

55. Matiging van boetebedingen

Een nieuwe koers van de Hoge Raad met *Turan/Easystaff* (2018) na het strenge regime van *Bart Smit* (2007) en *Van de Zuidwind/Faase* (2012)

J.M. van Dunné

Met de invoering van art. 6:94 lid 1 BW over rechterlijke matiging van contractuele boetes werd de norm: ‘indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist’ geïntroduceerd. Tegenwoordig wordt het arrest *Bart Smit* (2007) als de standaard gezien voor de toepassing van die norm, zeker na bevestiging ervan in *Van de Zuidwind/Faase* (2012). Dat betekent een strenge toepassing van de norm waarbij voor matiging weinig ruimte geboden wordt, met eerbied voor de letter van het contract en het vertrouwen daarop dat bescherming verdient. De Hoge Raad lijkt in 2018 met *Turan/Easystaff* teruggekeerd te zijn naar het soepele regime van *Hauwer/Monda I* (1998).

Inleiding

Een boete fungeert als ‘prikkel tot nakoming’ en als ‘straf’ op niet-nakoming of als schade-fixatie die tevoren door partijen is overeengekomen. Contractsvrijheid wordt vooropgesteld, met de rechtszekerheid aan haar zijde, rechtsbeginselen die beide ondersteuning van de rechter verdienen. De lagere rechter heeft de Hoge Raad sinds 2007 in veel gevallen gevolgd. Door verschillende schrijvers - ook in dit blad - werd gesignaleerd dat sprake was van een “strenge toepassing” van de wettelijke norm, een “nieuwe en harde regel”, een “hoge drempel” daarbij, of zelfs een “onverbiddelijke rechtspraak”.¹ A-G Wissink sprak in 2012 van een “vrij strenge” toepassing; er was steeds ook lagere rechtspraak in tegengestelde zin, waarover later meer.²

Een aspect dat hierbij de aandacht getrokken heeft, was dat de Hoge Raad met *Bart Smit* in 2007 terugkwam op zijn eerdere standaardarrest *Hauer/Monda I* (1998), ook wel bekend als *camping*-arrest.³ Daarin werd aan de rechter een vrij ruime bevoegdheid toegekend om boetebedingen te matigen met toepassing van de wettelijke norm. Opvallend hierbij is dat een minstens zo belangrijk standaardarrest uit die tijd, namelijk *Kok/Schoor* (2000), niet genoemd wordt. Dat arrest is ten onrechte uit beeld geraakt in de literatuur en zal hieronder nog aan de orde komen. Dat gebeurt in de context van een bespreking van een ander arrest dat ten onrechte nog weinig aandacht getrokken heeft en dat centraal staat in dit artikel: *Turan/Easystaff* uit 2018.⁴ In mijn opvatting staat deze uitspraak haaks op de arresten van 2007 en 2012, is de Hoge Raad op zijn schreden teruggekeerd en heeft hij weer aansluiting gezocht bij de arresten uit 1998 en 2000. Aldus werd de soepele toepassing van de wettelijke norm voor boetematiging opnieuw aanvaard. Dat is nog niet ingedaald in de vakbladen; in hun *JIN*-noot merken Van Loon

¹ Zie resp.: A. Roodenburg en J.H.M. van Swaaij, *NJB* 2007, p. 2296; N.A. van Loon en G. te Winkel, *JIN* 2018/58, nr.4; D.J. Oranje, *ORP* 2011, p. 37, Vgl. ook Heyman-Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: BJu, 2012, nr. 575 e.v.

² A-G Wissink, conclusie voor *Van de Zuidwind/Faase* (2012).

³ HR 13 februari 1998, *NJ* 1998/725, m.nt. Hijma, *Hauer/Monda Recreatie*, verder ook: *camping*-arrest. Het “terugkomen op dat arrest”: aldus J.J. Dammingh, *ORP* 2011, p. 33.

⁴ HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207; *RvdW* 2018/274; *JIN* 2018/58, m. nt. N.A. van Loon en G. te Winkel.

en Te Winkel op dat *Bart Smit* nog steeds de leidraad vormt, zij het dat aan de toepassing van de maatstaf door een hof “geen al te zware eisen aan motivering” gesteld worden. Wellicht dat het arrest van 2018 daardoor weinig aandacht getrokken heeft tot dusver, en daarmee ook de nieuwe standaard die mijns inziens neergezet is, dat wil zeggen, een oude standaard van rond de eeuwwisseling die met *Turan/Easystaff* in ere hersteld is.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Eerst wil ik de oude standaard voor boetematiging bespreken: het bekende arrest *Hauer/Monda I* (1998) kort, en wat uitvoeriger het onbekende *Kok/Schoor* (2000). Dan volgt een bespreking van de arresten van 2007 en 2012, *Bart Smit* en *Van de Zuidwind/Faase*⁵, die ondanks bekendheid ermee – zeker bij de lezers van dit blad – toch nog vrij uitvoerig zal zijn, want nodig voor een vergelijking die volgt met het arrest van 2018, *Turan/Easystaff*. In die zaak was sprake van zeer geringe tekortkoming en schade, tegenover een torenhoge boete, vergelijkbaar met *Kok/Schoor*. Het is nogal boud om van een koerswisseling door de Hoge Raad te spreken, dat vraagt om een stevige onderbouwing. Daarbij is het relevant om de conclusies van de A-G’s erbij te betrekken. Er is namelijk steeds sprake van een verschil in visie in die drie laatste arresten: de A-G’s zijn het steeds oneens met het tenslotte door de Hoge Raad gekozen antwoord (het college ging dus alle drie keren *contrair*). Ook is opvallend dat het hierbij om drie verschillende A-G’s gaat: Langemeijer, Wissink en Hartlief, die als zwaargewichten in het verbintenissenrecht bekend staan. Kortom, er is nogal wat aan de hand, zoals wel meer wanneer contractsvrijheid en rechtszekerheid in het geding zijn.

1. De soepele norm voor boetematiging van vóór 2007: *Hauer/Monda I* (1998) en *Kok/Schoor* (2000)

Allereerst het bekende arrest van 13 februari 1998, *Hauer/Monda I* (ook wel: *camping-arrest*).⁶ Hierin heeft de Hoge Raad een “*vuistregel*” geformuleerd, in de woorden van Hartkamp, waarmee de “deur tot matiging vrij ruim opengezet wordt”.⁷ De casus is als volgt.

Bij de verkoop van camping ‘De Tonmolen’ te Paasloo, in combinatie met een exploitatie-overeenkomst, voor f 900.000 was een boete van 10% van de koopsom afgesproken die verschuldigd was bij ‘elke tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst’. Partijen krijgen ruzie met elkaar, bestoken elkaar met aanzienlijke vorderingen en proberen de overeenkomst ontbonden of vernietigd te krijgen. In die context was Hauer, de koper, aan Monda een bedrag van f 14.166 verschuldigd uit hoofde van de laatste twee termijnen van het exploitatiecontract voor hij het campingbedrijf voor gezien hield, waar echter een omvangrijke vordering tot schadevergoeding op Monda tegenover stond die hij daarmee wilde verrekenen. Wanneer de betalingstermijn van de schuld van f 14.166 overschreden is, doet verkoper Monda een beroep op het boetebeding en vordert f 90.000. Hauer slaagt niet in zijn actie uit dwaling (defecte elektrische installatie). Het hof wijst Monda’s vordering van de boete toe en acht geen grond aanwezig voor matiging van de boete van f 90.000 – hiermee is gehele motivering van het hof weergegeven – waarop Hauer in cassatie gaat.

De Hoge Raad gaat na of het oordeel van het hof inzake de afwijzing van de matiging juist is – waarmee A-G Spier in zijn conclusie instemming betuigd had – *gezien de*

⁵ HR 27 april 2007, NJ 2007/262, *Intrahof/Bart Smit*; HR 13 juli 2012, NJ 2012/459, *Van de Zuidwind/Faase*.

⁶ HR 13 februari 1998, NJ 1998/725, m.nt. Hijma, *Hauer/Monda Recreatie I*, verder ook: *camping-arrest*.

