

3. Matiging van boetes sinds *Turan/Easystaff* (2018) – Naschrift

PROF. MR. J.M. VAN DUNNÉ

De reactie van Dammingh op mijn artikel in *ORP 2022/55* over matiging van boetes en *Easystaff* (2018) als de nieuwe standaard, vraagt om een weerwoord. Dammingh stelt dat er geen sprake is van een ‘nieuwe koers’: een trendbreuk ten opzichte van *Bart Smit* (2007) en *Van de Zuidwind/Faase* (2012), en terugkeer naar *Hauer/Monda I* (1998). Hij zoekt daarvoor steun bij *HCP/MN* (2022) en een 81 RO-uitspraak. In dit Naschrift wordt dat bestreden met een beroep op drie andere 81 RO-arresten die in lijn zijn met *Easystaff* en de soepele toetsing van boetebedingen.

Inleiding

In dit nummer verschijnt een reactie van Dammingh op mijn artikel in *ORP 2022/55* over de matiging van boetes.¹ Ik had betoogd dat de rechtspraak van de Hoge Raad aan het begin van deze eeuw gekenmerkt werd door een *soepele* toepassing van art. 6:94 BW, in die zin dat vrij makkelijk tot matiging van een verbeurde boete werd overgegaan (de arresten *Hauer/Monda I* uit 1998 en *Kok/Schoor* uit 2000). Een schuldenaarsvriendelijke lijn die de Hoge Raad gedeceideerd doorbroken heeft met zijn arrest *Intrahof/Bart Smit* uit 2007². De Hoge Raad overwoog toen dat de maatstaf van art. 6:94 BW – dat voor matiging slechts reden kan zijn ‘indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist’ – inhoudt dat de rechter pas tot matiging mag overgaan als de toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een ‘*buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat*’ leidt. Hij heeft dit herhaald in zijn arrest *Van de Zuidwind/Faase* uit 2012.

Ik stelde dat het arrest *Turan/Easystaff* uit 2018³ een breuk vormde met de eerdergenoemde arresten uit 2007 en 2012. De Hoge Raad heeft met dit arrest naar mijn mening een andere weg ingeslagen (een ‘nieuwe koers’) en is teruggekeerd naar de lijn van de arresten *Hauer/Monda I* uit 1998 en *Kok/Schoor* uit 2000, met hun *soepele* toepassing van art. 6:94 BW. Dammingh zet daar een groot vraagteken bij, sterker nog, hij betwijfelt het niet alleen, maar weer spreekt het. Er is volgens hem geen sprake van een trendbreuk ten opzichte van de arresten *Intrahof/Bart Smit* en

Van de Zuidwind/Faase. Daartoe analyseert hij de arresten uit 2007 en 2012 en zet die af tegen dat van 2018, evenals een recent arrest, *HCP/MN* (2022), een 81 RO-uitspraak.⁴ Hij grijpt daarbij steeds terug op de conclusies van de A-G’s (met name Hartlief), zoals ik ook gedaan heb, maar komt daarbij tot diametraal andere uitkomsten.

Dat vraagt om een weerwoord, waartoe de redactie mij heeft uitgenodigd. Enkele opmerkingen vooraf over de ‘aard’ en ‘inhoud en strekking’ van Dammingh’s betoog, om in de stijl van het *Bart Smit*-arrest van 2007 te blijven, dat voor hem nog steeds de standaard is, ook na *Easystaff* van 2018, mijn nieuwe standaardarrest, nieuw-voor-oud. Dammingh lijkt de *formule* van een norm voor toetsing van boetebedingen belangrijker te vinden dan het *resultaat* van de toetsing aan die norm, in verhouding tot de formulering ervan. Maar een norm is per definitie in algemene termen gesteld; dat wreekt zich wanneer hij de arresten van 2007 en 2012 analyseert en deze vergelijkt met het arrest van 2018. Ook geeft Dammingh er zich geen rekenschap van dat in die drie arresten de Hoge Raad steeds contrair gaat met zijn A-G, hij vraagt zich niet af wat dit te betekenen heeft voor de toepassing van de norm en de inhoud van die norm. De conclusies in die arresten zijn nota bene van de zwaargewichten Langemeijer, Wissink en Hartlief. Bij het arrest van 2022, dat Dammingh in zijn analyse betreft, geeft hij vooral aandacht aan het oordeel van A-G Hartlief, die na *Easystaff* bakzeil gehaald heeft en tot de soepele toepassing van de norm is overgegaan, hetgeen door de Hoge Raad met 81 RO geaccordeerd werd.

Ik zal hierna in mijn weerlegging van Dammingh’s standpunt ook putten uit andere 81 RO-uitspraken, die op dezelfde – dus soepele – lijn zitten en naar mijn mening

1 J.M. van Dunné, ‘Matiiging van boetebedingen’, *ORP 2022/55*, afl. 3, p. 10 e.v. Zie ook mijn: ‘Naschrift bij *ORP 2022/55*’, *ORP 2022/81*, afl. 4, p. 30-31.

2 Hoge Raad 27 april 2007, *NJ 2007/262*, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638 (*Intrahof/Bart Smit*).

3 Hoge Raad 16 februari 2018, *RCR 2018/43*, ECLI:NL:HR:2018:207.

4 Hoge Raad 18 maart 2022, *RvdW 2022/303*, ECLI:NL:HR:2022:393 (*HCP/MN II*).

slechts een bevestiging van de nieuwe koers van mijn standaardarrest *Easystaff* vormen. Overigens valt mij op dat Dammingh geen aandacht geschonken heeft aan de aanvulling in mijn *Naschrift* in *ORP 2022/81* over de dynamiek van het raadkameren die zijn weerslag vindt in de formulering van de overwegingen. Het tegemoetkomen aan een minderheid in de kamer door de term ‘terughoudendheid’ (enigszins) te handhaven, en vervolgens uit een geheel ander vat te tappen, waarbij de aard van de overeenkomst, de uitleg van het boetebeding en de omstandigheden de doorslag geven. Maar nu eerst een blik op de analyse die Dammingh van de genoemde jurisprudentie geeft.

