

Het verbod op het in rekening brengen van bemiddelingskosten bij tweezijdige bemiddeling verduidelijkt

*Mr. K. Azghay en mr. Y.A. Rampersad**

1 Inleiding

Het onderwerp ‘bemiddelingskosten’ bij huur is een aanhoudend actueel onderwerp. Dit wordt onderstreept door de grote hoeveelheid aan lagere rechtspraak en literatuur op dit gebied. Deze rechtspraak is zeer diffuus: rechters oordeelden verschillend over de toelaatbaarheid van het in rekening brengen van bemiddelingskosten door een makelaar aan een consument-huurder.¹ Dit is opmerkelijk, omdat er in geval van tweezijdige bemiddeling een verbod geldt – dat al geruime tijd in de wet is gecodificeerd – op het in rekening brengen van bemiddelingskosten aan de consument-huurder.² De praktijk laat echter zien dat (in strijd met dit verbod) makelaars aan de lopende band bemiddelingskosten aan de consument-huurder in rekening brengen bij de (ver)huur van zelfstandige woonruimte. De Hoge Raad heeft zich op 16 oktober 2015, naar aanleiding van een prejudiciële vraag, voor het eerst uitgelaten over de toelaatbaarheid van deze werkwijze.³ De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad is maatschappelijk relevant vanwege de onduidelijkheid en rechtsonzekerheid in en de gevolgen voor de bemiddelingspraktijk. Daarnaast is er een wetsvoorstel aanhangig dat de knelpunten in de huidige praktijk beoogt te verduidelijken (hierna: het ‘Wetsvoorstel’).⁴

Teneinde het kader te schetsen voor de problematiek omtrent bemiddelingskosten wordt de volgende ‘klassieke’ wijze waarop huurovereenkomsten worden gesloten als uitgangspunt genomen. Een verhuurder komt met een makelaar overeen dat de verhuurder woningen die hij ter verhuur wil aanbieden om niet op de website van de makelaar mag plaatsen. Om zijn interesse in een bepaalde woonruimte kenbaar te maken, dient de aspirant-huurder zich op de website van de makelaar in te schrijven en de algemene voorwaarden van de makelaar te accepteren. Daarmee komt een zogenoemde ‘zoekopdracht-overeenkomst’ tot stand tussen de aspirant-huurder en de makelaar, inhoudende de opdracht van de aspirant-huurder aan de makelaar om een geschikte huurwoning voor hem te vinden en te bemiddelen bij de totstandkoming van een huurovereenkomst. In feite komen er dus twee bemiddelingsovereenkomsten tot stand, namelijk tussen de verhuurder en de makelaar en tussen de makelaar en de aspirant-huurder. Er is dan sprake van tweezijdige bemiddeling (‘het dienen van twee heren’, zoals bedoeld in art. 7:417 lid 4 BW). De huurder en verhuurder worden gedurende dit proces van elkaar afgeschermd door de makelaar. De aspirant-huurder sluit vervolgens door tussenkomst van de makelaar een huurovereenkomst met de verhuurder. Deze makelaar presenteert zichzelf als bemiddelaar en brengt voor zijn werkzaamheden, hoe marginaal ook, bemiddelingskosten ter hoogte van één maand huur in rekening bij de huurder. Het gaat hierbij overigens uitsluitend om een consument-huurder⁵ die zelfstandige woonruimte⁶ huurt op de particuliere woningmarkt.

Overigens, als er sprake is van eenzijdige bemiddeling waarbij de makelaar enkel bemiddelt ten behoeve van de aspirant-huurder, dan kan art. 7:264 lid 2 BW de aspirant-huurder bescherming bieden als er een ‘niet-redelijk voordeel’ wordt bedongen door een derde (i.e. de makelaar). Hierop komen we later in deze bijdrage nog terug.

* Mr. K. Azghay was ten tijde van het schrijven van dit artikel werkzaam als advocaat bij de sectie Dispute Resolution van Houthoff Buruma te Rotterdam. Mr. Y.A. Rampersad is als Professional Support Lawyer werkzaam bij de sectie Dispute Resolution van Houthoff Buruma te Rotterdam. Na afronding van dit artikel (8 februari 2016) is verschenen J.J. Dammingh, Bemiddelingscourtagage bij de huur van woonruimte: de Hoge Raad heeft duidelijkheid verschaft!, TvC 2016, p. 31-38. Om die reden hebben wij zijn bijdrage niet kunnen meenemen in ons artikel.

1. Zie voor een bespreking van enkele vonnissen A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, randnr. 6.2.
2. Zie art. 7:427 BW jo. 7:417 lid 4 BW, gecodificeerd sinds 1990 (Wet van 4 juli 1990, Stb. 390). Ingevolge de schakelbepaling van art. 7:427 BW is het verbod van art. 7:417 lid 4 BW ook van toepassing op de bemiddelingsovereenkomst.
3. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099. Zie over deze prejudiciële beslissing ook J.H.M. Spanjaard, De bemiddelaar onbemiddeld?, Contracteren 2015, p. 115-118.
4. Wetsvoorstel Wijziging van artikel 417, vierde lid, en van artikel 427 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het tegengaan van het berekenen van dubbele bemiddelingskosten (Kamerstukken II 2014/15, 34207. Zie ook Stb. 2016, 20.

5. Een consument-huurder is een natuurlijk persoon die de huurovereenkomst niet is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, zie ook art. 7:408 lid 3 BW en A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, randnr. 5.4.
6. Onder zelfstandige woonruimte wordt verstaan de woning die een eigen toegang heeft en die de bewoner kan bewonen zonder daarbij afhankelijk te zijn van wezenlijke voorzieningen buiten de woning (art. 7:234 BW).

Wij stellen ons op het standpunt dat de Hoge Raad vooral duidelijkheid heeft geschapen ten aanzien van de hiervoor beschreven ‘klassieke’ situatie, maar dat niet alle vragen die beantwoording behoeven ook zijn beantwoord. In dat licht zullen wij de prejudiciële beslissing in een bredere context bespreken. In paragraaf 2 wordt het toepasselijke wettelijk kader (zowel art. 7:417 lid 4 BW als art. 7:264 lid 2 BW) inclusief het Wetsvoorstel behandeld. In paragraaf 3 worden de feiten en het procesverloop die hebben geleid tot de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad besproken. In paragraaf 4 volgen enkele praktische beschouwingen naar aanleiding van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad. In paragraaf 5 sluiten wij af met een conclusie.

