

Huurrecht



Robert Rijpstra
Dirkzwager legal & tax



Coen van Schaijk
Dirkzwager legal & tax

Boetebedingen in huurcontracten

In veel huurcontracten komen boetebedingen voor. Denk bijvoorbeeld aan de boete bij onderverhuur van woonruimte in het ROZ-model 2017. Het onverkort toepassen van deze boetebedingen kan in de praktijk problematisch zijn, omdat de rechter het boetebeding soms kan vernietigen of het boetebedrag kan matigen. In deze beschouwing worden handvatten gegeven om een matiging of vernietiging van een boetebeding te voorkomen.

Matigen van een boete

Matiging van een boete is bepaald in artikel 6:94 BW. De norm is dat matiging van een boete aan de orde is 'indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist'. In de parlementaire geschiedenis is in dat kader overwogen dat de matigings- en aanvullingsvraag plaatsvindt op basis van een belangenafweging.¹ De wettelijke norm en de toelichting daarop is evenwel weinig concreet en laat veel onduidelijkheid bestaan. De Hoge Raad heeft in aanvulling hierop geoordeeld dat de ma-

tiging van een boete aan de orde kan zijn indien een boete 'buitensporig' is en daardoor tot een 'excessief' resultaat leidt.² Deze uitspraak geeft evenmin duidelijke handvatten. Op basis van jurisprudentie is evenwel een aantal vuistregels te benoemen:

- a. Een algemene boete met een vast boetebedrag (eenheidsboete) wordt eerder gematigd. Het heeft de voorkeur het boetebeding op te splitsen naargelang de tekortkoming.³
- b. Een (aanzienlijke) discrepantie tussen daadwerkelijke schade en de bedongen boete kan op zichzelf grond zijn voor matiging, mits de toepassing in dat geval tot een buitensporig resultaat leidt.⁴
- c. De inhoud, strekking, de (on)duidelijke formulering en de kenbaarheid van het beding kunnen aanleiding zijn voor matiging.⁵
- d. Een boetebeding in de algemene voorwaarden dat bij het sluiten van de overeenkomst 'op de achtergrond is gebleven' kan aanleiding zijn voor matiging.⁶
- e. Matiging van een boete in de algemene voorwaarden is minder snel aan de orde wanneer het beding in overleg met de belangenbehartigers van de wederpartij is vastgesteld.⁷

Indien de rechter in de gegeven omstandigheden beslist dat matiging op zijn plaats is, zal hij/zij moeten bepalen *tot welke hoogte* het beding in stand wordt gelaten. Het gaat dus niet om de vraag of het beding ten tijde van de contractsluiting onredelijk was (ex tunc), maar veeleer of het beding, gezien alle feiten en omstandigheden van het geval, onredelijke gevolgen heeft (ex nunc). Daarbij zal de rechter in de regel op zoek gaan naar een evenwicht tussen het belang van de verhuurder bij ongewijzigde instandhouding van de boete tegen het belang van de huurder bij matiging daarvan.

Vernietiging onredelijk bezwarend boetebeding

Een rechter is niet bevoegd een boetebedrag te matigen indien sprake is van een consumentenovereenkomst met een onevenredig bezwarend boetebeding in de van toepassing verklaarde algemene voorwaarden. In dat geval is de rechter verplicht het beding geheel buiten beschouwing te laten.⁸ Dit komt feitelijk neer op een vernietiging van het boetebeding. Een beding in de algemene voorwaarden is vernietigbaar als het beding 'onredelijk bezwarend' is. Deze vernietigingsbevoegdheid is ook van toepassing op een standaard(boete)beding in het 'lichaam' van de overeenkomst dat bestemd is in meerdere overeenkomsten te worden opgenomen. De bewijslast rust op de partij die de vernietiging inroep of vordert, waarbij de consument-wederpartij wordt geholpen door de opsommingen in de zwarte en grijze lijst.⁹ Van belang is daarbij dat een boetebeding in algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten moet worden uitgelegd in de geest van de Europese Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De criteria 'strijd met de goede trouw' en 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht' spelen dan een rol.¹⁰

In tegenstelling tot niet-consumentenovereenkomsten moeten boetebedingen in consumentenovereenkomsten ambtshalve worden getoetst door de rechter. Er hoeft aldus in een procedure geen beroep op de vernietiging worden gedaan. Evenmin hoeft gesteld te worden dat het boetebeding buitengerechtelijk is vernietigd. Indien een rechter alsdan van oordeel is dat een boetebeding zich als een oneerlijk beding kwalificeert, bindt dit beding de consument in het geheel niet en komt de rechter ook niet meer toe aan zijn bevoegdheid om de boete te matigen.

