

Huurrecht en pacht



Mr. J. de Koning
Höcker Advocaten

Schadebegroting bij verboden onderverhuur (2)¹

Gerechthof Amsterdam 9 september 2008, *WR* 2008, 120

Het instellen van een actie tot afgifte van de winst behaald met verboden onderverhuur is nieuw in de strijd tegen verboden onderverhuur. In de zaak *Ymere/Doerga* heeft het Hof Amsterdam een verzoek tot begroting van de schade door verboden onderverhuur aan de hand van artikel 6:104 BW toegewezen.

Inleiding

Bij de huur van woonruimte is het de huurder niet toegestaan om de woonruimte onder te verhuren. Bovendien is het gebruikelijk dat dit ook nog eens contractueel wordt verbo-

den. Desondanks gebeurt dat op grote schaal. Soms is dat omdat de huurder elders verblijft en hij na verloop van tijd in het gehuurde terug wil keren, althans de mogelijkheid daartoe wil openhouden. Vaker wordt gewoon de mogelijkheid benut om een hogere onderhuur te bedingen dan de hoofdhuur.

De sanctie op verboden onderverhuur, ontbinding door de rechter wegens wanprestatie, is onvoldoende afschrikwekkend, terwijl daar voor de verhuurder vaak hoge kosten aan zijn verbonden. Van de mogelijkheid om in het contract een boete op te nemen die de huurder in dit geval verbeurt, wordt nog weinig gebruik gemaakt. Ondertussen is een methode bedacht om de door de huurder op de onderverhuur gemaakte winst af te romen; met name zal daartoe worden besloten als toch over de wanprestatie wordt geprocedeerd.

De grondslag voor deze afroming ligt in artikel 6:104 BW, een uitwerking van artikel 6:97 BW inzake de schadebegroting door de rechter. De vereisten voor de toepasbaarheid van artikel 6:104 zijn dat: aansprakelijkheid bestaat op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad, door de wanprestatie of onrechtmatige daad winst is genoten, schade is geleden en de bena-

deelde vordert deze schade te begroten op het bedrag van de winst of een deel daarvan.

Het bijzondere van deze wijze van schadebegroting is dat de omvang van de schade niet hoeft vast te staan; zij kan al worden toegepast als de mogelijkheid van schade niet is uit te sluiten.² Een beperking is wel dat de schade alleen begroot kan worden op dat gedeelte van de winst dat in voldoende verband staat met de normschending.³ Artikel 6:104 BW geeft derhalve als zodanig geen recht op winstafdracht, maar geeft een wettelijke basis voor een abstracte schadebegroting. De rechter dient de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is; dat is in de meeste gevallen de strijdvraag. In een aantal recente zaken⁴ waarin verboden onderhuur was geconstateerd, had de verhuurder naast een vordering tot ontbinding ook een vordering tot schadevergoeding ingesteld, waarbij de schade werd gesteld op het bedrag van de met de onderverhuur verkregen winst. De vraag is of artikel 6:104 BW daarvoor voldoende basis biedt. 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 aan-

sprakelijk is.⁵ In veel gevallen wordt er met onderverhuur winst 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. Voor toepassing van artikel 6:104 BW dient de rechter 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.

Casus en rechtsgang

Doerga huurde sinds 1 mei 1999 een woning van Ymere. Vanaf een moment gelegen voor 1 januari 2003 heeft Doerga de woning in strijd met de bepalingen van de huurovereenkomst geheel onderverhuurd aan studenten. Na constatering hiervan heeft Ymere in kort geding een vordering tot ontruiming en schadevergoeding ingesteld. Zij heeft gesteld dat zij als gevolg van de illegale onderverhuur schade heeft geleden, onder meer doordat zij in verband met dergelijke illegale onderverhuurpraktijken een apart team in stand moet houden om die op te sporen en doordat zij als gevolg van onderverhuur in mindere mate aan haar sociale doelstelling kan voldoen en heeft verzocht de schade te begroten aan de hand van artikel 6:104 BW.