⁷ Asser-Hartkamp I, nr. 402; vgl. Asser-Sieburgh 6-I 2020/427. Hijma sprak in zijn noot van een “fundamentele uitspraak”. In de hier volgende weergave van de arresten van 1998 en 2000 ontleen ik passages uit mijn *Contractenrecht*, 2004, Deventer: Kluwer, p.722 e.v. (in herdruk: 2022).

omstandigheden van het geval en het in art. 94 lid 1 bepaalde. Die omstandigheden zijn “in elk geval” de omvang van de door Hauer als gevolg van de beëindiging geleden schade en zijn onervarenheid, “zulks in het licht van de overige omstandigheden” (Hauer had ook gewezen op de ernstige tekortkomingen van Monda). Dan wordt met betrekking tot de uitleg van het boetebeding overwogen dat het bedrag van de boete afgestemd leek te zijn op een tekortkoming die grond gaf voor algehele ontbinding van de overeenkomst. In een dergelijk geval, vervolgt de Raad, “waarin het boetebeding één bedrag bevat voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen, ligt het voor de hand dat in beginsel – in de bewoordingen van art. 6:94 lid 1 – de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maakt om, voor wat betreft het bedrag van de uiteindelijk verschuldigde boete, *aan de hand van die maatstaf te differentiëren naar gelang de ernst van de tekortkoming waardoor zij is verbeurd, en van de schade die daardoor is veroorzaakt*” (mijn cursief). De cassatierechter acht van belang dat partijen in een situatie verkeerden dat zij over en weer belangrijke vorderingen op elkaar pretendeerden, vernietiging en ontbinding van de overeenkomst verlangden en “derhalve verrekening van het eventueel uiteindelijk over en weer verschuldigde op een later tijdstip in de lijn der verwachting lag”. Het arrest van het hof wordt vernietigd.⁸

In het arrest *Kok/Schoor* van 11 februari 2000 had de Hoge Raad wederom gelegenheid om de ‘vuistregel’ aangaande matiging van een verbeurde boete door de rechter nader in te vullen.⁹ In dit geschil tussen de rattenvanger Kok en de jachtkleding-handelaar Schoor ging het weer om een geval van een schuldeiser (Schoor) die belust is op het innen van een boete naar de letterlijk bewoordingen van het boetebeding. Dat dit geen volkomen achterhaald standpunt is, blijkt alleen al uit de aanvaarding van die zienswijze door rechtbank en hof.

De kernoverwegingen van de Hoge Raad zijn de volgende:

“3.4 Het middel klaagt in de eerste plaats dat het hof bij de bespreking van grief IV niet (voldoende kenbaar) is ingegaan op de relevante stelling van Kok dat matiging van de boete (ook) dient plaats te vinden omdat sprake is van een enorme discrepantie tussen de hoogte van de schade (ongeveer f 210 bruto) en de hoogte van de boete (f 50 000). Voor het geval het hof mocht zijn uitgegaan van de opvatting dat die discrepantie geen argument is dat kan leiden tot matiging van de boete, bevat het middel voorts de klacht dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, nu het hier gaat om een argument dat (mede) kan bijdragen tot het oordeel dat de verschuldigde boete dient te worden gematigd.

3.5 Het middel is gegrond. Art. 6:94 lid 1 BW geeft de rechter de bevoegdheid een contractuele boete op verlangen van de schuldenaar te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Aan deze voorwaarde kan voldaan zijn in het, zich hier naar de stellingen van Kok (‘een enorme discrepantie’) voordoende, geval dat *de bedongen boete in verhouding tot de schade als gevolg van de overtredingen buitensporig is*. Naar aanleiding van het door Kok op die enorme discrepantie gedane beroep heeft het hof niet meer of anders overwogen dan dat ‘ook verder geen feiten en omstandigheden zijn gesteld of gebleken, die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat de billijkheid klaarblijkelijk tot matiging der bedongen boete noopt.’ Voorzover het hof aldus zou hebben geoordeeld dat *een enorme discrepantie* als door Kok gesteld nimmer grond kan bieden voor toepassing van art. 6:94 lid 1, heeft het derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Mocht het hof hebben geoordeeld dat de door Kok gestelde enorme discrepantie op grond van de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval geen aanleiding geeft tot matiging, dan heeft het zijn beslissing onvoldoende gemotiveerd door niet aan te geven welke omstandigheden het daarbij op het oog heeft gehad.” (mijn cursief)

⁸ Het arrest heeft een vervolg gekregen in HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002/595, m.nt. Hijma, *Hauer/Monda II*; H.N. Schelhaas, noot *NTBR* 2002, p.71.

⁹ HR 11 februari 2000, *NJ* 2000/277; *AA* 2001, p.251, noot Van Dunné.

Om een aantal redenen is ook deze uitspraak een standaardarrest over matiging van boetes. Het onderstreept om te beginnen het uitgangspunt van de wettelijke regeling, die ruimte biedt voor rechterlijke matiging van boetes op grond van de billijkheid. Verder sluit het arrest aan bij dat van 1998 inzake de camping: wanneer een boetebeding één bedrag bevat voor vele, sterk uiteenlopende mogelijke overtredingen, ‘ligt het voor de hand’ om aan de hand van de maatstaf van de billijkheid ‘te differentiëren’ naar gelang de ernst van de tekortkoming en de veroorzaakte schade. Ook A-G Hartkamp wijst daarop in zijn conclusie; het beding had immers betrekking op ‘elke overtreding’. Dat heeft ook consequenties voor de *motiveringsplicht* van de lagere rechter: hij moet aangeven hoe zijn differentiëring in het kader van de omstandigheden en de billijkheid uitgevallen is. Tenslotte is het arrest van groot belang voor *situaties waarin de omstandigheden niet zijn komen vast te staan of betwist zijn*, zoals ook in de onderhavige zaak het geval was. Men kan dan *volstaan met zich op de grote discrepantie tussen de geleden schade en de boete te beroepen als grond voor matiging*.

Dit was dus de stand van zaken van de jurisprudentie aan het begin van deze eeuw: matiging van boetes met een soepele toepassing van de wettelijke norm, ruim baan voor de werking van billijkheid in het voordeel van de tot boetebetaling verplichte partij. Daar kwam een einde aan met het arrest *Bart Smit* in 2007, en men kan zich afvragen of met het arrest *Hauwer/Monda II* van 2001 de Hoge Raad op die ontwikkeling vooruit gelopen is. Dat arrest heeft vooral de aandacht getrokken door de opmerking van Hijma in zijn noot dat de ‘vuistregel’ uit het eerste arrest van 1998 tot een “zwakke vuistregel” teruggebracht is, waarbij de feitenrechter een “relevant grotere speelruimte” gekregen heeft.¹⁰ Verder meende Hijma dat uit het arrest als voornamelijk van cassatietechnische aard, “niets noemenswaardigs voor de rechtsontwikkeling” kon worden afgeleid. Indien men dit opvat in de zin dat de regel van *Hauwer/Monda I* onverkort in stand gebleven is, kan ik daarmee instemmen. Dat zal niet het geval zijn voor degene die aan de uitkomst van de procedure alle gewicht toekent. Immers, het Hof Den Haag was na verwijzing niet tot een andere conclusie gekomen wat het ontbreken van gronden voor matiging betreft dan het Hof Amsterdam in de procedure leidend tot het eerste arrest van 1998, zij het nu met een motivering. De Hoge Raad had het cassatieberoep van *Hauwer* ertegen verworpen, daarbij ingaand tegen de conclusie van A-G Spier die uitvoerig had betoogd, geheel in de lijn van *Kok/Schoor*, dat het hof in zijn motivering op veel punten tekort geschoten was. De Hoge Raad was in het geheel niet ingegaan op die conclusie, hetgeen annotator Hijma “opvallend kort door de bocht” genoemd had.

