

Naschrift op de Reactie van J.H.M. Spanjaard op mijn artikel in ORP 2024/100 en 128, inzake het bestaansrecht van het boetebeding 10% koopsom in de NVM-koopakte

J.M. van Dunné

Inleiding

Op verzoek van de Redactie geef ik in dit Naschrift een weerwoord naar aanleiding van de Reactie van Spanjaard op mijn artikel over de problematiek van het 10% boetebeding in de NVM-koopakte (in ORP 2024/100 en 2014/128). Ik zal in dit naschrift de indeling van Spanjaards commentaar volgen: na een algemeen deel over de positie die de Hoge Raad tegenwoordig inneemt op dit terrein, en de thema's ambtshalve toetsing door de rechter en reflexwerking, komt de ultieme vraag aan de orde, namelijk of actie geboden is, en in welke vorm dat zou kunnen gebeuren. Daarbij grijp ik de gelegenheid aan om enkele onderwerpen die Spanjaard heeft aangesneden nader uit te werken, in aansluiting op mijn artikel in ORP 2024/100 en 2024/128.

1. De betekenis van Turan/Easystaff: een koerswijziging en daarmee een nieuw standaardarrest?

Spanjaard bestrijdt mijn standpunt dat de Hoge Raad met het *Easystaff*-arrest van 2018 een andere koers ingezet heeft op het terrein van matiging van boetebedingen, en het dus als een nieuw standaardarrest moet worden beschouwd. Hij valt daarmee Dammingh bij die in ORP 2023/2 hetzelfde betoogd heeft. In mijn Naschrift in ORP 2023/3 heb ik getracht dat te weerleggen, zonder dat dit de mening van Spanjaard heeft kunnen beïnvloeden. Hierbij andermaal een poging daartoe. Waar gaat het hier in de kern om?

Het standpunt van Spanjaard (evenals dat van Dammingh in ORP 2023/2) is dat de Hoge Raad met *Easystaff* in 2018 in wezen niets heeft toegevoegd aan de vaste jurisprudentie die met *Intrahof/Bart Smit* (2007) en *Van de Zuidwind/Faase* gevestigd was, en bovendien in het verlengde lag van *Monda/Hauer I en II* (1998; 2001) en *Kok/Schoor* (2000). Nieuw is hoogstens dat de omstandigheden die van belang zijn bij de toetsing van een boetebeding in *Easystaff* door de Hoge Raad met name genoemd zijn, in 5 categorieën die eigenlijk al besloten lagen in de uitspraken van 2007 en 2012, en daarmee is het: *Im Westen nichts Neues* – alles is rustig aan dat front. Spanjaard werkt die categorieën nog wat uit, en voegt daar enkele aan toe, waaronder een categorie die is ontleend aan een recent arrest, *Centra-Klima* (2024).

Ik heb grote moeite om deze opvatting te volgen, omdat zij voorbij gaat aan de essentie van hetgeen door mij gesteld werd. Zoals ik in mijn Reactie op Damminghs artikel schreef, lijkt hier bij het omgaan met een rechtsnorm de formule belangrijker te zijn dan de inhoud, met veronachtzaming van het resultaat na toepassing ervan. De *proof of the pudding* is nog altijd *in the eating*, en de rechtsbedeling was in 2007 en 2012 van een draconisch gehalte. Gezien het belang van deze kwestie voor het beoogde doel: het voeren van actie tegen de heerschappij van de 10% boete-regel van de NVM-koopakte bij de koop van onroerend goed door particulieren, is een weerwoord nodig.

Spanjaard baseert zijn standpunt dat met *Easystaff* slechts sprake is van een ‘nadere verfijning’ van de norm uit *Van de Zuidwind/Faase* op een louter taalkundige benadering: de formulering van de maatstaf voor matiging in het arrest uit 2012, voorafgegaan door die in het arrest van 2007 wordt gelegd naast de verwoording van de norm in het arrest van 2018, als meer van het zelfde, zij het in wat uitvoeriger vorm. De aldus beschreven ‘gezichtspuntencatalogus’ breidt hij vervolgens uit, de 5 categorieën uit 2018 zijn er 9 geworden. Als wij die nalopen, valt meteen al op dat er 2 van een heel algemeen karakter zijn: ‘de aard van de overeenkomst’ en ‘de inhoud en strekking van het boetebeding’, die gezien die algemene gelding gemist kunnen worden. Ze zijn afkomstig van het arrest van 2007. Een derde toegevoegd element is ‘de mate waarin juridische bijstand is genoten’, dit werd ontleend aan de figuur van uitleg van overeenkomsten (zoals toegelicht in een noot). Een vierde aanvulling is ‘de hoedanigheid van partijen, waaronder ook vallen: de professionaliteit van partijen’. Naar mijn mening hebben deze toevoegingen evenmin toegevoegde waarde voor ons onderwerp, de matigingsnorm, als typisch tot de uitleg van de omstandigheden behorend, als vast stramien voor een rechter, die zijn ogen niet in zijn zak heeft.

