

## De 'gedupeerde' makelaar: de bemiddelingsvergoeding na ontbinding van een koopovereenkomst

Bb 2017/49

*Het recht van een verkoopmakelaar op courtage komt niet te vervallen op de enkele grond dat zijn cliënt, de verkoper, het beroep van de koper op de ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst heeft aanvaard. Of het recht op courtage in een bepaald geval al dan niet komt te vervallen is afhankelijk van de vraag in hoeverre het beroep van de koper op de ontbindende voorwaarde op kennelijk ontoereikende gronden is gebaseerd. Dientengevolge speelt de houding van koper richting de verkoper en vice versa een rol in de relatie tussen de verkoper en zijn verkoopmakelaar.*

### 1. Inleiding

Een overeenkomst tussen twee partijen bindt in beginsel slechts de twee contracterende partijen. Dat is het uitgangspunt. Desalniettemin zijn er in de wet en rechtspraak diverse uitzonderingen te vinden op dit uitgangspunt. Uit de rechtspraak kunnen bijvoorbeeld worden genoemd de situatie waarbij de wanprestatie in de ene verhouding een onrechtmatige daad van de wanpresterende met zich brengt ten opzichte van een derde, de situatie waarin het profiteren van een wanprestatie van een ander een onrechtmatige daad met zich brengt en de situatie waarbij een partij zich kan beroepen op een exoneratieclausule in de overeenkomst tussen zijn wederpartij en een derde.

Ook uit het in deze bijdrage te bespreken arrest van de Hoge Raad van 31 maart 2017 (ECLI:NL:HR:2017:567) volgt dat het handelen in 'de ene' contractuele relatie van invloed kan zijn op 'een andere' contractuele relatie.

### 2. Feiten

Welke feiten lagen er ten grondslag aan het arrest van de Hoge Raad van 31 maart jl.? Een verkoper had met zijn verkoopmakelaar een bemiddelingsovereenkomst gesloten, waarin was afgesproken dat er een courtage berekend zou worden van 1,25% van de koopsom van de te verkopen woning. Over het moment waarop de courtage verschuldigd zou zijn, volgt verder niets uit de (contractuele) stukken.

Enige tijd later is er tussen de verkoper en koper X een koopovereenkomst tot stand gekomen. Zoals gebruikelijk zijn partijen hierbij een financieringsvoorbehoud overeengekomen. Verkoper en koper spraken hierbij af dat er slechts een beroep kon worden gedaan op de ontbindende voorwaarde van financiering indien de koper ten minste twee schriftelijke afwijzingen van potentiële financiers zou kunnen overleggen.

De koper bleek vervolgens de financiering niet rond te kunnen krijgen en liet de verkoper weten een beroep te doen op

de ontbindende voorwaarde. De koper stuurde hierbij een e-mail naar de verkoper met niet twee, maar met één afwijzing van een Nederlandse bank. Desalniettemin aanvaarde de verkoper het beroep op de ontbindende voorwaarde en accepteerde derhalve dat de koopovereenkomst werd ontbonden. De makelaar zag de courtage aan zijn neus voorbijgaan en was het hier niet mee eens. Hij stelde zich op het standpunt dat de koopovereenkomst tussen zijn cliënt en de koper niet rechtsgeldig was ontbonden, omdat niet zou zijn voldaan aan de voorwaarde van ontbinding: het overleggen van twee afwijzingen. In eerste aanleg heeft de makelaar daarom aanspraak gemaakt op de overeengekomen courtage van 1,25% van de koopsom van de woning.

### 3. Kantonrechter en Hof Den Haag

De kantonrechter heeft de vordering van de makelaar afgewezen. Het Hof Den Haag heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Het hof heeft hiertoe beslissend geacht dat de verkoper en de koper er zelf van zijn uitgegaan dat de koopovereenkomst was ontbonden. De makelaar kan zich er, als derde, niet op beroepen op dat deze overeenkomst niet (op de juiste wijze) zou zijn ontbonden, aldus het hof. Dit klemt temeer volgens het hof, nu de koper in de procedure tussen de makelaar en de verkoper geen partij is. Het hof overweegt in dit verband niet in de rechtsverhouding tussen de verkoper en koper te kunnen treden. Daarnaast geeft het aan 'zeker niet' uit te kunnen gaan van een andere, volledig aan de standpunten van de partijen bij die rechtsverhouding tegenstrijdige, juridische vaststelling met betrekking tot het bestaan van de koopovereenkomst.