Op basis van wet en jurisprudentie is wederom een aantal vuistregels te benoemen:

- i. Een beding dat een kernprestatie aangeeft is geen algemene voorwaarde. Hiervoor geldt dan nog de aanvullende eis dat het beding duidelijk is geformuleerd en ook begrijpelijk is in het licht van de overige afspraken.¹¹
- ii. Een standaardbeding waarover onderhandeld is en dat daadwerkelijk tot een aanpassing van het (standaard)beding heeft geleid, valt niet onder de reikwijdte van Europese Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.¹²
- iii. Om aan te nemen dat een beding het evenwicht tussen partijen aanzienlijk verstoort, is voldoende dat de rechten van een consument worden beperkt doordat hem een extra verplichting wordt opgelegd.¹³
- iv. Dat een beding tot stand is gekomen in overleg tussen representatieve belangenorganisaties, is aanleiding om niet snel aan te nemen dat een beding onredelijk bezwarend is.¹⁴
- v. Een beding met een consument wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn bij een 'annuleringsboete' die verder gaat dan een redelijke vergoeding voor geleden verlies of gederfde winst.¹⁵
- vi. Een beding dat de wanpresterende consument verplicht een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen is oneerlijk en dus vernietigbaar.¹⁶
- vii. Een discrepantie tussen de voorzienbare schade en de overeengekomen boete is een aanwijzing dat het beding onredelijk bezwarend is.¹⁷
- viii. De hoedanigheid van de wederpartij is relevant voor de toelaatbaarheid van het boetebedrag. Bij overeenkomsten tussen professionele partijen worden hoge boetes toegestaan.¹⁸
- ix. Een vertragsrentebeding moet worden vergeleken met de wettelijke rente, om vervolgens te bepalen of het geschikt is om de beoogde doelen te bereiken en niet verder gaat dan daartoe noodzakelijk is.¹⁹
- x. Een boetebeding zonder maximum is potentieel onevenredig bezwarend.²⁰

ROZ-huurcontracten woonruimte

De Raad voor onroerende zaken (ROZ) heeft het boetebeding in de herziene versie van de modelhuurovereenkomst woonruimte (model 2017) grondig herzien. Uit de handleiding blijkt dat deze aanpassingen zijn ingegeven door ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad en het HvJ EU over algemene voorwaarden. Het boetebeding staat nu in het 'lichaam' van de overeenkomst en kent een afzonderlijke boetebepaling voor vijf categorieën (artikel 11.1 a-e) en een 'vangnetboete' in artikel 11.2. De ROZ vermeldt in het model van 2017 geen voorgedrukt boetebedrag, maar doet in de handleiding bij het model een voorstel voor de boetehogtes:

'De ROZ suggereert boetebedragen in de volgende orde van grootte:
Artikel 11.1:

- a. een boete van € 20,00 per dag, met een maximum van € 4.000,00;
- b. een boete van € 35,00 per dag, met een maximum van € 7.000,00;
- c. een boete van € 50,00 per dag, met een maximum van € 10.000,00;
- d. een boete van € 1.500,00 per overtreding en € 75,00 per dag met een maximum van € 15.000,00;
- e. een boete van € 5.000,00 per overtreding en € 100,00 per dag met een maximum van € 25.000,00;

Artikel 11.2:

een boete van € 10,00 per dag met een maximum van € 2.000,00. Indien verhuurder een professionele partij is, is dit artikel 11.2 niet van toepassing.

De ROZ heeft gemeend dat bovengenoemde bedragen niet onredelijk zijn. Desondanks staat het verhuurder en huurder vrij andere bedragen overeen te komen.⁷

Het nieuwe boetebeding is op veel punten een goede verbetering ten opzichte oude boetebeding. Toch zijn er, gelet op bovengenoemde vuistregels, nog enkele verbeterpunten te noemen.

In de eerste plaats bevat het ROZ-model alleen een handleiding voor de

gebruiker van het model (veelal de verhuurder), zonder toelichting voor de huurder-consument. Het is dus maar de vraag of het boetebeding voldoende duidelijk is voor de huurder-consument. In tegenstelling tot het ROZ-model kent de modelkoopovereenkomst eengezinswoning van de NVM een dergelijke toelichting wel.