2 Wettelijk kader

2.1 *Oprichting, lastgeving en bemiddeling*

Zowel de lastgevingsovereenkomst (art. 7:414 BW) als de bemiddelingsovereenkomst (art. 7:425 BW) is een species van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW). Bij een overeenkomst van opdracht verbindt de opdrachtnemer zich jegens de opdrachtgever – anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst – werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. In geval van een lastgevingsovereenkomst verbindt de lasthebber zich jegens de lastgever om voor rekening van de lastgever één of meer *rechtshandelingen* te verrichten.⁷ Daarbij kan gedacht worden aan de last tot het *sluiten* van een huurovereenkomst. Dit is anders bij een bemiddelingsovereenkomst, waarbij de opdrachtnemer zich tegenover de opdrachtgever verbindt om tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het *tot stand brengen* (een feitelijke handeling) van één of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden. Daarbij zij opgemerkt dat ‘loon’ geen vereiste is voor de totstandkoming van een bemiddelingsovereenkomst, maar dit element is opgenomen om wetstechnische redenen.⁸ Een opdracht aan een makelaar tot bemiddeling houdt geen volmacht aan die makelaar in tot het sluiten van een huurovereenkomst, hoewel dat wel – bij voorkeur schriftelijk – overeengekomen kan worden.⁹

In het kader van (ver)huur van woonruimte door middel van lastgeving of bemiddeling¹⁰ kan onder omstandigheden sprake zijn van het ‘dienen van twee heren’, zoals bedoeld in art. 7:417 BW. De makelaar treedt in zo’n geval op voor zowel de verhuurder als de (potentiële) huurder. De partijen (lastgevers) voor wie de makelaar (lasthebber/tussenpersoon)

optreedt, hebben ‘van nature’¹¹ tegenstrijdige belangen, omdat de huurder graag een zo laag mogelijke huurprijs wil bedingen en de verhuurder juist een zo hoog mogelijke huurprijs. Dit is echter niet bezwaarlijk als de inhoud van de rechtshandeling (of in geval van bemiddeling: de activiteit of bemiddeling¹²) zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van beide lastgevers is uitgesloten (art. 7:417 lid 1 BW). Is de lastgever een consument (vgl. art. 7:408 lid 3 BW), dan wordt hij beschermd door art. 7:417 lid 2 BW: de lasthebber die ook optreedt voor de wederpartij behoeft schriftelijke toestemming van de lastgever die consument is. Handelt een lasthebber in strijd met het in art. 7:417 lid 1 en 2 BW bepaalde, dan heeft hij geen recht op loon (art. 7:417 lid 3 BW).¹³

2.2 *Bescherming huurder bij tweezijdige bemiddeling:* *art. 7:417 lid 4 BW*

Als er sprake is van het ‘dienen van twee heren’, dan wordt de huurder van woonruimte (onder meer) beschermd door art. 7:417 lid 4 BW.¹⁴ Deze bepaling verbiedt het in rekening brengen van bemiddelingskosten bij de huurder als de lasthebber/tussenpersoon in opdracht van beide partijen bemiddelt inzake de (ver)huur van (een gedeelte van) een onroerende zaak en een van de partijen een particulier is.¹⁵ In dat geval heeft de lasthebber/tussenpersoon jegens de huurder geen recht op loon.¹⁶ Op de woningmarkt zal in de meeste gevallen de huurder een particulier zijn.¹⁷ Deze bepaling is van dwingend recht, tenzij het gaat om de (ver)huur van etages of kamers, zoals in geval van studentenhuusvesting (vgl. art. 7:417 lid 4, tweede zin BW).

2.3 *Wijzigingen ten gevolge van het Wetsvoorstel*

Zoals hiervoor aangegeven bestaat de ruimte om in geval van (ver)huur van etages of kamers af te wijken van art. 7:417 lid 4 BW. Het eerder genoemde Wetsvoorstel¹⁸ beoogt daar verandering in te brengen. Blijkens de memorie van toelichting¹⁹ bij het Wetsvoorstel was het doel van deze uitzondering continuering van het werk van doorgaans niet-commerciële bemiddelingsbureaus voor verhuur van kamers. Men vreesde dat verhuurders deze bemiddelingsbureaus niet meer zouden inschakelen als zij zelf alle bemiddelingskosten zouden moeten dra-

7. Zie Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV 2014/225.

8. TM, p. 1101. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV 2014/307 en Castermans & Krans, T&C Burgerlijk Wetboek 2015, art. 7:426 BW, aant. 2.

9. Zie Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV 2014/305-306 en HR 9 augustus 2002, NJ 2002/543, r.o. 3.8. Zie ook A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, randnr. 5.1.

10. Via de schakelbepaling van art. 7:427 BW zijn de art. 7:417 en 7:418 BW overeenkomstig van toepassing op bemiddelingsovereenkomsten.

11. Zie C.M.H. Vlaanderen & J.J. Dammingh, Is het in rekening brengen van bemiddelingscourtage aan een huurder van woonruimte toelaatbaar?, Tijdschrift Huurrecht in Praktijk 2014/8, p. 11.

12. Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV 2014/317.

13. Zie Castermans & Krans, T&C Burgerlijk Wetboek 2015, art. 7:417 BW, aant. 3.

14. Art. 7:417 lid 4 BW geldt ook in geval van koop of verkoop van een onroerende zaak. Wij beperken ons in deze bijdrage echter tot de (ver)huur van woonruimte.

15. Zie J.J. Dammingh, Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken, Deventer: Kluwer 2002, p. 335-336 en Kamerstukken II 1985/86, 19385, 3, p. 3-6.

16. Dit geldt overigens ook als de verhuurder een particulier is en de huurder in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt, zie Asser/Tjong Tjin Tai, 7-IV 2014/241.

17. Zie hierover ook Dammingh 2002, p. 336, voetnoot 93.

18. Zie over het Wetsvoorstel ook J.J. Dammingh, Bemiddelingscourtage bij de verhuur van woonruimte, Tijdschrift voor Huurrecht 2014/97, par. 4.

19. Kamerstukken II 2014/15, 34207, 3.

gen, en dat zij hun kamers dan zelf te huur zouden aanbieden. Het gevolg daarvan zou versnippering van de wijze van aanbieden van geschikte woonruimte voor deze groep gegadigden zijn, waardoor vraag en aanbod niet meer eenvoudig bij elkaar zouden komen. Dit zou uit een oogpunt van volkshuisvestingsbeleid een ongewenste ontwikkeling zijn.²⁰ Tegenwoordig bestaat er geen goede reden meer om deze wettelijke uitzondering te behouden, omdat verhuurders hun kamers via internet kunnen aanbieden, zodat het risico van het niet bereiken van de gegadigden geen gewicht meer in de schaal legt. Daarnaast blijkt uit de memorie van toelichting dat er 'ernstig te nemen klachten [zijn] over excessieve vergoedingen voor deze bemiddelingskosten', waardoor er op aangedrongen is deze uitzondering te laten vallen.²¹ Dit heeft als gevolg dat ook deze groep huurders van wie geen grote draagkracht mag worden verwacht²² de bescherming van art. 7:417 lid 4 BW kan gaan genieten. Als het Wetsvoorstel tot wet wordt verheven²³ dan wordt daarmee het bereik van art. 7:417 lid 4 BW aldus verruimd.

