Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-338 d.d. 23 oktober 2013
(mr. P.A. Offers, voorzitter, mr. E.M. Dil – Stork en prof.mr. M.L. Hendrikse, leden en mr. S.N.W. Karreman, secretaris)

Samenvatting

Het had de voorkeur verdiend dat Aangeslotene na de ontvangst van het eerste verzoek van Consument om verhaalsbijstand de verkopers van de woning direct in de gelegenheid had gesteld om de geconstateerde gebreken, voor zover deze nog niet door Consument hersteld waren, binnen een redelijke termijn te herstellen, en als zij voorts Consument in verband daarmee had geadviseerd om in afwachting daarvan niet verder te gaan met het herstel van deze gebreken. Dit kan echter niet tot toewijzing van het door Consument gevorderde leiden omdat niet gebleken is dat dit nalaten van Aangeslotene tot meer schade voor Consument heeft geleid dan het bedrag dat hij tijdens de procedure bij het gerechtshof in het kader van een schikking van de verkopers heeft ontvangen.

Consument,

tegen

Achmea Schadeverzekeringen N.V., gevestigd te Apeldoorn, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende klachtformulier met bijlagen, ontvangen op 23 oktober 2012;
- de brief van 7 november 2012 van Consument;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek met bijlagen van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op maandag 16 september 2013 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1 Consument heeft bij Aangeslotene een rechtsbijstandverzekering afgesloten. Aangeslotene heeft de rechtsbijstandverlening krachtens deze verzekering opgedragen aan een stichting. Waar in het hierna volgende over Aangeslotene wordt gesproken, wordt daaronder ook deze stichting verstaan.

3.2 Op 21 april 2006 hebben Consument en zijn echtgenote een vrijstaande woning gekocht met bouwjaar 1987. Het transport van de woning vond op 2 juni 2006 plaats.

3.3 In een brief van 10 juni 2007 heeft Consument Aangeslotene om verhaalsbijstand verzocht tegen de verkopers van de woning. De brief vermeldt:

> '(…)
> - Al gauw bleek het dak op diverse plaatsen te lekken (…)
> - Wij besloten tot renovatie van het dak en gevels over te gaan, welke werkzaamheden enige weken geleden zijn gestart.
> - Bij sloop van knieschotten en dakbetimmeringen kwamen de volgende mankementen aan het licht (Commissie: naar buiten geschoven spantbenen en muurplaten, teveel doorbuigende gordingen, ontbrekende schoor van een spant en een losgekomen muurplaatbevestiging).
> Een door mij ingeschakeld constructieburo adviseerde mij dringend om de geconstateerde gebreken te herstellen om toekomstige schade te voorkomen.
> Daarnaast is bij het weghalen van de Trespa gevelbeplating en gootdelen veel houtrot geconstateerd achter de beplating, welk houtwerk geheel vernieuwd diend(…) te worden.
> De kosten van herstel van de tot op heden geconstateerde verborgen gebreken worden geraamd op circa € 15.000 – 20.000,--.
> Graag zullen wij van u vernemen of en zo ja, hoe wij deze schade kunnen verhalen op verkoper.
> (…)'

3.4 In een brief van 21 juni 2007 heeft Aangeslotene aan Consument bericht:

> '(…)
> Voor wat betreft de door u genoemde bouwkundige gebreken verneem ik graag van u of deze gebreken en de oorzaak daarvan nog vastgesteld kunnen worden dan wel al hersteld zijn. In het geval er nog niet hersteld is, stel ik voor om een bouwkundig expert in te schakelen die de schade vaststelt, de oorzaak daarvan tracht te achterhalen, de wijze van herstel aangeeft en de herstelkosten begroot.
> Mocht er al herstel uitgevoerd zijn, dan verneem ik graag van u op welke wijze u bewijs van het bestaan van de gebreken ten tijde van de eigendomsoverdracht, de noodzaak en omvang van het herstel en de herstelkosten kunt leveren.
> Voorts dient u de wederpartij op grond van de wet binnen "bekwame tijd" na ontdekking van het gebrek in kennis daarvan stellen, de mogelijkheid tot (contra-)expertise en tot nakoming te geven. Ik verneem graag van u wanneer het probleem ontdekt is, wanneer het onderzoek heeft plaatsgevonden, of u de verkopers mondeling in kennis heeft gesteld van de gebreken en/of schriftelijk ingebreke heeft gesteld.
> (…)'