### 4. A-G en Hoge Raad

#### 4.1 *Aanname in cassatie & conclusie A-G*

Advocaat-Generaal Wissink begint bij het begin: de bemiddelingsovereenkomst tussen de makelaar en de verkoper. De bemiddelingsovereenkomst is een species van de overeenkomst van opdracht en is geregeld in art. 7:425 BW e.v. Uitgangspunt van art. 7:426 lid 1 BW is dat het loon (de courtage) reeds is verschuldigd als de overeenkomst met de ontbindende voorwaarde tot stand komt, ongeacht of deze voorwaarde wordt ingeroepen of niet. Op grond van art. 7:426 lid 2 BW is, indien het recht op loon afhankelijk is gesteld van de uitvoering van de bemiddelde overeenkomst, de opdrachtgever het loon verschuldigd, tenzij de niet-uitvoering niet aan hem kan worden toegerekend. Nu art. 7:426 BW van regelend recht is, staat het partijen vrij om een afwijkende regeling overeen te komen waarbij het recht op courtage afhankelijk zal zijn van de niet-ervulling van een ontbindende voorwaarde. Hoewel dit in casu in elk geval niet uit de tekst van de bemiddelingsovereenkomst volgt, staat in cassatie vast dat partijen zijn afgeweken van

<sup>1</sup> Ilse Bakker is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.

art. 7:426 BW. In zijn conclusie stelt de A-G (aldus) voorop dat de Hoge Raad er in cassatie vanuit kan gaan dat het recht van de makelaar op courtage niet reeds is ontstaan bij het sluiten van de koopovereenkomst tussen de verkoper en de koper, maar afhankelijk is van de vraag of het financieringsvoorbehoud terecht is ingeroepen.

In cassatie heeft de makelaar onder meer een klacht gericht tegen het onderdeel van het arrest van het hof, waarin het hof – kort samengevat – overweegt dat de vraag of het financieringsvoorbehoud terecht is ingeroepen, niet van belang is (of kan zijn) in de procedure tussen de makelaar en de verkoper. De A-G concludeert dat deze klachten falen. Hij overweegt hiertoe allereerst dat de klachten er op zichzelf terecht op wijzen dat de rechter in de procedure tussen de makelaar en de verkoper wel degelijk een oordeel kan geven over de vraag of tussen de verkoper en koper een 'perfecte koopovereenkomst' tot stand is gekomen, zonder dat dit oordeel ook in de verhouding tussen de verkoper en koper bindende kracht heeft. De A-G komt vervolgens echter tot de conclusie dat de klachten toch dienen te falen omdat het voorgaande niets af doet aan het probleem waar het hof op doelt; te weten dat de vraag of het financieringsvoorbehoud gerecht is ingeroepen, ook in de relatie tussen verkoper en makelaar niet kan worden beantwoord zonder acht te slaan op hoe de verkoper en de koper daar zelf over denken. Op grond hiervan concludeert de A-G dat de klachten berusten op een verkeerde lezing van het arrest, aldus dienen te falen en leiden tot verwerping van het cassatieberoep.

#### 4.2 Hoge Raad

Ook de Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. Echter niet op (geheel) dezelfde gronden als de A-G. De Hoge Raad overweegt allereerst dat de klachten van de makelaar tegen de overweging van het hof ter zake de (mogelijke) invloed van de rechtsverhouding tussen de verkoper en koper, doel treffen. Het recht van de verkoopmakelaar op courtage komt niet te vervallen op enkel de grond dat de verkoper het beroep van de koper op de ontbindende voorwaarde heeft aanvaard, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad vervolgt:

"3.3.2. (...) Indien dit beroep van koper op kennelijke ontoereikende gronden is gebaseerd, kan de omstandigheid dat verkoper dit beroep heeft aanvaard, geen afbreuk doen aan het recht van koper op de voor zijn diensten overeengekomen courtage. In dit licht getuig van een onjuiste rechtsopvatting het oordeel van het hof dat het niet kan treden in de rechtsverhouding tussen verkoper en koper, en dat het ten aanzien van die rechtsverhouding zeker niet kan uitgaan van een andere, volledige aan de standpunten van partijen bij die rechtsverhouding tegenstrijdige, juridische vaststelling met betrekking tot het bestaan van de koopovereenkomst. Voort is de omstandigheid dat koper in deze procedure geen partij is, in dit verband niet ter zake dienend. Diens rechten of belangen zijn immers niet betrokken bij het antwoord op de vraag of de makelaar tegenover zijn opdrachtgever (oftewel: verkoper) recht heeft op voldoening van cour-

tage. Ook in zoverre berust het oordeel van het hof dus op een onjuiste rechtsopvatting."

