

De schade van de bank bij beroepsfouten van een vastgoedtaxateur



Ondanks dat de vastgoedmarkt weer omhoog krabbelt, blijft na (gedwongen) verkoop van vastgoed nog regelmatig een restschuld over. Een bank die zich geconfronteerd ziet met een restschuld waarvoor de kredietnemer geen verhaal biedt, zal veelal onderzoeken of de taxateur die het vastgoed destijds in het kader van de financieringsaanvraag heeft getaxeerd een beroepsfout heeft gemaakt door het vastgoed te hoog te taxeren. Indien sprake blijkt te zijn van een beroepsfout van de taxateur zal de omvang van de schade van de bank vastgesteld moeten worden. Dit artikel geeft antwoord op de vraag op welke wijze de schade van de bank begroot dient te worden.

1. Inleiding

Als de voortekenen niet bedriegen, ligt het dieptepunt van de economische crisis achter ons. Banken die hypothecaire geldleningen hebben verstrekt, worden echter nog geregeld geconfronteerd met kredietnemers die niet meer aan hun betalingsverplichtingen kunnen voldoen. De betalingsachterstanden kunnen leiden tot een (executie)verkoop van het vastgoed waarop ten behoeve van de bank een hypotheekrecht gevestigd is. Indien de verkoopopbrengst vervolgens tegenvalt, richten banken hun pijlen niet zelden op de taxateur die het vastgoed destijds ten behoeve van de financieringsaanvraag heeft getaxeerd. Dergelijke taxaties worden hierna aangeduid als 'financieringstaxaties'.

Een financieringstaxatie wordt verricht op basis van een tussen de (aspirant-)kredietnemer en de taxateur gesloten overeenkomst van opdracht. Als uitgangspunt geldt dat de taxateur zowel jegens zijn opdrachtgever (de kredietnemer) als jegens de bank binnen redelijke grenzen dient in te staan voor de juistheid van zijn taxatie.¹ Het modelrapport voor financieringstaxaties, dat vastgesteld is door de verschillende beroepsverenigingen van taxateurs en het Contactorgaan Hypothecair Financiers (CHF), sluit

hierop aan. De in het modelrapport opgenomen exonerationclausule sluit aansprakelijkheid slechts uit jegens anderen dan de opdrachtgever en de bank die op basis van het taxatierapport overgegaan is tot financiering van het getaxeerde vastgoed.²

Een taxatierapport biedt geen garantie voor een verkoopopbrengst. Taxeren is geen exacte wetenschap. Aan de hand van tal van (markt)factoren maakt de taxateur een inschatting van de waarde van het betreffende vastgoed. De schatting is deels arbitrair. Bij de beantwoording van de vraag of de taxateur de vereiste zorgvuldigheid in acht heeft genomen, dient derhalve een zekere 'marge' in acht te worden genomen. In het algemeen geldt dat een taxatie pas als onjuist mag worden aangemerkt indien daar een waarde uitkomt die een redelijk handelend en redelijk bekwaam taxateur niet zou hebben vastgesteld.³ Eerst dan is sprake van een beroepsfout van de taxateur.

Tussen de bank en de taxateur bestaat geen contractuele relatie. Indien de bank de taxateur aanspreekt tot schadevergoeding, baseert zij haar vordering op onrechtmatige daad. De bank stelt zich op het standpunt dat de taxateur het vastgoed bij de financieringstaxatie te hoog heeft getaxeerd en dit met zich meebrengt dat hij niet de zorgvuldigheid heeft betracht die een redelijk bekwaam en redelijk handelend taxateur, ingevolge artikel 6:162 lid 2 BW, jegens de bank in acht had moeten nemen. De rechter zal zich eerst buigen over de vraag of de taxateur het vastgoed zodanig (te) hoog heeft getaxeerd dat hij een beroepsfout heeft gemaakt. Bij een bevestigend antwoord op deze vraag komt de schadebegroting aan de orde.

2. Verschillende methoden van schadebegroting

In een procedure tegen de taxateur maakt de bank doorgaans aanspraak op vergoeding van het tekort dat resteerde na de (executie)verkoop van het vastgoed. Dit tekort bestaat uit het verschil tussen enerzijds de verkoopopbrengst van het vastgoed en anderzijds de hoofdsom van de hypothecaire geldlening, vermeerderd met de achterstallige rentebetalingen en de eventueel verschuldigd geworden contractuele boetes. Bij de schadebegroting wordt door lagere rechters geregeld als uitgangspunt gehanteerd

* Mr. M. Jongkind is werkzaam als advocaat bij Van Traa Advocaten te Rotterdam.