Belangrijker is de conclusie die Spanjaard hieruit trekt, namelijk: ‘de arresten *Turan/Easystaff* en *Centra-Klima* vormen dan ook geen wijziging van *Intrahof/Bart Smit*, maar veeleer een verfijning’. Wel deelt Spanjaard mijn observatie dat in de rechtspraak van de hoven sinds *Easystaff* de matiging herhaaldelijk is toegepast en de hoven zich daarbij ‘niet hebben ingehouden’ (gevolgd door de spectaculaire cijfers van matigingen). Hier ontbreekt allereerst de constatering dat deze rechtspraak door de Hoge Raad met 81 RO-uitspraken geaccordeerd is. Dat is des te opmerkelijker, omdat vóór *Easystaff* dergelijke arresten van hoven keihard gecasseerd werden, en wel met gebruik van de maatstaf aangereikt in de arresten van 2007 en 2012 (door Spanjaard met verve aangehaald). Geheel andere koek dus, hoezo ‘verfijning’? Die ontwikkeling in de rechtspraak is nog opmerkelijker, omdat in de arresten van 2007 en 2012 de conclusies van de A-G’s (Langemeijer en Wissink) in tegengestelde zin waren, dat wil zeggen in de trant hoe dat tegenwoordig ná 2018, *Easystaff*, op soepele wijze gebeurt, met de zegen van de Hoge Raad de 81 RO-kwast zwaaiend. En toen de Hoge Raad in 2018 omging – in mijn woorden – gebeurde dat nota bene contrair aan de conclusie van de dienstdoende A-G, Hartlief, die de harde lijn van 2007 en 2012 voorstond, de rechtszekerheid omarmend (op dat laatste thema kom ik hieronder nog terug, de bron van alle kwaad in dit dossier). Dat is toch niet anders dan een duidelijke keuze die de cassatierechter toen gemaakt heeft, en niet méér van hetzelfde, op een ‘verfijnde’ wijze.

Die vijf omstandigheden als onderdeel van de toetsingsmaatstaf die de Hoge Raad in *Easystaff* introduceerde vormen niet alleen een afdoend aantal criteria, maar bleken ook heel geschikt om één-op-één toe te passen op ons onderwerp: de naïeve particuliere koper in een C2C-situatie geconfronteerd met een huizenhoog 10% boetebeding.. Dit vraagt om rechtsbescherming. Het resultaat waar dat toe geleid heeft – aanzienlijke matiging van de boete – is hier van nog groter belang: het toont aan dat de Hoge Raad er tegenwoordig heel anders in staat dan voorheen. Plat gezegd, nu met een schuldenaarsvriendelijke instelling. Een benadering die in de jaren na 2018 in enkele 81 RO-uitspraken bevestigd werd. Met het oog op (de beantwoording van) de vraag, hoe nu verder te gaan met dit dossier (prejudiciële vragen stellen?) is het bovenstaande van cruciaal belang om te kunnen vaststellen of die weg enige zin zou hebben.

Zover zijn wij in dit naschrift nog niet, want eerst vragen enkele andere onderwerpen die Spanjaard heeft besproken nog om aandacht.

2. Ambtshalve toetsing en reflexwerking

Spanjaard heeft een uitvoerige en degelijke uiteenzetting gegeven over deze onderwerpen die voor de matigingsproblematiek van gewicht zijn, ik heb het met belangstelling gelezen. Een paar opmerkingen over die ambtshalve toetsing, die in het wetssysteem (op Europese leest geschoeid) slechts geldt voor B2C overeenkomsten, en helaas niet voor ons onderwerp, de C2C contracten. Spanjaard volstaat met die constatering en geeft vervolgens een interessante beschouwing over de gemiddelde omvang van zo'n 10% boete gerekend naar de koopsom van een huis. En wel in het huidige tijdperk van aanbodschaarste, te onderscheiden van een periode van kredietcrisis, zoals in 2008-2014 het geval was. Zijn conclusie is dan, dat 'gevoelsmatig de boete van 10% van de koopsom in veel koopovereenkomsten niet in lijn is met de daadwerkelijke schade die bij ontbinding van de overeenkomst zal worden geleden'. Daar blijft het bij, jammer genoeg.

