

ECLI:NL:GHARL:2021:5604

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	08-06-2021
Datum publicatie	10-06-2021
Zaaknummer	200.217.070/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vervolg op ECLI:NL:GHARL:2020:509. Aansprakelijkheid verkopende makelaar jegens kopers. Bewijswaardering.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.217.070/01
(zaaknummer rechtbank Overijssel C/08/190526)

arrest van 8 juni 2021

in de zaak van

Zuidzijde Makelaars B.V.,

gevestigd te Zwolle,

appellante in het principaal hoger beroep,
verweerster in het incidenteel hoger beroep,
bij de rechtbank: gedaagde,

hierna: **Zuidzijde,**

advocaat: mr. D.W.N. Brand, die kantoor houdt te Amsterdam,

tegen

1 [geïntimeerde1] ,

wonende te [A] ,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellant in het incidenteel hoger beroep,
bij de rechtbank: eiser,
hierna: **[geïntimeerde1]**,

en

2 [geïntimeerde2] ,
wonende te [A] ,
gevoegde partij in hoger beroep aan de zijde van [geïntimeerde1] ,
hierna: [geïntimeerde2] ,

hierna gezamenlijk: **[geïntimeerden] c.s.**,
advocaat: mr. R. Everwijn, die kantoor houdt te Austerlitz.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

- 1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 21 januari 2020 hier over.
- 1.2 Na dit tussenarrest hebben op 9 juli 2020 en 9 december 2020 getuigenverhoren plaatsgevonden. De hiervan opgemaakte processen-verbaal bevinden zich in afschrift bij de stukken.
- 1.3 Daarna hebben [geïntimeerden] c.s. een memorie na enquête en contra-enquête (met producties) ingediend en heeft Zuidzijde een memorie van antwoord na enquête en contra-enquête ingediend.
- 1.4 Vervolgens hebben partijen de niet eerder overgelegde processtukken overgelegd en heeft het hof een datum voor arrest bepaald.
- 1.5 De raadsheer-commissaris heeft partijen tijdens het op 9 juli 2020 gehouden getuigenverhoor meegedeeld dat mr. G. Kattenberg, die het arrest van 21 januari 2020 mee heeft gewezen en ook deel uitmaakte van de combinatie van het hof tijdens de daaraan voorafgaande comparitie van partijen van 19 september 2019, niet meer aan het hof is verbonden en geen deel zal uitmaken van de combinatie die na de getuigenverhoren arrest zal wijzen. Geen van partijen heeft het hof vervolgens verzocht een nieuwe comparitie van partijen te houden.

2 De verdere beoordeling van de grieven en de vordering
Inleiding

2.1 In het tussenarrest van 21 januari 2020 heeft het hof [geïntimeerden] c.s. in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat aan [B] (assistent-makelaar in dienst van Zuidzijde, hierna: [B]) en/of [C] (makelaar en bestuurder van Zuidzijde, hierna: [C]) tijdens de eerste bezichtiging op 15 oktober 2014 dan wel tijdens de tweede bezichtiging op

21 oktober 2014 van het appartement is medegedeeld dat er vier studenten in het appartement zouden gaan wonen.

2.2 In het getuigenverhoor aan de zijde van [geïntimeerden] c.s. zijn vervolgens [geïntimeerde1] zelf, diens broer [D] en diens dochter [E] als (partij)getuigen gehoord.

In het getuigenverhoor aan de zijde van Zuidzijde is [C] als getuige gehoord. Ook is een schriftelijke verklaring van [B] in het geding gebracht.

Algemeen

2.3 Partijen verschillen van mening over de vraag of [geïntimeerden] c.s. het door hen te leveren bewijs ook geleverd hebben. Zij maken in hun nogal omvangrijke memories na enquête diverse algemene opmerkingen over de bewijswaardering in een zaak als deze, waarin familieleden als getuige optreden, door de getuigen eerder schriftelijke verklaringen zijn opgesteld en deze verklaringen in het geding zijn gebracht en een direct betrokkene ([B]) wel een uitgebreide schriftelijke verklaring opstelt, maar niet als getuige wordt gehoord.

2.4 Het hof zal eerst op die algemene opmerkingen ingaan en pas daarna de vraag beantwoorden op [geïntimeerden] c.s. het bewijs hebben geleverd. Bij het antwoord op die laatste vraag zal het hof uiteraard betrekken wat het meer in het algemeen heeft overwogen over de bewijswaardering in deze zaak.