Ook in ander opzicht is *Monda/Hauwer II* een zwak arrest. De Raad toetst aan de hand van de maatstaf “te differentiëren naar gelang de ernst van de tekortkoming en de schade die daardoor is veroorzaakt”, terwijl het hof sprak van “de ernst van de tekortkomingen die partijen elkaar over en weer verwijten” (rov. 6 sub g), iets heel anders. Annotator Hijma maakt de verwarring nog groter door te schrijven dat “partijen over en weer een boete van f 90.000 opeisten” en ook dat, omdat de tekortkomingen over en weer niet zeer uiteenliepen, een “afdoening van de boetekwestie met gesloten beurzen aantrekkingskracht heeft”, ook voor het hof (veronderstelt hij). Zie daarentegen de conclusie van A-G Spier, die spreekt van partijen die “belangrijke vorderingen over en weer hadden en dat daarom verrekening in de lijn der verwachting lag” zoals de Hoge Raad in arrest I overwogen had (concl. nrs. 3.23; 3.27). Dit acht de

¹⁰ In andere zin: Hartkamp, die zijn standpunt handhaaft dat het hier “inderdaad” om een vuistregel gaat, “en niet om een harde regel”, Asser-Hartkamp I, nr. 402, 12^e dr., 2003; idem 14^e dr., 2012, nr. 427, en Asser-Sieburgh 6-I, 2020/427. Omdat het hier om een toepassing ‘in beginsel’ gaat, afhankelijk van *de omstandigheden*, ligt dat voor de hand.

A-G “uiteraard” van belang “omdat Hauer heeft kunnen denken dat hij, na verrekening, niets meer schuldig zou zijn” – hetgeen het hof miskend had. Dat alles in het kader van de ‘ernst’ van de wanprestatie, die tegen de veroorzaakte schade afgewogen dient te worden.

Dit is de stand van zaken wanneer in 2007 *Bart Smit* gewezen wordt.

2. Het arrest *Bart Smit* van 2007

Het arrest *Bart Smit* heeft meteen veel los gemaakt in de commentaren in de vakpers.¹¹ Speelgoedpaleis Bart Smit huurt bedrijfsruimte van Intrahof Gouda en houdt op met huur te betalen omdat de verhuurder niet of te laat reageert op zijn klachten over het gehuurde pand. Dat gaat onder meer over het niet kunnen plaatsen van lichtreclame, wateroverlast bij de voorpui en onvoldoende draagkracht van een vloer. Bart Smit eist – vergeefs – verlaging van de huurprijs, en zijn huurachterstand loopt op tot elf maanden, ruim € 80.000,-. In het huurcontract stond een boete van € 1000,- per dag, terwijl in de Algemene bepalingen een boete van 2% per maand stond.¹² Intrahof vordert betaling van zowel de achterstallige huur als de op grond van het boetebeding verbeurde boetes. De kantonrechter lost het geschil praktisch op: nadat Bart Smit na de comparitie de achterstallige huur heeft betaald, worden de vorderingen over en weer afgewezen.

Intrahof accepteert dat niet en vordert in hoger beroep betaling van de verbeurde boetes. Het hof overweegt:

“Wat de matiging van de in beginsel verbeurde boetes van in totaal € 100.739,21 betreft, stelt het hof voorop dat het onderhavige boetebeding geldt als prikkel voor de schuldenaar tot nakoming, niet bedoeld is als een gefixeerde schadevergoeding, en één bedrag bevat voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen. Of grond bestaat voor matiging moet worden beoordeeld aan de hand van de door Bart Smit aangevoerde omstandigheden, zulks in het licht van de overige omstandigheden van het onderhavige geval. De rechter dient ten aanzien van matiging terughoudend te zijn. Betaling van huur is een primaire verplichting en Bart Smit heeft over een periode van elf maanden in het geheel geen huur betaald. De huurachterstand is geleidelijk opgelopen naar vier kwartalen. Bart Smit moet - nu zij diverse winkels huurt en een vastgoedafdeling heeft - worden beschouwd als een aan Intrahof gelijkwaardige partij. Art. 10.5 is in de huurovereenkomst zelf opgenomen en bevat een evident zwaardere "straf" op niet tijdig betalen van huur dan uit de Algemene bepalingen voortvloeit. Bart Smit werd voorts bijgestaan door een advocaat. Er was geen basis voor opschorting van huur. Tegen deze achtergrond kunnen het niet meewerken door Intrahof aan een minnelijke regeling, het niet reageren op brieven en het niet aanvaarden van de betaling van de huur op de derdenrekening van haar advocaat, geen voldoende basis voor matiging opleveren. Daar staat tegenover dat het hof ‘een al te disproportionele discrepantie’ ziet tussen de verbeurde boete van ruim € 100.000 en de schade die Intrahof lijdt ten gevolge van de te late betaling, welke schade kan worden gesteld op het bedrag van de wettelijke rente daarover.”

¹¹ Dit arrest, evenals de uitspraak die volgt, wordt uitvoerig besproken in Heyman-Bartels, 2012 en 2021, nrs 574-578, in een analyse waarmee ik het vrijwel steeds eens ben. In de Asser-bewerking door Sieburgh wordt uiterst karig aandacht gegeven aan deze jurisprudentie, zie: Asser-Sieburgh 6-I 2020/427. Voor verdere literatuur over dit arrest: zie concl. A-G Wissink voor HR 13 juli 2012 (zie onder), nrs. 12 en 18; Heyman-Bartels, 2021, nr. 575.

¹² Intrahof had Hauer in correspondentie expliciet op dat laatste, en in algemene zin op de eerste bepaling gewezen. Het hof zegt dat daarmee de huurder “op het verkeerde been gezet” is.

Men ziet hier hoe het hof het probleem van de matiging van boete serieus genomen heeft: terughoudend, alle omstandigheden afwegend en voortbouwend op de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad uit 1998 en 2000. Het hof heeft de boete gematigd tot in totaal € 47.571 (nog steeds een aanzienlijk bedrag).

A-G Langemeijer was het hiermee eens. Zo niet echter de Hoge Raad, die er korte metten mee maakt:

“Middel II klaagt, in onderdeel 1, onder meer dat het hof met zijn oordeel dat de al te disproportionele discrepantie tussen de verbeurde boete (€ 100.739,21) en de op de wettelijke rente over het achterstallige bedrag te stellen schade als gevolg van de te late huurbetaling matiging rechtvaardigt, heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze klacht is gegrond, omdat het hof aldus oordelend de maatstaf van art. 6:94 BW heeft miskend. De in deze bepaling opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding *in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt*, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.” (rov. 5.3; mijn *cursief*)

Deze uitspraak is weinig overtuigend en geeft slechts een algemene formulering van de norm om tot matiging te kunnen overgaan, namelijk indien de boete *buitensporig en daarom onaanvaardbaar is*, en zoals de billijkheid klaarblijkelijk eist. Die algemene norm geldt “onder de gegeven omstandigheden”, maar de Raad heeft niet getoetst of het hof die omstandigheden op onjuiste wijze gewaardeerd heeft. Dat had de A-G in zijn conclusie wél gedaan, met positief resultaat, en dan zou men verwachten dat de cassatierechter – indien hij van mening verschilde met de A-G – dat uiteengezet zou hebben, voorzien van argumenten waarom die weging te licht bevonden werd.¹³ Niets van dat alles. A-G Langemeijer had onder meer gesteld dat “met de woorden ‘al te disproportionele discrepantie’ het hof klaarblijkelijk tot uitdrukking heeft willen brengen dat het totaal van de aldus verbeurde boeten *buitensporig* is in verhouding tot de geleden schade. Een extra aanwijzing hiervoor is, dat het hof in rov. 19.1 terughoudendheid van de rechter bij matiging van contractuele boeten voorop heeft gesteld” (mijn *cursief*). De A-G had verder nog gesteld:

“Uit deze opbouw van het arrest volgt dat het hof het niet door de verhuurster willen meewerken aan een minnelijke regeling nadat de huurster zich op een opschortingsrecht had beroepen, het niet door de verhuurster reageren op brieven van de huurster en het niet aanvaarden door de verhuurster van het aanbod van de huurster om zekerheid van betaling te stellen, heeft beschouwd *in combinatie met* de wanverhouding tussen het totaal van de verbeurde boeten en de geleden (vertragings-)schade en *op die grond* tot het oordeel is gekomen dat de *discrepantie buitensporig* is. Dit op de omstandigheden van het geval gebaseerde oordeel geeft niet blijk van een onjuiste opvatting van de bevoegdheid tot matiging van contractuele boeten en is ruim voldoende gemotiveerd.”

