

# Actualia

## contractspraktijk

## De bemiddelaar onbemiddeld?

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard\*

### 1. Inleiding

In huurdersland was het al enige tijd een hot topic: (doorgaans) makelaars die potentiële huurders en verhuurders met elkaar in verbinding brengen en bemiddelen bij het tot stand brengen van een huurovereenkomst in ruil voor een vergoeding van beide partijen.<sup>1</sup> Mag dat? Of mag van slechts een van de partijen (de verhuurder) een betaling worden verkregen?

Over dit onderwerp werden door de Haagse kantonrechter op 12 februari 2015 prejudiciële vragen gesteld. Deze vragen werden door de Hoge Raad op 16 oktober 2015 beantwoord.<sup>2</sup> Het arrest bevat een aantal voor de contractspraktijk interessante overwegingen. Zo gaat de Hoge Raad uitgebreid in op de kwalificatie van bemiddeling. Ook kan het arrest gevolgen hebben voor het consumentenrecht. Op deze elementen ga ik in deze bijdrage nader in.

### 2. Bemiddeling: gij zult in beginsel niet twee heren dienen

De bemiddelingsovereenkomst is wettelijk geregeld in de artikelen 7:425 tot en met 7:427 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Bemiddeling is gedefinieerd als de overeenkomst van opdracht waarbij de opdrachtnemer als

tussenpersoon voor de opdrachtgever werkzaam is bij het tot stand brengen van één of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden, aldus artikel 7:425 BW. Deze definitie brengt met zich dat de bemiddelingsovereenkomst een species van de overeenkomst van opdracht in de zin van artikelen 7:400 e.v. BW is.<sup>3</sup> Enkele bekende voorbeelden van bemiddelaars zijn makelaars, artiestenbemiddelaars, headhunters en arbeidsbureaus.<sup>4</sup>

De bemiddelaar verricht in de regel vooral feitelijke handelingen. Tot het aangaan van rechtshandelingen namens de opdrachtgever is hij niet bevoegd, tenzij hem een last is verstrekt in de zin van artikelen 7:414 e.v. BW of een volmacht in de zin van artikelen 3:60 e.v. BW.<sup>5</sup> Echter, een bemiddelaar die een boodschap van zijn opdrachtgever verkeerd overbrengt, kan daarmee zijn opdrachtgever wel binden. Dit volgt uit artikel 3:37 lid 4 BW. Men denke hierbij aan het voorbeeld van de makelaar die als tegenbod namens zijn opdrachtgever formuleert: ‘€ 350.000 kosten koper’, waarbij zijn opdrachtgever hem als instructie heeft gegeven: ‘minimale prijs: € 365.000 kosten koper’. In dat geval is de opdrachtgever jegens de derde in beginsel gebonden aan de uitlating van de makelaar.<sup>6</sup>

Het staat buiten kijf dat de bemiddelaar bij de uitoefening van de bemiddelingsovereenkomst de zorg van een goed opdrachtnemer in de zin van artikel 7:401 BW in acht moet nemen.<sup>7</sup>

Een van de heikele punten is of aanspraak op loon een constitutief vereiste is voor de bemiddelingsovereenkomst. Een strikte lezing van artikel 7:425 BW dwingt tot die conclusie door de opname van de woorden ‘tegen loon’. Een dergelijke bepaling ontbreekt immers in de

115

\* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. J.J. Dammingh, Bemiddelingscourtage bij verhuur van woonruimte, WR 2014/97, al. 1.  
2. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (Duinzigt).

3. In deze zin ook: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV (2014), nr. 304.

4. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV (2014), nr. 303.

5. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV (2014), nr. 305.

6. Vgl. over artikel 3:37 lid 4 BW nader: D.F. Spoorans, De bode als blinde vlek in het contractenrecht, Contracteren 2013/2, p. 52-58.

7. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV (2014), nr. 305.

definitiebepaling van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 lid 1 BW), in die van lastgeving (art. 7:414 lid 1 BW) en in die van geneeskundige behandeling (art. 7:446 lid 1 BW). Ten aanzien van de agentuurovereenkomst lijkt de beloning als constitutief vereiste te gelden (art. 7:428 lid 1 BW).<sup>8</sup>

De opname van de term ‘tegen loon’ in artikel 7:425 BW is echter een wetstechnische overweging geweest. Het oorspronkelijke ontwerp van de afdeling over de bemiddelingsovereenkomst kende uitsluitend de huidige artikelen 7:425 en 7:426 BW. Aangenomen wordt – en de Hoge Raad bevestigt dat in zijn arrest van 16 oktober 2015, dat onderwerp van deze Actualia vormt – dat ook een bemiddelingsovereenkomst ‘om niet’ als bemiddelingsovereenkomst kan worden gekwalificeerd.<sup>9</sup>

Uitgangspunt bij bemiddeling is dat het dienen van twee heren niet kan plaatsvinden. Artikel 7:427 BW verwijst voor dit doel naar de lastgevingsbepaling van artikel 7:417 BW. Deze verwijzing brengt de volgende plichten met zich:

- indien de bemiddelaar voor zowel de opdrachtgever als de derde optreedt, moet de inhoud van de (rechts)handeling zo nauwkeurig vaststaan dat een belangenconflict is uitgesloten (art. 7:417 lid 1 BW);
- indien de opdrachtgever een consument is, moet hij er schriftelijk mee instemmen dat de bemiddelaar voor zowel hem als de derde optreedt (art. 7:417 lid 2 BW);
- de sanctie op het niet voldoen aan de voorgaande punten is het verlies van het recht op loon (art. 7:417 lid 3 BW);
- indien de bemiddeling betrekking heeft op de koop of verkoop, dan wel de huur of verhuur van een onroerende zaak (althans een gedeelte daarvan of van een recht waaraan de zaak is onderworpen)<sup>10</sup> en de koper/huurder een consument is, heeft de bemiddelaar geen recht op loon van de koper/huurder (art. 7:417 lid 4 BW).<sup>11</sup>

Deze laatste bepaling is als artikel 1843a BW (oud) ingevoerd om dubbele courtage tegen te gaan. Door deze bepaling mocht uitsluitend courtage worden geheven van de verhuurder/verkoper. Een dergelijke benadering komt ook voor in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi). Artikel 3 lid 1 Waadi bepaalt dat bij arbeidsbemiddeling geen tegenprestatie van de werkzoekende mag worden gevraagd.

### 3. Bemiddeling in de woninghuur

In het arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 2015 ging het in het kort om het volgende. Duinzigt bemiddelt in de huur en verhuur van woningen. Eind 2013 heeft Duinzigt met Schildewoud Vastgoed C.V. een bemiddelingsovereenkomst gesloten, krachtens welke Schildewoud aan Duinzigt niet-exclusieve toestemming geeft woonruimte te publiceren op (onder meer) haar website en dat Schildewoud geen vergoeding verschuldigd is. Een huurder vindt een van de aangeboden woningen en neemt contact op met Duinzigt. De huurder moest zich eerst als woningzoekende bij Duinzigt inschrijven. De inschrijving gaat gepaard met algemene voorwaarden die in artikel 17 bepalen dat een eenmalige courtage verschuldigd is gelijk aan één maand huur indien via Duinzigt een woning wordt gehuurd.

Daar komt bij dat Duinzigt huurder en verhuurder van elkaar afschermt en dat dus de enige manier voor de huurder om aan de woning te geraken is via bemiddeling door Duinzigt. In de procedure in cassatie staan – voor zover voor deze bijdrage van belang – twee vragen centraal:<sup>12</sup>

1. Is loon een constitutief vereiste voor bemiddeling?
2. Wat onderscheidt bemiddeling van een andere overeenkomst?

Op de eerste vraag antwoordt de Hoge Raad dat het recht op loon geen constitutief vereiste voor de bemiddelingsovereenkomst is. Ook een bemiddeling ‘om niet’ kan als bemiddelingsovereenkomst in de zin van de wet worden beschouwd.<sup>13</sup> Dit ligt tevens vevat in een wetsontwerp dat voorziet in wijziging van de artikelen 7:417 lid 4 BW en 7:427 BW. De voorgestelde wijziging van de laatste volzin van artikel 7:417 lid 4 BW luidt: ‘Van deze bepaling kan niet ten nadele van de koper of huurder worden afgeweken, ongeacht of de verkoper of verhuurder ter zake van de door hem gegeven last loon is verschuldigd.’ De voorgestelde toevoeging aan artikel 7:427 BW luidt: ‘De artikelen 417 en 418 zijn mede van overeenkomstige toepassing, indien de tussenpersoon geen recht op loon heeft.’