De tweede wetswijziging die het Wetsvoorstel beoogt, is het toevoegen aan art. 7:427 BW van de zin: 'De artikelen 417 en 418 zijn mede overeenkomstig van toepassing, indien de tussenpersoon geen recht op loon heeft.' Aanleiding voor het verduidelijken van de wettelijke regeling is dat bij een deel van de bemiddelaars misverstand bestaat – althans dat was zo tot aan de onderhavige prejudiciële beslissing van de Hoge Raad – over de inhoud van de huidige regeling:

'Ten onrechte veronderstelt men echter dat het huidige recht wel toestaat eenzijdig bemiddelingskosten in rekening te brengen bij de consument-huurder of de consument-koper, als men maar geen loon bij de verkoper/verhuurder in rekening brengt, en men gedraagt zich ook daarnaar. Uit de consultatie blijkt dan ook dat men nu in de praktijk veelal in strijd handelt met de bestaande dwingendrechtelijke regeling in artikel 7:417 lid 4 door in geval van lastgeving door de verhuurder bemiddelingskosten onder verschillende benamingen toch bij de huurder in rekening te brengen.'²⁴

Zoals uit de memorie van toelichting blijkt, gaat het in dit geval slechts om een verduidelijking van bestaande regelgeving: het element 'loon' uit art. 7:425 BW is geen vereiste voor de totstandkoming van een bemiddelingsovereenkomst.²⁵

De beoogde wetswijziging brengt in feite dus geen verandering met zich mee.

2.4 Bescherming huurder bij eenzijdige bemiddeling: art. 7:264 lid 2 BW

Naast de bescherming die een huurder kan invoeren op grond van art. 7:427 jo. 7:417 lid 4 BW, bestaat er een andere dwingendrechtelijke bepaling die de huurder van woonruimte mogelijk ook bescherming kan bieden, namelijk art. 7:264 lid 2 BW:

'Elk in verband met de totstandkoming van een zodanige huurovereenkomst gemaakt beding, voorzover daarbij door of tegenover een derde enig niet redelijk voordeel wordt overeengekomen, is nietig.'

Met 'derde' wordt in dit verband de makelaar bedoeld, door wie een voordeel (bemiddelingskosten) is bedongen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat partijen bij het aangaan van een huurovereenkomst in beginsel vrij zijn om een voordeel voor zichzelf te bedingen zonder dat daar een prestatie tegenover staat, maar dat art. 7:264 BW grenzen stelt aan die vrijheid, om de partijen tegen misstanden bij het aangaan van een huurovereenkomst te beschermen.²⁶ Daarbij moet – volgens de Hoge Raad – met name gedacht worden aan het geval waarin bij het aangaan van de huurovereenkomst de ene partij (doorgaans de aspirant-huurder) ten opzichte van de andere partij niet in een voldoende gelijkwaardige positie verkeert om te voorkomen dat een dergelijk door die wederpartij voorgesteld beding in de huurovereenkomst wordt opgenomen. De Hoge Raad hanteert als uitgangspunt dat van een 'niet redelijk voordeel' sprake is indien tegenover het bedongen voordeel geen of een verwaarloosbare tegenprestatie staat.²⁷

Een makelaar bedingt doorgaans een vergoeding die (ongeveer) gelijk staat aan de met de verhuurder overeengekomen huurprijs per maand.²⁸ Deze vergoeding is bedoeld voor de door de makelaar verrichte werkzaamheden.²⁹ Het bedingen van een vergoeding ter hoogte van de overeengekomen huurprijs per maand door de makelaar kwalificeert onzes inziens al gauw als een 'niet redelijk voordeel' voor een derde zoals bedoeld in art. 7:264 lid 2 BW.³⁰ In dit kader achten Vlaanderen en Damingh het – naar ons idee, terecht – aannemelijk

20. Kamerstukken II 2014/15, 34207, 3, p. 3-4.

21. Kamerstukken II 2014/15, 34207, 3, p. 4.

22. Kamerstukken II 2014/15, 34207, 3, p. 4.

23. De Tweede Kamer heeft het Wetsvoorstel op 29 oktober 2015 als hamerstuk afgedaan. De Eerste Kamer heeft het Wetsvoorstel op 22 december 2015 als hamerstuk afgedaan. De wet is op 13 januari 2016 gepubliceerd in het Staatsblad (Stb. 2016, 20). Het moment van inwerkingtreding is nog niet bepaald.

24. Kamerstukken II 2014/15, 34207, 2, p. 3.

25. Zie TM, p. 1101. Zie ook Damingh 2002, p. 77 en A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, randnr. 5.2.

26. Kamerstukken II 1976/77, 14175, 3, p. 31.

27. HR 6 april 2012, NJ 2012/232, r.o. 3.5 (Stichting Ymerc/Bewonersvereniging Nellestein).

28. Zie bijvoorbeeld de algemene voorwaarden van Living Today: <www.livingtoday.nl/nederlands/algemene-voorwaarden> (laatstelijk geraadpleegd op 8 februari 2016). In art. 6.1 bedingt Living Today als vergoeding voor succesvolle bemiddeling een vergoeding ter hoogte van de huurprijs van een maand, die bovendien wordt vermeerderd met 21% btw. In art. 6.4 beoogt Living Today overigens af te wijken van de dwingendrechtelijke bepaling van art. 7:264 lid 2 BW, door te bedingen dat restitutie van de bemiddelingsvergoeding na mondelinge of schriftelijke acceptatie van een huurwoning niet meer mogelijk is.

29. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan het organiseren van een bezichtiging, een kennismakingsgesprek en sleuteloverdracht.

30. Zie recent Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5438.

dat, in een geval zoals hiervoor beschreven, sprake is van een onvoldoende gelijkwaardige situatie en het bedongen voordeel derhalve niet in een redelijke verhouding staat tot de daarvoor te verrichten tegenprestatie:

‘Op de huurmarkt is de vraag naar woonruimte immers zoveel groter dan het aanbod, dat huurders vaak geen andere keus hebben dan akkoord te gaan met de verschuldigdheid van een courtage die niet in een redelijke verhouding staat tot (de omvang van) de te verrichten bemiddelingswerkzaamheden.’³¹

Indien de makelaar zowel voor verhuurder als huurder bemiddelt, zoals bedoeld in art. 7:417 lid 4 BW, en hij daarvoor een bedrag ter hoogte van een maand huur als loon bedingt bij de huurder, dan is er tevens sprake van een ‘niet redelijk voordeel’ zoals bedoeld in art. 7:264 lid 2 BW.³² In dat geval wordt de huurder echter reeds voldoende beschermd door art. 7:417 lid 4 BW en is een beroep op art. 7:264 lid 2 BW overbodig. Vóór de hierna te bespreken prejudiciële beslissing van de Hoge Raad deed de huurder (als eisende partij) er verstandig aan om voor twee ankers te gaan liggen (primair een beroep op art. 7:417 lid 4 BW en subsidiair een beroep op art. 7:264 lid 2 BW), omdat tweezijdige bemiddeling door rechters niet altijd werd aangenomen in het geval waarin een huurder via de website van en door tussenkomst van een makelaar een huurovereenkomst sloot. Met zijn prejudiciële beslissing maakt de Hoge Raad duidelijk dat in een dergelijk geval sprake is van tweezijdige bemiddeling waardoor art. 7:417 lid 4 BW van toepassing is en de huurder als gevolg daarvan bescherming geniet.