2.5 Volgens Zuidzijde is het getuigenverhoor een herhaling van zetten. De getuigen van [geïntimeerde1] hebben, globaal, niet anders verklaard dan wat zij in hun schriftelijke verklaringen al hadden vermeld. Het hof heeft met die verklaringen het door [geïntimeerden] c.s. te leveren bewijs niet geleverd geacht, zodat niet valt in te zien dat dat bewijs met de getuigenverklaringen wel geleverd is, aldus Zuidzijde.

2.6 Het hof volgt Zuidzijde niet in dit betoog. Bewijs kan geleverd worden door alle bewijsmiddelen en de rechter is in beginsel vrij in de waardering van dat bewijs (artikel 152 Rv). Er is geen hiërarchie in bewijsmiddelen. Gelet daarop komt aan een ten overstaan van de rechter overgelegde getuigenverklaring niet persé meer bewijskracht toe dan aan een door dezelfde getuige opgestelde schriftelijke verklaring. Maar dat betekent nog niet dat indien een rechter het bewijs met de schriftelijke verklaringen niet geleverd acht, hij het bewijs ook niet geleverd zal achten wanneer degenen die een schriftelijke verklaring hebben opgesteld vervolgens als getuigen heeft gehoord. Een getuigenverklaring kan, onder omstandigheden, meer overtuiging hebben dan een schriftelijke verklaring, al was het alleen al omdat de getuigenverklaring, anders dan de schriftelijke verklaring van een getuige, onder ede wordt afgelegd en ook de wederpartij bij de totstandkoming ervan betrokken is. Bovendien kan een getuigenverklaring eraan bijdragen dat een eerder afgelegde schriftelijke verklaring meer betekenis krijgt, bijvoorbeeld doordat de getuige onder ede verklaart dat wat hij in de verklaring heeft geschreven de waarheid is. Het horen van een getuige die eerder op verzoek van een van partijen een schriftelijke verklaring heeft afgelegd, biedt de rechter en de wederpartij ook de gelegenheid de juistheid van die schriftelijke verklaring kritisch te toetsen.

2.7 Zoals vermeld, is de rechter vrij in de waardering van het bewijs. Artikel 164

lid 2 Rv brengt in zoverre een beperking aan dat met betrekking tot de feiten die dienen te worden bewezen door de partij die de verklaring heeft afgelegd, aan die verklaring slechts bewijs ten voordele van die partij kan worden ontleend, indien aanvullende bewijzen voorhanden zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen dat zij de partijgetuigenverklaring voldoende geloofwaardig maken. Deze beperking geldt voor [geïntimeerde1] als partijgetuige. Ze geldt niet voor diens broer en dochter. Wel geldt dat hun getuigenverklaringen met behoedzaamheid tegemoet getreden moeten worden vanwege de familieverhouding en gelet op het feit dat [geïntimeerde1] en zijn dochter direct voorafgaand aan het getuigenverhoor bij de broer van [geïntimeerde1] hebben gelogeerd en ook samen naar het paleis van justitie zijn gereisd. Maar dat betekent, anders dan Zuidzijde bepleit, niet zonder meer dat het aanvullend bewijs niet met de verklaringen van de dochter en de broer van [geïntimeerde1] geleverd kan worden. Allereerst hebben zij al enkele jaren voor het getuigenverhoor

(en het direct daaraan voorafgaande contact) een schriftelijke verklaring afgelegd, zodat de inhoud van die verklaring niet door dat contact kan zijn beïnvloed. Bovendien heeft de raadsheer-commissaris bij het getuigenverhoor van de broer van [geïntimeerde1] de indruk gekregen dat deze zich zeer bewust was van zijn zelfstandige positie tegenover [geïntimeerde1] en dat hij er niet op uit was met zijn verklaring zijn broer te bevoordelen. De broer van [geïntimeerde1] wilde ook niet dat [geïntimeerde1] bij zijn verhoor aanwezig was.

2.8 Wat het hof hiervoor heeft opgemerkt over de behoedzaamheid bij de waardering van de getuigenverklaringen van de broer en de dochter van [geïntimeerde1] geldt ook voor de waardering van de getuigenverklaring van [C]. [C] heeft als partij belang bij de afloop van de procedure, in feite meer belang dan de broer en dochter van [geïntimeerde1].

[B] heeft alleen een schriftelijke verklaring afgelegd. Bij de waardering van een dergelijke verklaring dient de rechter zich af te vragen in hoeverre aan de betrouwbaarheid van die verklaring afbreuk wordt gedaan door het feit dat hij de persoon die de verklaring heeft afgelegd niet zelf heeft kunnen horen in een verhoor waarbij ook de wederpartij aanwezig heeft kunnen zijn en door het feit dat die verklaring niet onder ede is afgelegd.