In eerste aanleg heeft de kantonrechter hierover opgemerkt dat het houden van toezicht op de naleving van het onderverhuurverbod één van de kerntaken van Ymere 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 onderverhuur op te sporen in direct verband staat met het handelen van Doerga. Voorts overweegt de kantonrechter dat artikel 6:104 BW niet ten doel heeft aan de eigenaar van onderverhuurde woningen meer te vergoeden dan de daadwerkelijk door hem geleden schade. Het sociale karakter van Ymere brengt juist mee dat zij de veronderstelde winst, die Doerga mogelijk heeft gemaakt, niet zelf zou hebben willen behalen. De kantonrechter is derhalve van mening dat de winst, die de onderverhuurder maakt, alleen te ontnemen is als deze

winst ook door de verhuurder had kunnen worden behaald.

Vooruitlopend op een eventuele bodemprocedure heeft de kantonrechter de door de wanprestatie geleden schade ex aequo et bono begroot op het verschil tussen de voor het gehuurde volgens de puntentelling berekende maximale nettohuurprijs en de tussen partijen overeengekomen nettohuurprijs. Uitgaande van dit verschil, in 2007 berekend op € 105,87 per maand en in de vier jaren ervoor telkens 2% minder, werd Doerga veroordeeld om bij wege van voorschot op schadevergoeding aan Ymere te betalen een bedrag van € 5697,60 in hoofdsom.

Voorts heeft de kantonrechter Doerga veroordeeld het gehuurde binnen veertien dagen na betekening van het vonnis te ontruimen.

Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Doerga op in het principaal hoger beroep. In het incidenteel appèl bestrijdt Ymere met haar grieven de niet volledige toewijzing van het als schadevergoeding gevorderde bedrag.

Het arrest van het hof

Het hof heeft geoordeeld dat Ymere aannemelijk heeft gemaakt dat de door grootschalige onderverhuur veroorzaakte schade onder meer bestaat uit de kosten voor het opheffen daarvan, de kosten van het sneller moeten realiseren van extra woningen voor de sociale sector, en de kosten van het blijven waarborgen van de leefbaarheid van de woonomgeving. Het hof overweegt dat deze schade (ten dele) wordt veroorzaakt door de toerekenbare tekortkoming van Doerga en dat zij hiervoor dan ook mede aansprakelijk kan worden gehouden. Nu de omvang van de aan Ymere toegebrachte schade naar haar aard niet in concreto is vast te stellen, evenmin als de mate waarin Doerga aan die schade heeft bijgedragen, is het hof anders dan de kantonrechter van oordeel dat een schadeberekening op voet van artikel 6:104 BW passend is.

Het hof had in zijn arrest uitvoeriger in kunnen gaan op de vraag of schadebegroting op grond van artikel 6:104 BW passend is. Ik ben van mening dat de zienswijze van de kantonrech-

ter op dat punt (in het bijzonder dat de winst alleen te ontnemen is als die ander door de verhuurder had kunnen worden behaald) 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 haar aard 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.⁶ Door via de discretionaire bevoegdheid van de rechter deze abstractie te passeren wordt dit artikel te zeer uitgehold. Juist de kosten die de hoofdverhuurder 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 bijzonder inspanning zijnerzijds, 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 naar haar aard niet goed te bewijzen is.

