consument/koper. Dat kan bijvoorbeeld doordat zich een derde meldt en een bod doet dat de verkoper ervaart als een beter bod. Die mogelijkheid is ook besproken in de parlementaire discussie ten tijde van de invoering van het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd. De minister heeft daarop geantwoord dat het ingaan op een dergelijk bod van een derde 'onbehoorlijk' is.

4.7. Mede in het licht van de rechtspraak bedoeld onder 4.4 dient er van uit te worden gegaan dat het onbehoorlijk gedrag van de verkoper niet kan worden aangemerkt als een wanprestatie of onrechtmatige daad. De facto is het zo dat de verkoper zijn onbehoorlijk gedrag beloond ziet worden en dus ongestraft kan ingaan op het bod van de derde.

Verdere beoordeling van de klacht

4.8. De klachtzaak ziet op een feitencomplex dat eigenlijk geheel identiek is aan het voorbeeld dat in het parlementair debat door de minister is beschreven als onbehoorlijk handelen van de verkoper. Klaagster stelt nu dat de Makelaar als makelaar van de verkoper door daaraan mee te werken zelf ook onbehoorlijk heeft gehandeld.

4.9. Het tuchtcollege stelt voorop dat een makelaar vanzelfsprekend niet onrechtmatig mag handelen of wanprestatie mag plegen. In zoverre onderscheidt hij zich niet

van een gewone burger. Voor een goed en eerlijk makelaar ligt de lat zelfs hoger; in de uitoefening van zijn beroep mag zijn handelen ook niet 'onbehoorlijk' zijn.

4.10. Naar oordeel van het tuchtcollege handelt een makelaar onbehoorlijk indien hij een actieve rol speelt in het openbreken van de mondelinge overeenstemming waarvan hij weet heeft. Dit kan zich voordoen indien de verkoopmakelaar na de mondelinge overeenstemming een derde aandraagt die een beter bod doet. Het kan zich ook voordoen indien een makelaar in de rol van aankoopmakelaar met of namens een derde een hoger bod doet.

4.11. Klaagster doet het voorkomen alsof de Makelaar een actieve rol heeft gespeeld door na de mondelinge overeenstemming een derde aan te dragen. Die actieve rol heeft volgens Klaagster in elk geval ook bestaan uit het verzuim van de Makelaar om zo spoedig mogelijk de schriftelijke koopovereenkomst op te stellen. Daardoor ontstond de ruimte in tijd waar de derde gebruik van kon maken.

4.12. Deze gang van zaken is door de Makelaar weersproken. Hij stelt dat hij op de tweede werkdag na de mondelinge overeenstemming de koopovereenkomst in ongetekend concept klaar had en naar partijen had gemaïld. De derde geïnteresseerde heeft zelf bij de verkoper aangebeld en de verkoper heeft die derde ook binnengelaten en is met die derde in gesprek gegaan. De Makelaar is achteraf geïnformeerd. Klaagster heeft de gestelde loop van de gebeurtenissen niet verder betwist. Het tuchtcollege zal dan ook uitgaan van het feitelijk relaas van de Makelaar.

4.13. Een makelaar die op de tweede werkdag de concept koopovereenkomst naar partijen stuurt, is naar oordeel van het tuchtcollege bepaald niet te kort geschoten in zijn taak om zo spoedig mogelijk na het mondelinge akkoord een koopovereenkomst aan te leveren, feitelijk heeft hij zelfs ongebruikelijk snel gehandeld. Tegenover die vaststelling raakt het impliciete verwijt dat de Makelaar actief heeft bijgedragen aan het openbreken van de mondelinge overeenstemming door met onvoldoende voortvarendheid het concept op te stellen dan ook kant noch wal.

4.14. Zoals hierboven is geconcludeerd mist het verwijt dat de Makelaar zelf de derde heeft aangedragen feitelijke grondslag. Ook op die grond is geen sprake van onbehoorlijk handelen van de Makelaar

4.15. Klaagster verwijt de Makelaar ook zijn bemoeienis met het traject nadat hij van zijn opdrachtgever het bericht ontving dat er een bod van een derde was ontvangen. De bemoeienis van de Makelaar zou hieruit hebben bestaan dat hij zijn opdrachtgever heeft geïnformeerd over zijn rechtspositie, de Kopers in de gelegenheid heeft gesteld het bod van de derde te evenaren en uiteindelijk heeft meegewerkt aan een nieuwe koopovereenkomst met de derde als koper

4.16. Het tuchtcollege stelt voorop dat een verkoopmakelaar, indien hij bemerkt dat zijn opdrachtgever na het mondeling akkoord in zee is gegaan met een derde, al het mogelijke moet doen om zijn opdrachtgever op zijn onbehoorlijk gedrag aan te spreken. Dit is onderdeel van de uitleg die hij behoort te geven over de juridische positie van zijn opdrachtgever. Hij dient zijn opdrachtgever dus duidelijk te maken dat, gelet op de wettelijke regeling en de rechtspraak, de verkoper terug kan komen op zijn akkoord op het bod van de oorspronkelijke koper, maar hij dient zijn opdrachtgever daarbij evenzeer duidelijk te maken dat het een vorm van woordbreuk is die onbehoorlijk is.

4.17. Het tuchtcollege is er niet blind voor dat in de echte wereld de roep van het extra geld zwaarder weegt dan de stem van het geweten. De makelaar moet zich daar dan bij neerleggen.