¹³ Dit is een herhaling van wat in *Hauer/Monda II* (2001) gebeurde met de conclusie van A-G Spier, zoals wij eerder zagen. Zie voor dit thema, mijn bijdrage aan *Bakens in de rechtspsychologie*, Afscheidsbundel P.J. van Koppen, Den Haag: Boom criminologie 2020, p. 263 [verschenen in 2022].

Wij weten niet waarom de Hoge Raad deze analyse van de A-G niet overtuigend vond, elke argumentatie ontbreekt.¹⁴ Het arrest van het hof lijkt mij een schoolvoorbeeld van hoe de rechter zich baseert op “de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden”, de norm die de cassatierechter hier ook hanteert en die al bekend was uit het arrest van 2000, *Kok/Schoor*, toen nader omschreven als “enorme discrepantie”.

In het *camping*-arrest van 1998 had de Hoge Raad de wettelijke norm verbonden aan de ernst van de tekortkoming en de veroorzaakte schade. Het arrest van 2007 is ook op dat punt onbevredigend. Een boete kan – afgezien van schadefixatie – een tweeledig karakter hebben: *prikkel tot nakoming* en *straf*. In dit geval is die prikkel een academisch element: bij niet-nakoming is vergoeding van renteschade een goed remedium, terwijl niet voorstelbaar is dat er een economische noodzaak zou zijn om een huurder als Bart Smit tot betaling te moeten aansporen (zij had de huursom overigens eerder al in depot gestort). Dan blijft het ‘straf’-element over, de *ernst van de wanprestatie*. Daarvan lijkt in casu geen sprake te zijn: de huurder had gereageerd op wanprestaties door haar verhuurder, terwijl de laatste niet thuis gaf bij de minnelijke oplossing van het conflict dat erover ontstaan was. Verhuurder Intrahof wilde kennelijk haar gram halen op huurder Bart Smit, of ging gewoon voor het grote geld: het incasseren van de boete als ‘jackpot’.

Het stelt teleur dat de Hoge Raad geen oog had voor deze ‘omstandigheden’ bij zijn oordeel over de door het hof uitgevoerde matiging. De uitspraak valt om die reden niet te rijmen met de uitwerking van de norm als ‘vuistregel’ zoals eerder in het *camping*-arrest (1998) neergelegd, met de beoordeling van de ernst van de wanprestatie en de daardoor veroorzaakte schade (in casu: gedeelde winst). Van zo’n afweging was in het arrest van 2007 geen sprake.¹⁵ Dit thema keert terug in het volgende arrest, van 2012.¹⁶

3. Het arrest *Van de Zuidwind/Faase* (2012) inzake de NVM-clausule

In het arrest *Van de Zuidwind/Faase* uit 2012 hamert de Hoge Raad wederom op de algemene matigingsnorm van 2007, nu met expliciete verwijzing naar dat arrest.¹⁷ Het is weer een uitspraak waarbij dat ten koste gaat van een inhoudelijke behandeling van het geschil, en met name de toetsing of het hof zich bij de uitgevoerde matiging gehouden heeft aan de feiten en omstandigheden die ertoe doen. Ook hier reikt de A-G in zijn conclusie de informatie daarover aan, in combinatie met een overzicht van de lagere rechtspraak en geeft hij verder een uiteenzetting over de maatschappelijke context waarin het speelt. Op beide punten geeft de hoogste rechter wederom niet thuis, daarbij de ontwikkeling van het recht uit het oog verliezend.

¹⁴ De analyse van de A-G is gebaseerd op de overwegingen van het hof en doen daaraan meer recht dan met de samenvatting ervan door de Hoge Raad het geval is, in rov. 3.3 sub *d* (zie boven).

¹⁵ Vandaar ook, dat Dammingh sprak van het “terugkomen op *Hauer/Monda* door de Hoge Raad”, *ORP* 2011, p. 33.

¹⁶ Het Hof Amsterdam wijst na verwijzing matiging van de boete af, met inachtneming van de volgende omstandigheden: Bart Smit is een aan Intrahof gelijkwaardige, professionele partij, zij diende op het boetebeding bedacht te zijn, het niet betalen van huur over 11 maanden is in verhouding tot de wanprestatie van Intrahof buitenproportioneel en zij werd door een advocaat bijgestaan. Arrest van 13 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH2193; vgl. ook: Heyman-Bartels, 2021, nr. 575.

¹⁷ HR 13 juli 2012, *NJ* 2012/459, *Van de Zuidwind/Faase*.

De procedure is geïnspireerd op het arrest van 2007, en heeft een vergelijkbare casus. Maar het gaat nu niet over twee grote commerciële spelers die met elkaar op slechte voet verkeren, maar over twee particulieren betrokken bij een doorsnee verkoopcontract van een huis, met als boete een standaardbeding. Bij de verkoop van een huis had de koper afgehaakt, en nu hij van de koop had afgezien komt de boete van 10% van de koopsom in werking, een bekende NVM-bepaling. Moeten in zo'n situatie *particulieren* op dezelfde wijze behandeld worden als commerciële partijen (*repeat players*, in het empirische jargon), zoals in het arrest van 2007?

De omstandigheden waren als volgt. De koper, Van de Zuidwind, was enige tijd failliet geweest en had tot april 2007 gebruik gemaakt van de Wet schuldsanering. Eind augustus 2007 koopt hij van Faase een huis voor € 210.000. De gebruikte NVM-koopakte (opgesteld met de Consumentenbond en VEH) hield een boeteclausule in van 10% van de koopsom bij in gebreke blijven van de koper om de levering gestand te doen (eind oktober 2007). Voor de ondertekening van de overeenkomst had koper navraag gedaan bij de Hypotheekspecialist BV of het haalbaar was dat hij financiering van de koopsom zou kunnen verkrijgen, hetgeen bevestigd werd. Kort na de koop krijgt Van de Zuidwind van de Rabobank te horen dat hij geen financiering krijgt. Hij doet geen beroep op het financieringsvoorbehoud in het contract, maar stelt een bankgarantie via De Nationale Borg bij de notaris. Het lukt hem daarna echter niet om de financiering rond te krijgen; de notaris claimt dan namens de verkoper de boete van € 21.000 bij De Nationale Borg, die betaalt en vervolgens verhaal zoekt op Van de Zuidwind.

Van de Zuidwind verzoekt om matiging van de boete voor Rechtbank Utrecht, die dat afwijst, evenals in appel het Hof Arnhem. De schade voor verkoper Faase wordt door hem gesteld op ca. € 2.700, dus niet in verhouding tot de verschuldigde boete. Faase had het huis binnen 4 maanden kunnen verkopen aan een ander voor dezelfde prijs. Het hof overweegt dat het tekortschieten van Van de Zuidwind voor zijn risico komt en geheel aan hemzelf te wijten is, terwijl het een gebruikelijk, algemeen gehanteerd boetebeding betreft. De verdere omstandigheden zijn niet van belang, zoals zijn penibele financiële situatie (een maandinkomen van ca. € 2.775 netto en een afbetalingsregeling met De Nationale Borg van € 300 per maand).