Ik zou benieuwd geweest zijn of er geen oplossing te vinden zou zijn om verandering te brengen in deze situatie. In mijn artikel wees ik erop, dat de Belgische wetgever onlangs de ambtshalve toetsing ook voor C2C-overeenkomsten geregeld heeft.¹ Waarom zou onze wetgever dat niet ook kunnen doen? - aangespoord door deskundigen als Spanjaard. Nog interessanter is dat onze Zuiderburen al sinds een arrest van het Hof van Cassatie uit 1970, de figuur van het boetebeding onder het leerstuk van de openbare orde behandelen. Daarmee kan een boetebeding – door de Belgen een 'schadebeding' genoemd – nietig verklaard worden wanneer dat 'kennelijk onredelijk' is. Waarom zou dat bij ons niet op gelijke wijze gedaan kunnen worden? Spanjaard heeft in elk geval die handschoen niet opgepakt. Die weg moet wel enigszins ontgonnen worden, de openbare orde is bij ons niet zo'n gangbare rechtsfiguur, in tegenstelling tot in de common law-landen met hun *public policy* en ondanks het pleidooi van Schoordijk indertijd om het Amerikaans recht te volgen. Wij kennen die figuur wel uit art. 3:40 BW waar zij een plaats gevonden heeft naast de goede zeden als nietigheidgrond. Ik kon daar in mijn artikel niet dieper op ingaan, daarom in dit naschrift een kleine aanvulling, passend in het kader van ambtshalve toetsing door de rechter.

De rechtspraak kent voorbeelden van toetsing aan zowel de openbare orde-norm als aan de goede zeden-norm die bruikbaar zijn voor ons onderwerp, het beroep op de 10% boetereguleer door een schuldeiser in C2C context nietig verklaren gelet op de omstandigheden. Strijdig met de openbare orde werd een gemeentelijke 'groenovereenkomst' geacht, de verplichting die aan omwonenden door de gemeente opgelegd werd om bij te dragen in de kosten van het groenonderhoud van een openbare ruimte, in het algemeen belang verricht dus.² In een andere zaak gaf de Hoge Raad een prejudiciële beslissing waarbij het begrip openbare orde gedefinieerd werd, als: 'strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard'.³ Dat ging toen over bestuurlijke boetes opgelegd ter

¹ Zie *ORP* 2024/100, p. 14, noot 23; art. 5:88 Belgisch BW (2023).

² HR 6 januari.2006, *NJ* 2006/301, m.nt. Van Wijmen (*Gemeente Beuningen/Blankenburg c.s.*); ECLI:NL:HR:2006:AT9056.

³ HR 11 december 2015, *NJ* 2017/59 (*Wijnen Bouw/Muller*); ECLI:NL:HR:2015:3568.

zake van illegale tewerkstelling, en de vraag of een verhaalsbeding tussen werkgevers met betrekking tot die boetes nietig was. De figuur van de openbare orde lijkt daarmee in een hoger echelon te liggen vanwege de bestuursrechtelijke en andere wetgeving die de context vormen. Voor ons 10% boetebeding zou strijdigheid met de goede zeden geschikter zijn. Een voorbeeld is in dit verband een overeenkomst die tot benadeling van schuldeisers strekte, in 2014 aan de Hoge Raad voorgelegd.⁴ Bij ons 10% boetebeding geldt de benadeling de wederpartij. Wanneer een beroep op dat boetebeding tot een ‘buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat’ leidt (tekst arrest *Bart Smit* uit 2007) ligt toch een strijdig zijn met de goede zeden voor de hand? Met de prettige bijkomstigheid, dat een rechter dat ambtshalve zou kunnen vaststellen, tot zegen van slecht procederende particuliere kopers of zelfs niet voor de rechter verschenen kopers.⁵