Art. 7:264 lid 2 BW kan de huurder mogelijk nog wel bescherming bieden als er geen sprake is van tweezijdige bemiddeling, bijvoorbeeld in het geval dat de aspirant-huurder zelf een makelaar benadert en de makelaar op zoek gaat naar een geschikte woning die niet in zijn portefeuille zit en niet op zijn website staat. In dat geval bemiddelt de makelaar enkel voor de huurder en is er dus geen sprake van tweezijdige bemiddeling. Indien de makelaar hierbij een ‘niet redelijk voordeel’ zoals bedoeld in art. 7:264 lid 2 BW bedingt bij de huurder, dan kan de huurder zich in rechte beroepen op terugbetaling van (een deel van) de bemiddelingskosten.

3 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099: feiten en procesverloop

Zoals gezegd heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgesproken over de toelaatbaarheid van het in rekening brengen van bemiddelingskosten bij tweezijdige bemiddeling. Hierna volgt een bespreking van de feiten, het procesverloop en de uit-

komst die tot deze prejudiciële beslissing van de Hoge Raad hebben geleid.

3.1 Casus

Duinzigt Woonservices B.V. (‘Duinzigt’), een bemiddelingsbureau, heeft een overeenkomst gesloten met Schildewoud Vastgoed CV (‘Schildewoud’), een verhuurder van woonruimte. Duinzigt en Schildewoud zijn onder meer overeengekomen dat Duinzigt de woonruimte van Schildewoud mag presenteren aan aspirant-huurders op haar website (of anderszins), zonder dat Schildewoud een tegenprestatie (lees: geldelijke vergoeding) is verschuldigd aan Duinzigt. Een particulier, aspirant-huurder, komt op de website ‘www.pararius.nl’³³ een interessante woning tegen. Vervolgens krijgt de aspirant-huurder een e-mail van Pararius waarin wordt aangegeven direct contact op te nemen met Duinzigt, voor de ‘meeste kans op succes’. De aspirant-huurder doet dit en wordt geïnformeerd dat een bezichtiging pas mogelijk is na inschrijving als woningzoekende bij Duinzigt. Teneinde de inschrijving te voltooien, dient de aspirant-huurder de algemene voorwaarden van Duinzigt te accepteren. In die algemene voorwaarden is opgenomen dat de aspirant-huurder bemiddelingskosten ter hoogte van één maand huur is verschuldigd aan Duinzigt indien er een huurovereenkomst tot stand komt via haar tussenkomst.

Er komt vervolgens een huurovereenkomst tot stand tussen (aspirant-)huurder en Schildewoud. Duinzigt brengt daarna bemiddelingskosten ad € 867,50³⁴ in rekening bij de huurder, die door de huurder worden voldaan. Vervolgens vordert de huurder in rechte³⁵ de betaalde vergoeding terug. De huurder baseert zijn vordering op zowel art. 7:264 lid 2 BW dat ziet op de nietigheid van een beding waarmee een ‘niet redelijk voordeel’ wordt bedongen als op art. 7:417 lid 4 BW, dat ziet op het dienen van twee heren en het, als gevolg daarvan, ongeoorloofd in rekening brengen van bemiddelingskosten bij de huurder. Duinzigt voert verweer tegen deze stellingen en verzoekt de kantonrechter om een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad.

3.2 Prejudiciële procedure

Sinds 1 juli 2012 kan een lagere rechter in elke stand van het geding en op verzoek van een procespartij dan wel ambtshalve prejudiciële vragen stellen aan de Hoge Raad. Het kader en de voorwaarden hiervoor zijn vastgelegd in art. 392 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Kort en goed moet het gaan om een rechtsvraag die beantwoording behoeft en rechtstreeks van belang is, ofwel:

- a. voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen (lid 1 sub a); of

31. Vlaanderen & Dammingh 2014, p. 12.

32. Zie bijv. Rb. Noord-Nederland 2 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:25, r.o. 3.8 en 3.12, Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:283, r.o. 3.3 en 3.8, Rb. Den Haag 24 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18614, r.o. 10 en Rb. Amsterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ6442, r.o. 3.3.

33. Pararius is, naar eigen zeggen, dé grootste onafhankelijke website voor vraag en aanbod van huurwoningen in Nederland.

34. Inclusief administratie- en inschrijvingskosten.

35. Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1437.

- b. voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet (lid 1 sub b).

In de voorliggende casus gaat het om de tweede variant.³⁶ Duinzigt legt, terecht, aan haar vordering ten grondslag dat lagere rechters verschillend oordelen over soortgelijke 'bemiddelingsvragen' met als gevolg onduidelijkheid en rechtsonzekerheid over het acceptabele speelveld en bijbehorende spelregels voor bemiddelaars. Ondanks het standpunt van de huurder dat het stellen van een prejudiciële vraag niet nodig is, gelet op het aanhangige Wetsvoorstel en de inmiddels gewijzigde werkwijze van diverse bemiddelingsbureaus, is de kantonrechter toch overgegaan tot het stellen van een prejudiciële vraag. De Hoge Raad heeft de prejudiciële vraag beantwoord in zijn prejudiciële beslissing van 16 oktober 2015.³⁷

3.3 Prejudiciële vraagstelling aan de Hoge Raad

De prejudiciële vraag (die in drie subvragen is onder te verdelen) die aan de Hoge Raad werd voorgelegd, luidde als volgt:³⁸

'[a] Kwalificeert de overeenkomst, al dan niet op schrift, waarbij een verhuurder met een huurbemiddelaar is overeengekomen dat deze verhuurder om niet, op een website van de huurbemiddelaar, de woonruimte of woonruimten, die deze verhuurder wenst te verhuren, vrijblijvend mag plaatsen en dat na plaatsing op deze website voor een ieder kenbaar is dat deze woonruimte of woonruimten, althans vooralsnog, te huur [is/] zijn als een lastgevingsovereenkomst tussen de verhuurder en de huurbemiddelaar als bedoeld in artikel 7:414 BW en/of als een bemiddelingsovereenkomst tussen de verhuurder en de huurbemiddelaar als bedoeld in artikel 7:425 BW, zodat artikel 7:417 lid 4 BW in samenhang met artikel 7:427 BW van toepassing is?

[b] Maakt het voor de beantwoording van deze vraag nog verschil uit of de huurbemiddelaar zelf actief de verhuurder benadert met het verzoek of hij/zij nog woonruimte te huur heeft die de huurbemiddelaar op zijn website wil plaatsen of dat de verhuurder aan de huurder³⁹ meldt wanneer woonruimte op de website van de huurbemiddelaar kan worden geplaatst?

[c] Maakt het voor de beantwoording van deze vraag voorts nog verschil uit of de huurbemiddelaar in de advertentie van de woonruimte vermeldt dat de potentiële huurder contact dient op te nemen met de huurbemiddelaar – en geen contactgegevens van de verhuurder zelf zijn vermeld – of dat de potentiële huurder contact moet opnemen met de verhuurder of een andere huurbemiddelaar?