De cassatieklacht van Van de Zuidwind houdt allereerst in dat de maatstaf van het arrest van 2007, *Bart Smit*, onvolledig is en verfijning behoeft ten aanzien van een overeenkomst tussen particulieren. De “hoedanigheid van de betrokken partijen” zou als een expliciet onderdeel van de maatstaf bij de ‘omstandigheden’ genoemd moeten zijn. Wat de noodzakelijke verfijning betreft, wordt betoogd dat de maatstaf niet goed past bij situaties als de onderhavige:

“Maatschappelijk onwenselijk is dat particuliere woningeigenaren geld verdienen ten koste van andere particulieren, welke laatsten daardoor voor jaren vast zitten aan afbetalingsverplichtingen die hun sociale functioneren in sommige gevallen onmogelijk kunnen maken. De onwenselijkheid is tweeledig. Enerzijds ontvangen de verkopers zonder enige tegenprestatie een grote som geld door toedoen van hun wederpartij, terwijl de door die wederpartij gemaakte fout in zijn algemeenheid niet zodanig ernstig is dat deze de bedoelde gevolgen rechtvaardigt. Anderzijds houdt de NVM-overeenkomst op geen enkele wijze rekening met het vermogen van de koper

om te voldoen aan de gevolgen van een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen.”¹⁸

De Hoge Raad wijst deze suggestie van de hand, kort en krachtig. Na de wettelijke norm aangehaald te hebben, gevolgd door het citeren van de kernoverweging uit *Bart Smit* van 2007, overweegt het college:

“De omstandigheden van het geval zijn uiteindelijk beslissend, en niets verhindert de rechter in dat verband gewicht toe te kennen aan de hoedanigheid van partijen. Van de door het middel gesignaleerde onvolledigheid is dan ook geen sprake.

Voor zover het middel een verfijning verdedigt in die zin dat de rechter in een geval als het onderhavige - koop en verkoop van een woning tussen particulieren - minder terughoudend behoeft te zijn bij de uitoefening van zijn bevoegdheid tot matiging, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Voor een zodanige, ongewenste, nuancering bestaat geen grond.”

Naar het hoe en waarom van deze overweging moet men echter gissen.¹⁹ Dit is des te verwonderlijker nu A-G Wissink het tegenovergestelde betoogd had in een uitvoerige, goed onderbouwde conclusie.

Het loont, ook hier, de moeite om na te gaan welke argumenten de A-G had voor zijn standpunt, dat sterk overkomt. Bovendien is die visie, zoals nog zal blijken, een voorbode op wat nog komen gaat in de cassatierechtspraak.

A-G Wissink geeft eerst zijn visie op de norm, sinds het arrest van 2007:

“Het gaat dus om een totaaloordeel, waarbij de verschillende omstandigheden in onderling verband moeten worden gezien. Dit betekent niet dat het matigingsoordeel niet in de kern zou mogen berusten op juist het argument, dat sprake is van een wanverhouding tussen schade en boete. Dat kan wel, mits dat argument op zijn beurt voldoende wordt gemotiveerd aan de hand van de omstandigheden van het geval.(21) Nu de matigingsbevoegdheid terughoudend moet worden toegepast, dient de motivering van [een] oordeel dat gematigd wordt aan hogere eisen te voldoen dan het oordeel dat de boete niet gematigd wordt. Het enkele oordeel dat sprake is van een wanverhouding voldoet blijkens het arrest Intrahof/Bart Smit niet aan de daaraan te stellen motiveringseisen.”

Die laatste zin is een merkwaardige, onkritische opmerking en op zijn best een *understatement*. Het verband met de vermelde voetnoot (21) is ook onduidelijk. De A-G zegt in die voetnoot:

“Dit laat m.i. onverlet dat in extreme gevallen, zoals die van het arrest Kok/Schoor, reeds de verhouding tussen de schade en de boete een dusdanig sterke aanwijzing voor de aanwezigheid van een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat kan vormen, dat nadere motivering aan de hand van de context niet uitdrukkelijk hoeft te

¹⁸ In de samenvatting die de Hoge Raad van de klacht geeft, in rov. 3.4.1.

¹⁹ Een goede kans maakt hierbij het beroep op de rechtszekerheid. In haar proefschrift over het boetebeding kent Schelhaas daar grote betekenis aan toe, het zou “de voornaamste verdienste van het boetebeding zijn”. Het “is immers belangrijk om niet teveel onzekerheid te creëren in de vorm van een ruimhartig toezicht op de clausule”. Zie: *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer, 2004, p.481. Oranje zegt daarover in 2011: “Dit argument is uit de tijd” (t.a.p., p.41). Dat is dus nog niet het geval in 2012.

geschieden, omdat moeilijk denkbaar is dat de context nog tot een ander oordeel zou kunnen leiden. Vgl. A-G Verkade, conclusie sub 4.26 (noot 21) voor HR 15 februari 2008, LJN BB8095, NJ 2008, 437 m.nt. A.I.M. van Mierlo.”

Hierbij had A-G Wissink behalve naar A-G Verkade, ook naar een andere collega kunnen verwijzen: A-G Hartkamp had namelijk in zijn conclusie voor het genoemde arrest *Kok/Schoor* (2000) in zijn bespreking van de parlementaire geschiedenis, met name de befaamde zinsnede dat voor matiging “het enkele uiteenlopen van boete en schade niet voldoende is”, het volgende opgemerkt. Dit impliceert niet “dat matiging steeds achterwege zou moeten blijven indien als enig argument daarvoor een discrepantie tussen schade en boete wordt aangevoerd” of wel voor de rechter na weging overblijft. Hartkamp verwijst hierbij naar het *Nationale Volksbank/Helder*-arrest (1984), dat onder art. 6:94 BW nog steeds gelding heeft.²⁰

Terug naar de conclusie van A-G Wissink. Hij geeft vervolgens een inventarisatie van de wijze waarop de standaard van *Bart Smit* in de lagere rechtspraak is gevolgd, met een overzicht van enkele tientallen uitspraken van rechtbanken en hoven. Een analyse ervan levert als “algemene lijn” op:

“(…) dat de feitenrechter terughoudend is met het uitoefenen van zijn bevoegdheid tot matiging van de contractuele boete. Daarbij speelt veelal een rol dat de problemen van de koper waardoor hij niet afneemt voor diens risico komen, dat een bedongen boete van 10% van de overeengekomen koopsom van de woning gebruikelijk is, dat de functie van het overeengekomen boetebeding en in verband daarmee de rechtszekerheid tot terughoudend nopen, en dat de hoogte van de boete en de werkelijke schade niet te zeer uiteenlopen.”²¹

In de uitwerking hiervan constateert de A-G dat “de huidige rechtspraak vrij streng lijkt te zijn”, ook wanneer de geleden schade aanzienlijk lager is dan de verbeurde boete. Hij vraagt zich af of niet “het signaal zou moeten worden afgegeven” dat in dergelijke gevallen die mate van terughoudendheid niet noodzakelijk is. Het gaat daarbij om gevallen waarin de betaling van een boete van 10% van de koopsom van de koper een aanzienlijke financiële inspanning vereist, terwijl gezien de geringe werkelijke schade de verkoper een financieel voordeel toekomt. Een gedeeltelijke matiging zou dan in de rede liggen; de billijkheid waarnaar de wetgever verwijst, biedt ruimte om rekening te houden met de persoonlijke belangen van partijen, dergelijke omstandigheden hoeven niet uitgesloten te worden bij de afweging ervan (volgens *Bart Smit*).

De A-G wijst hierbij ook op stemmen uit de literatuur van die strekking, zoals Oranje en Dammingh.²² Hij haalt de eerste schrijver met instemming aan, die sprak van “de rechtsovertuiging dat het eigenlijk niet aangaat dat burgers elkaar bestraffen en zich ten koste van een ander verrijken vanwege de onbezonnenheid van die ander of aan de zijde van die ander opgekomen problemen die naleving van het contract bemoeilijken.”

²⁰ Vgl. ook: Heyman-Bartels, 2021, nr. 576, die het standpunt van Hartkamp onderschrijft. Zie voor *Nationale Volksbank/Helder* (1984) mijn *Contractenrecht*, 2004, p.752 e.v.

²¹ Concl., nr. 3.9.1. Zie voor een uitvoerige bespreking van lagere rechtspraak ook: Heyman-Bartels, 2021, nrs. 578-583; vgl. ook het onderzoek van P.T.J. Wolters, *WPNR* 2017/7136, en eerder: R.J.Q. Klomp en H.N. Schelhaas, *NJF* 2012/17, p.493 e.v.; E.W. van der Minnen, *ORP* 2015, p.23 e.v.