In de tweede plaats valt op dat de belangen van de huurders niet kenbaar zijn betrokken bij de totstandkoming van het ROZ-model.²¹ Dat is een gemiste kans, aangezien een dergelijke bredere vertegenwoordiging het boetebeding met meer redelijkheid omkleedt. Een woningcorporatie zou de inspraak van de huurders kunnen versterken door samen met de huurdersorganisaties een boetebeleid vast te stellen en hiernaar te verwijzen op de website.

In de derde plaats ontbreekt in de toelichting een waarschuwing waarin de verhuurder wordt gewezen op het belang om de boetebedragen aan te passen aan de concrete situatie of doelgroep. Een alleenstaande bijstandsmoeder wordt bijvoorbeeld harder getroffen dan tweeverdieners zonder kinderen.

Bewijsbeding

Het boetebeding in een huurovereenkomst functioneert enerzijds als prikkel om een deugdelijke nakoming te bevorderen en moet anderzijds voorkomen dat de verhuurder door bewijsnood met de geleden schade blijft zitten. Het is echter nog maar de vraag of het boetebeding geschikt is om een inhoudelijke discussie over de geleden schade te voorkomen. De daadwerkelijke of voorzienbare schade is via de achterdeur vaak alsnog een onderdeel van de discussie over de matiging of vernietigbaarheid van een boetebeding. Het (kostbare) juridische debat over de schade zal dus alsnog gevoerd moeten worden. Een verhuurder kan op zijn bewijspositie anticiperen door een aanvullend bewijsbeding op te nemen in het huurcontract.²² Daarin kunnen op voorhand afspraken worden gemaakt hoe de schade zal worden begroot. Hiermee kan ook de ondergrens voor de matiging van het boetebeding door de rechter wordt vastgesteld. Dat vergt enige aandacht bij het opstellen van het contract, maar zal zich later in een eventuele procedure uitbetalen.

Bij het formuleren van een bewijsbeding moet rekening gehouden worden met enkele valkuilen. Een beding dat de bevoegdheid van de consument om bewijs te leveren uitsluit of beperkt, is namelijk onredelijke bezwarend (zwarte lijst).²³ Een beding dat slechts de bewijslast omkeert, valt niet (direct) onder de reikwijdte van de zwarte lijst.²⁴ Het is daarom noodzakelijk dat de consument-wederpartij blijft toegelaten tot het leveren van tegenbewijs.

Indien een verhuurder een bewijsbeding opneemt met de strekking dat de geleden schade vastgesteld wordt op een vast bedrag, loopt hij het risico dat dit beding de strekking van een verkapt boetebeding heeft. De kans is aannemelijk dat een rechter hier doorheen zal prikken en zich bevoegd zal achten om het bewijsbeding alsnog te matigen. Ook in het bewijsbeding zal daarom onderscheid worden gemaakt naargelang de schadeveroorzakende gebeurtenis. Hiertoe adviseren wij aan artikel 11 van de model-ROZ-huurovereenkomst woonruimte een aantal extra leden toe te voegen die als volgt zouden kunnen luiden:

‘11.3 Ter voorkoming en beperking van een (gerechtelijk) geschil over de (hoogte van) schade die verhuurder zal leiden door tekortkomingen van huurder, wordt de door verhuurder geleden schade bij voorbaat en met dwingende bewijskracht vastgesteld als volgt:

- a. bij gebruik van het gehuurde in strijd met het overeengekomen gebruik (artikel 1 Algemene Bepalingen): de kosten die verhuurder zou hebben gemaakt om het gebruik in overeenstemming te brengen of houden, vermeerderd met de financiële voordelen die huurder (naar schatting) heeft genoten door het handelen in strijd met dit verbod;
- b. bij een ongeoorloofde onderverhuur van het gehuurde (artikel 2.1 Algemene Bepalingen): de schade aan de zijde van verhuurder begroot op basis van de winst die huurder (naar schatting) heeft genoten, op basis van vergelijkbare panden in de omgeving. Indien de ongeoorloofde verhuur heeft plaatsgevonden op basis van een (internet)advertentie bij een daarvoor bestemd

platform, wordt deze winst begroot met een exploitatie van minimaal 150 dagen per jaar. Bij een langdurige onderverhuur wordt de winst begroot op 150% van de huurprijs vanaf de aanvang van de huurovereenkomst.

c. (Enz. enz.)²⁵

11.4 Verhuurder kan zijn schattingen en kostenramingen in ieder geval onderbouwen door het overleggen van een kostenraming of offerte van een opdrachtnemer waarmee hij regelmatig zaken doet of een partij die zich specialiseert in de uit te voeren werkzaamheden.

