



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Tandeloos toezicht? Over makelaars die bewust in strijd met de wet handelen, en ermee weggkomen

Loos, M.B.M.

**Publication date**

2022

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken

**License**

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Loos, M. B. M. (2022). Tandeloos toezicht? Over makelaars die bewust in strijd met de wet handelen, en ermee weggkomen. *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken*, 2022(3), 111-113. <https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/211244/1001624808>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

*UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)*

# Tandeloos toezicht? Over makelaars die bewust in strijd met de wet handelen, en ermee weggelopen

Moet een handelaar openlijk in strijd kunnen handelen met dwingend recht, zonder dat een toezichthouder kan ingrijpen? ‘Natuurlijk niet’, zult u denken. Toch is dat de consequentie van een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). De in deze bijdrage besproken uitspraak van het CBB laat zien dat de bestuursrechter weinig begrijpt van het privaatrecht of van de huidige woningmarkt, of van beide.

## Inleiding

In de privaatrechtelijke literatuur hebben we niet altijd veel aandacht voor de bestuursrechtelijke rechtspraak. Dat is niet helemaal terecht, omdat tegenwoordig op veel terreinen privaatrechtelijke regels bestuursrechtelijk gehandhaafd worden door een toezichthouder, onder meer door de oplegging van een last onder dwangsom of een bestuursrechtelijke boete. Sinds 2007 worden delen van het privaatrechtelijke consumentenrecht publiekrechtelijk gehandhaafd, onder meer door de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De uitspraak van het CBB laat zien dat die handhaving wel wat versterking kan gebruiken.

## Tweezijdige bemiddeling

De uitspraak betreft een last onder dwangsom die door de Autoriteit Consument en Markt in 2019 was opgelegd aan Duinzigt Wonen (Duinzigt), een makelaar in Den Haag. Duinzigt bemiddelt in opdracht van commerciële verhuurders bij de totstandkoming van huurovereenkomsten, maar brengt daarbij bemiddelingskosten in rekening bij consument-huurders. In 2015 oordeelde de Hoge Raad, naar aanleiding van prejudiciële vragen van de rechtbank Den Haag, dat Duinzigt daarmee in strijd handelde met artikel 7:417 lid 4 BW (‘dienen van twee heren’).<sup>1</sup> Volgens de Hoge Raad is sprake van tweezijdige bemiddeling, omdat Duinzigt het onmogelijk maakt voor de aspirant-verhuurder en -huurder om rechtstreeks en zonder haar tussenkomst met elkaar in contact te treden om over de totstandkoming van een huurovereenkomst te onderhandelen. ‘Daardoor wordt de huurder die in de aangeboden woonruimte is geïnteresseerd, 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 aanvaarden, met het daarin opgenomen courtagebeding.’<sup>2</sup> Daarmee is ook tussen de

huurder en Duinzigt een bemiddelingsovereenkomst tot stand gekomen.<sup>3</sup> Bij de huur en koop van woonruimte, waarbij een van de beide opdrachtgevers van een makelaar een consument is, is het de makelaar echter op grond van artikel 7:417 lid 4 BW niet toegestaan om (ook of alleen) aan de huurder bemiddelingskosten in rekening te brengen. De door Duinzigt van de huurder bedongen courtage, ter hoogte van de huurprijs voor één maand, was daarmee in strijd met de wet.<sup>4</sup>

## De last onder dwangsom

Na het arrest van de Hoge Raad heeft Duinzigt haar werkwijze aangepast: niet langer wordt courtage bedongen, maar Duinzigt bedingt van woningzoekenden die zich bij haar inschrijven voor het vinden van woonruimte wel een inschrijfgeld ter hoogte van € 40 per jaar en administratiekosten ter hoogte van € 75 (excl. BTW) die zijn verschuldigd als na haar bemiddeling een huurovereenkomst tot stand is gekomen. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) was van oordeel dat Duinzigt daarmee nog steeds in strijd met artikel 7:417 lid 4 BW handelde. Bij besluit van 7 juni 2019 heeft ACM aan Duinzigt een last onder dwangsom opgelegd, omdat Duinzigt zich structureel schuldig zou maken aan een oneerlijke handelspraktijk als bedoeld in artikel 6:193b lid 2 BW door te handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding, terwijl het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen is beperkt of kan worden beperkt, waardoor die consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen. Daarmee heeft Duinzigt volgens de ACM artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) overtreden, zodat de ACM bevoegd was een bestuursrechtelijke sanctie op te leggen. De ACM heeft vervolgens een last onder dwangsom opgelegd tot het binnen zes weken na dagtekening van het besluit beëindigen van de gedraging, op straffe van een dwangsom van € 5000 per week met een maxi-

\* Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam en oud-redacteur van dit tijdschrift. Dit is een gastredactionele bijdrage en de uitspraak van het CBB van 19 april 2022 is in deze aflevering opgenomen onder Rechtspraak.

1. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, NJ 2016/108, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Duinzigt*).
2. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.3, NJ 2016/108, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Duinzigt*).
3. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 4.4.1, NJ 2016/108, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Duinzigt*).
4. Op 1 juli 2016 is de Wet van 23 december 2015 tot wijziging van art. 417 lid 4, en van art. 427 van Boek 7 van het BW in verband met het tegengaan van het berekenen van dubbele bemiddelingskosten, *Stb.* 2016, 20, in werking getreden (KB van 1 april 2016, *Stb.* 2016, 135). Met deze wet is verduidelijkt dat het verbod om loon van de huurder of koper te vorderen, ook geldt indien de lasthebber of bemiddelaar geen recht heeft op loon van de verhuurder of verkoper. De wetgever heeft hiermee niet een wijziging, maar slechts een verduidelijking van het op dit punt al geldende recht beoogd, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34207, nr. 3, p. 2 en 4.

mum van € 250.000. Het bezwaar van Duinzigt is ongegrond verklaard, en de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft geweigerd een voorlopige voorziening te treffen en het beroep ongegrond verklaard. Duinzigt is vervolgens in hoger beroep bij het CBB gegaan.

### De uitspraak van het CBB

Het CBB stelde voorop dat het in rekening brengen van een inschrijfgeld ter hoogte van € 40 per jaar (een deel van) de administratiekosten die zijn verschuldigd als na bemiddeling van Duinzigt een huurovereenkomst tot stand is gekomen, moeten worden aangemerkt als loon in de zin van artikel 7:417 lid 4 BW: uit de parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel tot verduidelijking van dit artikellid volgt immers dat onder dit begrip alle kosten vallen die in het kader van de uitvoering van de bemiddelingsovereenkomst door de bemiddelaar zijn gemaakt.<sup>5</sup> Het CBB oordeelde echter dat *geen* sprake is van een door Duinzigt gepleegde oneerlijke handelspraktijk. Het CBB knoopt daartoe aan bij een ander arrest van de Hoge Raad, het recente *Airbnb*-arrest. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad allereerst dat artikel 7:417 lid 4 BW niet van toepassing is op, kortgezegd, de naar zijn aard voor korte duur bestemde huur van woningen voor vakantie-doeleinden.<sup>6</sup> In *die* setting constateerde de Hoge Raad voorts dat nu de aan de huurder in rekening gebrachte servicekosten van Airbnb in duidelijke en begrijpelijke taal zijn gesteld en gespecificeerd zijn, in de *daar* gegeven omstandigheden niet kan worden geoordeeld dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk als bedoeld in artikel 6:193b BW.<sup>7</sup> In de *Duinzigt*-uitspraak oordeelt het CBB vervolgens dat bij de beoordeling van de vraag of de gemiddelde consument – in dit geval de huurder – in staat is een geïnformeerd besluit te nemen, in lijn met het *Airbnb*-arrest, van belang is of Duinzigt transparant is geweest was over de kosten die zij in rekening bracht. Het CBB merkt in dit verband op dat de verplichting tot betaling van deze kosten is opgenomen in de algemene voorwaarden van Duinzigt, deze door de potentiële huurder worden ondertekend, dat er tijdens het intakegesprek met de huurder over wordt gesproken, en dat de kosten ook op de website van Duinzigt zichtbaar zijn. Het CBB leidde hieruit af dat Duinzigt haar inschrijf- en administratiekosten daarmee ‘gespecificeerd [heeft] bij het bemiddelingsvoorstel, zodat de huurder daarom in staat moet zijn geweest een geïnformeerd besluit te nemen.’<sup>8</sup> Dat betekent, aldus het CBB, dat geen sprake is van een oneerlijke handelspraktijk en dat de ACM dus niet bevoegd was een last onder dwangsom op te leggen.<sup>9</sup>

### Geen oneerlijke handelspraktijk?

Het oordeel van het CBB is wonderlijk. Het CBB stelde vast dat Duinzigt in strijd met dwingend recht handelde door bemiddelingskosten aan consument-huurders in rekening te brengen. Van een *oneerlijke handelspraktijk* zou echter geen sprake zijn omdat – ik vertaal het vrij – Duinzigt er duidelijk over was dat dergelijke kosten in rekening werden gebracht. Het oordeel van het CBB leidt tot de onbegrijpelijke conclusie dat een makelaar in strijd met de wet kan handelen, zonder lastig gevallen te kunnen worden door de publieke toezichthouder, zolang hij dat maar open en bloot doet.