1. Zie onder meer Rb. Amsterdam 19 november 2014, r.o. 4.3 (eerste twee volzinnen), *NJF* 2015/102; Rb. Rotterdam 3 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4569, r.o. 5.4; Rb. 's-Gravenhage 19 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM6990, r.o. 4.4 en Rb. 's-Gravenhage 4 november 2009, r.o. 7, *RVR* 2010/28. Zie tevens B. ten Doesschate & B.J. Essink, 'Aansprakelijkheid van de taxateur: de waarde van waardering', *VGFC* 2012, afl. 6, p. 13; I. van Ast, 'Aansprakelijkheid van de makelaar/taxateur bij onjuiste taxaties', *VGR* 2011, afl. 6, p. 126-128; R.A.D. Blaauw, 'Aansprakelijkheid van de taxateur van onroerende zaken', *BR* 2010/139, afl. 9, p. 733-734; alsmede P.M. Leerink, 'Onjuiste taxaties?', *PP (thans TvPP)* 2008, afl. 6, p. 175-176 en E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, Den Haag: Boom 2001, p. 165-168.

2. Van Ast gaat er ten onrechte van uit dat de (standaard)exonerationclausule in het modelrapport voor financieringsclausules (tevens) aansprakelijkheid uitsluit jegens de financierende bank. Zie I. van Ast, 'Aansprakelijkheid van de makelaar/taxateur bij onjuiste taxaties', *VGR* 2011, afl. 6, p. 126.

3. Zie ook J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer 2002, p. 103-105.

dat het volledige tekort als schade kan worden aangemerkt.⁴ Blaauw heeft erop gewezen dat in de praktijk ook twee andere methoden van schadebegroting voorkomen.⁵ Bij de eerste alternatieve methode wordt de schade van de bank begroot op het verschil tussen de ‘werkelijke’ waarde van het vastgoed en de getaxeerde waarde. Blaauw wijst erop dat de rechter bij deze methode doorgaans een deskundige benoemt. Aan de deskundige wordt gevraagd de waarde van het vastgoed vast te stellen, met als peildatum die van het rapport van de aansprakelijk gestelde taxateur. De tweede alternatieve methode die Blaauw noemt, is die waarbij bij de schadebepaling rekening wordt gehouden met het bestaan van taxatieverschillen. Bij deze schadebegrotingsmethode wordt in eerste instantie voor het specifieke geval een bandbreedte bepaald. Een door de rechter benoemde deskundige bepaalt daarna een waarde die wordt aangemerkt als de gemiddelde taxatiewaarde van het vastgoed. De schade wordt vervolgens begroot op het bedrag waarmee de getaxeerde waarde van de aansprakelijk gestelde taxateur afwijkt van de bandbreedte.⁶

3. De door de Hoge Raad voorgestane wijze van schadebegroting

Naar mijn oordeel is geen van de hiervoor beschreven methoden van schadebegroting te verenigen met de schadebegrotingsmethode die de Hoge Raad voorstaat in beroepsaansprakelijkheidszaken.⁷ De uitgangspunten van deze methode van schadebegroting zijn door A-G Verkade helder verwoord in het volgende citaat:⁸

‘Bij het vaststellen van de omvang van de te vergoeden schade moet als beginsel worden vooropgesteld dat de schuldeiser zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou verkeren indien het schadeveroorzakende feit (de wanprestatie, de onrechtmatige daad) achterwege was gebleven. De omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is, met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Doel van de schadevergoeding is immers het zoveel mogelijk brengen van de benadeelde in de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien de laedens zijn verplichtingen wel was nagekomen. Dit brengt met zich dat uitsluitend de werkelijk geleden schade moet worden vergoed; niet minder, maar ook niet meer.’

Kort gezegd komt het erop neer dat de schade begroot dient te worden door de bestaande vermogenssituatie van de gelaedeerde te vergelijken met de hypothetische vermogenssituatie waarin hij verkeerd zou hebben indien de beroepsfout van de laedens achterwege was gebleven.

Met betrekking tot deze vermogensvergelijking merken Van Emden en De Haan het volgende op:⁹

‘Het is belangrijk om bij deze vermogensvergelijking alle relevante effecten te betrekken. De voordelen die in het hypothetische geval genoten zouden zijn, waren immers vaak ook gepaard gegaan met bepaalde nadelen. Zo vormt doorgaans niet de gehele misgelopen omzet schade, omdat in het hypothetische geval dat de omzet was behaald, daarvoor ook (extra) kosten waren gemaakt, die aldus verdisconteerd moeten worden.’

