

4 | Kwartetten met de makelaar

Van: K.J.O. Jansen
Aan: J.F.M. Janssen
Vorm: Kennisnotitie KNB

OPDRACHT

U wordt benaderd door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) met het verzoek een kennisnotitie te schrijven over de juridische positie van de makelaar die zonder (toereikende) volmacht optreedt als tussenpersoon bij de (ver)koop van onroerend goed. In de praktijk worden notarissen geconfronteerd met partijen die zich, wegens een beweerde overschrijding van de volmacht door hun makelaar, wensen te onttrekken aan een door de makelaar bereikte wilsovereenstemming. Er bestaat in het notariaat onzekerheid over de contractuele gebondenheid van partijen aan door de makelaar in hun naam gedane toezeggingen. In het verlengde hiervan bereiken de notaris ook vragen over de eventuele aansprakelijkheid van de makelaar wegens een door hem gewekte schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Tegen deze achtergrond verzoekt de KNB u de volgende twee vragen, in onderling verband, te beantwoorden.

In de eerste plaats: de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden de opdrachtgever van de makelaar tegen zijn zin gebonden kan raken aan een door de makelaar zonder (toereikende) volmacht bereikte overeenstemming met de beoogde wederpartij. In dit verband is de KNB in het bijzonder geïnteresseerd in uw visie op het recente arrest HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 115 (ING/Bera), en het daarin gepresenteerde 'risicobeginsel'.

In de tweede plaats: de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden de makelaar wegens het wekken van de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid aansprakelijk kan zijn jegens de beoogde wederpartij, met wie hij zonder (toereikende) volmacht van zijn opdrachtgever overeenstemming heeft bereikt. In dit verband is de KNB in het bijzonder geïnteresseerd in uw visie op het recente arrest HR 26 juni 2009, *RvdW* 2009, 796 (Wiggers/Makelaardij Sneek), en het daarin gehanteerde onderscheid tussen de begrippen 'vertegenwoordiger' en 'bode'.

UITWERKING

1 INLEIDING

Een spil op het gebied van de *real estate* is de makelaar. Hij is de bemiddelaar, die tussen koper en verkoper de koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak tot stand brengt. Juridisch is zijn positie echter allerm minst duidelijk. Ten minste vier alternatieven komen in aanmerking: (1) hij handelt pro se, omdat hij privé of zakelijk voor zichzelf koopt; (2) hij is middellijk vertegenwoordiger; (3) hij is onmiddellijk vertegenwoordiger; (4) hij is slechts bode.

Alternatief (1) blijft verder buiten beschouwing. Of de makelaar pro se of q.q. handelt, is een kwestie van uitleg. Lastiger zijn de resterende alternatieven. Deze doen ten minste de volgende vragen rijzen: (a) mogen op de middellijke vertegenwoordiging regels van de directe vertegenwoordiging overeenkomstig worden toegepast en (b) hoe moet de positie van bode juridisch worden geduid?

2 OVEREENKOMSTIGE TOEPASSING VAN REGELS VAN DIRECTE VERTEGENWOORDIGING OP MIDDELLIJKE VERTEGENWOORDIGING

De Hoge Raad heeft zich al een aantal malen uitgelaten over de vraag of bepalingen van de titel Volmacht c.q. beginselen van directe vertegenwoordiging van overeenkomstige toepassing zijn op middellijke vertegenwoordiging. HR 11 maart 2005, *NJ* 2005, 576 (P&F/Peper en De Hart) betreft de vraag of wetenschap van een middellijk vertegenwoordiger kan gelden als wetenschap van de principaal. In het bijzonder is in dit arrest aan de orde de vraag wie als (weder)partij bij de overeenkomst met de principaal heeft te gelden. HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. JBMV (Ontvanger/V) handelt over de vraag of wetenschap van een (belasting)adviseur over onrechtmatig handelen van zijn opdrachtgever – aan wie zelf niets te verwijten valt – aan deze laatste kan worden toegerekend en hierdoor kan leiden tot diens aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW.

Vanwege de beperking aan de omvang van deze bijdrage behandel ik slechts het arrest Ontvanger/V (par. 3) en de makelaar als bode (par. 4).

3 GELDT WETENSCHAP VAN EEN ADVISEUR ALS WETENSCHAP VAN ZIJN OPDRACHTGEVER WAARDOOR DEZE AANSPRAKELIJK WORDT UIT ONRECHTMATIGE DAAD?

