

161. Matiging contractuele boete: kans van slagen?

MR. E.W. VAN DER MINNE

De contractuele boete: een veel voorkomend beding in (commerciële) contracten. Komt een partij de verbintenis(en) waar de contractuele boete op ziet niet na, dan is deze partij gehouden het (vaak niet geringe) bedrag van de contractuele boete aan de wederpartij te voldoen. Maar een schuldeiser mag zich niet te snel rijk rekenen: de partij die een contractuele boete heeft verbeurd, kan met een beroep op artikel 6:94 BW verlangen dat de rechter deze boete matigt. Onder welke omstandigheden heeft een dergelijk beroep kans van slagen? En in hoeverre kunnen partijen bij het opstellen van de contractuele boete op deze omstandigheden inspelen? Na een korte beschouwing van de contractuele boete in het algemeen, zal op deze vragen worden ingegaan.

De boete: hoe zat het ook alweer?

De contractuele boete is geregeld in artikel 6:91 e.v. BW:

Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan.

Contractspartijen kunnen met elkaar afspreken dat niet-nakoming van (bepaalde) verbintenissen leidt tot een verplichting tot het betalen van een contractuele boete. Hoewel de contractuele boete, zo volgt uit het artikel, kan bestaan uit een andere prestatie dan een geldsom, zal de boete in de meeste gevallen een geldsom betreffen. Daarbij geldt op grond van artikel 6:92 BW als uitgangspunt dat de contractuele boete *in de plaats treedt* van de verbintenis(en) waar de contractuele boete op ziet.¹ Naast het vorderen van nakoming van de contractuele boete kan dus in beginsel *geen* nakoming van deze verbintenis(en) (lid 1) en/of vergoeding van de uit de niet-nakoming voortvloeiende schade (lid 2), worden gevorderd.

De contractuele boete heeft daarmee twee functies, de zogenaamde ‘schade-fixerende functie’ en de ‘aansporingsfunctie’. De schade-fixerende functie houdt in dat de contractuele boete ten doel heeft om vooraf de schade te fixeren die de partij ten gunste van wie de verbintenis moet worden verricht (hierna: de schuldeiser) mogelijk

lijdt ten gevolge van een niet nakomen door de partij die de verbintenis moet voldoen (hierna: de schuldenaar). De aansporingsfunctie houdt in dat de contractuele boete een prikkel vormt tot nakoming van de verbintenis waar de contractuele boete op ziet.

Door de schade-fixerende functie hoeft de schuldeiser de ten gevolge van de niet-nakoming geleden schade niet te bewijzen. De schade is gefixeerd op het overeengekomen bedrag van de boete. Anderzijds is de schuldenaar – in beginsel – ook niet tot meer verplicht dan betaling van deze gefixeerde ‘schade’; de contractuele boete treedt immers in de plaats van de wettelijke schadevergoeding en een vordering tot nakoming.

Artikel 6:92 BW is van regelend recht. In de praktijk wordt veelvuldig van dit artikel afgeweken, doordat partijen overeen komen dat de contractuele boete geldt ‘onverminderd het recht van de schadelijdende partij om schade en/of nakoming van de verbintenis te vorderen’. Een dergelijke afwijking van artikel 6:92 lid 1 en/of 2 BW verzwakt de schade-fixerende functie; de schade is immers niet langer gefixeerd nu naast de contractuele boete nog schadevergoeding en/of nakoming kan worden gevorderd. Om dezelfde reden wordt daarmee de aansporingsfunctie van de contractuele boete juist versterkt.

Het kan voorkomen dat de schade van de schuldeiser het bedrag van de contractuele boete ruimschoots overtreft, terwijl niet is afgeweken van artikel 6:92 BW en de contractuele boete dus in de plaats treedt van een vordering tot schadevergoeding en nakoming. Aan de onwenselijke situatie dat de schuldeiser daardoor een deel van haar schade niet vergoed krijgt, kan de schuldeiser op twee manieren ontkomen: ofwel nakoming van de (oorspronke-

¹ Tenzij de boete enkel op vertraging is gesteld, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 322.

lijke) verbintenis vorderen (in plaats van nakoming van de contractuele boete), ofwel nakoming van de contractuele boete vorderen met een verzoek tot aanvullende schadevergoeding ex artikel 6:94 lid 2 BW. De rechter zal hier alleen toe overgaan ‘indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist’. Echter, voorkomen is beter dan genezen, dus zeker wanneer de mogelijke schade vooraf moeilijk is in te schatten, verdient afwijken van artikel 6:92 lid 1 en 2 BW voor de schuldeiser aanbeveling.