In dit geval doet het feit dat [B] niet als getuige is gehoord wel afbreuk aan de waarde van haar schriftelijke verklaring. [B] verkeert als werknemster van Zuidzijde in beginsel in een afhankelijkheidspositie. Haar schriftelijke verklaring dateert bovendien van 20 november 2020, meer dan zes jaar na de gebeurtenissen waarop de verklaring betrekking heeft. Dat is op zichzelf al een reden om de verklaring met behoedzaamheid tegemoet te treden, zeker wanneer in aanmerking wordt genomen dat [B] schrijft dat zij op jaarbasis 650 bezichtigingen doet en dat zij zich de bezichtiging in oktober 2014 waarover zij verklaart niet meer letterlijk voor de geest kan halen. Het hof en [geïntimeerden] c.s. hebben haar niet kunnen bevragen over de inhoud van haar verklaring en zij heeft de juistheid ervan ook niet onder ede bevestigd. Het hof heeft zich zo geen goede indruk kunnen vormen van de stelligheid van de herinnering van [B] en daarmee van de mate van betrouwbaarheid waarheidsgetrouwheid ervan.

Bewijswaardering

2.9 Bij de waardering van het bewijs stelt het hof voorop dat tussen partijen niet ter discussie staat dat [geïntimeerden] c.s. van het begin af de bedoeling hadden om een appartement te kopen waarin hun dochter met drie andere studenten zou kunnen wonen en dat het (daarom) ook hun bedoeling was dat in via Zuidzijde te koop aangeboden appartement vier studenten zouden komen te wonen. In dat licht bezien is het aannemelijk dat [geïntimeerde1] toen hij het appartement voor de eerste en tweede keer ging bezichtigen erop gespist was om vast te stellen of er, met enige aanpassingen, daadwerkelijk vier studenten in konden gaan wonen. Uit alle getuigenverhooren volgt ook dat [geïntimeerde1] het appartement tijdens beide bezichtigingen heeft opgemeten. Verder is aannemelijk dat [geïntimeerde1] tijdens de bezichtigingen, zoals hij heeft verklaard, een plattegrond van het pand bij zich had. Gelet op de concrete plannen van [geïntimeerden] c.s. met het appartement, ligt het voor de hand dat hij bij de bezichtigingen goed beslagen ten ijs wilde komen door een plattegrond mee te nemen waarop hij de afmetingen kon aangeven en waarop hij ook de te realiseren kamers kon inpassen. Bovendien hebben ook zijn broer en dochter verklaard dat [geïntimeerde1] een plattegrond bij zich had. Ten slotte heeft [geïntimeerde1] bij zijn getuigenverhoor ook de versie van de plattegrond die hij tijdens de eerste bezichtiging bij zich had aan de raadsheer-commissaris overhandigd, met een overzicht van de historie van de wijzigingen die in die plattegrond zijn aangebracht. De toelichting die hij heeft gegeven op de totstandkoming van dat document, en op de wijze waarop de wijzigingen die hij in het oorspronkelijke document heeft aangebracht, is overtuigend en is ook niet met kracht van argumenten door Zuidzijde weersproken.

2.10 Tegen deze achtergrond - [geïntimeerden] c.s. wilden vier studenten in het appartement laten wonen, de bezichtiging was mede bedoeld om vast te stellen of dat gerealiseerd kon worden en [geïntimeerde1] had een plattegrond bij zich en is in het pand aan het meten gegaan - ligt het in de lijn der verwachtingen dat deze plannen tijdens (minimaal) een van beide bezichtigingen aan de orde zijn gekomen. Die (lijn der) verwachtingen vinden trouwens bevestiging in het feit dat tussen partijen

vaststaat dat de dochter van [geïntimeerde1] tijdens de eerste bezichtiging met [B] door het pand is gelopen toen haar oom en vader aan het meten waren. De dochter heeft dat verklaard en in haar schriftelijke verklaring heeft [B] dat ook bevestigd. Als getuige heeft de dochter verklaard dat zij, toen zij met [B] door het huis liep, heeft gezegd wat de indeling van het pand zou worden. [B] heeft dat niet weersproken in haar schriftelijke verklaring. De kans dat de dochter toen zij met [B] door het pand liep en met haar praatte over de plannen voor het pand ook verteld heeft dat het de bedoeling was dat het pand bewoond zou gaan worden door vier studenten, is dan ook aanzienlijk, zeker omdat [geïntimeerde1] en zijn broer, zoals [B] zelf schrijft in haar schriftelijke verklaring, direct begonnen met meten.