De gedachte achter die wetswijziging is dat artikel 7:417 lid 4 BW ook van toepassing is indien de bemiddelaar van de verhuurder of verkoper geen loon zal ontvangen.<sup>14</sup> Als dat voorstel wet wordt, zal het ertoe leiden dat de bemiddelaar in een dergelijk geval geen aanspraak op loon heeft: jegens de verhuurder/verkoper niet omdat het recht op loon contractueel is uitgesloten, en jegens de huurder/koper niet op grond van artikel 7:417 lid 4 BW.

8. Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV (2014), nr. 345 e.v.

9. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (Duinzigt), r.o. 4.4.4 met vindplaatsen, alsmede de conclusie van A-G Wuisman voor dit arrest, ECLI:NL:PHR:2015:1713, al. 5.2. met vindplaatsen. Vgl. voorts Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV (2014), nr. 304

10. Hiermee wordt ook de verkoop van een appartementsrecht gedekt.

11. Van dit laatste kan niet ten nadele van de consument worden afgeweken, tenzij het – kort gezegd – de huur van een kamer betreft.

12. Ik laat hier r.o. 3 van het arrest van de Hoge Raad onbesproken, waar de Hoge Raad de procespraktijk een vingerwijzing geeft, in die zin dat een rechter die voornemens is prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, eerst partijen in de gelegenheid moet stellen zich over de voorgenomen vragen uit te laten.

13. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (Duinzigt), r.o. 4.4.4.

14. Kamerstukken II 2014/15, 34207, 3 (MvT), p. 4-5.

Op de tweede vraag antwoordt de Hoge Raad dat artikel 7:417 lid 4 BW niet overeenkomstig van toepassing is indien de beheerder van de website uitsluitend als elektronisch prikbord functioneert en de aspirant-huurder en aspirant-verhuurder niet van elkaar afschermt en het niet onmogelijk maakt dat deze twee aspiranten rechtstreeks met elkaar in contact treden.<sup>15</sup> De Hoge Raad motiveert dit oordeel niet. Uit de bewoordingen van het oordeel blijkt ook niet of in een dergelijk geval geen sprake is van een bemiddelingsovereenkomst of dat dan uitsluitend artikel 7:417 lid 4 BW niet van toepassing is. A-G Wuisman concludeert dat in een dergelijk geval – waarin de beheerder van de website uitsluitend als elektronisch prikbord functioneert – geen sprake is van een bemiddelingsovereenkomst.<sup>16</sup> Gelet op het feit dat artikel 7:417 lid 4 BW in bemiddelingsrelaties uitsluitend door artikel 7:427 BW wordt getriggerd, vind ik dat een zuiverdere benadering. Het arrest van de Hoge Raad laat evenwel ruimte om ook het louter vermelden van de woning op de website als bemiddeling aan te merken.<sup>17</sup> Het is de vraag of dat de praktijk niet vertroebelt. Het zou eenvoudiger zijn geweest als de Hoge Raad ook had geoordeeld dat uitsluitend het bieden van een elektronisch prikbord geen bemiddeling oplevert. De achtergrond van de overweging is evenmin gegeven. Een uitvloeisel van de overweging is evenwel dat websites als funda.nl en marktplaats.nl buiten schot blijven en dat de beheerders van die websites niet als bemiddelaar zullen fungeren.