Deze vraag is prominent aan de orde in HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. JBMV (Ontvanger/V). In deze zaak is in geschil of een vervreemding van aandelen in een zogenaamde kasgeldvennootschap met een vervangingsreserve onrechtmatig is jegens de Ontvanger en met name of bij de beantwoording van deze vraag de kennis en wetenschap van de belastingadviseur dienen te worden toegerekend aan diens opdrachtgever, zijnde degene die de aandelen heeft vervreemd.

Strikt genomen valt deze kwestie buiten het kader omdat de belastingadviseur in dit geval geen middellijk vertegenwoordiger was, aangezien hij niet de schakel vormde tussen de principaal en een wederpartij. Deze laatste ontbrak. Er bestond uitsluitend een rechtsbetrekking principaal-belastingadviseur. Er bestond niet ook een rechtsbetrekking tussen de belastingadviseur en een derde. Toch is het arrest van belang voor ons thema, omdat de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad conclusies toelaten voor de vraag of wetenschap van een middellijk vertegenwoordiger heeft te gelden als wetenschap van de principaal.

De Hoge Raad overweegt:

‘3.5 Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt vooropgesteld dat toerekening van kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel die iemand ten aanzien van de behoorlijke afwikkeling van een transactie heeft aan een ander die deze kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel zelf niet had, weliswaar niet onder alle omstandigheden is uitgesloten, maar dat daarbij wel terughoudendheid moet worden betracht. Dit klempt temeer als die toerekening, zoals in het onderhavige geval, wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag, gezien het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat een ieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.

In dit licht kunnen de onderdelen geen van alle tot cassatie leiden.

3.6 Onderdeel 2 miskent dat het arrest waarnaar het verwijst¹ op een wezenlijk andere situatie betrekking heeft dan nu aan de orde is. In dat arrest is ter beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, als norm aanvaard of het handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf. Een dergelijke maatstaf biedt een oplossing voor het probleem dat een juridische constructie als een rechtspersoon slechts door natuurlijke personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen. Toerekening van onrechtmatige gedragingen

1 Sc. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. CJHB (Kleuterschool Babbel).

aan de rechtspersoon wordt dan mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen.

Deze maatstaf leent zich niet voor overeenkomstige toepassing bij de thans te beantwoorden vraag of de (eventuele) kennis omtrent de verdere afwikkeling van de onderhavige op zichzelf niet ongeoorloofde transactie en de fiscale gevolgen daarvan, welke kennis wel bij de adviseur maar niet bij de opdrachtgever aanwezig was, aan de opdrachtgever kan worden toegerekend met het gevolg dat ook het handelen van de opdrachtgever zelf als onrechtmatig moet worden beschouwd. Met betrekking tot de – dikwijls niet naar buiten blijkende – verhouding tussen een adviseur en diens opdrachtgever is de hiervoor bedoelde vereenzelving niet aan de orde, omdat de opdrachtgever ook zelfstandig kan en veelal zal optreden. (...)

3.8 Onderdeel 4 stuit erop af dat voor een overeenkomstige toepassing van art. 3:66 lid 2 BW, voor zover al aanvaardbaar, noodzakelijk is dat zij plaatsvindt in een verhouding die soortgelijk is aan die welke bestaat tussen de volmachtgever en de gevolmachtigde die in zijn hoedanigheid handelt met een derde. In het onderhavige geval hebben de handelingen van de voornoemde adviseurs van V. waarop de Ontvanger – gelet op de wetenschap die deze adviseurs toen volgens de Ontvanger hadden – de aansprakelijkheid van V. mede wil baseren, echter niet plaatsgevonden tegenover de Ontvanger. Daarom is voor de door het onderdeel pleite analogie in het onderhavige geval geen plaats.’

In zijn benadering kiest de Hoge Raad drie invalshoeken. In rov. 3.5 wordt in abstracto de hoofdregel geformuleerd: toerekening van wetenschap van A aan B dient een uitzondering te zijn. Deze regel wordt in rov. 3.6 nog eens aangedrongen wanneer deze wetenschap een rol speelt in het kader van het aansprakelijkheidsrecht. De maatstaf die voor rechtspersonen geldt en die meebrengt dat wetenschap van een natuurlijk persoon in het maatschappelijk verkeer soms als wetenschap van een rechtspersoon heeft te gelden, gaat niet op wanneer het betreft de toerekening van deze wetenschap aan een andere *natuurlijke* persoon, omdat het grote verschil met de rechtspersoon is dat de natuurlijke persoon zelf kan handelen. Hoewel ik het resultaat onderschrijf, vind ik de redenering niet sterk. Mijns inziens bestaan krachtige rechtssystematische argumenten voor dit resultaat: toerekening van wetenschap, vermoeden of twijfel van A aan natuurlijke persoon B stuit af op 6:162 BW. Aan dit artikel ligt immers het uitgangspunt ten grondslag dat iemand uitsluitend aansprakelijk is voor *eigen* gedragingen en dus voor *eigen* wetenschap, vermoeden of twijfel. Dit vindt bevestiging in de tweede afdeling van de derde titel van Boek 6 BW: voor gedragingen van anderen bestaat hoogstens een *afgeleide* aansprakelijkheid. Zo is de vertegenwoordigde in art. 6:172 BW slechts afgeleid aansprakelijk voor de gedragingen van de vertegenwoordiger. Het zou ongerijmd zijn indien voor wat zich voltrok in de sfeer van een middellijke vertegenwoordiger of adviseur ineens een aansprakelijkheid uit eigen hoofde zou gelden voor de principaal.