11.5 Indien de werkelijk geleden schade de bovengenoemde bedragen overschrijdt staat het verhuurder vrij het meerdere als aanvullende schadevergoeding te vorderen, waarop de wettelijke bewijsregels van toepassing zijn.

11.6 De bovengenoemde vaststelling(en) hebben de kracht van volledig bewijs, behoudens ten aanzien van een consument-huurder die het recht behoudt om onbeperkt tegenbewijs aan te bieden.

11.7 Een geconstateerde onrechtmatige onderverhuur van het gehuurde, de aanwezigheid van drugs of andere verboden middelen en/of het door huurder gewekte vermoeden van de aanwezigheid van commerciële activiteiten anderszins, zal tussen partijen gelden als dwingend bewijs dat huurder niet het oogmerk had de huurovereenkomst te sluiten in zijn hoedanigheid als consument. Huurder heeft zich ervan vergewist dat dit in een procedure gevolgen kan hebben voor de wettelijke bescherming die hem als consument mogelijk toekomt.’

Ter toelichting op het bepaalde in artikel 11.7 merken wij op dat het voor de verhuurder in de praktijk lastig is te bewijzen dat een vermeende consument de overeenkomst niet is aangegaan ‘voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen’.²⁶ De subjectieve bedoeling is leidend. Met het opnemen van artikel 11.7 kan de verhuurder gemakkelijker bewijzen dat de huurder geen consumentenbescherming toekomt.

1. *Parl. Gesch. Boek 6*, TM, p. 324 en MvA II, p. 325.

2. HR 27 april 2007, *NJ* 2007/262 (*Intra-hof/Bart Smit*).
3. Zie Hof Leeuwarden 31 augustus 2010, ECLI:NL:GHEE:2010:BW3393 en HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2578 (*Monda/Hauer I*).
4. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 18 maart 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC8897, r.o. 8.20.1 en Rb. Rotterdam 22 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX5438, r.o. 6.21 en 6.22.
5. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0016, r.o. 12.
6. Ktr. Amsterdam 1 maart 1996, *Prg.* 1996/4601.
7. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 9 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR6638, r.o. 8.9.6.
8. HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse en de Man Garabito/Jahani*), zie dictum prejudiciële vraag 3.
9. Artikel 6:236 en 237 BW. Deze gezichtspunten kunnen door analoge toepassing bij de toepassing van artikel 6:233 sub b BW ook worden betrokken bij de beoordeling van een beding in een overeenkomst met een kleine ondernemer (reflexwerking). Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2679, r.o. 5.5.
10. Artikel 3 Richtlijn 93/13/EEG.
11. Het Hof van Justitie EU heeft de maatstaf uitgeschreven in zijn arrest HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262, r.o. 50.
12. Het standaardbeding valt mogelijk wel onder de toepassing van afdeling 3, titel 5 van Boek 6 BW.
13. HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, r.o. 30, n.n.g. (*Constructora Principado*). Aanleiding voor deze overweging was de vraag of de versturende werking van een beding mag worden gecompenseerd door overige gemaakte afspraken.
14. *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6*, MvT, p. 1519-1520 en MvA II, p. 1528.
15. Hof Amsterdam 14 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1402.
16. Bijlage bij de Richtlijn 93/13/EEG, sub 3 (Blauwe lijst).
17. Wij verwijzen hiervoor graag naar het statistisch onderzoek van P.T.J. Wolters, ‘De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden’, *RMThemis* 2017, afl. 3, p. 120.
18. Dit blijkt uit het statistisch onderzoek van P.T.J. Wolters, ‘De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden’, *RMThemis* 2017, afl. 3, p. 125, par. 7.6.
19. HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164, r.o. 74 (*Aziz*) en HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.10 (*Heesakkers/Voets*).
20. Rb. Amsterdam (vzr.) 19 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9453, r.o. 2.3; Hof Amsterdam 25 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1580, r.o. 3.7.4.

21. Uit de website van ROZ (www.roz.nl) blijkt dat zijn leden bestaan uit beleggers, makelaars, rentmeesters, de KNB en verder uit belangenbehartigers. Zie hiervoor verder een interview met de secretaris van de ROZ in H.U. Nuij, 'Een

nieuw ROZ-model huurovereenkomst woonruimte', *HIP* 2017, afl. 3, p. 30.