Uit het vorenstaande volgt dat in procedures waarbij de bank de taxateur aansprakelijk heeft gesteld de schade begroot dient te worden door de huidige vermogenssituatie van de bank te vergelijken met de hypothetische vermogenssituatie waarin zij verkeerd zou hebben indien de taxateur de waarde van het vastgoed bij de financierings-taxatie niet te hoog getaxeed had. Door de bank wordt doorgaans het standpunt ingenomen dat zij de kredietnemer bij een deugdelijke financieringstaxatie geen enkele hypothecaire geldlening verstrekt zou hebben. Indien de rechter deze stelling voldoende aannemelijk acht (op grond van hetgeen de bank aangevoerd heeft over het door haar gehanteerde financieringsbeleid), dient de schade van de bank begroot te worden door het huidige vermogen van de bank af te zetten tegen het vermogen dat zij gehad zou hebben indien zij geen hypothecaire geldlening had verstrekt. Uit deze vermogensvergelijking volgt dat het verschil tussen de leensom van de hypothecaire geldlening en de verkoopopbrengst van het vastgoed als schade kan worden aangemerkt. In de hypothetische situatie zou het vermogen van de bank niet verminderd zijn met het verschilbedrag. Met de vaststelling van voornoemd verschilbedrag is de voor de schadebegroting te maken vermogensvergelijking echter nog niet voltooid. Indien de kredietnemer niet direct na het afsluiten van de hypothecaire geldlening in betalingsproblemen is gekomen, zal hij gedurende enige tijd rentebetalingen hebben voldaan aan de bank. Deze rentebetalingen zou de bank niet ontvangen hebben, indien zij geen hypothecaire geldlening had verstrekt. Tegenover dit vermogensvoordeel van de bank staat echter ook vermogensnadeel. De bank heeft eigen vermogen dan wel vreemd vermogen moeten aanwenden voor de verstrekking van de leensom aan de kredietnemer. Indien sprake was van eigen vermogen geldt dat de bank hierover rendement had kunnen maken in de hypothetische situatie waarin zij geen hypothecaire geldlening had verstrekt. Bij vreemd vermogen geldt dat de bank rente heeft moeten betalen die zij in de hypothetische situatie niet zou hebben betaald. Indien het voor een bank in een concreet geval onmogelijk is om (aan de hand van haar administratie) aan te tonen wat de exacte omvang is van het vermogensnadeel dat zij door

4. Zie onder meer Rb. 's-Gravenhage 19 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM6990, r.o. 4.12 en Rb. Amsterdam 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BT2583, r.o. 4.20 en 4.21.

5. Zie R.A.D. Blaauw, ‘Aansprakelijkheid van de taxateur van onroerende zaken’, *BR* 2010/139, afl. 9, p. 735-736.

6. Bij zijn beschrijving van de tweede alternatieve methode van schadebegroting verwijst Blaauw naar Hof Arnhem 30 juni 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK4238. Blaauw merkt daarbij direct op dat het gerechtshof de schadebegrotingsmethode heeft afgewezen. De auteur van dit artikel zijn geen uitspraken bekend waarin de schadebegrotingsmethode toegepast is.