3.5 In een brief van 1 juli 2007 heeft Consument Aangeslotene het navolgende bericht:

> '(…)
> In verband met de voortgang van dak- en gevelrenovatie werden de gebreken direct na ontdekking hersteld in verband met een afspraak onderaannemer qua tijd, doch vóór de

herstelling werden diverse foto's gemaakt (…)
(…)
Verkopers zijn nog niet in kennis gesteld van de gebreken omdat wij eerst van u willen vernemen (…) Afgesproken is dat u begin deze week de verkopers per brief aansprakelijk zult stellen.
(…)'

3.6 In een brief van 4 juli 2007 heeft Aangeslotene aan Consument bericht:

'(…)
Uit de recent van u ontvangen informatie leid ik af, dat de problemen al in de 2e helft van de maand mei 2007 zijn ontdekt tijdens de uitvoering van de dak- en gevelrenovatiewerkzaamheden aan uw woning. Op dat moment had u de zaak zowel bij onze Stichting als bij de verkopers dienen aan te melden, zodat zowel via onze Stichting als door de verkopers onderzoek naar de schade, de oorzaak daarvan en de ontstaansdatum had kunnen worden verricht. Door die late melding is dat onmogelijk en ik sluit niet uit, dat uw juridische (bewijs-)positie als gevolg daarvan aanmerkelijk is verslechterd.
(…)'

3.7 Op 6 juli 2007 heeft Aangeslotene aan de verkopers van de woning een op 4 juli 2007 gedateerde brief gezonden waarin zij hen in kennis stelt van de door Consument en zijn echtgenote geconstateerde gebreken van de woning en onder meer bericht dat Consument en zijn echtgenote zich alle rechten voorbehouden als er aanwijzingen zijn dat voor de verkopers ten tijde van de verkoop van de woning de problemen kenbaar waren. Voorts heeft Aangeslotene de verkopers bericht dat zij een expert heeft ingeschakeld en dat zij na ontvangst van diens rapport bij hen op de kwestie terug zal komen.

3.8 Later heeft Consument nog enkele andere geconstateerde gebreken aan Aangeslotene gemeld.

3.9 De door Aangeslotene ingeschakelde expert heeft enige malen, voor het eerst op 27 juli 2007, de woning onderzocht. Op genoemde datum waren daarbij ook de verkopers, hun (verkoop)makelaar en een voor hen optredende deskundige aanwezig. In zijn rapporten van 17 april 2008 en 16 februari 2009 heeft de expert de totale schade begroot op € 17.335,14 incl. BTW.

3.10 Op kosten van Aangeslotene hebben Consument en zijn echtgenote tegen de verkopers van hun woning geprocedeerd. Bij vonnis van 17 februari 2010 heeft de rechtbank de vordering van Consument en zijn echtgenote op de verkopers tot betaling van het onder 3.9 genoemde bedrag, vermeerderd met rente en kosten, afgewezen.

3.11 Nadat Consument en zijn echtgenote op kosten van Aangeslotene hoger beroep bij het gerechtshof hadden ingesteld, is in het geschil een schikking bereikt door betaling door de verkopers van een bedrag van € 5.700,-.

4. De vordering en grondslagen

4.1 Consument vordert betaling door Aangeslotene van een bedrag van € 11.816,50, zijnde de door de expert vastgestelde schade van in totaal € 17.338,- minus het schikkingsbedrag van € 5.700,- en vermeerderd met de kosten ten bedrage van € 178,50 van juridische bijstand na afwijzing van zijn klacht.