²² Concl., nr. 3.16 v.; D.J. Oranje, “Naschrift”, *ORP* 2011, p. 36 (vgl. ook p. 42) ; J.J. Dammingh, “Naschrift”, *ORP* 2011, p. 42. De A-G had ook naar Heyman-Bartels, 1^e dr., 2012, nr. 574 e.v., kunnen verwijzen.

Oranje pleitte ervoor dat de boete wordt gematigd “als deze niet meer is te rechtvaardigen als vergoeding van geleden schade of als een aansporing tot nakoming”.²³ Dammingh krijgt in diens steun voor deze opvatting (“het bevredigt het rechtsgevoel”) bijval van de A-G. Veelbetekenend is ook het citaat dat hij van Dammingh geeft: “Oranjes benadering doet afbreuk aan het principe van *Pacta sunt servanda*; desondanks lijkt zij mij dus niet onwenselijk, zeker wanneer partijen van een standaardmodelovereenkomst (met daarin diverse boetebedingen) gebruik hebben gemaakt, zoals de NVM-koopakte”.²⁴

Deze steun van A-G Wissink aan de opvatting van genoemde schrijvers over de verhouding *billijkheid – rechtszekerheid* is opmerkelijk, niet alleen omdat de Hoge Raad daar ongevoelig voor gebleken is, maar ook omdat zijn collega, A-G Hartlief, in het hierna te bespreken arrest van 2018, *Easystaff*, een tegenovergesteld standpunt inneemt. Daar wordt die zienswijze echter verworpen door de Hoge Raad, die kennelijk een ontwikkeling op dit punt heeft doorgemaakt. Dat arrest uit 2018 komt nu aan bod.

4. Het arrest *Turan/Easystaff* van 2018: een koerswijziging

In 2018 is de Hoge Raad wederom in de gelegenheid zich over de matigingsvraag uit te spreken, in het arrest *Turan/Easystaff*.²⁵ Dit keer waren wederom grote commerciële partijen met elkaar slaags geraakt over een boetebeding. Zou de Hoge Raad vasthouden aan zijn eerder in *Bart Smit* uitgezette koers? Dat blijkt niet het geval te zijn, een reden temeer om aan het arrest van 2018 alle aandacht te geven. Opmerkelijk genoeg is er in de vakliteratuur tot nu toe weinig aandacht aan besteed.²⁶

In het geschil *Turan/Easystaff* was de boete torenhoog, de schade gering en waren de omstandigheden bijzonder. De termen ‘buitensporig en onaanvaardbaar’ en ‘discrepancie tussen boete en schade’ waren geheel van toepassing. De casus was als volgt. Turan (indertijd Protec geheten) heeft een uitzendbureau voor werken met betrekking tot de aanleg van (gas)leidingen. Easystaff is een payrollorganisatie die zich bezighoudt met het in dienst nemen van personeel, de verloning van deze werknemers en het verrichten van daarmee verband houdende werkzaamheden en het leveren van personeelsdiensten. Partijen sluiten eerst een samenwerkingsovereenkomst en later (in juli 2011) een exclusiviteitsovereenkomst, die door Protec opgesteld was. De exclusiviteit was neergelegd in een bepaling die Easystaff ertoe verplichtte om uitsluitend voor Protec te werken en niet voor derden. Het boetebeding hield in een boete van € 20.000 per overtreding, vermeerderd met € 5.000 per dag voor elke dag dat de overtreding voortduurt.

In april 2013 eist Protec een boete van € 1.230.000 van Easystaff omdat 4 medewerkers in de beginperiode gedurende drie maanden voor derden gewerkt hadden. Easystaff

²³ Oranje wijst erop dat naar Engels en Italiaans recht een boete die hoger is dan de geleden schade in strijd met de openbare orde is. De Italiaanse rechter kan daarbij ambtshalve optreden. Zie: “Naschrift”, t.a.p., p. 36; vgl. ook *ORP* 2011, p. 39.

²⁴ Dammingh stelt later dat de algemene norm van de Hoge Raad uit 2012 voor particulieren niet betekent dat *geen* matiging mogelijk is; de rechter moet wel *alle* omstandigheden meewegen. Zie: *WPNR* 2013, p. 398.

²⁵ HR 16 februari 2018, ECLI: NL:HR: 2018:207; *RvdW* 2018/274; *JIN* 2018/58, m.nt. N.A. van Loon en G. te Winkel.. Niet besproken in Heyman-Bartels. 2021, nr. 574 v.

²⁶ E.H.H. en H.N. Schelhaas geven in *ORP* 2021/6, p. 17 e.v. een samenvatting van het arrest, maar zien geen koerswijziging erin: *Bart Smit* blijft leidend, ondersteund door de parlementaire geschiedenis (‘terughoudendheid’). In die zin ook: Van Loon en Te Winkel, t.a.p., nr. 10: wel “wordt waarschijnlijk sneller voldaan aan de maatstaf dan nochtans in de literatuur werd aangenomen”.

brengt hiertegen in zich dat het slechts om kleine en onopzettelijke administratieve fouten ging in de aanloop van de overeenkomst die voor haar niet te voorkomen waren gezien het grote aantal medewerkers dat zij uitzendt en dat geen sprake was van een actief handelen van haar kant. De schade van Protec raamt zij op € 15.000.

Easystaff heeft succes voor de Rechtbank Middelburg; Protec kan niet bewijzen dat zij opdrachten van derden heeft misgelopen door de handelwijze van Easystaff, haar schade wordt geschat op € 10.237,50 en de rechtbank matigt de boete tot € 26.500. Het Hof Den Bosch volgt de rechtbank en past de gematigde boete met een andere berekening aan tot € 21.250.

Na een korte inleiding over de (wettelijke) maatstaf voor matiging van een boete – een samenvatting van het arrest van 2007, *Bart Smit* – wordt de motivering die het hof daarvoor in het onderhavige geval gaf, door de Hoge Raad als volgt samengevat:

“Het hof heeft, in navolging van de rechtbank, geoordeeld dat de toepassing van het boetebeding tot een buitensporig en daarmee onaanvaardbaar resultaat leidt (rov. 3.7.4). Zijn oordeel dat er grond is voor matiging berust op de door het hof in hun onderlinge samenhang in aanmerking genomen omstandigheden (i) dat Protec de overeenkomst heeft opgesteld, dat zij de hoogte van de boetes heeft bepaald en dat daarover niet is onderhandeld (rov. 3.7.2), (ii) dat Protec niet heeft aangegeven op grond waarvan zij de hoogte van de wel erg hoge boetes heeft bepaald (rov. 3.7.2), (iii) dat de verbeurde boetes buitensporig hoog zijn in verhouding tot de werkelijk geleden schade (rov. 3.7.4), (iv) dat de overtredingen door Easystaff slechts enkele incidenten betreffen die in het begin van de contractperiode hebben plaatsgevonden en dat sindsdien geen andere overtredingen hebben plaatsgevonden (rov. 3.7.4), en (v) dat de bedoeling van de overeenkomst is om Protec te beschermen tegen concurrentie en dat de beboete handelingen niet tot verlies van klanten hebben geleid (rov 3.7.4).”

De Hoge Raad concludeert dan dat het hof aldus geen blijk heeft gegeven van miskennis van de genoemde, terughoudendheid vereisende maatstaf. Daarbij kan de beoordeling van de omstandigheden door het hof als feitelijk van aard, in cassatie niet getoetst worden. Ook de motivering door het hof wordt toereikend geacht.