4.18. In de situatie die daarna ontstaat is de makelaar nog steeds gebonden aan zijn opdracht en is hij dus gehouden het belang van zijn opdrachtgever te dienen. Hij dient zich echter ook op te stellen al een goed en eerlijk makelaar jegens de oorspronkelijke koper. Dit brengt mee dat hij die koper in de gelegenheid moet stellen het nadeel dat hij lijdt door het onbehoorlijk gedrag van de verkoper, zoveel mogelijk te verlichten. In eerdere beslissingen heeft dit tuchtcollege dan ook beslist dat in die situatie de koper in de gelegenheid moet worden gesteld het bod van de derde te evenaren.

4.19. Indien de oorspronkelijke koper dat niet wil of kan, ontstaat de situatie dat de verkoper definitief in zee zal gaan met de derde. Dat roept de vraag op of de makelaar zich in dat verdere traject mag of moet bemoeien, bijvoorbeeld door het opstellen van een nieuwe koopovereenkomst. Door dat te doen werkt hij immers mee aan het onbehoorlijke gedrag van zijn opdrachtgever

4.20. Het tuchtcollege is van oordeel dat de gebondenheid aan de opdracht hier prevaleert. Zijn opdrachtgever pleegt immers geen wanprestatie of onrechtmatige daad, van medewerking aan een dergelijke inbreuk is dan ook geen sprake indien de makelaar zijn medewerker verleent aan het opstellen van de koopovereenkomst met de derde als koper.³

4.21. Bij deze stand van zaken is de klacht jegens de Makelaar niet gegrond. Hij heeft onverwijld de concept koopovereenkomst opgesteld, hij heeft niet actief meegewerkt aan de bieding van de derde. Nadat hij was geïnformeerd over die bieding heeft hij gedaan wat een goed en eerlijk makelaar behoort te doen jegens zijn opdrachtgever en ook jegens derden zoals de Kopers.

4.22. Het tuchtcollege begrijpt dat deze afloop voor Klagers teleurstellend is. Deze uitkomst is evenwel het onvermijdbaar gevolg van een wettelijk kader dat nota bene de koper/consument beoogt te beschermen. De beloning van onbehoorlijk gedrag was kennelijk voorzien, vide het antwoord van de minister op vragen op dit punt (vergelijk 4.6 hierboven). Het tuchtcollege onderkent ook dat de regeling van artikel 7:2 BW in de huidige markt een prijsopdrijvend effect heeft. Het tuchtcollege is echter niet bij machte een weeffout in de wettelijke regeling te verhelpen.

4.23. Het tuchtcollege wijst ambtshalve ook op een ander voor de woningmarkt nadelig effect van de regeling van artikel 7:2 BW. Zowel het schriftelijkheidsvereiste als de bedenktijd gelden niet voor professionele markt partijen. Dat heeft tot gevolg dat een professionele investeerder – die woningen zoekt voor de verhuur – een aanmerkelijke voorsprong heeft op de consument-koper die een woning zoekt voor zelfbewoning. De investeerder kan immers een bod doen dat na aanvaarding, zelfs zonder formele schriftelijke vastlegging en zonder bedenktijd, onmiddellijk een bindende

³ Het tuchtcollege trekt hier de vergelijking met de ministerieplicht van de notaris. De notaris is ingevolge het Novitaris-arrest (ECLI:NL:HR:2015:831) gehouden zijn dienst te verlenen aan de verkrijger indien deze een beter recht op nakoming heeft. Toegepast op de casus van deze klachtzaak is duidelijk dat een derde die met een beter bod overeenstemming bereikt en daarmee het eerder akkoord terzijde stelt een beter recht heeft dan de oorspronkelijke koper.

overeenkomst oplevert. Daarnaast heeft een investeerder de financiële ruimte om verantwoord een bod te doen zonder ontbindende voorwaarden en zal hij iedere wens van de verkoper met betrekking tot het moment van afname kunnen honoreren. Ook hier zal de oplossing niet door de makelaardij kunnen worden geboden, maar is eerder de wetgever aan zet.

4.24. In het verlengde hiervan wijst het tuchtcollege er nog op dat de regeling van artikel 7:2 BW geen regeling biedt ter bescherming van de verkoper van een woning, terwijl als regel die verkoper toch ook gewoon een consument is. Dit leidt ertoe dat in de situatie als beschreven onder 4.23, de investeerder kan toeslaan zonder moment van bezinning voor de consument/verkoper. Ook hier lijkt sprake te zijn van een weef-fout in de wettelijke regeling

5. De op te leggen maatregel

5.1. Gelet de ongegrondverklaring van de klacht is er geen aanleiding voor het treffen van enige maatregel.

5.2. Een en ander leidt tot de beslissing als hieronder verwoord.

Beslissing

Het Tuchtcollege Makelaardij Nederland beslissende bij wege van bindend advies:

- verklaart de klacht ongegrond;

Deze beslissing is genomen op 29 april 2022 door het Tuchtcollege Makelaardij Nederland bestaande uit mr. Chr.A.J.F.M. Hensen, mr. F.W.W.M. Govers en mr. J.J. Hendrikse en is ondertekend door de plaatsvervangend secretaris en de voorzitter.



mr. K. Muijsert
plv.secretaris



mr. Chr.A.J.F.M. Hensen
voorzitter