De contractuele boete kan op allerlei manieren worden vormgegeven. Zo kan zij zien op één, meerdere of alle verplichtingen die partijen overeenkomen. Daarbij kan een contractuele boete bestaan uit de betaling van een bedrag ineens, per periode (dag/jaar) of een combinatie daarvan. De hoogte van de contractuele boete komen partijen (uiteraard afhankelijk van de onderhandelingspositie) samen overeen. Daarbij ligt het voor de hand dat partijen die vooral belang hechten aan de schade-fixerende functie, aansluiting zullen zoeken bij de schade die partijen verwachten dat de schuldeiser zal lijden indien de schuldenaar niet nakomt. Indien meer waarde wordt gehecht aan de aansporingsfunctie is het voornamelijk van belang dat de contractuele boete hoog genoeg is om een prikkel tot nakoming te veroorzaken bij de schuldenaar, bijvoorbeeld door met de hoogte van de boete het potentiële voordeel van de schuldenaar bij niet-nakoming te overtreffen.

In allerlei soorten overeenkomsten komen contractuele boetes voor, maar met name worden ze opgenomen in (ROZ) huurovereenkomsten, NVM-koopakten, arbeidsovereenkomsten, geheimhoudingsovereenkomsten en non-concurrentieovereenkomsten en daarnaast veelvuldig in algemene voorwaarden. Bij het opnemen van contractuele boetes in overeenkomsten tussen een professionele partij en een consument, moet rekening worden gehouden met Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.² Deze richtlijn is van toepassing op alle overeenkomsten tussen verkopers (iedere natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in het kader van zijn publieke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit) en consumenten (dus bijvoorbeeld ook huurovereenkomsten tussen een professionele verhuurder en een consument).³ De richtlijn bepaalt dat lidstaten in hun wetgeving moeten opnemen dat oneerlijke bedingen in die overeenkomsten de consument niet binden. Artikel 6:233 BW voorziet daarin, door consumenten de mogelijkheid te geven een onredelijk bezwarend beding te vernietigen. Het beding dat een onevenredig hoge schadevergoeding tot gevolg heeft voor een consument die zijn verplichtingen niet nakomt (dat kan bij de contractuele boete het geval zijn) staat op de indicatieve lijst van de richtlijn met bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Het is echter aan de

nationale rechter om te beslissen of een contractuele boete – onder de in het nationale recht geldende voorwaarden – onredelijk bezwarend is (of in de bewoordingen van de richtlijn: oneerlijk is). De nationale rechter is verplicht dit ambtshalve te toetsen.⁴ Bovendien zal de rechter, indien hij heeft vastgesteld dat dat het geval is, het gehele beding buiten toepassing moeten laten. De rechter kan niet met matiging daarvan volstaan.⁵ Zoals Spanjaard aangeeft, zal bij het opstellen van boeteclausules in dit soort overeenkomsten scherp(er) moeten worden gelet op de verhouding tussen de boete en de daadwerkelijke schade,

De enkele wanverhouding tussen de geleden schade en de contractuele boete levert op zichzelf nog niet voldoende grond op voor matiging.

nu de sanctie op een onredelijk boetebeding niet langer matiging, maar buitenwerkingstelling daarvan is.⁶ Een wat mij betreft troostende gedachte is dat het er vooralsnog niet op lijkt dat er van deze (verplichting tot) ambtshalve toetsing in het consumentenrecht, enige reflexwerking uit gaat voor de business-to-business praktijk.⁷ In dit artikel zal verder geen bijzondere aandacht worden besteed aan het consumentenrecht.