Dat [geïntimeerde1] jegens anderen - andere makelaars en leden van de VvE - mogelijk niet duidelijk zou zijn geweest over zijn bedoelingen met het appartement, zoals Zuidzijde stelt, doet hieraan niet af. Voor het antwoord op de vraag wat aan [B] en/of [C] is meegedeeld over de bedoelingen met het appartement, is bepalend wat in de contacten met hen door [geïntimeerden] c.s. en anderen uit hun kring is gezegd en in welke context de contacten plaatsvonden. Die context heeft het hof hiervoor geschetst.

2.11 Gelet op wat hiervoor is overwogen over wat bij de vaststaande feiten verwacht mocht worden en rekening houdend met wat is overwogen over de waarde van de afgelegde getuigenverklaringen en de schriftelijke verklaringen, hebben [geïntimeerden] c.s. het door hen te leveren bewijs geleverd. Het hof licht dat als volgt toe.

2.12 De broer van [geïntimeerde1] heeft op 14 juli 2016 een schriftelijke verklaring opgesteld. In deze verklaring heeft hij onder meer het volgende geschreven:

Omdat het pand aan de [a-straat] slechts over twee slaapkamers beschikte heeft mijn broer tekeningen gemaakt van de bestaande indeling van het appartement en de gewenste nieuwe situatie. Deze tekeningen had hij tijdens de bezichtiging bij zich en deze zijn aan mevr. [B] getoond. Daarnaast heb ik samen met mijn broer het appartement en een aantal kamers opgemeten. Doel hiervan was te bepalen of er voldoende ruimte was voor het creëren van meerdere slaap- / studeerkamers en een gezamenlijke woonkamer. Deze metingen zijn grotendeels uitgevoerd onder toezienend oog c.q. in aanwezigheid van

mevr. [B] .

Op grond van bovenstaande waarnemingen c.q. de geplande aanpassingen aan het appartement is het naar mijn stellige overtuiging evident dat mevr. [B] i.c. Zuidzijde Makelaars BV er van op de hoogte is geweest dat het appartement gekocht zou gaan worden ten behoeve van de bewoning door vier studenten.

Als getuige heeft hij verklaard dat de inhoud van deze verklaring correct is. Ook heeft hij onder meer het volgende verklaard:

Ik kan me de bezichtiging nog wel voor de geest halen. Ik was er samen met mijn broer en zijn dochter, mijn nichtje. We werden ontvangen door mevrouw [B] . Mijn broer had een tekening bij zich, waarop was aangegeven hoe de nieuwe indeling met vier slaapkamers eruit zou moeten zien. Die tekening heeft hij laten zien aan mevrouw [B] . We hebben de tekening met zijn drieën bekeken en mijn broer heeft aangegeven dat het de bedoeling was om het appartement volgens de indeling op die tekening te verbouwen. Daarna zijn mijn broer en ik aan het meten gegaan. We hebben er vooral op gelet of je een voldoende grote woonkamer overhield wanneer je twee extra slaapkamers realiseerde in het appartement. Dat meten duurde niet zo lang, ik denk een minuut of acht maximaal.

Ondertussen liep mijn nichtje met mevrouw [B] door het appartement. Mijn nichtje is nogal spraakzaam en ik hoorde haar steeds enthousiast praten. Ze zei, kan ik me nog herinneren, onder meer: 'Deze kamer is voor die, deze kamer is voor die.

Uit al deze omstandigheden leid ik af dat het voor mevrouw [B] duidelijk was dat het de bedoeling was dat er vier studenten in het appartement zouden gaan wonen. Als er twee

zouden gaan wonen, hoefden we niet te gaan verbouwen en hoefde er dus ook niet gemeten te worden.

()

U vraagt mij of mijn broer tijdens de bezichtiging de tekening heeft overhandigd aan mevrouw [B]. Ik antwoord dat mevrouw [B], mijn broer en ik bij elkaar hebben gestaan met de tekening. Mijn broer liet de tekening aan mevrouw [B] zien en zei: dit en dit is de bedoeling. Daarom willen we de lengte van de woonkamer plus de aangrenzende slaapkamer opmeten.