De Hoge Raad overweegt dat Duinzigt de aspirant-huurder en -verhuurder van elkaar heeft afgeschermd waardoor het onmogelijk was voor partijen om rechtstreeks met elkaar in contact te treden. Als gevolg hiervan werd de aspirant-huurder

'in een positie gebracht waarin hem praktisch geen andere mogelijkheid ten dienste staat dan de bemiddeling van Duinzigt te accepteren bij de totstandkoming van de beoogde huurovereenkomst, en dus ook de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Duinzigt te aangaan, met het daarin opgenomen courtagebeding'.⁴⁰

Tussen Duinzigt en aspirant-huurder kwam aldus een bemiddelingsovereenkomst ex art. 7:425 BW⁴¹ tot stand.⁴² Tussen Duinzigt en Schildewoud kwam eveneens een bemiddelingsovereenkomst tot stand.⁴³ Immers:

'Van bemiddeling is in een context als de onderhavige in beginsel reeds sprake als iemand in opdracht of met goedvinden van een verhuurder, een door deze te verhuren woning op zijn website plaatst. Daarin ligt immers in beginsel een opdracht besloten om een huurovereenkomst tot stand te brengen tussen die verhuurder en een derde (de aspirant-huurder).'⁴⁴

Als gevolg hiervan is, ingevolge de schakelbepaling van art. 7:427 BW, art. 7:417 lid 4 BW van toepassing op de bemiddelingsovereenkomst.⁴⁵ Door dit wettelijke verbod was Duinzigt niet gerechtigd om loon c.q. een bemiddelingsvergoeding in rekening te brengen bij de huurder.⁴⁶

36. Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1437, r.o. 4.7.

37. Opmerking verdient dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) als derde op grond van art. 393 lid 2 Rv schriftelijke opmerkingen heeft ingediend.

38. Opgemerkt wordt dat de kantonrechter, in strijd met art. 392 lid 2 Rv, partijen niet de gelegenheid heeft geboden om zich uit te laten over de beslissing tot het stellen van de prejudiciële vraag en de formulering daarvan. De kantonrechter overweegt in r.o. 4.11: 'Nu het voor beide partijen voldoende duidelijk moet zijn, welke vraag gesteld zal worden, ziet de kantonrechter geen aanleiding partijen in de gelegenheid te stellen zich (nogmaals) over de te stellen vraag uit te laten.' De Hoge Raad verbindt hier verder geen consequenties aan. Zie ook A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, randnrn. 2.1-2.4.

39. Vermoedelijk was bedoeld: huurbemiddelaar. Bij de beantwoording van dit deel van de prejudiciële vraag door de Hoge Raad wordt immers gesproken over 'huurbemiddelaar', zie par. 3.5.

40. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.3.

41. Art. 7:425 BW definieert de bemiddelingsovereenkomst als een overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich tegenover de andere partij, de opdrachtgever, verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van één of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden.

42. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.4.1.

43. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.4.2.

44. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.4.2, met verwijzing naar de toelichting op het Wetsvoorstel (Kamerstukken II 2014/15, 34207, 3, p. 4 en 5).

45. De kwalificatie lastgeving/bemiddeling maakt in het kader van 'het dienen van twee heren' (art. 7:417 lid 4 BW) niet uit: via de schakelbepaling van art. 7:427 BW is voornoemde bepaling zowel op een lastgevingsovereenkomst als op een bemiddelingsovereenkomst van toepassing. Zie ook Dammingh 2014, voetnoot 16.

46. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.4.3.

3.4 'Loon' is geen vereiste voor de totstandkoming van een bemiddelingsovereenkomst

Lagere rechters vonden de ruimte om tot wisselende oordelen te komen door bijvoorbeeld – abusievelijk – ervan uit te gaan dat 'loon' een vereiste is voor het tot stand komen van een bemiddelingsovereenkomst en/of door te oordelen dat de eiser (lees: huurder) onvoldoende had onderbouwd dat de makelaar ook optrad voor de verhuurder waardoor er, volgens de rechter, geen sprake was van tweezijdige bemiddeling.⁴⁷

De Hoge Raad overweegt in zijn prejudiciële beslissing⁴⁸ dat de aanspraak op loon geen noodzakelijke voorwaarde is voor het aannemen van een bemiddelingsovereenkomst en verwijst daarbij ook naar hetgeen het Wetsvoorstel beoogt te verduidelijken.⁴⁹ Volgens de Hoge Raad is thans de situatie aan de orde dat Duinzigt voor zowel Schildewoud als voor de huurder optreedt, maar uitsluitend aanspraak op loon heeft gemaakt jegens huurder. Dit zou betekenen dat de overeenkomst tussen Duinzigt en Schildewoud, die de Hoge Raad als bemiddelingsovereenkomst typeert, naar de letter niet zou voldoen aan het bepaalde in art. 7:425 BW.

De Hoge Raad laat wel ruimte voor de bemiddelaar om te stellen en te bewijzen dat zijn website (waarop advertenties van verhuurders zichtbaar zijn voor eenieder) uitsluitend als 'elektronisch prikbord' fungeert.⁵⁰ In dat geval worden aspirant-huurder en -verhuurder namelijk niet van elkaar afgeschermd en kunnen zij direct met elkaar in contact treden teneinde te onderhandelen over de totstandkoming van de huurovereenkomst. Indien de makelaar hierin slaagt, vindt art. 7:417 lid 4 BW geen overeenkomstige toepassing.⁵¹

3.5 Beantwoording prejudiciële vraag door de Hoge Raad

De Hoge Raad komt derhalve tot de volgende beantwoording van de prejudiciële vraag:⁵²

[a] De overeenkomst, al dan niet op schrift, waarbij een verhuurder met een huurbemiddelaar is overeengekomen dat deze verhuurder om niet, op een website van de huurbemiddelaar, de woonruimte die deze verhuurder wenst te verhuren, vrijblijvend mag plaats en dat na plaatsing op deze website voor een ieder kenbaar is dat deze woonruimte te huur is, heeft in beginsel te gelden als een bemiddelingsovereenkomst tussen de verhuurder en de huurbemiddelaar als bedoeld in artikel 7:425 BW. Op grond van art. 7:427 BW is art 7:417 lid 4 BW daarop dus van toepassing.

[b] Het maakt voor de beantwoording onder (a) geen verschil of de huurbemiddelaar zelf actief de verhuurder benadert met het verzoek of hij woonruimte te huur heeft die de huurbemiddelaar op zijn website wil plaatsen, of dat de verhuurder aan de huurbemiddelaar meldt dat de woonruimte op de website van de huurbemiddelaar kan worden geplaatst.

[c] Hetgeen hiervoor onder (a)-(b) is beslist, is anders indien de beheerder van de website stelt, en bij gemotiveerde betwisting bewijst, dat de website alleen als "elektronisch prikbord" functioneert, dat wil zeggen dat de beheerder daarvan niet de aspirant-verhuurder en -huurder van elkaar afschermt en het hun dus niet onmogelijk maakt dat zij rechtstreeks en zonder zijn tussenkomst met elkaar in contact treden om over de totstandkoming van een huurovereenkomst te onderhandelen.

[d] Uit hetgeen hiervoor in (c) is vermeld volgt dat het voor de beantwoording onder (a) verschil maakt of de huurbemiddelaar in de advertentie van de woonruimte (website) vermeldt dat de potentiële huurder contact dient op te nemen met de verhuurder, mits diens contactgegevens in de advertentie zijn vermeld.'