Die conclusie hangt in ieder geval ten dele samen met de beperkte bevoegdheid die een toezichthouder als de ACM heeft: de toezichthouder mag alleen optreden indien sprake is van handelen in strijd met specifieke, in de Whc genoemde, bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Het gaat daarbij vrijwel steeds om bepalingen die de implementatie van een Europese richtlijn vormen. Ten aanzien van andere bepalingen uit het BW, ook waar die dwingendrechtelijke regels ter bescherming van consumenten bevatten, is de ACM niet bevoegd op te treden, ook niet wanneer het handelen in strijd met de wet een structureel karakter heeft. Dat maakt dat de ACM het handelen in strijd met het dwingende consumentenrecht moet *framen* als het plegen van een oneerlijke handelspraktijk.<sup>10</sup> Het lijkt wenselijk om op dit punt de bevoegdheden van de toezichthouder uit te breiden. Anders wordt het aan de individuele consument overgelaten om structurele schendingen van de wet aan te pakken. Met die uitkomst zou ik als potentiële overtreder heel content zijn, aangezien slechts een beperkt aantal consumenten de ten onrechte betaalde bedragen zal (kunnen) terugvorderen.

Een ander probleem van deze uitspraak zit 'm in het oordeel van het CBB dat hier geen sprake is van een oneerlijke handelspraktijk omdat Duinzigt de door haar in rekening gebrachte bedragen gespecificeerd heeft, zodat de huurder daarom in staat moet zijn geweest een geïnformeerd besluit te nemen over het wel of niet accepteren van het bemiddelingsvoorstel van Duinzigt. Hier slaat het CBB de plank naar mijn oordeel mis. In een werkelijk vrije markt kan een huurder inderdaad bepalen of hij bereid is om de prijs te betalen die een tussenpersoon rekent voor de door hem te verrichten diensten. Dat maakt ook dat het *Airbnb*-arrest van de Hoge Raad bij de kortstondige huur van woonruimte voor vakantie-doeleinden, waar zo'n vrije markt wel bestaat, verdedigbaar is. Bij de 'gewone' verhuur van woonruimte is van een vrije markt geen sprake.<sup>11</sup> Dat is ook de achtergrond van de bepaling van artikel 7:417 lid 4 BW, dat in deze zaak juist wél van toepassing is geacht door het CBB. In de huidige woning-

5. CBB 19 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:176, r.o. 6.1-6.5, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2014/15, 34207, nr. 5, p. 4-5.

6. HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, r.o. 3.2.1-3.2.8 (*Airbnb*).

7. HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1725, r.o. 3.4.1-3.5.3 (*Airbnb*).

8. CBB 19 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:176, r.o. 7.3.

9. CBB 19 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:176, r.o. 7.3-7.4 en 8.1.

10. Overigens wordt in de parlementaire geschiedenis van de wijzigingswet ook nadrukkelijk gewezen op deze mogelijkheid, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34207, nr. 3, p. 2.

11. Vgl. ook W.H. van Boom, 'Verbod van dubbele courtage – tijd voor toezicht', [willemvanboom.blog/2022/05/02/dubbelecourtagel/](http://willemvanboom.blog/2022/05/02/dubbelecourtagel/) (bezocht op 19 mei 2022).

markt is een huurder die in aanmerking wil komen voor het huren van een woning feitelijk gedwongen de voorwaarden van de tussenpersoon te accepteren, ook als die in strijd met de wet zijn. Sterker nog: de huurder handelt rationeel – zoals van de ‘gemiddelde consument’ wordt verwacht – door op dat aanbod in te gaan. Alleen zo heeft hij immers kans op het sluiten van de door hem gewenste overeenkomst met een aanbieder van woonruimte. De makelaar maakt misbruik van deze situatie door de huurder feitelijk te dwingen om in te stemmen met het betalen van kosten waarop de makelaar op grond van dwingend recht nu juist géén recht heeft. Dat maakt dat dit juist een schoolvoorbeeld is van een oneerlijke handelspraktijk.

### **Besluit**

Het oordeel van het CBb is dus aanvechtbaar. Het is te hopen dat de ACM het gewoon nog eens probeert, en daarbij expliciet onderbouwt *waarom* hier wel degelijk sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. Het kan immers zijn dat die onderbouwing in dit geval scherper had gekund. Maar afgezien daarvan lijkt een oproep aan de wetgever om de bevoegdheid van de ACM uit te breiden tot overtreding van alle bepalingen van dwingend consumentenrecht gepast. Handelen in strijd met dwingend consumentenrecht moet immers niet lonend zijn.