

Schadebegroting bij verboden onderverhuur¹



Het is de huurder in beginsel verboden om zijn huurwoning aan een ander in gebruik te geven (artikel 7:244 BW). Ook de meeste huurcontracten verbieden onderverhuur zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de verhuurder. Desondanks wordt, vooral in de grote steden, op grote schaal onderverhuurd en daar wordt vaak flink aan verdiend.

1. Inleiding

Geschat wordt dat in Amsterdam 10 à 20% van de sociale woningen wordt onderverhuurd.² Als de verhuurder bekend raakte met de verboden onderverhuur, werd tot voor kort vaak alleen ontbinding van de huurovereenkomst gevorderd. In een aantal recente zaken³ is behalve ontbinding ook schadevergoeding gevorderd. Op basis van artikel 6:104 BW werd de schade begroot aan de hand van de met de onderverhuur verkregen winst. De vraag is of, en zo ja, in welke gevallen dit artikel zich leent om afdracht van winst uit verboden onderverhuur te verkrijgen.

2. Artikel 6:104 BW

Artikel 6:104 BW luidt: 'Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan.' Het artikel is een uitwerking van de algemene regel van artikel 6:97 BW en biedt een abstracte schadebegroting die niet kan worden toegepast als vaststaat dat geen schade is geleden, maar wel zodra er mogelijk schade is geleden en dit niet kan worden aangetoond. De schadebegroting staat derhalve los van de hoogte van de feitelijk geleden schade. De grond voor de opnemings van dit artikel is dat het door de wetgever onredelijk wordt geacht

om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, in geval door die ander vermoedelijk wél schade is geleden, maar deze naar de aard van deze zaak niet goed bewijsbaar is.⁴ In zo'n geval heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om op vordering van degene jegens wie aansprakelijkheid bestaat, de schadevergoeding vast te stellen op het bedrag van de winst die de aangesprokene, als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, genoten heeft.⁵ De vereisten voor de toepasbaarheid van dit artikel zijn: dat aansprakelijkheid bestaat op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad, dat door de wanprestatie of onrechtmatige daad winst is genoten, dat schade is geleden en dat de benadeelde vordert deze schade te begroten op het bedrag van de winst. Deze vereisten zal ik in het hiernavolgende afzonderlijk behandelen.

2.1. Aansprakelijkheid op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad

Artikel 6:104 BW geldt niet bij andere aansprakelijkheidsgronden dan tekortschieten in de nakoming van een verbintenis en onrechtmatige daad. De mate van verwijtbaarheid is niet van belang. Ook bij aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van derden kan artikel 6:104 BW worden toegepast.⁶

2.2. Door de wanprestatie of onrechtmatige daad is winst genoten

De schade kan alleen begroot worden op dat gedeelte van de winst dat in voldoende verband staat met de normschending.⁷ Welke winst voldoende in verband staat met de normschending dient te worden bepaald met toepassing van de causaliteitseis van artikel 6:98 BW, het gaat hier uitsluitend om een 'conditio sine qua non'-toetsing, waarbij het waarschijnlijk voldoende is dat twijfel over de aanwezigheid van een 'conditio sine qua non'-ver-

* Mr. J. de Koning is als stagiaire verbonden aan de sectie omgevingsrecht, Höcker Advocaten te Amsterdam.

1. Met dank aan mr. A.S. Rueb voor zijn commentaar op eerdere concepten en aan mr. B.I. Kraaijpoel voor de vruchtbare discussies.
2. H. Ferwerda e.a., *Malafide activiteiten in de vastgoedsector. Een exploratief onderzoek naar aard, actoren en aanpak*. Amsterdam: SPW 2007, ISBN: 9789066658394.
3. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 17 december 2007, WR 2008, 30 (*Het Oosten/Gharbharan*) én Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 20 december 2006, kenmerk 708264 CV EXPL 05-19699 (*Woonstichting Lieven de Key/Pasternak en Van der Velde*) én Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam vonnis in kort geding van 7 maart 2007, LjN BD1197 <www.rechtspraak.nl> (*De Wheermolen/Moes*).
4. Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1269.
5. MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1266.
6. MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267.
7. J.P. Jordaans & H.B. Krans, 'Winstafdracht', *NJB* 1994-25, p. 844-848.