Dan nog de reflexwerking, ook weer zo’n rechtsfiguur die – helaas – niet van toepassing is op C2C overeenkomsten. Spanjaard legt dat heel kundig uit aan de hand van Europese rechtspraak en die van eigen bodem, wat de B2B-situatie betreft, met als klapstuk het *Hibma Zuivel*-arrest van 2023 waarin onze Hoge Raad omging en ‘zeer kleine, nauwelijks van consumenten te onderscheiden zakelijke wederpartijen’ alsnog onder de reflexwerking bracht. In dat kader richt Spanjaard zich wederom op de figuur van ambtshalve toetsing, wél in B2C van toepassing, maar niet in de C2C-situatie. Dat is volgens hem gerechtvaardigd, omdat daarbij geen sprake is van een zwakke partij die een kennis- een onderhandelingsachterstand heeft ten opzicht van zijn wederpartij. Ik weet dat zonet nog niet, consumenten verschillen onderling hemelsbreed, qua kennis en achtergrond, en de omstandigheden kunnen verdacht veel lijken op een B2C-situatie. Wat daarvan zij, in elk geval vindt Spanjaard met mij dat dit ‘erg wrang is, omdat een consument-koper die van een consument-verkoper koopt even hard wordt geraakt door een boete van 10% als wanneer hij van een zakelijke verkoper koopt’. Hij voegt daaraan de observatie toe: ‘Doorgaans maakt de hoedanigheid van de verkoper ook niet uit, omdat in de woningmarkt vaak gebruik wordt gemaakt van door makelaars of notarissen gehanteerde modellen, waar de boeteclausule ingebakken zit. In de regel wordt niet onderhandeld over de boete, is mijn indruk’.

Geheel en al mee eens, natuurlijk, maar spijtig dat dit Spanjaard er niet toe brengt om een stap verder te zetten, en een soortgelijke bescherming in een C2C-situatie te bepleiten. Gemiste kans, in mijn ogen.

De Hoe-nu-verder?-problematiek

Men zal begrijpen dat ik vooral met spanning uitkeek naar het slotdeel van Spanjaards artikel, namelijk of hij medestander zou zijn in het ondernemen van actie om aan de benarde situatie van de particuliere koper in C2C-sfeer tegemoet te komen. Dat bleek een teleurstelling te zijn, want Spanjaard ziet daar niets in. Zijn argumenten kunnen mij niet overtuigen, en naar ik hoop, ook andere lezers niet. Hij ziet beren op het pad van de door mij voorgestelde acties, op zich niet onbegrijpelijk, maar wat vooral opvalt is dat hij eigenlijk best tevreden is met de huidige stand van zaken, de ‘mooie

⁴ HR 19 december 2014, *NJ* 2015/290, m.nt. Tjong Tjin Tai; ECLI:NL:HR:2014:3650. Beslist werd dat daadwerkelijk benadeling van schuldeisers hierbij niet vereist is.

⁵ In 2001 verdedigde Frenk al in aansluiting op HvJ EU-rechtspraak om ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen ruimer te aanvaarden. Zie hiervoor, en de problematiek van nietigheid mijn *Contractenrecht. Verbintenissenrecht 1*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 6^e dr., 2023, p. 1154 e.v., op p.1160 e.v.; Asser-Sieburgh, *Verbintenissenrecht* 6-III, 2018/321.

omstandighedencatalogus’, ontleend aan de arresten *Van de Zuidwind/Faase* en recenter *Easystaff* en *Centra/Klima*, in de door hem aangevulde versie. Hij is het wel met mij eens dat het arrest van 2012 ‘vooral in de sleutel dient te worden toegepast’ van die latere arresten, maar dat arrest ‘laat de matiging onverlet’, stelt hij, teruggrijpend op zijn inleidend thema van *Im Westen nichts Neues*.

Waarom acht Spanjaard een uitgelokt prejudicieel antwoord van de Hoge Raad niet haalbaar? Matiging van boetes is ‘een dermate casuïstisch leerstuk’, dat de Raad zich volgens hem waarschijnlijk niet aan ‘algemene bespiegelingen zal willen wagen’. Een opmerkelijke uitspraak, de lagere rechtspraak is zoals Spanjaard gememoreerd had zeer verdeeld (ik had dat, met andere schrijvers als chaotisch omschreven, rechtbanken en hoven trekken hun eigen spoor), en gaat de cassatierechter niet over eenheid van het recht, alsook de rechtsontwikkeling? Het ‘willen wagen’ is hier mijns inziens niet aan de orde, maar het uitvoeren van een wettelijke verplichting. Ik zie het als een plicht van auteurs die aan de doctrine trachten vorm te geven om de hoogste civiele rechter daarop te wijzen, en hem daartoe uit te dagen. Zo niet Spanjaard, waarbij een rol zal spelen dat hij de bestaande situatie niet zo zorgelijk vindt. Als gezegd, ben ik het op dat punt niet met hem eens, daarin gesteund door het empirisch onderzoek dat ik aangehaald heb. Spanjaard volstaat met te wijzen op enkele onderdelen uit zijn catalogus, die als belangrijke omstandigheden kunnen gelden bij een matigingstoets. Hij vindt dat het aan de feitenrechter is om die catalogus op de 10% boete in NVM-koopakten toe te passen.