Niet behoeft te verbazen dat evenmin art. 3:66 BW genade kan vinden. De Hoge Raad gebruikt het gelegenheidsargument dat overeenkomstige toepassing in casu uitgesloten is, omdat de casus niet beantwoordt aan het grondmodel van art. 3:66 BW. Dit zou inderdaad eerst het geval zijn geweest, indien de belastingadviseur middellijk vertegenwoordiger was geweest. Hiertoe zou nodig zijn geweest dat hij voor zijn opdrachtgever, V, de contacten met de belastingdienst zou hebben onderhouden. De Hoge Raad laat het echter niet bij dit gelegenheidsargument. Hij laat in zijn uitspraak onmiskenbaar doorklinken überhaupt niet geporteerd te zijn voor overeenkomstige toepassing van art. 3:66 BW op een middellijk vertegenwoordiger.

De voorzichtige conclusie is dat de regels en beginselen die gelden voor directe vertegenwoordiging slechts bij hoge uitzondering mogen worden toegepast op c.q. gelden voor middellijke vertegenwoordiging dan wel dat langs andere weg hetzelfde resultaat mag worden bereikt. Toerekening aan de principaal die een natuurlijke persoon is, is in ieder geval uitgesloten indien zij zou leiden tot zijn aansprakelijkheid.

4 MAKELAAR, GEVOLMACHTIGDE OF BODE?

Makelaardij Sneek heeft van de gebroeders Weissenbach opdracht gekregen te bemiddelen bij de verkoop van een hun gezamenlijk toebehorend pand. In deze overeenkomst was geen volmachtverlening opgenomen. Na een bezichtiging van het pand heeft Wiggers aan Makelaardij Sneek tweemaal een bod gedaan. Over het tweede bod heeft Makelaardij Sneek telefonisch contact gehad met de echtgenote van één van de gebroeders Weissenbach. Dezelfde dag heeft deze echtgenote aan Makelaardij Sneek laten weten dat werd ingestemd met het bod. Na Wiggers hierover telefonisch te hebben ingelicht heeft Makelaardij Sneek de koopakte, die op haar kantoor zou worden ondertekend, geredigeerd. De verkopers weigerden echter deze akte te ondertekenen. Wiggers heeft vervolgens Makelaardij Sneek aangesproken tot schadevergoeding onder andere op grond van art. 3:70 BW. Voor zover hier van belang voert Makelaardij Sneek het verweer dat zij geen vertegenwoordiger, maar slechts bode of doorgeefluik was. De rechtbank beschouwt hem als vertegenwoordiger, het hof als bode. De Hoge Raad² deelt het oordeel van het hof:

‘3.3.1 Het antwoord op de vraag of met elkaar onderhandelende partijen een overeenkomst hebben gesloten, is ervan afhankelijk wat zij jegens elkaar hebben verklaard, en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Tot de omstandigheden die in dit verband in aanmerking moeten worden genomen behoort de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden.

2 HR 26 juni 2009, *RvdW* 2009, 796, LJN BH9284.

3.3.2 De opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij de verkoop van een onroerende zaak houdt geen volmacht in aan die makelaar tot het sluiten van een koopovereenkomst; daarmee wordt evenmin de schijn van bevoegdheid van de makelaar gewekt (HR 9 augustus 2002, nr. C00/283, NJ 2002, 543).

3.4.1 Met het voorgaande strookt dat de enkele omstandigheid dat een makelaar die is ingeschakeld bij de verkoop van een onroerende zaak, aan een gegadigde die een bod op die zaak heeft gedaan, meedeelt dat de opdrachtgever instemt met het bod, niet meebrengt dat de wederpartij (bieder) daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van die opdrachtgever handelt. Als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de wederpartij in een zodanig geval dient aan te nemen dat de makelaar optreedt als bode van zijn opdrachtgever.