2.13 De dochter van [geïntimeerden] c.s. heeft op 20 januari 2016 een schriftelijke verklaring opgesteld, die zij als getuige heeft bevestigd. Zij heeft onder meer het volgende geschreven:

Op woensdag 15 oktober 2014 heb ik samen met mijn vader en mijn oom om 10:30 uur 's ochtends het appartement [a-straat] 32 te [F] bezichtigd. We bezochten dit pand omdat we op zoek waren naar een appartement waar ik samen met drie vriendinnen zou kunnen gaan wonen. Op basis van de informatie op Funda leek dit pand ons daarvoor geschikt. Tijdens dit bezoek werden we rondgeleid door mevr. [B], assistent-makelaar van makelaardij Zuidzijde uit Zwolle. Met mevr. [B] heb ik tijdens dit bezoek vrij uitgebreid gesproken en haar onze plannen voor bewoning en de daarvoor noodzakelijke aanpassing van het appartement verteld. Mijn vader had namelijk met informatie van Funda al tekeningen gemaakt van de bestaande indeling van het appartement en de gewenste nieuwe situatie met vier slaapkamers en een gezamenlijke woonkamer.

Ik herinner me nog goed dat ik samen met mevr. [B] in wat toen nog de grote slaapkamer was, stond. Mevr. [B] zei tegen mij dat dit een mooie slaapkamer voor mij zou zijn. Ik heb daarop geantwoord dat deze kamer niet zo zou blijven omdat we zouden gaan verbouwen waardoor deze kamer een stuk kleiner zou worden. Samen met

mevr. [B] ben ik toen door het appartement gelopen en heb ik haar verteld hoe het er na de verbouwing uit zou komen te zien. Ik heb mevr. [B] aangegeven dat er vier slaapkamers zouden komen en dat ik er zou gaan wonen met drie vriendinnen die ik kende van de studentenvereniging waar ik lid van ben. Ik herinner me nog dat ze toen gezegd heeft dat het dan wel fijn/handig is dat we zo'n grote keuken hebben.

()

Ik weet niet zeker of ik mevr. [B] letterlijk verteld heb dat we alle vier student zijn, maar ik weet wel zeker dat ik tegen haar gezegd heb dat ik in Zwolle zou gaan studeren en dat ik mijn drie toekomstige huisgenoten kende via de studentenvereniging.

Als getuige heeft zij onder meer verklaard:

Ik kan me op dit moment niet meer alles herinneren van de bezichtiging van

15 oktober 2014 en kan me ook niet herinneren of ik heb gezegd dat we met vier studenten in het huis zouden gaan wonen. Toen ik de verklaring schreef, in januari 2016, was de bezichtiging veel korter geleden en kon ik me er veel meer van herinneren. Wat ik me toen kon herinneren, heb ik opgeschreven.

Ik kan me nu nog wel herinneren dat ik met mevrouw [B] het huis ben doorgelopen. Ik heb veel met haar gepraat. Ik was enthousiast over het pand en heb gezegd hoe het er uit zou gaan zien, wat de indeling zou worden. Ik heb gezegd tegen mevrouw [B]: Hier komt een kamer, daar komt een andere kamer. Ik was ook betrokken bij de nieuwe indeling. Voordat ik Zwolle ging studeren heb ik een jaar bouwkunde gestudeerd. Ik kan dus wel tekeningen lezen. Ik heb mevrouw [B] verteld dat ik zelf studeerde aan de Viaa en dat de Viaa in de omgeving van het pand staat. Je kunt de Viaa vanuit het pand net niet zien; er

staan een paar bomen voor. Het staat me bij, maar dat weet ik niet meer zeker, dat ik nog heb geprobeerd mevrouw [B] het pand van de Viaa aan te wijzen.