Verbeuren van de contractuele boete en matiging

De schuldenaar die de verbintenis waar een contractuele boete op staat niet nakomt, zal het bedrag van de contractuele boete aan de schuldeiser verschuldigd zijn. Ingevolge artikelen 6:92 lid 3 en 6:93 BW moet er echter wel sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming van de schuldenaar en dient deze in beginsel in gebreke te worden gesteld. In beginsel, want ook hier kunnen partijen contractueel van afwijken. Doen partijen dat niet, dan zal in gevallen van overmacht dus geen boete worden verbeurd. Een contractuele afwijking op dit punt ligt naar mijn mening niet zo voor de hand wanneer de contractuele boete hoofdzakelijk een aansporingsfunctie vervult. Bij overmacht verliest de prikkel tot nakoming haar zin; de schuldenaar kan immers niet meer nakomen. Wat resteert is dan een sanctie van punitieve aard. Overigens is het ook mogelijk om het begrip ‘tekortkoming’ uit te breiden, zodat een contractuele boete juist minder snel wordt verbeurd. Is de contractuele boete eenmaal verbeurd, dan kan de schuldenaar op grond van artikel 6:94 lid 1 BW de rechter verzoeken de verbeurde boete te matigen. De rechter kan

2 Publicatieblad nr. L 095 van 21/04/1993, p. 29-34.

3 Maar uitgezonderd zijn: arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten betreffende erfrechten, overeenkomsten met betrekking tot de gezinssituatie en overeenkomsten met betrekking tot de oprichting en de statuten van vennootschappen. Zie voor arbeidsovereenkomsten artikelen 7:650 en 651 BW.

4 HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08 (*Pannon*) r.o. 35 en HvJ EG 30 mei 2013, C-488/11 (*Asbeek Brusse*), r.o. 45.

5 HvJ EG 30 mei 2013, C-488/11 (*Asbeek Brusse*), r.o. 60. Zie ook: HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (*Heesakkers/Voets*).

6 J.H.M. Spanjaard, ‘Boetes in B2C-verhoudingen ambtshalve getoetst’, *Contracteren* 2013, 3.

7 A.G.F. Ancery, ‘Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht’, *WPNR* 2014(7026) p. 7. Zie ook Rapport ambtshalve toetsing II, herzien rapport van de LOVCK werkgroep, november 2014, p. 6.

daartoe over gaan indien de billijkheid dat klaarblijkelijk eist. Uit lid 3 volgt vervolgens dat van lid 1 afwijkende bedingen nietig zijn. Of een boetebeding waarin is opgenomen dat X een onmiddellijk opeisbare, *niet voor rechterlijke matiging vatbare* boete verbeurt, geheel nietig is, of alleen nietig is voor zover het de mogelijkheid tot matiging uitsluit, is mijns inziens een kwestie van uitleg van de overeenkomst.

De ratio achter de mogelijkheid tot matiging is onder meer gelegen in de omstandigheid dat contractspartijen niet altijd

Uit het maximeren van de contractuele boete blijkt dat partijen zelf hebben bepaald vanaf welk bedrag zij de boete niet meer redelijk vinden.

de onderhandelingspositie en/of de kennis hebben om hun belangen bij het maken van afspraken te behartigen. De Toelichting Meijers vermeldt daarover dat een schuldenaar niet snel genegen zal zijn te onderhandelen over een excessieve contractuele boete, omdat dit afbreuk zou kunnen doen aan het vertrouwen dat de schuldeiser heeft in (nakoming van de verbintenis door) de schuldenaar.⁸ Terughoudendheid met matiging is echter geboden. Uit de Toelichting Meijers blijkt dat bij de invoering wel werd betoogd dat deze bevoegdheid van de rechter de praktische betekenis van de contractuele boete zou ontnemen, maar dat dit betoog niet juist zou zijn: “*Men mag er immers op vertrouwen, dat de rechter zal beseffen dat voor de verhouding van partijen het uitdrukkelijk overeengekomen in de eerste plaats bepalend is en dat de rechter dus van zijn bevoegdheid om in te grijpen een spaarzaam gebruik behoort te maken*”.⁹ De contractsvrijheid staat er dus aan in de weg dat de rechter hier al te snel ingrijpt. Bovendien verliest de aansporingsfunctie van de contractuele boete haar zin wanneer de rechter al te makkelijk tot matiging zou (kunnen) overgaan. Verder zal het te snel matigen van contractuele boetes door de rechter rechtsonzekerheid met zich brengen, terwijl partijen met de contractuele boete juist rechtszekerheid hebben beoogd.¹⁰

Maatstaf *Intrahof/Bart Smit*

De Hoge Raad oordeelde in het standaardarrest *Intrahof/Bart Smit* dat de rechter slechts van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken indien toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt.¹¹ De Hoge Raad vervolgde, dat bij die beoordeling niet alleen moet worden gelet 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.