Voorts nog een kleine kritische noot bij het arrest van het hof. Krachtens artikel 70 lid 1 Woningwet dienen toegelaten instellingen uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam te zijn en niet te beogen uitkeringen te doen anders dan in het belang van de volkshuisvesting. De verplichting van toegelaten instellingen om actief op te treden tegen illegale onderverhuur vloeit mede voort uit hun verplichting om bij voorrang personen die door hun inkomen of door andere omstandigheden moeilijkheden ondervinden bij het vinden van passende woonruimte te huisvesten en ook tot het blijven waarborgen van de leefbaarheid van de woonomgeving zijn zij verplicht. Onzeker is of de verboden onderverhuur leidt tot het sneller (moeten) bouwen van huurwoningen (de onderhuurders zouden anders waarschijnlijk op de lijst van woningzoekenden staan). Te

betwijfelen is ook of er kosten voor het sneller moeten realiseren van extra woningen voor de sociale sector gemaakt worden die in causaal verband staan met grootschalige onderverhuur. Gezien de grote krapte op de Amsterdamse woningmarkt is het niet zeker dat indien in het geheel niet zou worden onderverhuurd, voldoende sociale huurwoningen beschikbaar zouden zijn. Ik verwacht niet dat het aantal te bouwen sociale woningen wordt opgevoerd naarmate de wachttijd voor een sociale huurwoning oploopt en toegelaten instellingen zijn daartoe ook niet verplicht.

Geldvordering in kort geding

Ymere had de winstafdracht gevorderd als voorschot op de haar toekomende schadevergoeding. Deze manier om een geldvordering in kort geding in te stellen is lang geaccepteerd, maar ook daarvoor geldt volgens de Hoge Raad dat de kortge-

dingrechter zich terughoudend moet opstellen en dat nog duidelijker het spoedeisend belang aannemelijk moet worden gemaakt. De ervaring leert dat in appèl de hoven wat strikter aan deze eisen de hand houden dan in eerste aanleg de kortgedingrechter. In het onderhavige geval heeft het hof het spoedeisend belang gevonden in de stelling van Ymere dat zij zo spoedig mogelijk een extra en effectief instrument krijgt in de strijd tegen onderverhuur, opdat een krachtig signaal wordt afgegeven dat illegale onderverhuur van sociale woningen onaantrekkelijk is. Dus ligt het belang van Ymere niet bij het te incasseren bedrag, maar in de toewijsbaarheid van de vordering, waaraan inderdaad ruime bekendheid is gegeven.

Ten slotte

In dit arrest is de vraag of winst uit verboden onderverhuur zich leent voor afdracht op grond van artikel 6:104 BW thans op hof-niveau beves-

tigend beantwoord. De daaraan ten grondslag gelegde motivering is echter uitsluitend van toepassing op 'toegelaten instellingen'. Het blijft derhalve de vraag hoe deze vraag bij een particuliere verhuur in de toekomst zal worden beantwoord.

1. In vervolg op J. de Koning, 'Schadebegroting bij verboden onderverhuur', *Vastgoedrecht* 2008-4, p. 86-89.
2. HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421.
3. J.P. Jordaans & H.B. Krans, 'Winstafdracht', *NJB* 1994-25, p. 844-848.
4. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 17 december 2007, *WR* 2008-3, nr. 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 (vzr.), sector kanton, locatie Amsterdam 7 maart 2007, *LJN* BD1197 <www.rechtspraak.nl> (*De Wheermolen/Moes*).
5. MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1266.
6. MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267.



Mr. M.E. Goldsmid
Dirkzwager

Huur en asbest

Inleiding

In artikel 7:204 lid 2 BW is bepaald wat een gebrek vormt aan een verhuurde zaak. In beginsel vormen alle genotsbeperkingen die niet aan de huurder zijn toe te rekenen een gebrek.¹ Op 19 augustus 2008 heeft het Hof Amsterdam – in een nogal gezaghebbende samenstelling, te weten mrs. J.P. Fokker, R.A. Dozy en M.F.A. Evers – een belangrijk arrest² gewezen waarbij de vraag centraal stond of de aanwezigheid van (bruin) asbest in een gehuurde winkelruimte

zich kwalificeert als een gebrek. Het hof oordeelt dat de aanwezigheid van (hechtgebonden) asbest nog geen gebrek oplevert, maar het vrijkomen daarvan wel. Aldus gaat het hof terughoudend om met de ruime betekenis die de wetgever aan het begrip 'gebrek' heeft toebedacht.