## 4. De consumentendimensie

Uit de conclusie van A-G Wuisman blijkt voorts dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) geoordeeld heeft dat de bemiddelingspraktijk van Duinzigt, die ook in het oordeel van de ACM strijdig was met artikel 7:417 lid 4 BW, een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b BW oplevert. Op 26 januari 2015 heeft de ACM aan Duinzigt ter zake een last onder dwangsom opgelegd.<sup>18</sup> Het onderwerp blijft bij de ACM op de radar.<sup>19</sup> Bedacht dient te worden dat de ACM op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming diverse bestuursrechtelijke dwangmiddelen kan inzetten jegens bemiddelaars, waaronder het opleggen van bestuurlijke boetes.<sup>20</sup>

15. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 (Duinzigt), r.o. 4.4.5.

16. Conclusie van A-G Wuisman voor dit arrest, ECLI:NL:PHR:2015:1713, al. 7.1. In gelijke zin: Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:11307; Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4571; Rb. Oost-Brabant 4 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5235.

17. In gelijke zin: Dammigh 2014; Rb. Amsterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:BZ6442; Rb. Noord-Nederland 2 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:25; Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:283.

18. Conclusie van A-G Wuisman voor dit arrest, ECLI:NL:PHR:2015:1713, al. 4.2.

19. <[www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14081/ACM-ziet-positieve-ontwikkelingen-in-markt-huurbemiddeling/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14081/ACM-ziet-positieve-ontwikkelingen-in-markt-huurbemiddeling/)>.

20. Art. 2.9 Whc.

Daarnaast is de constatering dat de bemiddeling in strijd met artikel 7:417 lid 4 BW een oneerlijke handelspraktijk oplevert, ook om een andere reden relevant. Een overeenkomst die als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, is op grond van artikel 6:193j lid 3 BW vernietigbaar.<sup>21</sup> Dit betekent dat de aspirant-huurder zijn overeenkomst met de bemiddelaar kan vernietigen, wat potentieel verder strekt dan uitsluitend de loonsanctie van artikel 7:417 lid 3 BW.

Naar mijn mening zou ook het niet vragen om schriftelijke toestemming in de zin van artikel 7:417 lid 2 BW als oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b lid 2 BW kunnen gelden. Het behoort in mijn visie tot de professionele toewijding van de bemiddelaar – zijn zorgplicht uit hoofde van artikel 7:401 BW – om de consument ook op dit onderdeel voor te lichten. Bovendien kan het nogal verschil maken voor de consument of de bemiddelaar uitsluitend voor hem optreedt of dat deze ook voor de verhuurder/verkoper optreedt. Ook het nalaten van het verstrekken van informatie over dit onderwerp zou dus tot vernietigbaarheid van de bemiddelingsovereenkomst over de boeg van artikel 6:193j lid 3 BW kunnen leiden.

Daarnaast moet de rechter op grond van Richtlijn 93/13 (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) ambtshalve ingrijpen indien in een business-to-consumer overeenkomst niet is onderhandeld over bedingen en deze de positie tussen de consument en de professional in voor de consument nadelige zin verstoren c.q. dreigen te verstoren. Daarbij komt het erop aan dat de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd; niet alleen juridisch en grammaticaal, maar ook economisch. De consument moet weten waar hij aan toe is. Een in economisch opzicht te onduidelijke bepaling – daaronder begrepen kernbedingen – zal daarom (ambtshalve getoetst door de rechter) moeten sneuvelen.<sup>22</sup>

## 5. Afronding

Het bemiddelingsrecht is weer een stap verder gebracht: loon is geen constitutief vereiste voor de bemiddelingsovereenkomst.

Voor de bemiddeling van woningen is thans helder: indien de bemiddelaar voor zowel de verkoper/verhuurder als voor de consument-koper/consument-huurder bemiddelt en niet toestaat dat de verkoper/verhuurder en consument-koper/consument-huurder zonder zijn interventie met elkaar onderhandelen, mag hij uitsluitend van de verkoper/verhuurder courtage ontvangen. Andersluidende afspraken binden niet en leveren moge-

21. Nader over deze bepaling: A.L.M. Keirse, Nieuws over europeanisering van het contractenrecht: de implementatie van de Richtlijn Consumentenrechten en vervolgstappen met het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, *Contracteren* 2014/2, p. 53-54.