De rechter zal dus onder meer de verhouding tussen de werkelijk geleden schade en de hoogte van de boete in aanmerking moeten nemen. Daarbij zal alleen een wanverhouding aan een matiging kunnen bijdragen (de enkele wanverhouding levert op zichzelf nog niet voldoende grond op voor matiging). Dat de contractuele boete doorgaans hoger zal zijn dan de door schuldeiser gelede schade is aannemelijk. Beogen partijen de schade te fixeren, dan zal een schuldeiser immers niet graag het risico lopen dat de schade hoger uitvalt dan de contractuele boete. Beogen partijen de aansporingsfunctie, dan is de te verwachten schade niet relevant, omdat zal worden aangesloten bij het voordeel dat de schuldenaar heeft bij niet-nakoming. Beogen partijen beide functies, dan cumuleert dit uiteraard en komen partijen vanzelfsprekend op een hoger bedrag uit dan de schade die de schuldeiser verwacht te lijden. Kortom, een zekere ‘wanverhouding’ is nodig, wil een contractuele boete zinvol zijn.

Wat betreft de aard van de overeenkomst, kan van belang zijn of het gebruikelijk is om daarin contractuele boetes op te nemen. Bij de inhoud en de strekking van het beding kan de functie daarvan een rol spelen; aansporen of schade fixeren? De Toelichting Meijers zegt daarover dat, indien naast de contractuele boete ook schade kan worden gevorderd (dus deze voornamelijk een aansporingsfunctie vervult) de contractuele boete uiteraard eerder voor vermindering in aanmerking zal komen.¹² Schelhaas legt dat zo uit, dat in die gevallen de contractuele boete bovenop de wettelijke schadevergoeding komt en dus eerder dan bij een schade-fixerende functie een onredelijk effect heeft.¹³ Mijns inziens valt daar echter tegenin te brengen dat partijen in die gevallen bij het bepalen van de hoogte van de contractuele boete niet aansluiten bij de eventueel door de schuldeiser te lijden schade, maar bij het eventueel door de schuldenaar te behalen voordeel door niet-nakoming. De schade speelt voor partijen geen rol. Een rechter zou juist in deze gevallen de wanverhouding tussen schade en boete dan ook niet (in ieder geval niet in belangrijke mate) mee mogen nemen bij zijn oordeel om al dan niet tot matiging over te gaan. Bovendien doet te snel matigen in deze gevallen afbreuk aan de prikkel tot nakoming: de enige functie die partijen hebben beoogd.

Verder kan het in het kader van de inhoud en strekking van het beding nog van belang zijn of het beding duidelijk is opgesteld,¹⁴ of de omvang van de boete oploopt met het verstrijken van de tijd, of deze al dan niet is gemaximeerd¹⁵ en of het een zogenaamde ‘eenheidsboete’ betreft in plaats van dat alle verbintenissen waar de boete op ziet specifiek zijn beschreven. In de zogenaamde ‘Hauer/Monda jurisprudentie’ oordeelde de Hoge Raad dat het, indien een

8 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 323.

9 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 323.

10 Zie voor argumenten die voor minder terughoudendheid pleiten: D.J. Oranje, ‘Matiging van een bedongen boete’, *ORP* 2011, p. 40.

11 HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638 (*Intrahof/Bart Smit*).

12 *Parl. Gesch. Boek 6*, TM p. 322.

13 Zie uitgebreid: H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, Kluwer: 2004, p. 99.

14 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:GHARL:2013:BZ0016 r.o. 12.5.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden, 23 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7343 r.o. 2.8.

boetebeding één bedrag omvat voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen, voor de hand ligt dat in beginsel de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruikmaakt door te differentiëren naar gelang van de ernst van de tekortkoming en van de schade die daardoor is veroorzaakt.¹⁶ Er bestaat echter geen verplichting voor de rechter om te differentiëren.¹⁷