3.4.2 Wanneer de makelaar, hoewel daartoe niet bevoegd, zich zodanig gedraagt dat de wederpartij (bieder) daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van de opdrachtgever handelt, bindt hij zijn opdrachtgever in beginsel niet en wordt hij tegenover de wederpartij schadeplichtig op de voet van art. 3:70 BW. In het handelsverkeer moet men immers erop kunnen rekenen dat iemand die een kwaliteit opgeeft, deze bezit (vgl. T-M bij art. 3:70, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 283).

3.5 Gelet op het hiervoor in 3.4.1 vermelde uitgangspunt is er in beginsel echter geen grond voor toepasselijkheid van art. 3:70 BW in het onderhavige geval. Dat zou slechts anders zijn in het geval van bijzondere, door [eiser] te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan deze heeft aangenomen, en mocht aannemen, dat Makelaardij Sneek niet als bode, maar als gevolmachtigde handelde.'

Iedere vertegenwoordiger is in feite bode, hij brengt immers de wilsverklaring van de vertegenwoordigde over, maar niet iedere bode is vertegenwoordiger. Wat bepaalt het onderscheid en, met name, is dit in de praktijk te maken en is het zinvol?

In theorie is het onderscheid dat de vertegenwoordiger de rechtshandeling zelf verricht, maar dan in naam van een ander, de bode verricht niet zelf de rechtshandeling, dat doet de principaal. Hij brengt slechts diens (wils)verklaring over. Van Schaick³ lijkt voor het onderscheid de beslissingsvrijheid doorslaggevend te achten. Volgens dit criterium zou bijvoorbeeld de deurwaarder die een dagvaarding betekent, geen vertegenwoordiger zijn, want zijn vrijheid is nihil omdat de inhoud van de dagvaarding geheel van de hand van (de advocaat van) de principaal is. HR 24 april 1992, NJ 1993, 190 m.nt. HJS (Kuyt/Meas) merkt de deurwaarder echter aan als vertegenwoordiger.

Volgens Schoordijk⁴ is het in de praktijk ondoenlijk om uit te maken of iemand vertegenwoordiger of bode is. Ik deel deze opvatting. Het onderscheid moge in theorie helder zijn, in de praktijk is het dermate subtiel dat geen

3 Volmacht, Mon. NBW, 1999, B-5, no.15.

4 H.C.F. Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5, Titel 11), 1986, p. 114-115. In dezelfde zin: Asser-Kortmann, a.w., no. 21. A-G Wuisman verwijst nog naar E.M.Meijers, WPNR 2678 (1921), p. 176-177, volgens wie geen verschil is te vinden tussen vertegenwoordiger en bode.

deugdelijk criterium valt te formuleren om beide van elkaar te onderscheiden. De Hoge Raad neemt in rov. 3.1 het criterium van Asser-Kortmann over.⁵ Dat ook dit niet de steen der wijzen is, blijkt al uit de conclusie van A-G Wuisman. Hij betoogt in zijn conclusie, sub 2.10, dat Makelaardij Sneek optrad als vertegenwoordiger. Uit de omstandigheid dat Makelaardij Sneek aansluitend op de mededeling dat het bod is aanvaard, de koper heeft gelukgewenst met de koop en vervolgens om de gegevens voor het opmaken van de koopakte heeft verzocht, kan zijns inziens worden afgeleid dat de mededeling geschiedde met het oog op het doen ontstaan van een koopovereenkomst en dat dus sprake is van 'een optreden van Makelaardij Sneek dat neerkomt op een als tussenpersoon met een eigen verklaring bekendheid geven aan een op rechtsgevolg gerichte wil van een ander'. Uit zijn rov. 3.4.1 en 3.7 blijkt dat de Hoge Raad hierover anders oordeelt.

In rov. 3.3.2 lijkt de Hoge Raad de vuistregel te formuleren dat wie geen volmacht heeft als bode heeft te gelden wanneer hij iets verklaart, behoudens, aldus rov. 3.5, bijzondere, door eiser te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan deze heeft aangenomen, en mocht aannemen, dat Makelaardij Sneek niet als bode, maar als gevolmachtigde handelde. Maar hiertoe is kennelijk onvoldoende hetgeen voor A-G Wuisman juist redengevend was om aan te nemen dat Makelaardij Sneek géén bode was.

Merkwaardig is dat blijkens art. 3:60 lid 2 BW het in ontvangst nemen van een verklaring een vertegenwoordigingshandeling is, maar het overbrengen van een verklaring zou dat weer niet.

Nu A-G Wuisman het onderscheid tussen bode en vertegenwoordiger vaag vindt, zal het niet verbazen dat hij art. 3:70 BW op de 'onbevoegde' bode analoog wil toepassen. De Hoge Raad wil (ook) hiervan echter niet weten.