7. Zie onder meer HR 3 april 1992, *NJ* 1992/396 en HR 26 maart 2010, *RvdW* 2010/468.

8. Zie paragraaf 4.3 van de conclusie van A-G Verkade bij HR 26 maart 2010, *RvdW* 2010/468.

9. Zie tevens E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 79.

het misgelopen rendement c.q. de betaalde rente geleden heeft in de periode waarop de ontvangen rentebetalingen betrekking hebben, zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de rente die de bank in de betreffende periode ontvangen/betaald zou hebben op de internationale kapitaalmarkt voor banken. De LIBOR- en/of Euribor-rentetarieven kunnen daarbij indicatief zijn. Zowel voor het door de bank genoten vermogensvoordeel in de vorm van de ontvangen rentebetalingen als voor het door de bank geleden vermogensnadeel in de vorm van het misgelopen rendement c.q. de betaalde rente, geldt dat dit verdisconteerd dient te worden in de schadebegroting. Het verschilbedrag tussen de leensom van de hypothecaire geldlening en de verkoopopbrengst van het vastgoed dient verminderd te worden met de ontvangen rentebetalingen en vermeerderd met het misgelopen rendement c.q. de betaalde rente over de periode waarop de ontvangen rentebetalingen betrekking hebben. In plaats van de ontvangen rentebetalingen direct in de (vermogensvergelijking van de) schadebegroting te verdisconteren, zou ook gekozen kunnen worden voor een benadering waarbij de ontvangen rentebetalingen niet onder het begrip 'schade' geplaatst worden, maar bij wijze van voordeelsverrekening ex artikel 6:100 BW op het schadebedrag in mindering worden gebracht.¹⁰ Uit de voor de schadebegroting te maken vermogensvergelijking volgt dat contractuele boetes en achterstallige rentebetalingen niet als schade kunnen worden aangemerkt. In de hypothetische situatie waarin de bank geen hypothecaire geldlening had verstrekt, was de kredietnemer deze bedragen immers nimmer verschuldigd geworden. Het vermogensnadeel dat de bank geleden heeft over de periode waarop de achterstallige rentebetalingen betrekking hebben, bestaat uit het door de bank misgelopen rendement c.q. de door de bank betaalde rente over deze periode. Dit vermogensnadeel dient bij het schadebedrag opgeteld te worden.

4. Consequenties van de door de Hoge Raad voorgestane schadebegrotingsmethode

Bij een schadebegroting die in lijn is met de schadebegrotingsmethode die de Hoge Raad voorstaat in beroepsaansprakelijkheidszaken, zal de schade van de bank significant lager uitvallen dan het tekort dat resteerde na de (executie)verkoop van het vastgoed. De tussen de bank en de kredietnemer overeengekomen rente is beduidend hoger dan het door de bank misgelopen rendement c.q. de door de bank betaalde rente. De door de bank ontvangen rentebetalingen hebben op de omvang van de schade derhalve een neerwaarts effect, dat (veel) sterker is dan het stijgende effect dat teweeggebracht wordt door het misgelopen rendement c.q. de betaalde rente over de periode waarop de rentebetalingen betrekking hebben. De omvang van de schade wordt bovendien gedrukt doordat contractuele boetes buiten beschouwing worden gelaten en niet de achterstallige rentebetalingen zelf bij het schadebedrag opgeteld worden, maar het (veel) lagere vermogensnadeel dat de bank geleden heeft door het misgelopen

rendement c.q. de betaalde rente over de periode waarop de achterstallige rentebetalingen betrekking hebben.

4.1. Rekenvoorbeeld

Het volgende rekenvoorbeeld kan het vorenstaande meer inzichtelijk maken. Een bank heeft vier jaar geleden op grond van een hypothecaire geldlening aan de kredietnemer een bedrag uitgeleend ad € 400 000 tegen een rente van 5% per jaar. Elk jaar dient de kredietnemer de bank derhalve een bedrag ad € 20 000 (5% x € 400 000) aan rente te betalen. Het uitgeleende bedrag heeft de bank gefinancierd met vreemd vermogen, dat zij aangetrokken heeft op de internationale kapitaalmarkt voor banken. De bank betaalt over het uitgeleende bedrag een rente van 2,5% per jaar, hetgeen neerkomt op een jaarlijks rentebetalingsbedrag ad € 10 000 (2,5% x € 400 000). Op het moment dat de kredietnemer een betalingsachterstand van een jaar heeft en voor € 25 000 aan contractuele boetes verschuldigd is geworden, wordt het verhypotheceerde vastgoed voor € 300 000 verkocht. Het tekort na de verkoop bedraagt € 145 000 (de leensom ad € 400 000 minus de verkoopopbrengst van het vastgoed ad € 300 000 vermeerderd met de achterstallige rente ad € 20 000 en de contractuele boete ad € 25 000). In tabelvorm kan de berekening van het tekort als volgt weergegeven worden:

€ 400 000	(leensom)
€ 300 000 –	(verkoopopbrengst)

€ 100 000	
€ 20 000 +	(achterstallige rente)
€ 25 000 +	(contractuele boete)

€ 145 000	(tekort na verkoop)