Het is een opmerkelijke uitspraak van de Hoge Raad. Het is geen voortzetting van het arrest van 2007, *Bart Smit*, noch van dat van 2012, *Van de Zuidwind/Faase*.²⁷ De casus sluit weliswaar aan bij die uit 2007 – commerciële partijen in een boetegeschil verwickeld – maar de wind waait nu uit een geheel andere hoek: er wordt nu wél getoetst hoe het hof met de weging van de omstandigheden is omgegaan en aan de discrepantie tussen boete en schade gewicht toegekend heeft, met de uitkomst dat de toegepaste matiging geoorloofd geacht wordt. Dit valt sterk toe te juichen, zoals zich laat raden, vooral ook omdat (eindelijk) aansluiting gevonden wordt op de standaardarresten van 1998 en 2000, *camping* en *Kok/Schoor*. Een voortzetting van die lijn die mijns inziens noodzakelijk was.

Het belang van deze uitspraak en het gewicht dat eraan toegekend kan worden, neemt toe wanneer rekening gehouden wordt met de omstandigheid dat A-G Hartlief een tegenovergestelde beslissing had bepleit in zijn lange, goed onderbouwde conclusie.

²⁷ Dat laatste arrest kreeg van Heyman bijval, t.a.p. nr. 574, hoewel zijn verdere betoog veel genuanceerder is. Aan het arrest van 2018 wordt geen aandacht gegeven, slechts de conclusie van A-G Hartlief wordt aangehaald, in nr. 578, zonder commentaar.

Voor het vaststellen van de meerwaarde van het arrest heeft het zinnig om kennis te nemen van de argumenten in die conclusie.

A-G Hartlief stelt na een weergave van de motivering van het hof vóór matiging van de boete vast dat “op zichzelf op goede gronden zou kunnen worden geconcludeerd” dat het cassatieberoep behoort te falen. Hij komt niettemin tot een andere conclusie, en wel omdat aan de motivering van een boetematiging hoge eisen moeten worden gesteld volgens vaste jurisprudentie. Het gaat hier immers om een uitzondering op “de regel van een onverkorte toepassing van een boetebeding”, gebaseerd op de “contractsvrijheid”. Dit betekent dat er minder ruimte voor matiging is wanneer sprake is van professionele partijen die de strekking van een boetebeding begrijpen en weten wat zij ondertekend hebben. Wanneer de rechter dan “te snel naar het matigingsinstrument grijpt, ondermijnt hij het voor het rechts- en handelsverkeer noodzakelijke vertrouwen in de rechtspraak omtrent status en betekenis van contractuele afspraken”, aldus A-G Hartlief.²⁸ Waar kennen wij dit argument van? Het is wat tegenstanders van *normatieve uitleg* van overeenkomsten al sinds jaar en dag naar voren brengen, onder de vlag van ‘rechtszekerheid’ en met de “professionele partijen” in de hoofdrol (C.E. Drion, Tjittes, c.s.).²⁹ Wij zien hier dat de Hoge Raad ook op dit terrein van matiging van boetes die zienswijze naast zich neergelegd heeft. Een staaltje van rechtsvorming, maar ook van het bewaken van de ‘eenheid in het recht’, kan men vaststellen.

5. Conclusie: *Easystaff* (2018) als het nieuwe standaardarrest voor de rechterlijke matiging van een boete

Daarmee is het tijd om de rekening op te maken. De conclusie uit bovenstaande analyse is naar mijn mening dat *Easystaff* uit 2018 de nieuwe standaard is voor matiging van een verbeurde boete. De arresten van 2007 en 2012, *Bart Smit* en *Van de Zuidwind/Faase*, zijn te beschouwen als ‘bedrijfsongevallen’ in de rechtsvinding, de Hoge Raad heeft in 2018 weer de aansluiting gevonden met de eerder ingezette lijn van 1998 en 2000, de arresten *camping* en *Kok/Schoor*. Dat geldt ook voor de doctrine die daarop gebaseerd is, schrijvers als Oranje en Dammingh werden al genoemd, waaraan Heyman kan worden toegevoegd. In mijn *AA*-noot onder het arrest van 2000 heb ik mij in dezelfde zin uitgelaten.³⁰

Voor Heyman, daarbij mede geleid door een analyse van de lagere rechtspraak, ligt de nadruk op de discrepantie tussen geleden schade en hoogte van de boete als grond voor matiging en daarnaast op de mate van verwijtbaarheid aan de kant van de tekortgeschoten partij. Beide ziet Heyman als onderdeel van de functie van een boete als *prikkel* tot nakoming. Ik zou dat laatste eerder opvatten als het element *straf*: ‘boete’ in de eigenlijke zin, van: “schuld en boete”.

Wanneer sprake is van geringe schuld van de met boete geconfronteerde partij en het een kwestie is van risico dragen, of gewoon domme pech (behalve verkeerd advies, ook: echtscheiding, man overlijdt, faillissement, e.d.) is er mijns inziens alles voor te zeggen om de boete in beginsel te matigen. Voor die situatie heeft A-G Wissink een

²⁸ Concl., nr. 4.5; een noot verwijst naar het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, en rechtspraak daarover. In nr. 4.6 v. loopt de A-G de motivering van het hof na, en acht dat er “onvoldoende blijkt is van een weging van de relevante omstandigheden in onderling verband beschouwd”. De visie van Hartlief wordt gesteund door Sieburgh, die overigens zitting had in de kamer die dit arrest gewezen heeft. Zie: Asser-Sieburgh 6-I 2020/427, waarover nog onder.

²⁹ Zie daarvoor, en over *normatieve uitleg* van overeenkomsten, mijn artikelen in *WPNR* 2018/ 7184-7185 en in *ORP* 2021/5, p.6. en 2021/6, p.5 e.v.

³⁰ Zie ook mijn *Contractenrecht*, 2004, p. 723 e.v.

interessante suggestie gedaan, namelijk uitgaan van de geschatte werkelijke schade van de tegenpartij, vermeerderd met de helft van het daarboven uitstijgende bedrag van de boete.³¹ Die formule zou bij standaardbedingen als de NVM-clausule (10% koopsom als boete) bruikbaar kunnen zijn als vuistregel (met de mogelijkheid van uitzonderingen daarop: het zal voor veel particulieren ene fors bedrag blijven).³² De Hoge Raad heeft indertijd – in 2012 – die suggestie niet willen overnemen. Misschien bestaat er na het arrest van 2018 meer begrip voor bij de cassatierechter.

Intussen is opvallend, bij deze stand van de doctrine, dat Sieburgh in haar Asser-bewerking het afwijkende standpunt van A-G Hartlief in zijn conclusie voor *Easystaff* onderschrijft, en niet de nieuwe koers van de Hoge Raad. Zij zegt dat Hartlief “terecht erop wijst dat bij het terugbrengen van een buitensporig bevonden boete die ertoe strekt tot nakoming aan te sporen, die strekking moet worden gerespecteerd”.³³ Kortom, de vlag van *rechtszekerheid* is weer in top! Het is teleurstellend dat de Asser-bewerker hierbij niet in discussie is getreden met de Hoge Raad, noch de doctrine.

6. Ter afronding: enkele andere mogelijke instrumenten voor matiging van verbeurde boetes

De hiervoor besproken jurisprudentie van de afgelopen decennia leert dat begrippen als ‘aard van de overeenkomst’ en ‘omstandigheden’ heel goed nader ingevuld kunnen worden als onderdeel van de wettelijke toetsingsnorm voor op grond van boetebedingen verbeurde boetes. De ‘klaarblijkelijke’ werking van de billijkheid werd door de Hoge Raad al vertaald als ‘buitensporig’ (‘en daarmee onaanvaardbaar’). Dat heeft niet alleen betrekking op de hoogte van de gevorderde boete, maar vooral op de relatie van die hoogte met de veroorzaakte schade enerzijds en de ernst van de wanprestatie anderzijds. Dat werd gevangen onder de term: ‘disproportionele discrepantie’ (het hof in *Bart Smit*). Dat nam de Hoge Raad in 2007 nog niet over, maar wél in 2018, door de motivering van het hof in die zin te onderschrijven. De ernst van de wanprestatie betrof toen “slechts enkele incidenten” aan het begin van de contractuitvoering. In dat arrest kwam de ‘eenheidsboete’ niet expliciet aan de orde, die in de jurisprudentie van 1998 en 2000 zo’n duidelijke rol speelde.³⁴ Dat zou in de toekomst expliciet gehanteerd kunnen worden als onderdeel van de toetsingsnorm. In *Easystaff* had het hof volstaan met de overweging dat nu niet duidelijk was “op welke grond” Protec de hoogte van de boete had bepaald, het beding dus was op te vatten als eenheidsboete.