De optie van cassatie in het belang der wet instellen vergaat het niet anders. Er moet zich dan wel een goede zaak aandienen, merkt hij op, maar dan nog is zijn angst dat de Hoge Raad tot een uitspraak zal komen die veeleer op de casus is toegespitst, een ‘niet-algemeen arrest’, waarbij een recent voorbeeld volgt. Op zich een begrijpelijke angst die Spanjaard uitspreekt, maar daar zou toch op geanticipeerd kunnen worden? Wij kennen in ons recht niet de figuur van de *amicus curiae* zoals in de VS, waar juristen van naam de Supreme Court ongevraagd advies uitbrengen bij een mogelijke *landmark decision*, maar het zou toch denkbaar zijn om opinies van specialisten op dit gebied en maatschappelijke organisaties over te leggen bij zo’n verzoek aan het Parket van de Hoge Raad? Zouden daar geen studenten voor te vinden zijn om een dergelijk project op te zetten, in het kader van hun masterstudie? Is niet een van de taken van een universiteit ‘maatschappelijke dienstverlening’, en zijn er geen advocatenkantoren die *pro bono*-werk in hun vaandel hebben en een handje willen helpen? Het mes snijdt dan aan twee kanten, al decennia geleden vormde de *pro bono*-praktijk een belangrijk onderdeel van de brochures van de grote Amerikaanse kantoren, zonder dat komen er geen top-studenten van de toonaangevende universiteiten op hen af, werd mij eens uitgelegd.

Tot slot

Ter afronding nog enkele opmerkingen. Ik had al gezegd dat ik op het aspect van de rechtszekerheid zou terugkomen, naar aanleiding van de conclusie van A-G Hartlief voor *Easystaff*, die daarop gebaseerd was maar geen navolging vond door de cassatierechter. Die opvatting vindt meer steun, tekende ik indertijd daarbij aan, Sieburgh neemt dat beroep op de rechtszekerheid over in haar Asserbewerking. Bij de problematiek van matiging van boetes is dat niet zo verwonderlijk, de boete staat toch *loud and clear* in het contract, iedereen weet dan toch waar hij aan toe is? Maar zelfs als dat glashelder is – categorie: ‘geen premie, geen uitkering’, zoals in *Rederij Koppe*

(1949) – blijft zo'n contractsbepaling voorwerp van uitleg, in normatieve trant, leerde de Hoge Raad indertijd al. Mijn overtuiging is, dat alleen wanneer men bereid is om dat idee-fixe van 'rechtszekerheid, een duidelijk contract geldt als wet voor partijen' achter zich te laten, men met open blik naar het matigingsvraagstuk kan kijken en welke norm (maatstaf) daarbij zou moeten gelden.

Hier geldt ook wat Paul Scholten over de gewoonte als rechtsbron schreef, de passage uit zijn *Algemeen Deel* over de interpretatie van een gewoonteregeling die geboden is: 'de formule stolt het recht'. Die stolling van het recht door de formules van de arresten uit 2007 en 2012 werd pas opgeheven met de formulering van de toetsingsnorm die in 2018 tot stand kwam met *Easystaff*.⁶ Mijn pleidooi ging in dezelfde richting, en wel om de formules van de '10% koopsom-boete' uit de NVM-koopakte aan te pakken, dat wil zeggen aan interpretatie te onderwerpen. Het gereedschap daarvoor, de soepele 5 omstandigheden-maatstaf, is al aanwezig, een *easy staff*, als het ware.

⁶ 'Formules' is geen slechte omschrijving hier. De Hoge Raad volstond in 2012 met de motivering 'ongewenst', in weerwil van de uitvoerige en gedegen conclusie van A-G Wissink, waarmee als gezegd de EVRM-norm geschonden werd. Die conclusie zou nu een goede basis voor verdere actie kunnen bieden. Het voorwerk is al gedaan.