- 2.14 De dochter van [geïntimeerden] c.s. is er vooral in haar schriftelijke verklaring duidelijk over dat zij met [B] heel concreet heeft gesproken over de plannen die zij en haar ouders met het appartement hadden: dat het appartement zou worden verbouwd zodat zij er met drie vriendinnen kon gaan wonen en dat in dat kader de slaapkamer waar zij en [B] op dat moment stonden een stuk kleiner zou worden. Tijdens het getuigenverhoor heeft zij de juistheid van deze schriftelijke verklaring bevestigd. Zij kon zich toen niet meer herinneren of zij tegen [B] heeft gezegd dat zij met drie anderen in het appartement wilde gaan wonen. Anders dan Zuidzijde meent, doet dat geen afbreuk aan de juistheid van de eerder afgelegde schriftelijke verklaring. Naar het oordeel van het hof is het tegendeel het geval. De schriftelijke verklaring dateert van ruim 15 maanden na de bezichtiging. De herinneringen van de dochter van [geïntimeerde1] aan de bezichtiging waren toen nog redelijk helder. Ten tijde van het getuigenverhoor was de bezichtiging bijna zes jaar geleden. Het ligt voor de hand dat de herinnering aan de bezichtiging vervaagd was en dat de dochter zich alleen de contouren van de bezichtiging, met een enkel detail, kon herinneren. Het zou ongeloofwaardig zijn wanneer de dochter zich nog alle details, zoals zij die had opgeschreven in haar schriftelijke verklaring van vierenhalf jaar eerder, nog precies kon herinneren. Wel kon ze zich als getuige nog herinneren dat ze toen had opgeschreven wat ze zich toen kon herinneren. De schriftelijke verklaring en de getuigenverklaring zijn dan ook consistent, waarbij de getuigenverklaring de waarde van de schriftelijke verklaring voor het bewijs vergroot.
- 2.15 De verklaringen van de dochter worden op belangrijke punten bevestigd door de getuigenverklaring van de broer van [geïntimeerde1]. Hij kan zich nog herinneren dat zijn nichtje, die bij hem in huis woonde en die hij kent als een spraakzaam type, al pratend met [B] door het appartement liep en daarbij aangaf wie in welke kamer zou gaan wonen. Verder heeft hij in zijn schriftelijke verklaring aangegeven dat [geïntimeerde1] een plattegrond had waarop de beoogde nieuwe situatie waren ingetekend en dat die plattegrond ook met [B] is besproken. Op de plattegrond, blijkt uit de door [geïntimeerden] c.s. overgelegde plattegrond, vijf kamers ingetekend.
- 2.16 De getuigenverklaring van [geïntimeerde1] biedt op relevante punten steun aan de beide andere getuigenverklaringen. [geïntimeerde1] heeft weliswaar verklaard dat hij niet meer weet of hij met [B] en/of [C] over vier studenten heeft gesproken, maar wel dat hij het heeft gehad over meerdere studenten naast zijn dochter en dat hij zeker niet het getal twee heeft genoemd. Dat laatste ligt gelet op de vastomlijnde plannen van [geïntimeerden] c.s. trouwens ook niet voor de hand. [geïntimeerde1] weet zich ook nog te herinneren dat hij tijdens een van de bezichtigingen, waarschijnlijk de eerste met [B], tegen [B] heeft gezegd dat hij een tussenwand in de woonkamer wilde plaatsen en daarnaast de doorgang tussen de eetkamer en de woonkamer wilde dichtmaken.
- 2.17 Dat [geïntimeerde1] zich, gezien het tijdsverloop, niet meer precies kan herinneren of hij het aantal van vier studenten heeft genoemd en of hij [B] de tekening heeft laten zien, is niet verwonderlijk. Het betekent, anders dan Zuidzijde c.s. menen, niet dat [geïntimeerde1] het aantal van vier niet genoemd heeft en evenmin dat hij de tekening niet heeft laten zien.
- 2.18 Uit de getuigenverklaringen en schriftelijke verklaringen van [geïntimeerde1], zijn broer en (vooral) zijn dochter volgt wel dat zij samen [B] tijdens de eerste bezichtiging zoveel informatie hebben verstrekt dat - ook indien dat niet met zoveel woorden is gezegd, hoewel voldoende aannemelijk is dat dat óók is gebeurd - [B] daaruit wel de conclusie moest trekken dat het de bedoeling van [geïntimeerden] c.s. was dat hun dochter met drie andere studenten in het appartement zou gaan wonen.
- 2.19 De schriftelijke verklaring van [B] legt daartegen onvoldoende gewicht in de schaal. Allereerst dateert de verklaring van 20 november 2020, ruim zes jaar na de bewuste bezichtiging. Anders dan voor

[geïntimeerde1] , diens broer en dochter is een bezichtiging niet een zeldzaamheid, maar een routineklus; [B] doet gemiddeld 650 bezichtigingen per jaar en heeft na de bewuste bezichtiging dus ongeveer 3.900 andere bezichtigingen gedaan. In dat licht bezien is het niet verwonderlijk dat ze nog maar weinig gedetailleerde herinneringen aan de bezichtiging heeft. Haar verklaring dat zij niet heeft begrepen dat er vier studenten in het appartement zouden komen wonen, omdat dat aantal uitzonderlijk zou zijn voor een appartement van die grootte en dat zij daar dan zeker op [zou] zijn aangeslagen overtuigt niet, alleen al omdat niet kan worden uitgesloten dat [B] achteraf, nu zich problemen hebben voorgedaan bij een transactie waarbij zij betrokken was, zoekt naar een verklaring voor het feit dat zij niet adequaat heeft gehandeld: nagaan of vier studenten in het appartement niet tot problemen zou leiden.