4.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

- De schade ten bedrage van in totaal afgerond € 17.338,- is door de door Aangeslotene ingeschakelde expert vastgesteld. Consument legt een aantal nota's over om zijn schade te bewijzen. Consument is bereid om bij wijze van compromis zijn vordering op Aangeslotene te verminderen met de kosten van reeds voorafgaande aan de schademelding aan Aangeslotene verrichte herstelwerkzaamheden.
- Aangeslotene had na de melding van de geconstateerde woninggebreken en de mededeling door Consument op 1 juli 2007 dat slechts een gedeelte van deze gebreken reeds was hersteld, hem erop moeten wijzen dat hij eerst de verkopers gelegenheid moest geven om de gebreken te beoordelen en te laten herstellen. De schade was slechts tot een bedrag van omstreeks € 1.000,- hersteld. Als Consument had geweten dat hij de verkopers die gelegenheid moest bieden, dan had hij dat gedaan, en had de zaak een heel ander beloop gekregen. Aangeslotene heeft hem dan ook in de beginfase onjuist geadviseerd.
- Ook de door Aangeslotene ingeschakelde expert heeft Consument onjuist geïnformeerd door op 30 juli 2007 mee te delen: 'doorgaan (Commissie: met de herstelwerkzaamheden) en foto's maken'. Onjuist acht Consument het dat Aangeslotene in de verzekeringsvoorwaarden haar aansprakelijkheid voor fouten van door haar ingeschakelde experts heeft uitgesloten.
- Consument was bij aankoop van de woning niet met de gebreken bekend. Een deskundig bureau en een aannemer hebben voorafgaande aan de aankoop de woning onderzocht en daarbij is geen houtrot in de constructies gebleken. De gebreken zijn niet in de koopprijs verdisconteerd. De koopprijs was slechts € 5.000,- onder de nadere vraagprijs van € 575.000,-.
- Ook na de door hem later gemelde andere geconstateerde gebreken heeft Aangeslotene Consument er niet op gewezen dat hij ook ten aanzien van deze gebreken de verkopers een redelijke termijn voor herstel moest geven. Gelet op de op 30 juli 2007 door de expert gedane mededeling is hij ook toen met het herstel doorgegaan.

4.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.
- Aangeslotene heeft geen fout gemaakt bij de behandeling van de zaak van Consument. Uit de opgaven van Consument blijkt dat toen hij de schade op 10 juni 2007 meldde hij al een deel van de geconstateerde gebreken had hersteld en de met het herstel gemoeide kosten op de verkopers wilde verhalen. Ingebrekestelling van de verkopers had toen al geen zin meer omdat Consument hen de mogelijkheid tot nakoming had ontnomen. Onwaarschijnlijk is dat toen slechts voor een bedrag van € 1.000,- zou zijn hersteld. Hoeveel wel was hersteld blijkt niet. Aangeslotene heeft daarom bij brief van 4 juli 2007 de verkopers aansprakelijk gesteld voor de gestelde gebreken en heeft een expert ingeschakeld om de gebreken vast te stellen. Toen de expert op 27 juli 2007 had vastgesteld dat de woning inderdaad gebreken had, was het niet zinvol meer om de verkopers nog een ingebrekestelling te sturen. Toen waren zij immers reeds van rechtswege in verzuim (art. 6:83 lid c van het Burgerlijk Wetboek). Volgens Consument hebben zij namelijk steeds gesteld dat hij van hen niets behoefde te verwachten. Consument en zijn echtgenote hebben in de rechtbankprocedure echter geen beroep op art. 6:83 lid c BW gedaan en hun vordering is daarom afgewezen op de grond dat de verkopers niet ingebreke zijn gesteld. In hoger beroep hadden zij dat beroep echter alsnog kunnen doen.