Met het beantwoorden van de prejudiciële vraag verduidelijkt de Hoge Raad de bestaande wettekst. Als er sprake is van de hiervoor omschreven 'klassieke' situatie, dan geldt een (bewijs)vermoeden⁵³ dat er sprake is van een bemiddelingsovereenkomst tussen verhuurder en huurbemiddelaar en is art. 7:417 lid 4 BW daarop van toepassing, ongeacht het antwoord

47. Zie onder andere Rb. Oost-Brabant 4 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5235, r.o. 4.3, Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:11307, r.o. 3.4, Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:4571, r.o. 4.4, 2013 en Rb. Den Haag 7 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10152, WR 2014/101, r.o. 7.

48. Conform de conclusie van A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, randnr. 5.2.

49. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.4.4. Dit is in de kern wat het Wetsvoorstel beoogt te verduidelijken. In het Wetsvoorstel (Kamerstukken II 2014/15, 34207, 3, p. 4-5) wordt namelijk voorgesteld om aan art. 7:427 BW een tweede zin toe te voegen, die als volgt luidt: 'De artikelen 7:417 en 7:418 BW zijn mede van overeenkomstige toepassing, indien de tussenpersoon geen recht op loon heeft.'

50. Wederom in navolging van A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, randnr. 6.6-6.8. Zie ook R. Koolhoven, Het platform in de deeleconomie: elektronisch prikbord of bemiddelaar?, WPNR (2015) 7085, p. 991-992.

51. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.4.5.

52. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 5. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de antwoorden (a) tot en met (c) corresponderen met dezelfde onderdelen van de gestelde prejudiciële vraag, zie par. 3.3. Onderdeel (d) van het hierna vermelde prejudiciële antwoord is een nadere verduidelijking en dient in samenhang met onderdelen (a) en (c) gelezen te worden.

53. In de woorden van de Hoge Raad: 'in beginsel', zie HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 5. Hiermee neemt de Hoge Raad de suggestie van Dammingh ter harte, zie Dammingh 2014, par. 5. Zie in dit verband ook het commentaar van Dammingh op het wetsvoorstel 'Dubbele bemiddelingkosten' in Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2015, p. 231.

op de vraag of er door de verhuurder enige vorm van beloning ('loon') aan de huurbemiddelaar is verschuldigd.

Na voormelde beantwoording van de prejudiciële vraag hebben partijen de procedure in eerste aanleg beëindigd.⁵⁴ Wellicht zijn partijen tot een schikking gekomen naar aanleiding van de beantwoording van de prejudiciële vraag door de Hoge Raad. Inmiddels⁵⁵ zijn er wel twee andere vonnissen beschikbaar waarin is geoordeeld over soortgelijke vragen na de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.⁵⁶ Daaruit blijkt dat de lagere rechter, verwijzend naar de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad, de overeenkomst tussen de verhuurder en de huurbemiddelaar als een bemiddelingsovereenkomst kwalificeert en oordeelt dat er in strijd met art. 7:417 lid 4 BW bemiddelingskosten in rekening zijn gebracht bij de huurder. Dit impliceert dat de huurbemiddelaar bij de verhuurder loon zal moeten bedingen, wil hij een vergoeding voor zijn werkzaamheden krijgen.

4 Praktische beschouwingen

De vraag is welke gevolgen deze prejudiciële beslissing van de Hoge Raad heeft voor de praktijk: huurders beroepen zich inmiddels massaal op onverschuldigde betaling en vorderen de ten onrechte betaalde bemiddelingskosten terug. Daarnaast rijst de vraag hoe een 'niet redelijk voordeel' ex art. 7:264 lid 2 BW bepaald dient te worden indien er geen sprake is van tweezijdige bemiddeling. Weliswaar werd deze vraag niet aan de Hoge Raad voorgelegd⁵⁷ en speelt art. 7:264 lid 2 BW in geval van tweezijdige bemiddeling geen rol van betekenis (zie par. 2.4), maar als er geen sprake is van tweezijdige bemiddeling kan de huurder mogelijk bescherming ontleenen aan deze bepaling. Ook het Wetsvoorstel geeft geen nadere toelichting op art. 7:264 lid 2 BW, terwijl de praktijk daar wel behoefte aan heeft: wanneer is een door de makelaar bedongen voordeel, in het licht van de door hem verrichte werkzaamheden, (on)redelijk?

4.1 Onverschuldigde betaling

Huurders aan wie ten onrechte bemiddelingskosten in rekening zijn gebracht, kunnen deze kosten op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) terugvorderen. Over de te bewandelen weg naar een beroep op onverschuldigde betaling wordt verschillend gedacht. De route van art. 7:264 lid 2 BW

leidt tot *nietigheid* van het beding op grond waarvan bemiddelingskosten in rekening worden gebracht, terwijl de route van art. 7:417 lid 4 BW tot *vernietigbaarheid* van een dergelijk beding leidt. De keuze voor de ene of de andere route levert een verschillend resultaat op wat betreft de aanvang van de verjaringstermijn.

In de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden van uitspraken waarin werd geoordeeld dat van een 'niet redelijk voordeel' als bedoeld in art. 7:264 lid 2 BW kan worden gesproken als zich de in art. 7:417 lid 4 BW bedoelde situatie voordoet.⁵⁸ In die gevallen werd geoordeeld dat het beding op grond waarvan bemiddelingskosten in rekening werden gebracht *nietig* was op grond van art. 7:264 lid 2 BW en dat de bemiddelingskosten derhalve onverschuldigd waren betaald. Op grond van art. 3:309 BW verjaart een rechtsvordering uit onverschuldigde betaling vijf jaren nadat de schuldeiser zowel met het bestaan van de vordering als met het bestaan van de ontvanger bekend is geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan (het moment waarop er is betaald). Met 'bekendheid' wordt bedoeld subjectieve bekendheid: de benadeelde moet daadwerkelijk in staat zijn om een rechtsvordering in te stellen tot vergoeding van zijn schade.⁵⁹ Bekendheid met de juridische situatie is daarbij niet relevant, zo oordeelde de Hoge Raad eerder:

'Deze rechtspraak houdt echter niet in dat voor het gaan lopen van de verjaringstermijn vereist is dat de benadeelde niet slechts daadwerkelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon maar ook met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden. Het stellen van die eis zou niet in overeenstemming zijn met het voor een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer te aanvaarden uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling in het algemeen niet kan worden aanvaard, en zou tot rechtsongelijkheid aanleiding geven waar juridische kennis niet in gelijke mate bij eenieder aanwezig is. Het zou ook in strijd met de rechtszekerheid zijn wanneer de aanvang van de verjaring afhankelijk zou zijn van het tijdstip waarop de benadeelde juridisch advies inwint.'⁶⁰

Derhalve zou kunnen worden betoogd dat, uit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtseenheid, de verjaringstermijn van vijf jaren aanvangt op het moment van betaling van de bemiddelingskosten.

54. Navraag bij de Rechtbank Den Haag, sector kanton, leert dat de initiële procedure tussen Duinzigt en huurder in eerste aanleg bij de kantonrechter op 3 november 2015, op verzoek van partijen, is doorgehaald.

55. Deze bijdrage is afgerond op 8 februari 2016.

56. Rb. Rotterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8720 en Rb. Rotterdam 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7843. In laatstgenoemde uitspraak kwam er overigens uiteindelijk geen huurovereenkomst tot stand.