Maar er zijn nog andere ‘hulpstukken’ aan te brengen bij de norm. Dat geldt met name voor het geval er *twee boetes* in het geding zijn: één met een vaste som per overtreding, en één per dag dat van wanprestatie sprake is. De schuldeiser gaat steevast uit van een *cumulatie* van beide boetes, aldus de situatie in *Bart Smit*, *Van de Zuidwind/Faase* en *Easystaff*. Is dat wel zo vanzelfsprekend? Indien niet over de beide boetes onderhandeld

³¹ Conclusie voor Van de Zuidwind/Faase (2012), noot 38. In casu betekende dat: $3.000 + 0,5 \times 18.000 = 12.000$ euro.

³² Blijkens de eerder genoemde jurisprudentie-onderzoeken is het aspect van ‘standaardbeding’ zwaarwegend voor de lagere rechter. Deze vuistregel zou dan uitkomst kunnen bieden om tot een billijk resultaat te komen. Vgl. de vergelijking in de geformuleerde vuistregel voor eenheidsboetes in de Camping-arresten I (1998) en II (2001); zie: concl. A-G Wissink HR 2012, noot 12.

³³ Asser-Sieburgh, 6-I 2020/427, met verwijzing naar het jurisprudentieonderzoek van Wolters uit 2016 en 2017. Sieburgh maakte nota bene deel uit van de kamer die het arrest van 2018 gewezen heeft.

³⁴ Dammingh omschrijft de ‘eenheidsboete’ als: “een beding waarin één boetebedrag is op genomen voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen”, *WPNR* 2013/6976, p. 397.

is, eenvoudigweg opgelegd door de schuldeiser en de schuldenaar er niet mee bekend was, valt er alles voor te zeggen om *cumulatie af te wijzen*.³⁵

Cumulatie van beide boetes is een vorm van *overkill*, maar welke grondslag is er voor afwijzing ervan te vinden? Het stelsel van de dubbele boetes uit de NVM-koopakte was de inzet van *Van de Zuidwind/Faase*. De kritiek op toepassing van cumulatie, met Dammingh als pleitbezorger, heeft niet lang na het arrest uit 2012 ertoe geleid dat de modelakte aangepast werd, in 2014.³⁶ Daarmee is cumulatie bij gebruik van de NVM-koopakte van tafel. Zou hieraan een argument ontleend kunnen worden voor andere overeenkomsten, zoals in *Easystaff* aan de orde? Dat lijkt op het eerste gezicht gecompliceerd: er was toch niet voor niets een wijziging van de modelakte nodig om cumulatie te voorkomen?³⁷ Een aanknopingspunt zou echter zijn dat die wijziging gebaseerd was op het heersende rechtsgevoel dat in een normale contractsituatie cumulatie heel onbillijk is.³⁸ Om discussie en procedures te vermijden en duidelijkheid te verschaffen ligt het dan voor de hand om de contracttekst op dat punt aan te passen: voorkomen is immers beter dan genezen.

Er is echter een argument aan deze rechtsontwikkeling te ontleen: het gaat hier om de billijkheid die invulling moet krijgen. De wetgever heeft in art. 6:2 lid 1 BW aangegeven dat “schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid”. In art. 3:12 BW wordt voor de vraag wat de redelijkheid en billijkheid inhouden verwezen naar (onder meer) de “in Nederland levende rechtsovertuigingen”. De beschreven wijziging van de NVM-koopakte is daar een goed voorbeeld van.³⁹

Dan is er ook nog steun uit een andere hoek om cumulatie van twee boetes tegen te gaan. Wanneer, zoals in een standaardgeval, de boetebedingen door de schuldeiser zijn geschreven en de wederpartij opgelegd, zou bij de ontstane onduidelijkheid of cumulatie bedoeld was bij de uitleg van de contractvoorwaarden de *contra proferentem*-regel toegepast kunnen worden. Met als gevolg dat zij in het nadeel van de opsteller van die bedingen, de schuldeiser, uitgelegd worden. Indien dit voor de wat minder normatief uitleggende lezer een brug te ver zou zijn, biedt onze wetgever hulp: in de toelichting op art. 6:92 BW (uitlegbepalingen boetebeding), nog van de hand van Meijers, wordt dit met zoveel woorden gezegd.⁴⁰ Op het terrein van *interne cumulatie*,

³⁵ Volgens de wetgever is het ontbreken van “loven en bieden” over de boeteclausules een argument om matiging toe te staan, indien de billijkheid dat eist. Aldus reeds Toelichting-Meijers, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 323, waarover Oranje, *ORP* 2011, p. 38; vgl. ook Schelhaas, diss. p. 69.

³⁶ Dammingh, *WPNR* 2013/6976, p. 389 e.v.; *WPNR* 2014/7044, p. 1221 e.v. Het betreft art. 11.3 NVM-koopakte (2014). Heyman had eerder ook al cumulatie afgewezen, t.a.p., 1^e dr., 2012, nr. 570.

³⁷ Dammingh baseert de noodzaak voor wijziging NVM-koopakte op de vereiste *taalkundige uitleg* van de art. 10.2 en 10.3, terwijl de Toelichting op de akte erover zwijgt, en bestrijdt de tegengestelde opvatting van Hof Arnhem 28 december 2010 (t.a.p., 2013, p. 392).

³⁸ Heyman, t.a.p., wijst erop dat de schuldeiser misbruik kan maken van de boete gesteld op overtreding per dag door het inroepen ervan uit te stellen, waarin Dammingh hem bijvalt, t.a.p., 2013, p. 392.

³⁹ Wij zagen eerder dat A-G Wissink in zijn conclusie voor het arrest van 2012 voor de mogelijkheid van matiging van boetes een beroep doet op rechtsovertuiging en rechtsgevoel, zoals ook in de literatuur aanvaard (door Oranje en Dammingh).

⁴⁰ Toel. Meijers, *Parl. Gesch. 6*, p. 322. *T&C Vermogensrecht*, aant. 1, Algemeen, bij art. 6:92: het drietal uitlegbepalingen “zijn alle een toepassing van het beginsel dat een boetebeding waarvan de strekking onduidelijk is in het voordeel van de schuldenaar moet worden uitgelegd” (verwijzing naar *Parl. Gesch.*).

binnen één boetebeding, werd in de rechtspraak bij de afwijzing ervan de *contra proferentem*-regel toegepast door de Hoven Amsterdam en Den Bosch.⁴¹ Dat het hier, zoals altijd, een kwestie van uitleg van de overeenkomst is, laat zich raden. Het is ook al in 2007 onderkend als onderdeel van de toetsingsnorm door de Hoge Raad, want naast de elementen ‘aard van de overeenkomst’ en de ‘omstandigheden’, sprak het college toen ook van: ‘de inhoud en strekking van het beding’.

Met die laatste rechtsontwikkeling komt het overkoepelende thema van dit onderwerp, de uitleg van de overeenkomst in normatieve zin (“Haviltex”, prevelt de advocaat) in beeld, als tegenhanger van het oude *pacta sunt servanda*. Het is een mooie afsluiting. Wij zagen dat het letterlijk nemen van contracten nog geen verleden tijd is, ook al stammen de normatieve geschriften en arresten van het begin van de vorige eeuw. Het befaamde adagium: ‘woorden zijn nooit duidelijk’, lijfspreuk van vele generaties normatieve uitleggers, schreef Scholten al in 1909.

⁴¹ Arresten van resp. 19 december 2019 en 16 maart 2021, zie: E.H.H. en H.N. Schelhaas, t.a.p., p. 20 e.v. De afwijzing van interne cumulatie wordt in de rechtspraak behalve op uitleg, ook op boetematiging gebaseerd. De schrijvers ondersteunen die rechtspraak.