2.20 [C] kan uit eigen wetenschap slechts verklaren over de tweede bezichtiging. Uit wat hiervoor is overwogen, volgt dat de informatie over de vier studenten tijdens de eerste bezichtiging is gegeven. Alleen om die reden komt aan de verklaring van [C] weinig gewicht toe, te weinig in elk geval om (met de schriftelijke verklaring van [C]) de waardering van het bewijs door het hof een andere wending te geven.

2.21 Zuidzijde leggen terecht de vinger op het feit dat in een handgeschreven telefoonnotitie van [C] van 20 oktober 2014 is vermeld: *Meneer koopt voor zijn dochter en vriendin*. Ook indien uitgegaan moet worden van de authenticiteit van de notitie en ervan moet worden uitgegaan dat [C] [geïntimeerde1] in het telefoongesprek van 20 oktober 2014 op dit punt goed heeft begrepen, doet dat niet af aan de tijdens de bezichtiging met [B] verstrekte informatie.

2.22 De conclusie is dat [geïntimeerden] c.s. het door hen te leveren bewijs hebben geleverd.

Conclusies

2.23 In het tussenarrest van 21 januari 2020 heeft het hof overwogen en beslist dat Zuidzijde de oppervlakte van het appartement ten onrechte niet correct conform de meetinstructie heeft gemeten en in de verkoopinformatie heeft vermeld, maar dat dit feit op zich nog niet tot toewijzing van de vorderingen van [geïntimeerden] c.s. leidt, omdat [geïntimeerde1] heeft verklaard dat als hij had geweten dat het appartement een woonoppervlakte van 83,1 m2 had dit op zich de aankoopbeslissing niet had beïnvloed. Voor toewijzing van de vorderingen van [geïntimeerde1] is volgens dat tussenarrest daarom nodig dat ook komt vast te staan dat Zuidzijde [geïntimeerden] c.s. er ten onrechte niet op heeft gewezen dat het door hen beoogde gebruik van het appartement vergunningplichtig was en dat deze vergunning alleen zou worden verleend indien het appartement een woonoppervlak van 85 m2 had. Maar Zuidzijde diende [geïntimeerden] c.s. daarop alleen te wijzen indien [geïntimeerden] c.s. hadden meegedeeld dat er vier studenten in het appartement zouden gaan wonen.

2.24 Omdat [geïntimeerden] c.s. hebben bewezen dat zij Zuidzijde dat laatste (tijdens de bezichtiging met [B]) hebben meegedeeld, staat vast dat Zuidzijde hen er ten onrechte niet op heeft gewezen dat het door hen beoogde gebruik van het appartement vergunningplichtig was en dat deze vergunning alleen zou worden verleend bij een woonoppervlakte van minimaal 85 m2. Door het niet correct toepassen van de meetinstructie, een te grote (groter dan 85 m2) oppervlakte in de verkoopinformatie te vermelden in combinatie met het feit dat zij heeft nagelaten [geïntimeerden] c.s. erop te wijzen dat het door hen beoogde gebruik van het appartement vergunningplichtig is en dat deze vergunning niet werd verstrekt bij een woonoppervlakte van minder dan 85 m2, heeft Zuidzijde onrechtmatig gehandeld jegens [geïntimeerden] c.s. en dient zij de daardoor geleden schade van [geïntimeerden] c.s. te vergoeden. De in hoger beroep gewijzigde verklaring voor recht is in zoverre toewijsbaar. Het hof merkt ten aanzien van de verklaring voor recht op dat voldoende aannemelijk is dat [geïntimeerden] c.s. door de onjuiste vermelding van het oppervlakte en het achterwege blijven van de melding dat het door hen beoogde gebruik vergunningplichtig was en dat die vergunning bij een woonoppervlakte van minder dan

85 m2 niet verleend zou worden bij de aankoop in de onjuiste veronderstelling verkeerden dat het door hen beoogde gebruik van het appartement niet vergunningplichtig en realiseerbaar was.

2.25 Zuidzijde c.s. hebben verder verwijzing naar de schadestaat gevorderd. Die vordering is toewijsbaar. Het debat over de schadeomvang is niet uitgekristalliseerd, zodat het hof de schade niet zelf kan begroten. Wat er ook zij van verschillende door [geïntimeerden] c.s. vermelde schadeposten, en daargelaten of [geïntimeerden] c.s. gelet op het arrest van de Hoge Raad van 22 februari 2019² wel de juiste vergelijkingsmaatstaf hanteren, de mogelijkheid dat [geïntimeerden] c.s. (enige) schade hebben geleden is aannemelijk, zodat aan de vereisten voor verwijzing naar de schadestaat is voldaan.