De Hoge Raad concludeert aldus dat de klachten van de makelaar tegen (dit deel van) het arrest van het hof gegrond zijn. Toch kunnen zij in het onderhavige geval niet tot cassatie leiden. Waarom dan niet? De kopende partij had tot 28 oktober 2011 de gelegenheid een beroep te doen op de ontbindende voorwaarde en heeft – hoogstwaarschijnlijk na het gedoe rondom de eerst afwijzing – alsnog voor de deadline van 28 oktober 2011 een tweede afwijzing overgelegd. Bij deze omstandigheden kan volgens de Hoge Raad redelijkerwijs worden betwijfeld of een beroep van de verkoper jegens de koper op het niet vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde zou kunnen slagen. In dit geval, dus op het moment dat er redelijkerwijs twijfel mogelijk is of de verkoper de koper aan de koop had kunnen houden, brengt de zorgplicht van de makelaar ex art. 7:401 BW met zich dat als zijn opdrachtgever (oftewel: de verkoper), besluit om zich neer te leggen bij het beroep op het financieringsvoorbehoud, de makelaar de rechtsgeldigheid daarvan moet accepteren. Aldus doet de Hoge Raad de zaak hier zelf mee af en verwerpt het cassatieberoep van de makelaar.

## 5. Conclusie

### 5.1 Conclusie – HR 31 maart 2017

Uit het arrest van de Hoge Raad van 31 maart 2017 volgt dat het handelen in 'de ene' contractuele relatie van invloed kan zijn op 'een andere' contractuele relatie. De conclusie van de A-G en het arrest van de Hoge Raad laten zien dat, in het geval dat A (verkoper) in de rechtsverhouding met B (koper) iets accepteert wat afbreuk doet aan de rechtsverhouding tussen A (verkoper) met C (makelaar), de rechtspraak daar wel degelijk 'iets van mag vinden', ongeacht de omstandigheid dat B in het geschil tussen A en C geen partij is.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad lijkt verder te volgen dat het in eerste instantie aan de verkoper blijft of hij een beroep op het financieringsvoorbehoud accepteert. Accepteert de verkoper een beroep dat duidelijkheid niet aan de voorwaarden van het financieringsvoorbehoud voldoet, dan zal de makelaar in beginsel met succes kunnen betogen dat zijn courtage betaald dient te worden. Is er daarentegen sprake van een situatie zoals in casu, waarin redelijkerwijs kan worden betwijfeld of niet aan de voorwaarden is voldaan, dan zal de op de makelaar rustende zorgplicht meebrengen dat hij de rechtsgeldigheid moet aanvaarden, indien zijn cliënt zich neerlegt bij het beroep van de koper op een ontbindende voorwaarde.

### 5.2 Conclusie – in een breder kader

Op het eerste gezicht lijkt het arrest van 31 maart jl. gelijk te tonen met een arrest uit 2008, HR 27 juni 2008 (LJN BC9348). In dit laatstgenoemde arrest overwoog de Hoge Raad dat een exoneratieclausule in het contract tussen B en C van belang was indien C eerst B aansprak, waarna B verhaal wilde nemen op A. In dit geval achtte de Hoge Raad in de procedure tussen A en B van invloed dat B (om com-

merciële redenen) had nagelaten zijn exoneratie richting C in te roepen. In tegenstelling tot de uitspraak van 31 maart jl., ging het hier echter om een vordering tot schadevergoeding, waarbij het handelen van B leek te worden verdisconteerd in de omvang van de schadevergoeding. Dit in tegenstelling tot de uitspraak van 31 maart jl. waar door de makelaar nakoming werd gevorderd en het handelen van de verkoper van invloed lijkt te zijn op de (invulling van de) zorgplicht van de makelaar.

Hoe het ook zij, het arrest van 31 maart jl. is mijns inziens een voorbeeld van een geval waarin een uitzondering wordt gemaakt op het uitgangspunt dat een overeenkomst slechts de contracterende partijen bindt c.q. hier van invloed op is. Immers, ook in dit arrest is het handelen van A (verkoper) in zijn relatie tot B (koper) – oftewel: de vraag of A als verkoper het beroep van B als koper op het financieringsvoorbehoud mocht accepteren – van invloed op de beoordeling van de relatie tussen A (verkoper) en C (makelaar).