57. De prejudiciële vraagstelling en beantwoording in HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 had geen betrekking op art. 7:264 lid 2 BW, maar uitsluitend op art. 7:427 BW jo. art. 7:417 lid 4 BW. Wellicht had de Hoge Raad een overweging ten overvloede kunnen wijden aan een nadere uitleg van art. 7:264 lid 2 BW, nu deze bepaling ook ten grondslag lag aan de vordering van geopposeerde (de huurder), zie bijv. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568.

58. Zie bijv. Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:283, r.o. 3.3 en 3.8, Rb. Den Haag 24 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18614, r.o. 10, Rb. Amsterdam 13 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ6442, r.o. 3.3, Rb. Noord-Nederland 2 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:25, r.o. 3.8 en 3.12 en Rb. Limburg 3 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7733, r.o. 4.1.

59. Zie o.a. HR 31 oktober 2003, RvdW 2003, 169, r.o. 3.4 en Stolker, T&C Burgerlijk Wetboek 2015, art. 3:310 BW, aant. 2.

60. HR 26 november 2004, NJ 2006/115, r.o. 3.4. Zie ook C.E. Drion, Rechtsdwaling, NJB 2014/2263.

Castermans en Krans kiezen voor een andere route en menen dat een beding dat ten nadele van de consument-huurder afwijkt van de dwingendrechtelijke bepaling van art. 7:417 lid 4 BW, *vernietigbaar* is op grond van art. 3:40 lid 2 BW.⁶¹ Art. 7:417 lid 4 BW strekt immers uitsluitend ter bescherming van een der partijen (de huurder). Zolang het beding niet door de huurder wordt vernietigd, blijft de rechtsgrond voor de prestatie bestaan en kan er geen (succesvol) beroep worden gedaan op onverschuldigde betaling.⁶² Pas nadat het beding is vernietigd vervalt de rechtsgrond en kan een beroep worden gedaan op onverschuldigde betaling. Op grond van art. 3:52 lid 1 sub d BW verjaren rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat met ‘ten dienste is komen te staan’ wordt bedoeld dat de verjaring een aanvang neemt vanaf het moment dat de gerechtigde de aan verjaring onderhevige bevoegdheid daadwerkelijk kan uitoefenen.⁶³ Wij menen dat de verjaringstermijn onmiddellijk na het sluiten van de overeenkomst aanvangt.⁶⁴ Verstrekt de verjaringstermijn, dan kan ook geen vordering uit onverschuldigde betaling worden ingesteld.⁶⁵ Wordt het beding binnen de verjaringstermijn vernietigd, dan vervalt daarmee de rechtsgrond voor betaling en kan een beroep worden gedaan op onverschuldigde betaling. Betoogd kan worden dat de huurder na vernietiging van het beding op de hoogte komt van het bestaan van de vordering uit onverschuldigde betaling en dat de verjaringstermijn van vijf jaren vanaf dan een aanvang neemt.⁶⁶

Het beding op grond waarvan bemiddelingskosten in rekening worden gebracht kan niet én nietig én vernietigbaar zijn, immers: een nietig beding heeft als het ware nooit bestaan en een vernietigbaar beding heeft rechtskracht zolang het beding niet wordt vernietigd. Afhankelijk van hoe de vordering wordt ingestoken, kan het beding ofwel nietig (via art. 7:264 lid 2 BW) ofwel vernietigbaar (via art. 7:417 lid 4 BW) zijn. Als er sprake is van een situatie zoals bedoeld onder art. 7:417 lid 4 BW, dan is er onzes inziens tevens sprake van een ‘niet redelijk voordeel’ als bedoeld in art. 7:264 lid 2 BW en prevaleert de nietigheid ten opzichte van de vernietigbaarheid.⁶⁷ Gelet op de onzekerheid rond dit vraagstuk is het aanbevelenswaardig om in een procedure primair voor het anker van nietigheid te gaan liggen en subsidiair een beroep te doen op vernietigbaarheid, met in het achterhoofd dat de verjaringstermijnen op verschillende momenten kunnen aanvangen. In ieder geval

doet de huurder er verstandig aan de verjaring te stuiten ex art. 3:316 e.v. BW.

De toekomst zal moeten uitwijzen of de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad zal leiden tot een ‘run’ op makelaarskantoren door huurders die de betaalde bemiddelingskosten terugvorderen op grond van onverschuldigde betaling. Een mogelijk gevolg daarvan kan zijn dat een deel van de makelaarskantoren niet alle vorderingen (vrijwillig dan wel na een gerechtelijk oordeel) kan voldoen en failliet gaat.⁶⁸

4.2 Een ‘niet redelijk voordeel’ ten behoeve van een derde: hoe te bepalen?

In het kader van het hiervoor besproken art. 7:264 lid 2 BW kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de berekeningsmethode⁶⁹ aan de hand waarvan de bemiddelingskosten ten behoeve van een derde (de makelaar) worden bepaald: bij een huurwoning met een maandelijkse huurprijs van € 800 wordt – doorgaans – een even zo grote bemiddelingsvergoeding bedongen, terwijl bij een huurwoning met een maandelijkse huurprijs van € 1.600 het dubbele bedrag wordt gerekend voor *dezelfde* (dan wel vergelijkbare) werkzaamheden.

Eerder oordeelde de Hoge Raad dat als uitgangspunt dient te gelden dat van een ‘niet redelijk voordeel’ sprake is indien tegenover het bedongen voordeel geen of een verwaarloosbare tegenprestatie staat.⁷⁰ Stichting Ymere heeft reeds getracht om op dit punt meer duidelijkheid te krijgen door de kantonrechter te bewegen om hieromtrent prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.⁷¹ De kantonrechter heeft hier geen gevolg aan gegeven omdat de kantonrechter niet is gebleken dat antwoord op de vragen nodig is om op de eis te beslissen en evenmin dat dit rechtstreeks van belang is voor een van de situaties zoals beschreven in art. 392 Rv.⁷² Onzes inziens is dit

61. Castermans & Krans, T&C Burgerlijk Wetboek 2015, art. 7:417 BW, aant. 5.

62. Zie hierover Hijma, T&C Burgerlijk Wetboek 2015, art. 6:203 BW, aant. 3.

63. PG Boek 3 BW, p. 235. Zie ook Hijma, T&C Burgerlijk Wetboek 2015, art. 3:52 BW, aant. 3.

64. Zie PG Boek 3 BW, p. 236 en A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9951, randnr. 2.13.

65. Zie ook J.H.M. Spanjaard, De bemiddelaar onbemiddeld?, Contracteren 2015, p. 118.

66. Stolker, T&C Burgerlijk Wetboek 2015, art. 3:310 BW, aant. 2.

67. Zie ook par. 2.4 en voetnoot 59.

68. Te denken valt aan een overeengekomen huurprijs van € 1.000 en een bemiddelingsvergoeding ter hoogte van hetzelfde bedrag, al dan niet vermeerderd met 21% btw en 100 particuliere huurders die een vordering indienen bij de betreffende makelaar. Zie in dit verband ook de brief van de minister voor Wonen en Rijksdienst, Kamerstukken II 2015/16, 27926, 251, waaruit blijkt dat makelaarskantoor HousingXL Amsterdam in een brief van 4 november 2015 stelt dat veel bemiddelaars failliet zullen gaan als huurders de ten onrechte betaalde bemiddelingskosten gaan terugvorderen.