2.26 Volgens [geïntimeerden] c.s. heeft de rechtbank ten onrechte de vordering om de in de schadestaat te begroten schade te vermeerderen met de wettelijke rente afgewezen. Het hof volgt hen daarin niet. De wettelijke rente vormt een schadepost, net als de andere in de schadestaatprocedure te begroten schadeposten. Indien de vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat wordt toegewezen, dient in de schadestaatprocedure ook de wettelijke rente over de verschillende schadeposten te worden begroot. Een afzonderlijke veroordeling tot vergoeding van de wettelijke rente is dan ook niet nodig.

2.27 Uit wat hiervoor en in het tussenarrest van 21 januari 2020 is overwogen, volgt dat de grieven van Zuidzijde tegen het vonnis van de rechtbank Overijssel van 8 februari 2017 niet slagen. Zuidzijde is in het door haar ingestelde principale appel dan ook in het ongelijk gesteld. Het hof zal haar om die reden veroordelen in de proceskosten in het principale appel (geliquideerd salaris van de advocaat: 3 punten (maximum aantal) tarief II), te vermeerderen met nasalaris.

2.28 [geïntimeerden] c.s. hebben incidenteel appel ingesteld. In dat incidenteel appel zijn ze slechts gedeeltelijk, waar het betreft de aanvulling van de verklaring voor recht, in het gelijk gesteld. De door hen ontwikkelde grieven tegen het vonnis van de rechtbank Overijssel - over de vraag of zij door alleen de vermelding van de onjuiste oppervlakte schade hebben geleden en over de wettelijke rente - falen. Om die reden zal het hof de kosten van het incidenteel appel compenseren. Dat geldt ook voor de kosten van het door hen opgeworpen voegingsincident. De incidentele vordering is weliswaar toegewezen, maar was noodzakelijk om een omissie te herstellen.

2.29 Het hof zal het vonnis van de rechtbank Overijssel voor wat betreft het dictum onder 5.1 en 5.2 (waar de verklaringen voor recht zijn geformuleerd) en 5.3 (de verwijzing naar de schadestaat, die moet aansluiten op de nieuwe verklaring voor recht) vernietigen en voor het overige bekrachtigen.

3. De beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Overijssel van 8 februari 2017 tussen Zuidzijde en [geïntimeerde1] geweest, met uitzondering van het dictum onder 5.1 t/m 5.3;

vernietigt het dictum onder 5.1 t/m 5.3 van het vonnis van de rechtbank Overijssel van 8 februari 2017 tussen Zuidzijde en [geïntimeerde1] geweest, en doet in zoverre opnieuw recht:

verklaart voor recht dat Zuidzijde onrechtmatig jegens [geïntimeerden] c.s. heeft gehandeld door een onjuiste en niet conform de Meetinstructie bepalen gebruiksoppervlakte woningen volgens NEN 2580 gebaseerde opgave te doen van het appartement [a-straat] 32 te [F] in combinatie met het feit dat zij heeft nagelaten [geïntimeerden] c.s. er op te wijzen dat het door hen beoogde gebruik van dat appartement binnen de gemeente Zwolle vergunningplichtig was, waardoor bij [geïntimeerden] c.s. de onjuiste indruk is ontstaan dat het door hen beoogde gebruik niet vergunningplichtig en realiseerbaar was;

verklaart voor recht dat Zuidzijde aansprakelijk is voor de schade die [geïntimeerden] c.s. daardoor hebben geleden en nog zullen lijden;

veroordeelt Zuidzijde tot vergoeding aan [geïntimeerden] c.s. van deze schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

veroordeelt Zuidzijde in de kosten van het principaal appel en bepaalt deze kosten op 313,- aan verschotten en op 4.326,- voor geliquideerd salaris van de advocaat, vermeerderd met 163,- aan nasalaris, te verhogen met 85,- indien niet binnen 14 dagen na de datum van dit arrest aan deze veroordeling is voldaan en betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de kosten van het voegingsincident en van het incidenteel appel, in die zin dat partijen ieder de eigen kosten dragen;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. H. de Hek, M.W. Zandbergen en D.H. de Witte, en is in het openbaar uitgesproken op 8 juni 2021 door de rolraadsheer, in aanwezigheid van de griffier.

¹ Hoge Raad 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8422 en 3 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2986.

² HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269.