De rechtspraktijk wordt niet gediend met ondoorzichtigheid. Voor de duiding van de positie van een tussenpersoon die een verklaring aflegt, zijn er nu vier alternatieven: hij is onmiddellijk vertegenwoordiger, hij is middellijk vertegenwoordiger, hij is bode, hij is niets, omdat de verklaring geen rechtshandeling betreft.⁶ Dit lijkt te veel van het goede.

(Aantal woorden: 2393)

5 Asser-Kortmann, 2-1, Vertegenwoordiging en rechtspersoon; de vertegenwoordiging, 2004, no. 21.

6 Als voorbeeld noem ik de mededeling van een advocaat dat zijn cliënt, die in gebreke is gesteld, zal betalen.

C O M M E N T A A R

Sjor Janssen heeft een prikkelend stuk geschreven, met mooie *oneliners* die soms een bijna ontegenzeggelijke indruk maken: 'Niet hoeft te verbazen dat evenmin art. 3:66 BW genade kan vinden' en 'De rechtspraak wordt niet gediend met ondoorzichtigheid.' Zijn kritische houding siert Janssen en toont zijn ware aard als rechtswetenschapper. Of de KNB in alle opzichten uit de voeten kan met het antwoord op haar vragen waag ik te betwijfelen, maar dat is dan ook de belangrijkste kritiek, die Janssen op de rechtspraak van de Hoge Raad uit: dat zij de praktijk niet vooruit helpt.

De eerste vraag, betreffende de bescherming van contractspartijen die op de schijn van volmachtverlening aan een makelaar hebben vertrouwd (art. 3:61 lid 2 BW), heeft Janssen, als ik het goed zie, niet behandeld. Gelet op de voorgeschreven omvang van het stuk (die toch al enigszins werd overschreden) is dat te billijken, al had door het inkorten van de citaten uit de rechtspraak van de Hoge Raad wellicht ruimte kunnen worden bespaard. Intussen lijkt over het antwoord op de bedoelde vraag weinig misverstand te kunnen bestaan: volgens de Hoge Raad houdt de opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij de verkoop van een onroerende zaak geen volmacht in aan die makelaar tot het sluiten van een koopovereenkomst en wordt daarmee evenmin de schijn van bevoegdheid van de makelaar gewekt.¹ Vanuit een dogmatisch perspectief was het wellicht interessant geweest te onderzoeken hoe deze benadering zich verhoudt tot de nieuwe risicoleer bij schijn van volmachtverlening, zoals die in het arrest ING/Bera tot uitdrukking komt.² Toegegeven moet echter worden dat deze nieuwe leer hoogstwaarschijnlijk geen gevolgen heeft voor de vaste regel dat contractspartijen de makelaar normaliter slechts als bode van zijn opdrachtgever mogen beschouwen.

Interessant is de keuze van Janssen om een ander vraagstuk in zijn betoog te betrekken: de toerekening van de wetenschap van een adviseur aan diens opdrachtgever. De behandeling hiervan wordt ingebed in het kader van de middellijke vertegenwoordiging (par. 3). Het is de vraag of die benadering uitgerekend met betrekking tot makelaars voor de hand ligt, nu deze waarschijnlijk niet vaak als middellijk vertegenwoordiger van hun opdrachtgevers zullen optreden. Niettemin is Janssens analyse van het belangrijke arrest Ontvanger/V interessant.³ Hij voorziet dat arrest van een dieperliggende grondslag, door te verwijzen naar het schuldbeginsel bij onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor eigen gedrag impliceert dat voor toerekening van

1 HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543 (Van den Berg & Tollenaar/Balm), r.o. 3.8. Zie ook HR 26 juni 2009, *RvdW* 2009, 796 (Wiggers/Makelaardij Sneek), r.o. 3.3.2.

2 HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (ING/Bera). Zie daarover bijv. W.L. Valk, 'Toedoen na ING/Bera', *NTBR* 2010, 23, p. 187-188.

3 HR 11 november 2005, NJ 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/V).

andermans wetenschap slechts onder bijzondere omstandigheden plaats kan zijn. Overigens is mij niet geheel duidelijk waaruit Janssen afleidt dat de Hoge Raad 'überhaupt niet geporteerd' is voor overeenkomstige toepassing van art. 3:66 lid 2 BW op situaties van middellijke vertegenwoordiging. De Hoge Raad lijkt in de betreffende passage (rov. 3.8) vooral te willen benadrukken dat van een vertegenwoordigingssituatie in casu hoe dan ook geen sprake was.