22. Artikel 153 Rv.

23. Artikel 6:236 sub k BW.

24. Zie Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AF0477.

25. Desgewenst aan te vullen met bewijsbedingen bij de overige boetes uit het ROZ-model.

26. Artikel 6:230g lid 1 BW.

Insolventierecht



Luc Rijzewijk
TBI Holdings B.V.

Verrekening van huurpenningen in faillissement; na *Tiethoff q.q./NMB*, nu *Houtman q.q./Rabobank*

Art. 53 Faillissementswet (Fw), dat ziet op verrekening in faillissement, kent aan de schuldeiser van een gefailleerde een (ruime) verrekeningsbevoegdheid toe. In het arrest *Tiethoff q.q./NMB*¹ uit 1989 formuleerde de Hoge Raad een beperking op de (ruime) verrekeningsbevoegdheid van art. 53 Fw.

Op 21 juni 2019 wees de Hoge Raad in de zaak *Houtman q.q./Rabobank* een interessant arrest² dat in het verlengde ligt van *Tiethoff q.q./NMB*. Net als in *Tiethoff q.q./NMB* was in deze zaak sprake van een geschil tussen een gefailleerde verhuurder en een huurder tevens kredietverstrekker die zijn huurschuld van na faillissement wenste te verrekenen met zijn vordering uit hoofde van een voor faillissement verstrekt krediet. Met dit verschil dat in *Houtman q.q./Rabobank*, anders dan in *Tiethoff q.q./NMB*, een bodemverhuurconstructie in het leven was geroepen ten behoeve van de kredietverstrekker (Rabobank). De Hoge Raad achtte verrekening in *Tiethoff q.q./NMB* niet toegestaan en diende te oordelen of verrekening

in *Houtman q.q./Rabobank* wél geoorloofd was.

Voor de vastgoedsector is het arrest *Houtman q.q./Rabobank* van belang omdat het de spelregels m.b.t. verrekening van huurpenningen in faillissement nader preciseert en de rechtspositie van de huurder tevens kredietverstrekker verduidelijkt. In deze bijdrage wordt het arrest *Houtman q.q./Rabobank* besproken evenals de belangrijkste overwegingen die aan dit arrest ten grondslag liggen.

Wettelijk kader

Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser is van een gefailleerde, is op grond van art. 53 lid 1 Fw bevoegd om zijn vordering te verrekenen met zijn schuld. Voorwaarde hiervoor is dat schuld en vordering beide reeds bestonden ten tijde van de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht.

Art. 53 Fw geeft de wederpartij van een gefailleerde tijdens faillissement een ruimere verrekeningsmogelijkheid dan Boek 6 BW. De verruiming zit in het niet toepasselijk zijn van het afdwingbaarheidsvereiste als bedoeld in art. 6:127 lid 2 BW en het in art. 6:136 BW genoemde vereiste dat de gegrondheid van het beroep op verrekening op eenvoudige wijze is vast te stellen (art. 53 lid 3 Fw). De gedachte hierachter is dat iedere schuldeiser van de boedel zijn schuld aan de boedel als 'onderpand' mag beschouwen voor de betaling van zijn vordering.³

Door verrekening kan de schuldeiser van de gefailleerde zijn vordering op de gefailleerde (geheel of gedeeltelijk) voldaan krijgen, terwijl schuldeisers die niet kunnen verrekenen met een veelal oninbare vordering achterblij-

ven. Verrekening levert aldus een feitelijke voorrang op.

Tiethoff q.q./NMB

De Hoge Raad heeft in een aantal arresten de verrekeningsbevoegdheid van art. 53 Fw beperkt.⁴ Zo ook in het arrest *Tiethoff q.q./NMB*. In die kwestie was NMB huurder van een aan gefailleerde toebehorend pand en wilde NMB de door haar verschuldigde huur na faillissement verrekenen met haar vordering uit hoofde van geldlening van vóór faillissement. In beginsel was art. 53 lid 1 Fw van toepassing, omdat de huurovereenkomst dateerde van vóór de faillietverklaring en er dus sprake was van een schuld van NMB die rechtstreeks voortvloeide uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde waren verricht.⁵ De Hoge Raad oordeelde desondanks dat verrekening niet was toegestaan en overwoog in dit verband het volgende:

'Een redelijke uitleg van dit artikel [art. 53 Fw] brengt echter mee dat een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht, zulks in dier voege dat deze uitzondering met name geldt wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers op onaanvaardbare