- Bovendien heeft de door Consument gestelde fout niet tot schade voor hem geleid. Consument moet het verband tussen de gestelde fout en de schade bewijzen. Zijn stelling dat hij zonder deze fout een bedrag van € 17.335,14 op de verkopers zou hebben verhaald, is onhoudbaar. De rechtbank is niet toegekomen aan de overige weren van de verkopers, zoals hun ontkenning van de gestelde gebreken, de schending door Consument van zijn klachtplicht van art. 7:23 BW (volgens de verkopers was Consument al in augustus 2006 met de gebreken bekend), de aansprakelijkheidsbeperking in artikel 5 van de koopovereenkomst, de gestelde verdiscontering van de gebreken in de koopsom en het gebrek aan bewijs van de schade. Die weren zouden evenzeer tot afwijzing van de vordering hebben geleid.
- Volstrekt onaannemelijk is dat Consument in de procedure meer zou zijn toegewezen dan het schikkingsbedrag van € 5.700,-. Uit arresten van de Hoge Raad blijkt dat de schadevergoeding soms kan worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep zou hebben gehad als dat was ingesteld, maar dat daarmee terughoudend moet worden omgegaan. Consument heeft zelf die goede en kwade kansen verdisconteerd in de vaststellingsovereenkomst die hem € 5.700,- opleverde. Dit bedrag, dat 33% van het gevorderde is, is een gunstige weerspiegeling van de procesrisico's.

5. Beoordeling

5.1 Het had de voorkeur verdiend dat Aangeslotene na ontvangst van het verzoek van Consument om verhaalsbijstand de verkopers van de woning direct in de gelegenheid had gesteld om de geconstateerde gebreken, voor zover deze nog niet door Consument hersteld waren, binnen een redelijke termijn te herstellen, en als zij voorts Consument in verband daarmee had geadviseerd om in afwachting daarvan niet verder te gaan met het herstel van deze gebreken.
5.2 Dit kan echter niet tot toewijzing van het door Consument gevorderde leiden. Niet gebleken is namelijk dat het onder 5.1 omschreven nalaten van Aangeslotene tot meer schade voor Consument heeft geleid dan het bedrag van € 5.700,- dat hij tijdens de procedure bij het gerechtshof in het kader van een schikking van de verkopers heeft ontvangen.
5.3 Daarbij betrekt de Commissie dat Consument Aangeslotene pas enkele weken na aanvang van de herstelwerkzaamheden om verhaalsbijstand heeft verzocht en hij blijkens zijn brief van 1 juli 2007 in verband met de voortgang van dak- en gevelrenovatie de gebreken direct na ontdekking had hersteld in verband met een afspraak met de onderaannemer, maar de verkopers nog niet van de gebreken in kennis had gesteld. Voor zover Consument de gebreken reeds zelf had hersteld, heeft hij dan ook niet voldaan aan art. 6:82 lid 1 BW, dat voorschrijft dat de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld. Consument heeft later gesteld dat hij de schade slechts tot een bedrag van omstreeks € 1.000,- had hersteld, maar dat is door Aangeslotene gemotiveerd betwist. Bewijs van deze latere stelling van een slechts beperkt herstel heeft Consument niet geleverd, zodat de Commissie deze latere stelling moet passeren.
5.4 Bovendien heeft Aangeslotene in haar brieven van 21 juni en 4 juli 2007 Consument wel erop gewezen dat hij op grond van het in de wet bepaalde de verkopers binnen

“bekwame tijd” na ontdekking van het gebrek in kennis daarvan had moeten stellen, en de mogelijkheid tot (contra-)expertise en tot nakoming had moeten geven. Door deze brieven had het Consument duidelijk kunnen zijn dat hij de verkopers na de door hem later geconstateerde gebreken ook ten aanzien van die gebreken een redelijke termijn voor herstel moest geven, en niet zonder meer mocht afgaan op de door hem gestelde op 30 juli 2007 door de expert gedane mededeling om met het herstel door te gaan.

5.5 Voorts heeft Aangeslotene op goede gronden gesteld dat de verkopers, omdat zij volgens Consument steeds hebben gesteld dat hij van hen niets behoefde te verwachten, reeds van rechtswege in verzuim waren als bedoeld in art. 6:83 lid c BW. Volgens dit artikel treedt het verzuim immers zonder ingebrekestelling in wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten.

5.6 Dit een en ander leidt ertoe dat de Commissie de vordering van Consument zal afwijzen. Of ook de andere door Aangeslotene aangevoerde weren tot afwijzing van de vordering van Consument zouden hebben geleid, kan daarom onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.