22. Vgl. C.M.D.S. Pavillon, Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg, *TvC* 2014/4; HvJ EU 30 april 2014, zaaknr. C-26/13, n.n.g. (Kásler); HvJ EU 9 juli 2015, zaaknr. C-348/14, n.n.g. (Bucura/Bancpost); HvJ EU 23 april 2015, zaaknr. C-96/14, n.n.g. (Van Hove/CNP).

lijk een oneerlijke handelspraktijk die alsdan tot vernietigbaarheid van de overeenkomst tussen de bemiddelaar en de consument-koper/consument-huurder leidt.

Dit arrest betekent dat bemiddelaars van huurwoningen hun portefeuille van de afgelopen jaren kritisch tegen het licht moeten houden. Courtages die van consumenten-huurders zijn ontvangen, waarbij de bemiddelaar tevens voor de verhuurder optrad, moeten mogelijk worden terugbetaald. De verjaringstermijn is hier een issue. Artikel 7:417 lid 4 BW bepaalt dat de bemiddelaar jegens de consument-koper/consument-huurder geen recht heeft op loon. Betoogd kan worden dat in weerwil van dit artikel betaald loon onverschuldigd betaald is. In dat geval zou de verjaringstermijn van artikel 3:309 BW van toepassing zijn, dat bepaalt dat een verjaringstermijn van vijf jaar geldt, die aanvangt op de dag volgend op die waarop de schuldeiser met het bestaan van zijn vordering en de persoon van de ontvanger bekend is geworden. Castermans en Krans merken terecht op dat de in strijd met artikel 7:417 lid 4 BW gemaakte afspraak vernietigbaar is.<sup>23</sup> In dat geval zou het strijdige beding eerst vernietigd moeten worden, waarna aan onverschuldigde betaling wordt toegekomen. Voor vernietiging geldt een verjaringstermijn van drie jaar vanaf het moment dat de vernietiging ten dienste is komen te staan aan degene aan wie de bevoegdheid tot vernietigen toekomt. In dat geval zou ook de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling worden meegezogen door de verjaringstermijn die voor vernietiging staat.<sup>24</sup> De vraag (de beantwoording waarvan het bestek van dit artikel te buiten gaat) is derhalve of de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling los van de vernietiging van het contractuele beding kan bestaan.

Van voornoemde strenge regel is uitgezonderd de ‘bemiddelaar’ die een website beheert die uitsluitend als elektronisch prikbord fungeert waar verhuurder/verkoper en huurder/koper elkaar kunnen vinden. Initiatieven die doen denken aan funda en marktplaats. In dat geval dient de beheerder van de website in een eventuele procedure te stellen en bij betwisting te bewijzen dat hij de aspirant-verhuurder (verkoper) en de aspirant-huurder (koper) niet van elkaar afschermt en het hen niet onmogelijk maakt dat zij rechtstreeks, dus zonder zijn tussenkomst, met elkaar in contact treden om over de totstandkoming van een overeenkomst te onderhandelen.

In een dergelijk geval kan de beheerder van het elektronische prikbord van beide partijen een vergoeding vragen. Deze kan in beginsel gelijk lopen met de vergoeding voor een maandhuur. Deze benadering kent echter twee probleempunten: (a) het is niet duidelijk of huurder en verhuurder na onderhandeling een overeenkomst sluiten, en (b) de hoogte van de huur is onbekend. In dat geval is hanteerbaarder een vaste vergoeding voor adverteren te vragen. Het alternatief – als bemiddelaar ‘er tus-

sen blijven zitten’ – kan ook, maar in dat geval mag uitsluitend van de verhuurder een vergoeding worden gevraagd.

Voor welke optie ook gekozen wordt, de bemiddelaar doet er goed aan over de voorwaarden waaronder hij zijn diensten aanbiedt transparant te zijn en direct duidelijkheid te verschaffen. Dit voorkomt vervelende procedures bij kantonrechtters en sancties van de ACM.

23. A.G. Castermans & H.B. Krans, *T&C Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2013, art. 7:417 BW, aant. 5.

24. Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606, m.nt. JH (Amsing/Dijkstra).