Het schadebedrag is beduidend lager dan vernoemd tekort. Bij een schadebegroting overeenkomstig de uitgangspunten van de Hoge Raad bedraagt het schadebedrag 'slechts' € 80 000. Aan dit bedrag wordt gekomen door het verschilbedrag tussen de leensom en de verkoopopbrengst ad € 100 000 (€ 400 000 minus € 300 000) te verminderen met de rente die de bank drie jaar lang van de kredietnemer heeft ontvangen ad € 60 000 (3 x € 20 000) en te vermeerderen met de rente die de bank over deze drie jaar betaald heeft ad € 30 000 (3 x € 10 000) en de rente die de bank betaald heeft over het jaar dat zij geen rentebetalingen van de kredietnemer heeft ontvangen ad € 10 000. De contractuele boete ad € 25 000 wordt buiten de schadebegroting gehouden. De berekening van het schadebedrag ziet er in tabelvorm als volgt uit:

10. Van Dijk heeft er terecht op gewezen dat het uiteindelijk niet zo relevant is of men voordelen nu binnen het begrip 'schade' plaatst dan wel onder het leerstuk van de voordeelsverrekening laat vallen. Daarbij benadrukt Van Dijk dat de uitkomst in materieel dezelfde gevallen hetzelfde behoort uit te vallen. Zie Chr. van Dijk, 'Voordeelsverrekening', in: U. Magnus & Chr. van Dijk, *Voordeelsverrekening naar Duits en Nederlands recht. Preaviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 26-27.

De schade van de bank bij beroepsfouten van een vastgoedtaxateur

€ 400 000	(leensom)
€ 300 000 –	(verkoopopbrengst)

€ 100 000	
€ 60 000 –	(door de bank ontvangen rente over drie jaar, 3 x € 20 000)

€ 40 000	
€ 30 000 +	(door de bank betaalde rente over drie jaar, 3 x € 10 000)
€ 10 000 +	(door de bank betaalde rente over het jaar dat zij geen rentebetalingen heeft ontvangen)

€ 80 000	(schadebedrag)

4.2. *Vergelijking met de twee andere methoden van schadebegroting*

In zijn algemeenheid kan niet gezegd worden of de schade bij de door Blaauw genoemde alternatieve methoden van schadebegroting hoger of lager zal uitvallen dan bij de door de Hoge Raad voorgestane methode van schadebegroting. Dit zal van geval tot geval verschillen. Daarbij zullen onder meer de bevindingen van de door de rechter benoemde deskundige van belang zijn. Indien de deskundige tot een waarde komt die beduidend lager is dan de getaxeerde waarde van de aansprakelijk gestelde taxateur, kan de schade hoger uitvallen. Mocht de deskundige tot een waarde komen die niet al te ver verwijderd is van de getaxeerde waarde, dan is het mogelijk dat de schade lager uitvalt. In laatstgenoemd geval kan echter betwijfeld worden of de aansprakelijk gestelde taxateur wel een beroepsfout heeft gemaakt. Dit geldt temeer indien de eerste alternatieve methode van schadebegroting toegepast wordt (waarbij de schade begroot wordt op het verschil tussen de door de deskundige bepaalde, ‘werkelijke’ waarde van het vastgoed en de getaxeerde waarde). Terecht heeft Blaauw erop gewezen dat ook voor de door de deskundige bepaalde waarde geldt dat deze binnen een zekere bandbreedte van de gemiddelde taxatiewaarde ligt.¹¹ Een getaxeerde waarde die niet al te ver verwijderd is van de door de deskundige vastgestelde waarde, zal al snel vallen binnen de marge waarmee rekening dient te worden gehouden bij de beoordeling van een getaxeerde waarde. In een dergelijk geval wordt aan de schadebegroting niet toegekomen omdat de taxateur geen beroepsfout gemaakt heeft en derhalve niet onrechtmatig heeft gehandeld.

5. **Slotopmerkingen**

Uit artikel 6:97 BW volgt dat de rechter een grote mate van vrijheid toekomt bij de begroting van de schade. Deze vrijheid gaat mijns inziens echter niet zover dat de rechter, in een door de bank geëntameerde aansprakelijkheidsprocedure tegen een taxateur, voorbij kan gaan aan de door de Hoge Raad gehanteerde uitgangspunten bij schadebegroting in beroepsaansprakelijkheidszaken. Er mag voor partijen geen onzekerheid bestaan over de schadebegrotingsmethodiek die de rechter hanteert bij een beroepsfout van de taxateur. De schade dient begroot te worden op de wijze die de Hoge Raad voorstaat.

11. Zie R.A.D. Blaauw, ‘Aansprakelijkheid van de taxateur van onroerende zaken’, *BR* 2010/139, afl. 9, p. 736.