Als laatste criterium noemt de Hoge Raad in *Intrahoff/Bart Smit* de omstandigheden waaronder de contractuele boete is ingeroepen. Uit de jurisprudentie is op te maken dat daarbij zeer uiteenlopende omstandigheden een rol kunnen spelen. Zo kan het gedrag van partijen bijdragen aan het oordeel om al dan niet te matigen. Een schuldenaar die willens en wetens zijn of haar verbintenissen niet nakomt en daarmee een contractuele boete verbeurt, heeft minder kans op matiging dan een schuldenaar die weinig verwijt treft van de niet-nakoming.¹⁸ Daarbij zal weer meer gewicht worden toegekend aan een ernstige tekortkoming, dan aan een relatief onbelangrijke tekortkoming.¹⁹ Ook de wijze van totstandkoming van de contractuele boete kan een rol spelen. De omstandigheid dat partijen over (standaard) boetebedingen niet hebben onderhandeld kan bijdragen aan het oordeel om te matigen,²⁰ ware het niet dat de gebruikelijkheid van zo'n standaard boetebeding ook juist weer een contra-indicatie kan zijn voor matiging.²¹ Verder zal de hoedanigheid van partijen mee kunnen wegen bij het al dan niet toewijzen van een vordering tot matiging. De Hoge Raad oordeelde: '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'. De Hoge Raad maakt in dit arrest wel duidelijk dat de omstandigheid dat de koopovereenkomst was gesloten tussen twee particulieren onderling, niet noopt tot minder terughoudendheid bij de uitoefening van zijn bevoegdheid tot matiging.²²

De terughoudende maatstaf die de Hoge Raad in *Intrahoff/Bart Smit* formuleert, werd over de periode medio 2010 tot en met 2011 in lagere rechtspraak gevolgd, zo concluderen Klomp en Schelhaas.²³ In de jaren na 2011 is in de door mij gesignaleerde rechtspraak in ieder geval wel in bijna alle gevallen verwezen naar deze maatstaf.

16 HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2578 (*Hauer/Monda*).

17 HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2741 (*Hauer/Monda II*), zie toegepast in: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0016.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5666, r.o. 4.12, Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1468, r.o. 6.6.6 en Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5139.

19 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1468, r.o. 6.6.6 en 6.6.7. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0016 r.o. 12.8.

20 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7343 r.o. 2.6 en 2.8 en Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1468, r.o. 6.6.6 en 6.6.7.

21 Hof Leeuwarden 23 november 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO5084.

22 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4986.

23 R.J.Q. Klomp en H.N. Schelhaas, NJF 2012, 162.

Hoewel de rechtspraak zich zou moeten kenmerken door terughoudendheid, wordt deze terughoudendheid mijns inziens niet altijd in acht genomen. Zo oordeelde het Hof Amsterdam recent nog in een zaak waarin meerdere contra-indicaties voor matiging aanwezig waren, dat de contractuele boete van € 60.000 moest worden gematigd tot € 15.000.²⁴ Partijen waren een op maat gesneden en duidelijke contractuele boete overeengekomen, de boete was toegespitst op de nakoming van enkele specifieke verbintenissen en de schuldenaar was SBS, een professionele partij die in staat moet worden geacht een evenwichtig beding uit te onderhandelen. SBS was overeengekomen bepaalde beelden enkel uit te zenden indien de personen A, B en C onherkenbaar waren gemaakt, onder last van een contractuele boete van € 15.000 per overtreding. SBS had echter vijf maal de beelden enkele seconden uitgezonden, zonder B onherkenbaar te maken. SBS heeft eenmaal een boete van € 15.000 voldaan; de schuldeiser vorderde nog vier maal de verschuldigde boete. Het Hof oordeelde – kort gezegd – dat de niet-nakoming slechts gering was, dat de schade ten gevolge van de uitzendingen nihil zou zijn geweest, en ging over tot matiging. De niet-nakoming mag dan gering zijn geweest, partijen hadden wel specifiek op het niet-nakomen van deze (geringe) verbintenis een contractuele boete gesteld. Bovendien is niet te zeggen of de schade van de schuldeiser nihil was, en dus of sprake was van een wanverhouding: de schuldeiser kon haar schade niet goed aantonen omdat deze immaterieel was. Juist voor deze gevallen zou de schade-fixerende functie van de contractuele boete een oplossing moeten bieden; in plaats daarvan gebruikte het hof deze omstandigheid als een grond voor matiging.