band bestaat.⁸ Met de term winst in de zin van dit artikel wordt bedoeld op de netto-winst, derhalve het resultaat dat de gedraging heeft opgeleverd na aftrek van de kosten en belastingen. Andere voordelen, bespaarde kosten en beperkingen van verlies, vallen daar niet onder en kunnen dus niet worden afgetrokken.⁹

2.3. Feitelijke schade geleden

Over de vraag of de aanwezigheid van schade een noodzakelijke voorwaarde is voor het toepassen van artikel 6:104 BW werd verschillend geoordeeld. In de parlementaire geschiedenis is hierover onder meer opgemerkt dat men er uit dogmatisch oogpunt aan zou kunnen twijfelen of nog sprake is van vergoeding van 'schade', nu van het door eiser geleden nadeel geabstraheerd wordt. Vooral om technische redenen zou er de voorkeur aan gegeven zijn hier toch van schadevergoeding te spreken, zodat daaraan verbonden bepalingen van toepassing zouden blijven. Begroting van de schade aan de hand van artikel 6:104 BW zou niet goed passen bij de aansprakelijkheid wegens ongerechtvaardigde verrijking, omdat daarvoor van wezenlijk belang is dat niet meer gevorderd kan worden dan de werkelijke verarming aan de zijde van de schuldeiser.¹⁰ A contrario kan hieruit worden afgeleid dat de werkelijke verarming van de benadeelde niet bepalend is voor de hoogte van de winstafdrachtvordering.¹¹ Het feit dat artikel 6:104 BW uitsluitend kan worden toegepast bij een aanspraak tot vergoeding van schade uit onrechtmatige daad of wanprestatie, welke aansprakelijkheid afhankelijk is van de aanwezigheid van schade, maakt echter al dat het niet aannemelijk is dat winstafdracht kan plaatsvinden als in het geheel geen schade is geleden. De Hoge Raad overweegt hierover: 'De in het artikel bedoelde wijze van begroting komt neer op een vorm van schadebegroting waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan, zodat zodanig nadeel bij onzekerheid niet door de eiser behoeft te worden aangetoond. Dit neemt echter niet weg dat, zo de rechter vaststelt dat in het gegeven geval geen schade is geleden, daarmee de weg naar toepassing van artikel 6:104 is afgesneden.'¹²

Artikel 6:104 BW kan dan ook niet worden toegepast als in het geheel geen schade is geleden, maar zodra de mogelijkheid van schade niet is uit te sluiten, mag dit artikel worden toegepast.

2.4. Vordering

Artikel 6:104 BW kan alleen worden toegepast als de benadeelde dat vordert. Als de benadeelde dit niet doet, dient de rechter de schade vast te stellen in overeenstemming met artikel 6:97 BW. De schadeberekening van artikel 6:104 BW kan derhalve niet ambtshalve worden toegepast.

3. Discretionaire bevoegdheid

Artikel 6:104 BW geeft geen recht op winstafdracht, maar geeft een wettelijke basis voor abstracte schadebegroting. De rechter heeft op basis van dit artikel een discretionaire bevoegdheid om de schade te begroten aan de hand van het verkregen voordeel. De rechter dient de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. De parlementaire geschiedenis laat zien dat het artikel een discretionaire bevoegdheid geeft, waarvan zolang de rechter daarmee geen ervaring heeft opgedaan, slechts in sprekende gevallen gebruik zal behoeven te worden gemaakt. De mate van verwijtbaarheid van de betreffende gedraging kan daarbij voor de rechter een belangrijke reden zijn om tot toepassing van het artikel te besluiten.¹³ Bij de afweging welke wijze van schadebegroting het meest met de aard van de schade in overeenstemming is, kunnen allerlei factoren een rol spelen. Jordaans en Krans voorzien de volgende factoren. Ten eerste de cijfermatige verhouding tussen de schade en de winst. Zij verwachten dat hoe kleiner het verschil tussen de winst en schade is, des te eerder de schade op de volledige winst zal worden begroot.