69. Het gaat hierbij om de hoogte van de bedragen die bedongen worden, afgezet tegen de (geringe) werkzaamheden van de makelaar.

70. HR 6 april 2012, NJ 2012/232, r.o. 3.5 (Stichting Ymere/Bewonersvereniging Nellestein).

71. Rb. Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5624. De voor- gestelde prejudiciële vragen luiden als volgt (r.o. 4):

I. Dient bij de beoordeling of een beding als het onderhavige (met betrekking tot de bij huurovereenkomst overeengekomen verhuurkosten) de verhuurder een niet-redelijk voordeelt [sic] oplevert *uitsluitend* het tegenprestatie criterium te worden aangelegd in de zin dan slechts beoordeeld wordt of sprake is van ‘géén of een te verwaarlozen’ tegenprestatie zijdens verhuurder (en dus *niet* het criterium in hoeverre de huurder bij het beding al dan niet is gebaat).

II. Kan in algemene zin een tegenprestatie zijdens de verhuurder die bestaat uit het opstellen van de huurovereenkomst en/of administratieve verwerking van de huuropvolging, als een “niet te verwaarlozen tegenprestatie” worden beschouwd.

72. Rb. Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5624, r.o. 10.

een gemiste kans om meer duidelijkheid te verschaffen over de toepasbaarheid en toelaatbaarheid van een 'niet redelijk voordeel' ex art. 7:264 lid 2 BW binnen het bestek van de bemiddelingsvergoeding. Overigens kwam de kantonrechter tot het oordeel dat de werkzaamheden (drukwerk van informatiefolders en het aanvragen van huisvestingsvergunningen) niet als verwaarloosbaar zijn aan te merken, maar dat het bedingen van een bedrag van € 115 de grens van het redelijke overschrijdt, met als gevolg dat het beding nietig werd bevonden.⁷³ Nu de kantonrechter de Hoge Raad de kans heeft ontnomen om de arbitraire toets van een 'niet redelijk voordeel' nader toe te lichten, zal de uitkomst bij een beroep op art. 7:264 lid 2 BW in het kader van het bedingen van een bemiddelingsvergoeding door een makelaar per geval blijven verschillen.

Een suggestie van Dammingh is om de bemiddelingskosten die aan de huurder in rekening worden gebracht te binden aan een wettelijk maximum, bijvoorbeeld 25% van de maandhuur.⁷⁴ Dit zou tot gevolg hebben dat de vergoeding in ieder geval meer in de buurt komt van het redelijke, hoewel er dan in bepaalde gevallen nog steeds sprake kan zijn van een 'niet redelijk voordeel'. Het bepalen van redelijke bemiddelingskosten blijft onzes inziens arbitrair: gedacht zou kunnen worden aan een uurtarief, maar dan rijst de vraag tegen welk tarief en met welk maximum? Of een vaste vergoeding, maar ter hoogte van welk bedrag? Een maandelijks vergoeding zolang de bewoning van de gehuurde woonruimte duurt, lijkt ons in ieder geval geen aanbevelingswaardige oplossing.⁷⁵ Maatwerk, waarbij de hoogte van het bedongen bedrag wordt afgezet tegen de verrichte werkzaamheden, blijft wat ons betreft geboden in het geval van een beroep op art. 7:264 lid 2 BW.

5 Conclusie

Het verbod op het in rekening brengen van bemiddelingskosten bij tweezijdige bemiddeling bestaat al geruime tijd. Desalniettemin kwamen rechters in dit kader tot verschillende oordelen, door er ten onrechte van uit te gaan dat 'loon' een vereiste is voor het tot stand komen van een bemiddelingsovereenkomst en/of door te oordelen dat er geen sprake was van tweezijdige bemiddeling. Met zijn prejudiciële beslissing maakt de Hoge Raad duidelijk dat als de verhuurder op de website van de huurbemiddelaar (makelaar) zijn woningen te huur aanbiedt, dit in beginsel kwalificeert als een bemiddelingsovereenkomst tussen de verhuurder en de huurbemiddelaar. Doordat de aspirant-huurder zich bij de makelaar moet inschrijven om zijn interesse in een bepaalde huurwoning kenbaar te maken, komt er ook tussen de makelaar en de (aspirant-)huurder een bemiddelingsovereenkomst tot stand, waardoor er dus sprake is van tweezijdige bemiddeling. In dat geval heeft de makelaar op grond van art. 7:417 lid 4 BW geen recht

op loon jegens de huurder. Het gevolg is dat de huurbemiddelaar bij de verhuurder loon zal moeten bedingen, wil hij een vergoeding voor zijn werkzaamheden krijgen.

Ook het Wetsvoorstel verduidelijkt de bestaande wetgeving, door expliciet te bepalen dat loon geen vereiste is voor de totstandkoming van een bemiddelingsovereenkomst. Daarnaast beoogt het Wetsvoorstel het bereik van art. 7:417 lid 4 BW te verruimen door ook de (ver)huur van onzelfstandige woonruimte door tussenkomst van een makelaar onder dit verbod te laten vallen.

Huurders aan wie ten onrechte bemiddelingskosten in rekening zijn gebracht, kunnen deze kosten op grond van onverschuldigde betaling terugvorderen. Over de te bewandelen route bestaat discussie. Een beding op grond waarvan bemiddelingskosten in rekening worden gebracht kan, afhankelijk van hoe de vordering wordt ingestoken, nietig zijn op grond van art. 7:264 lid 2 BW of vernietigbaar zijn op grond van art. 7:417 lid 4 BW. Als er sprake is van een situatie zoals bedoeld onder art. 7:417 lid 4 BW, dan is er onzes inziens tevens sprake van een 'niet redelijk voordeel' als bedoeld in art. 7:264 lid 2 BW en prevaleert de nietigheid ten opzichte van de vernietigbaarheid. De kwalificatie nietigheid of vernietigbaarheid heeft gevolgen voor de aanvang én lengte van de verjaringstermijn.

Indien er geen sprake is van tweezijdige bemiddeling heeft de huurder wel een vangnet. Door een beroep te doen op art. 7:264 lid 2 BW kan de huurder mogelijk de betaalde vergoeding terugvorderen, indien deze als een 'niet redelijk voordeel' voor de makelaar wordt bestempeld. Vooralsnog ontbreken nadere handvatten om het criterium 'niet redelijk voordeel' zoals bedoeld in art. 7:264 lid 2 BW in te vullen.

73. Rb. Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5624, r.o. 15-16.

74. Dammingh 2014, par. 5.

75. Zie Rb. Rotterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8720, r.o. 2.2 en 4.7. In casu was een vergoeding van € 80 per maand bedongen zolang de bewoning zou duren. Stel dat de huurder de woning één jaar zal bewonen, dan bedraagt de vergoeding € 960; dit kwalificeert onzes inziens gauw als een 'niet redelijk voordeel'.