Hoe terughoudend de rechter precies is met het gebruikmaken van zijn bevoegdheid tot matiging, is niet helemaal duidelijk, maar dat het niet uitzonderlijk is dat de rechter tot matiging overgaat, blijkt uit het feit dat van de 17 op rechtspraak.nl verschenen uitspraken²⁵ van gerechtshoven betreffende matigingsgeschillen in de periode 1 januari 2015-20 mei 2015, in zes gevallen tot matiging van de contractuele boete is overgegaan.²⁶

Als er toch wordt gematigd, dan in ieder geval niet tot een bedrag lager dan de schadevergoeding waar de schuldeiser op grond van de wet recht op zou hebben, zo bepaalt artikel 6:94 lid 1 BW. Dit geldt niet wanneer de contractuele boete naast de schadevergoeding treedt.²⁷ Dus juist als contractspartijen niet van artikel 6:92 lid 2 BW hebben willen afwijken en het zwaartepunt van de contractuele boete ligt op de schade-fixerende functie daarvan, dient de schuldeiser mogelijk toch haar schade aannemelijk

24 Hof Amsterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4259.

25 In aanmerking zijn genomen de uitspraken die bindende eindbeslissingen bevatten op een gedaan beroep op matiging ex artikel 6:94 lid 1 BW.

26 ECLI:NL:GHSHE:2015:847, ECLI:NL:GHARL:2015:333, ECLI:NL:GHSHE:2015:1468, ECLI:NL:GHSHE:2015:127,

ECLI:NL:GHSHE:2015:1693, ECLI:NL:GHAMS:2015:165 (boetebeding oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG, geheel buiten toepassing gelaten).

27 *Parl. Gesch. Boek 6*, MvA II, p. 326.

te maken, om te voorkomen dat de rechter de boete tot minder dan deze schade matigt. Het nut van het opnemen van een contractueel boetebeding wordt daarmee – zeker voor de schuldeiser – uitgehold, hetgeen weer het belang van terughoudendheid met matiging benadrukt.

Enkele aandachtspunten

Kunnen partijen voorkomen dat de rechter aan de haal gaat met de door hen overeengekomen contractuele boete? Zoals reeds beschreven kunnen partijen de mogelijkheid tot matiging ex artikel 6:94 BW in ieder geval contractueel niet uitsluiten. Hooguit kunnen partijen proberen de mogelijkheden tot matiging die de rechter heeft te beperken, door van te voren zoveel mogelijk rekening te houden met de omstandigheden die tot matiging kunnen leiden. Hierbij enkele aandachtspunten:

Loven en bieden

Nu de ratio achter matiging is dat de inhoud van een contractuele boete gewoonlijk niet door ‘loven en bieden’ tot stand komt, zal een contractuele boete waaruit blijkt en waarin is bepaald dat deze door beide partijen

Welke mate van terughoudendheid de rechter in acht dient te nemen, is een vraag die zich moeilijk laat beantwoorden.

weloverwogen tot stand is gekomen en waarbij de belangen van beide partijen in acht zijn genomen, minder ruimte laten voor matiging. Bij standaard boetebedingen zouden partijen – om te voorkomen dat de rechter aanneemt en dus meeweegt dat hierover door partijen niet is onderhandeld – kunnen vastleggen dat partijen wel over de contractuele boete hebben onderhandeld en zich daaraan welbewust committeren. Voorts zouden partijen bij het opstellen van de contractuele boete de billijkheid kunnen inkleuren, door bijvoorbeeld op te nemen dat zij de contractuele boete en de mogelijke wanverhouding tussen de boete en de contractuele schade, uitdrukkelijk erkennen en als billijk ervaren. Het is namelijk goed voorstelbaar dat een contractuele boete wordt overeengekomen die de potentiële schade van de schuldeiser vele malen overtreft omdat een lagere contractuele boete niet zinvol is. Dat kan het geval zijn indien de contractuele boete een aansporingsfunctie heeft en de schuldenaar een heel groot belang heeft bij niet-nakoming. Denk daarbij aan een uitzending waarvan de schuldeiser niet wil dat deze wordt uitgezonden, maar de schuldenaar mogelijk veel geld op kan leveren. In deze gevallen, maar ook in minder extreme gevallen, zou een dergelijke onderbouwing van de beoogde wanverhouding (in het beding zelf, in de overeenkomst, dan wel in afzonderlijke correspondentie) de rechter in vergaande mate (moeten) beperken om vanwege de wanverhouding tot matiging over te gaan.

Vormgeving boete

Voor een contractuele boete die één bedrag omvat voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende, tekortkomingen geldt in beginsel dat de kans groot is dat deze wordt gematigd. Het verdient dan ook de voorkeur om een contractuele boete zodanig te formuleren dat deze op maat is gemaakt voor de specifieke verbintenis(sen) waarvan partijen nakoming willen afdwingen.