Ten tweede het verband tussen de geleden schade en de winst. Indien gedaagde door middel van andersoortige gedragingen dan waar eiser zich doorgaans mee bezighoudt winst heeft behaald, zou een beperktere toerekening op zijn plaats zijn. In dat geval is geen sprake van het wegnemen van een potentieel gedeelte van de 'markt' van eiser. Dit verband illustreren zij door verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad¹⁴, waarin het volgens hen van belang lijkt dat accountant Naus met doorbreking van een non-concurrentiebeding winsten behaalde die de maatschap zelf ook had kunnen behalen, omdat het verrichten van die activiteiten behoorde tot de kernpunten van de bedrijfsvoering van de maatschap. Als derde factor noemen Jordaans en Krans de mate van verwijtbaarheid van de betreffende gedraging.¹⁵

Ten aanzien van de tweede factor ben ik het met Jordaans en Krans oneens. De beperktere toerekening van winst uit andersoortige gedragingen dan waar eiser zich mee bezighoudt, lijkt mij onjuist. Deze wegingsfactor is ingegeven door de overweging dat, indien winst wordt gemaakt die de eiser zelf ook had kunnen behalen omdat het verrichten van de winstgevendende activiteit behoort tot de kernpunten van de bedrijfsvoering van de eiser, dit een extra aanleiding is voor het toepassen van artikel 6:104 BW. Deze factor komt echter al voldoende terug in de eerstgenoemde wegingsfactor. Als winst is behaald die de eiser zelf niet had kunnen behalen, zal dit vaak ook zijn terug te zien in de getalsmatige verhouding tussen de schade en de winst. Als dat niet zo is, is er zeker geen reden om terughoudendheid te betrachten met de toepassing van artikel 6:104 BW, zolang de winst die verkregen wordt door middel van andersoortige gedragingen dan

8. J.P. Jordaans & H.B. Krans, 'Winstafdracht', *NJB* 1994-25, p. 844-848.

9. Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1269.

10. MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267.

11. J.P. Jordaans & H.B. Krans, 'Winstafdracht', *NJB* 1994-25, p. 844-848.

12. HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421.

13. Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1269.

14. HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421.

15. J.P. Jordaans & H.B. Krans, 'Winstafdracht', *NJB* 1994-25, p. 844-848.

waar eiser zich doorgaans mee bezighoudt, in causaal verband staat met de onrechtmatige gedraging. Ter illustratie verwijs ik naar het in de parlementaire geschiedenis behandelde voorbeeld van een onrechtmatige perspublicatie waarmee winst is gemaakt en waardoor iemand in zijn eer of goede naam is aangetast. In dat geval had de eiser de winst zelf niet kunnen of willen behalen en is een verband tussen de behaalde winst en de geleden schade afwezig. Desondanks zou bij begroting van de schade de behaalde winst als uitgangspunt kunnen worden genomen.

4. Leent winst uit verboden onderhuur zich voor afdracht op grond van artikel 6:104 BW?

In een aantal recente zaken¹⁶ waarin verboden onderhuur was geconstateerd, had de verhuurder naast een vordering tot ontbinding ook een vordering tot schadevergoeding ingesteld, waarbij de schade werd begroot aan de hand van de met de onderverhuur verkregen winst. De vraag is of artikel 6:134 BW daarvoor voldoende basis biedt.