Gebrek

In deze zaak deed zich de volgende situatie voor. KPN exploiteerde in de door haar sinds oktober 2001 van verhuurder Tamminga gehuurde bedrijfsruimte een Primafoonwinkel. Tussen het dak en het systeemplafond boven de winkelruimte is een zogenaamd brandwerend asbesthoudend tussenplafond aanwezig. Het gaat hier om zogenaamd hechtgebonden (bruin) asbest. Bij een inbraak in maart 2005 is asbest vrijgekomen doordat de inbrekers zich de toegang tot het gehuurde hebben verschaft door gaten in het dak en het tussenplafond te boren. KPN wenst de aanzienlijke (gevolg)schade op de verhuurder te verhalen. KPN vangt bot bij de kantonrechter en gaat in beroep bij het Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem).

Het hof stelt voorop dat de enkele aanwezigheid van hechtgebonden asbest in plafondplaten geen gebrek oplevert, omdat de huurder desondanks het genot van het gehuurde kan hebben dat hij op grond van de huurovereenkomst mocht verwachten. Huurder komt op dat moment dan ook geen beroep toe op herstel, huurprijsvermindering of schadevergoeding. Pas op het moment dat het hechtgebonden asbest vrijkomt (zoals in deze zaak ten gevolge van een inbraak) is er sprake van een gebrek. Op dat moment kan de huurder namelijk niet meer het genot hebben dat hij mocht verwachten. In beginsel dient de verhuurder op grond van artikel 7:206 lid 1 BW het gebrek te verhelpen, óók als het vrijkomen niet aan de verhuurder kan worden toegerekend. Concreet houdt dit in dat verhuurder verplicht is de schade aan het pand te herstellen en dat hij bovendien moet overgaan tot asbestsanering.

Huurprijsvermindering

Naast het vorderen van herstel en asbestsanering door verhuurder doet huurder een beroep op volledige

huurprijvermindering voor de periode dat het huurgenot tijdens de herstelwerkzaamheden en de asbestsanering volledig is weggefallen. In beginsel heeft de huurder dit recht. Hier van kan echter worden afgeweken bij de algemene voorwaarden van de huurovereenkomst. Deze afwijking is standaard opgenomen in de ROZ-modellen voor winkelruimte e.a. uit 2003 en 2008, zie: <www.roz.nl>. Van belang is dan wel dat de verhuurder deze gebreken bij het aangaan van de huurovereenkomst niet kende of behoorde te kennen (artikel 7:209 BW). In dat geval kan namelijk niet ten nadele van de huurder worden afgeweken van de artikelen 7:206 (lid 1 en 2) tot en met 7:208 BW.

In deze zaak zijn partijen in de bijzondere voorwaarden van de huurovereenkomst afgeweken van voornoemde standaardregel die tot stand is gekomen toen de oude huurbepalingen van artikel 7A:1584 e.v. BW nog golden. Omdat de toenmalige wetgeving de verhuurder niet de mogelijkheid gaf om ook niet-dringende en niet-noodzakelijke reparaties te verrichten, hebben verhuurder en huurder deze mogelijkheid in de bijzondere voorwaarden opgenomen en daarbij afgesproken dat huurder (pas) na 40 dagen recht heeft op huurprijvermindering. Die aanpassing leidt er volgens het hof toe dat huurder voor de eerste 40 dagen geen aanspraak kan maken op huurprijvermindering. Omdat huurder feitelijk 49 dagen geen huurgenot heeft gehad, kan huurder slechts aanspraak maken op 9 dagen huurprijvermindering. Dit was voor KPN een forse tegenvaller.