Het maximaliseren van de hoogte van een contractuele boete (en bij het verbeuren van een boete per tijdseenheid: beperken in tijd) kan eveneens helpen voorkomen dat de boete al te snel wordt gematigd. Daaruit blijkt immers dat partijen hebben ingezien tot welk bedrag de contractuele boete kan oplopen en ook zelf hebben bepaald vanaf welk bedrag zij de boete niet meer redelijk vinden. Verder doen beide partijen er verstandig aan om ten aanzien van boetes die oplopen per tijdseenheid (bijvoorbeeld een boete voor elke dag dat niet wordt nagekomen) af te spreken dat deze pas begint te lopen nadat de schuldeiser van de niet-nakoming mededeling aan de schuldenaar heeft gedaan. Dit voorkomt dat de boete oploopt zonder dat de schuldenaar dit in de gaten heeft, dan wel voorkomt het dat de schuldenaar in een matigingsgeschil kan aanvoeren dat zij de niet-nakoming niet in de gaten heeft gehad.

Verder zal bij het opstellen van de contractuele boete moeten worden bedacht of partijen willen afwijken van artikel 6:92 lid 1, 2 en 3 BW. In de meeste gevallen, maar zeker indien de contractuele boete een aansporingsfunctie dient te vervullen of wanneer de potentiële schade van de schuldeiser niet goed is in te schatten, is het aan te raden om van artikel 6:92 lid 1 en 2 BW af te wijken. Wanneer de contractuele boete (eveneens) een schade-fixerende functie vervult, is afwijken van artikel 6:92 lid 3 BW (dat sprake moet zijn van een toerekenbare tekortkoming) voorts aan te raden.

NVM-koopakte

Dan nog twee aandachtspunten voor gebruikers van het oude model NVM-koopakte: daarin zijn twee boetebepalingen opgenomen, namelijk in artikel 10.2 (huidig artikel 11.2) een boete van X% van de koopprijs in geval de schuldenaar de overeenkomst ontbindt en in artikel 10.3 (huidig artikel 11.3) een boete van X promille van de koopprijs per dag dat de schuldenaar de overeenkomst niet nakomt. Dammingh heeft in 2013 bepleit dat cumulatie van deze twee boetes leidt tot onaanvaardbare uitkomsten en dat aanpassing op dit punt volgens hem gewenst was.²⁸ Aanpassing heeft in het in 2014 vernieuwde model NVM-koopakte ook daadwerkelijk plaatsgevonden: de contractuele boete onder huidig artikel 11.3 bedraagt nu het overeengekomen percentage van de koopprijs, *verminderd* met het bedrag van reeds op grond van huidig artikel 11.2 betaalde boetes. De rechter zal hieraan ongetwijfeld gewicht toekennen in matigingsgeschillen onder het oude model NVM-koopakte waarbij nakoming van beide

28 J.J. Dammingh, 'Het Boetebeding bij de koop van een woning', *WPNR* 2013 (6976).

boetes wordt gevorderd, zodat de kans op matiging in die gevallen reëel zal zijn. Eveneens met betrekking tot de oude NVM-koopakte, maar net zo nuttig voor de vernieuwde versie: uit een conclusie van advocaat-generaal Wissink uit 2012 blijkt dat de contractuele boete van artikel 10.2 (huidig artikel 11.2) indien gesteld op 10% van de koopsom, in een meerderheid van de gevallen niet door de rechter werd gematigd.²⁹

Conclusie

Het is niets nieuws dat de vraag of de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken uiteindelijk

afhangt van alle omstandigheden van het geval. Welke mate van terughoudendheid de rechter in acht dient te nemen, is een vraag die zich vervolgens moeilijk laat beantwoorden. Vooral nog blijkt in ieder geval dat matiging niet uitzonderlijk is, zodat met name de (adviseur van de) schuldeiser er goed aan doet om, niet alleen bij het opstellen van de contractuele boete, maar ook bij het inschatten van proceskansen indien een matigingsgeschil voorligt, met de mogelijkheid van matiging serieus rekening te houden.

Over de auteur

Mr. Elze van der Minne is advocaat bij BarentsKrans N.V.

²⁹ Concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2012:BW4986.