4.1. Formele vereisten bij begroting schade door onderverhuur

Al eerder is opgemerkt dat onderverhuur, zonder instemming van de verhuurder, op grond van artikel 7:244 BW en vaak ook op grond van een specifieke bepaling uit de huurovereenkomst wanprestatie oplevert. De parlementaire geschiedenis laat zien dat dit artikel kan worden toegepast jegens de houder van eens anders zaak die deze onbevoegd aan een derde verhuurt en te dier zake aansprakelijk is.¹⁷ In veel gevallen wordt het gehuurde voor een hogere huurprijs onderverhuurd dan de huurprijs die aan de verhuurder dient te worden betaald, zodat hiermee winst wordt gemaakt. Ook aan het marginale vereiste dat schade moet zijn geleden, althans, dat niet vaststaat dat in het geheel geen schade is geleden, zal in bijna alle onderhuursituaties zijn voldaan, omdat met het opsporen en afwickelen van de onderverhuur aanmerkelijke kosten gemoeid zijn. In de praktijk blijkt al voldoende te zijn dat de kosten om de verboden onderverhuur in rechte te beëindigen, niet volledig door de proceskostenveroordeeling worden gedekt.¹⁸

4.2. Discretionaire bevoegdheid bij begroting schade door verboden onderverhuur

Voor toepassing van artikel 6:104 BW is niet voldoende dat aan de formele vereisten van dit artikel wordt voldaan. De rechter dient tevens van oordeel te zijn dat deze wijze van schadeberekening het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Voor dat oordeel is de aanwezigheid van minder goed te bepalen schade van belang. De schade als gevolg van verboden onderverhuur bestaat, naast de kosten om de verboden onderverhuur in rechte te beëindigen, vaak ook uit gedeelde huur. Voor

de berekening daarvan wordt er in verschillende uitspraken van uitgegaan dat de onderverhuurder in het licht van zijn contractuele verplichting tot goed huurderschap de huurovereenkomst had moeten opzeggen tegen de datum waarop hij het gehuurde verliet en aan een ander in gebruik gaf. Het verschil tussen de huurprijs volgens de puntenwaarde en de huurprijs die de onderverhuurder betaalt wordt dan aangemerkt als gedeelde huur.¹⁹ Deze schade is over het algemeen vast te stellen en aan te tonen, zodat een abstracte schadebegroting niet direct in de rede ligt. Daarnaast hebben grotere verhuurders kosten aan medewerkers, die speciaal in dienst zijn om onderverhuur op te sporen en te beëindigen. Deze kosten worden in de voornoemde procedures opgevoerd als geleden schade, welke schade minder goed te bepalen is. Voor deze schade ligt begroting aan de hand van artikel 6:104 BW meer voor de hand.

In de zaak *Ymere/Doerga*²⁰ merkt de voorzieningenrechter over deze schade op dat het houden van het door Ymere bedoelde toezicht een van de kerntaken van haar onderneming is, die zij uit haar normale exploitatie zou moeten bekostigen. Het zou onvoldoende aannemelijk zijn geworden dat het in stand houden van een apart team om verboden onderverhuurpraktijken op te sporen in direct verband staat met het handelen van Doerga. Ik kom hier onder punt 4.3. op terug. Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat artikel 6:104 BW niet ten doel heeft aan de eigenaar van illegaal onderverhuurde woningen meer te vergoeden dan de daadwerkelijk door hem geleden schade. Juist uit het sociale karakter van Ymere volgt dat zij de winst, die Doerga mogelijk heeft gemaakt, niet zelf zou hebben willen behalen. De voorzieningenrechter is derhalve van mening dat de winst, die de onderverhuurder maakt, alleen te ontnemen is als deze winst anders door de verhuurder had kunnen worden behaald. Dit is een van de wegingsfactoren die Jordaans en Krans ook in hun artikel noemden. Ik ben van mening dat dit niet in overeenstemming is met de grond voor opname van artikel 6:104 BW, namelijk dat het onredelijk werd geacht om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waar door die ander vermoedelijk wel schade is geleden, maar deze naar de aard van de zaak niet goed bewijsbaar is. Bij toepassing van artikel 6:104 BW moet het bedrag van de schadevergoeding worden geabstraheerd van het door de eiser geleden nadeel.²¹ Door via de discretionaire bevoegdheid van de rechter deze abstractie te passeren wordt dit artikel te zeer uitgehold. Juist de kosten die de eiser maakt voor beëindiging van de onderverhuur en de schade die zij daardoor lijdt komen, gezien de grond voor opnemings van artikel 6:104 BW, bij uitstek in aanmerking voor vergoeding op grond van artikel 6:104 BW. De winst die de onderverhuurder maakt is doorgaans niet toe te schrijven aan enige bijzondere inspanning zijnerzijds,

16. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 17 december 2007, *WR* 2008-3, 30 (*Het Oosten/Gharbharan*), Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 20 december 2006, kenmerk 708264 CV EXPL 05-19699 (*Woonstichting Lieve de Key/Pasternak en Van der Velde*), V.zr. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 23 juli 2007, *WR* 2008-3, 29 (*Ymere/Doerga*) én V.zr. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 7 maart 2007, *LJN* BD1197 <www.rechtspraak.nl> (*De Wheermolen/Moes*).

17. MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1266.

18. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 17 december 2007, *WR* 2008-3, 30 (*Het Oosten/Gharbharan*).

19. V.zr. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 23 juli 2007, *WR* 2008-3, 29 (*Ymere/Doerga*).

20. V.zr. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 23 juli 2007, *WR* 2008-3, 29 (*Ymere/Doerga*).

21. MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267.

terwijl de verhuurder wel schade heeft geleden. In een dergelijk geval kan het niet redelijk worden geacht dat de ten koste van de verhuurder verkregen winst aan de onderverhuurder wordt gelaten, nu door de verhuurder wél schade is geleden, maar deze niet goed te bewijzen is.

4.3. *Schade voor 'toegelaten instellingen'*

De schade die een verhuurder, die is aangemerkt als 'toegelaten instelling', door verboden onderverhuur lijdt is nog omvangrijker. De Woningwet bepaalt in artikel 70 eerste lid dat verenigingen en stichtingen, die zich ten doel stellen uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam te zijn, bij koninklijk besluit kunnen worden toegelaten als instellingen, die uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn. Zo een toelating bracht in het verleden met zich mee dat deze instellingen (financieel) gesteund werden door de overheid, bijvoorbeeld bij het aangaan van leningen. Ook nu brengt het zijn van 'toegelaten instelling' nog steeds bepaalde voordelen met zich mee; bijvoorbeeld de voorrangspositie bij gronduitgifte. Het vierde lid van artikel 70 van de Woningwet bepaalt dat er nadere voorschriften worden gesteld omtrent de toelating van instellingen. Deze nadere voorschriften zijn neergelegd in het Besluit Beheer Sociale Huursector. Het zorgen voor een eerlijke verdeling van de sociale woningvoorraad is een van de hoofddoelstellingen van een 'toegelaten instelling'. Verboden onderverhuur doorkruist deze doelstelling. Het distributiesysteem van de instelling wordt erdoor gefrustreerd en de wachtlijsten lopen onevenredig op. De schade die deze instellingen lijden door de verboden onderverhuur is dus niet beperkt tot concrete financiële schade, maar bestaat ook uit de schade die zij lijden door de doorkruising van hun hoofddoelstellingen. Voor deze instellingen moet het zeker onredelijk worden geacht de ongeoorloofd verkregen winst uit onderverhuur aan de onderverhuurder te laten.

5. **Conclusie**

Op de vraag of winst uit verboden onderverhuur zich leent voor afdracht op grond van artikel 6:104 BW is het antwoord: ja. In welke gevallen dit ook daadwerkelijk zal gebeuren is afhankelijk van de belangenafweging die de rechter maakt. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat de belangenafweging bij 'toegelaten instellingen' eerder in het nadeel van de verboden onderverhuurder zal uitpakken dan bij een particuliere verhuurder.