Gevolgschade

KPN tracht nog de gevolgschade, waaronder beschadigde/onverkoopbare zaken, opslag en verhuizing winkelinventaris, omzeterderving, te verhalen op de verhuurder. De verhuurder hoeft de gevolgschade volgens het hof echter niet te vergoeden,

omdat het vrijkomen van asbest door de inbraak de verhuurder niet valt toe te rekenen. Huurder heeft immers pas een vordering op grond van artikel 7:208 BW indien er sprake is van een gebrek dat toerekenbaar is aan de verhuurder (in tegenstelling tot een vordering tot herstel en huurprijvermindering ex artikel 7:206 en 7:207 BW, waarbij de toerekenbaarheid geen rol speelt). Hiervan is – bij de terughoudende uitleg van een verhuurdersaansprakelijkheid voor gevolgschade die blijkens de wetgeschiedenis van artikel 7:208 BW passend is – in deze zaak geen sprake, aldus het hof.

Soort asbest

Geconcludeerd dient te worden dat de enkele aanwezigheid van hechtgebonden asbest nog geen gebrek oplevert. Pas op het moment dat het asbest vrijkomt, is er sprake van een gebrek in de zin van de wet en is verhuurder (toerekenbaar of niet) gehouden de schade aan het pand te herstellen en over te gaan tot asbestsanering.

Dit lijkt anders te zijn bij niet hechtgebonden asbest (zoals spuitasbest). In 2005 oordeelde de kantonrechter te Dordrecht³ dat de enkele aanwezigheid van spuitasbest het normale gebruik van de winkelruimte wel belemmert en dus wel een gebrek vormt in de zin van artikel 7:204 BW. De verhuurder diende de gevolgschade ex artikel 7:208 BW te vergoeden, nu hij volgens de kantonrechter had behoren te weten dat er spuitasbest aanwezig kon zijn. Daarbij is het bouwjaar van het gehuurde van belang, 'omdat het een feit van algemene bekendheid is dat in die periode het gebruik van spuitasbest veel voorkwam', aldus de kantonrechter. Zo nodig had de verhuurder een onderzoek kunnen laten uitvoeren. Het nalaten daarvan dient aan hem te worden toegerekend, zodat hij aansprakelijk is voor de door huurder geleden schade.

Conclusie

Bovengenoemde zaken lijken de conclusie te kunnen dragen dat allereerst het soort asbest van doorslaggevend belang is bij het bepalen van de reikwijdte van de verplichtingen van de verhuurder in het kader van herstel- en schadeplicht.

Indien er sprake is van niet-hechtgebonden spuitasbest levert de enkele aanwezigheid daarvan al een gebrek op in de zin van artikel 7:204 BW. De reden hiervan is dat de vezels (na jaren van veroudering) van spuitasbest eenvoudig kunnen vrijkomen, bijvoorbeeld door trillingen, aanrakingen of andere bewerkingen.

Bij hechtgebonden asbest (zoals bruin asbest) zitten de asbestvezels als het ware verankerd in het materiaal, waardoor de kans op het (spontaan) vrijkomen van asbestvezels heel klein is. Het levert dan op zichzelf ook geen gevaar op voor de gezondheid zolang het in goede staat is en niet wordt bewerkt. Pas op het moment dat het asbest vrijkomt staat het in de weg aan een normaal gebruik en is er sprake van een gebrek.

Aangezien – zoals gezegd – bij de bouw van bedrijfs- en kantoorruimten regelmatig asbest is toegepast, lijkt het hof (in navolging van de kantonrechter) de deur naar de gebrekenregeling in geval van hechtgebonden asbest niet te willen openzetten voor huurders. Dit zou immers voor verhuurders te ver strekkende gevolgen hebben, terwijl er geen (acuut) gevaar is voor de gezondheid.

1. *Kamerstukken II*1997/98, 26 089, nr. 3, p. 24.
2. Hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem 19 augustus 2008, *NJF* 2008, 447, *WR* 2008, 114.
3. Rb. Dordrecht, sector kanton, locatie Dordrecht 10 februari 2005, *WR* 2005, 48.