De visie van Dammingh op (terughoudende) matiging van verbeurde boetes

Het uitgangspunt van Dammingh is de norm voor toetsing in *Bart Smit* (2007), waar de Hoge Raad na de wetsnorm ‘indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist’ (art. 6:94) geparafraseerd te hebben tot een toepassing van het boetebeding die in de gegeven omstandigheden tot een ‘*buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat*’ leidt, dit vervolgde met:

‘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.’

Dammingh trekt uit deze overwegingen twee ‘lessen’:

- 1) De rechter behoort daarbij (‘zeer) terughoudend te zijn’, want er is slechts ruimte voor matiging indien sprake is van een ‘buitensporig en daarom onaanvaardbaar’ resultaat.
- 2) Hierbij dient de rechter niet alleen de verhouding tussen de boete en de schade, maar ook naar alle overige omstandigheden – zoals de aard van het contract en de inhoud en de strekking van het boetebeding – te betrekken, hetgeen uit de motivering van zijn oordeel moet blijken. Daarmee worden (extra) hoge eisen aan de motivering van dit oordeel gesteld.

Dammingh ziet deze ‘lessen’ ook terug in het arrest *Van de Zuidwind/Faase* (2012).

Ik noteer allereerst dat de term ‘(zeer) terughoudend’ die Dammingh gebruikt in les 1 zijn eigen interpretatie is van hetgeen de Hoge Raad overweegt, want in het arrest *Bart Smit* komt die term niet voor, enkel de verwijzing naar een ‘buitensporig en onaanvaardbaar resultaat’ (in het arrest van 2012 wordt slechts over ‘minder terughoudend’ gesproken). In het arrest *Easystaff* uit 2018 gebruikt de Hoge Raad de term ‘terughoudend’ slechts in de vorm van de ‘*tot terughoudendheid nopen*de maatstaf’, terwijl de weging van de omstandigheden centraal gesteld wordt. Dat is toch iets anders dan ‘(zeer) terughoudend’. Ik sta hierbij stil, niet om Dammingh op woorden te vangen, maar om

aan te geven dat voor hem het thema dat de rechter *terughoudend* moet zijn, belangrijker is dan de norm ‘buitensporig en onaanvaardbaar’.

Het thema dat de rechter *terughoudend* moet zijn, is belangrijker dan de norm ‘buitensporig en onaanvaardbaar’

Dat is niet zonder reden, want hij zoekt aansluiting bij de algemene norm van art. 6:248 lid 2 BW, waarbij ‘terughoudendheid’ in de doctrine de toon aangeeft.⁵ Op dat aspect, en de vraag of dat terecht is, kom ik hierna nog terug⁶.

Het omgaan met de norm ‘buitensporig en onaanvaardbaar’ wordt in les 2 uitgewerkt: het belang van de omstandigheden, naast de verhouding tussen boete en schade, ook in het licht van de rechterlijke motiveringseis. Dit is het zwaartepunt van de toetsingsnorm, waar alle aandacht naar uit moet gaan, ook bij de vraag of *Easystaff* iets nieuws gebracht heeft.

Dammingh vindt van niet, en ziet in dat arrest slechts een *herbaling* van de twee lessen van *Bart Smit*, dus een voortzetting van die lijn. Voor dat argument steunt hij – opmerkelijk genoeg – op de conclusie van A-G Hartlief uit 2018, want die conclusie wordt door de Hoge Raad niet gevolgd in *Easystaff*. Hartlief had betoogd dat het gerechtshof Den Bosch de omstandigheden onvoldoende in hun samenhang beschouwd had, waardoor sprake was van een *onvoldoende weging*, terwijl die noodzakelijk is voor de vaststelling of de billijkheid klaarblijkelijk om matiging van de boete vraagt.

Wat hield *Easystaff* eigenlijk in? Vijf toetsingspunten voor matiging. De betekenis van HCP/MN

Maar nu *des poedels kern*: wat overwoog de Hoge Raad nu precies in *Easystaff*, en waarom werd de conclusie van Hartlief niet gevolgd (anders dan Dammingh gehoopt had, naar ik begrijp)? De Hoge Raad geeft eerst de wettelijke maatstaf voor matiging van een boete weer, en constateert vervolgens dat het in cassatie bestreden oordeel berust op ‘door het hof in hun onderlinge samenhang in aanmerking genomen omstandigheden’ (het punt dat A-G Hartlief zo van belang achtte, de *weging*). Die omstandigheden worden aldus weergegeven:

- 5 Dammingh stelt wel aan het slot van zijn artikel dat art. 6:248 tot grotere strengheid zou moeten leiden dan bij art. 6:94 het geval is, met een beroep op de wetstekst. Dat laatste is opmerkelijk: het eerste artikel spreekt van ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’, het tweede van ‘indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist’.
- 6 ‘Die ‘terughoudendheid’ heeft bij de uitleg tot het standpunt geleid dat bij commerciële overeenkomsten geen sprake moet zijn van normatieve, maar van grammaticale uitleg (aldus ook Dammingh)! Zie voor de uitlegproblematiek mijn artikel in *ORP 2021/5*, p. 6; 2021/6, p. 5 e.v., en uitvoeriger mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, hfdst. 2, par. 2, nr. 21, Zutphen: Paris, 6^e dr., 2023.

- (i) Protec heeft de overeenkomst opgesteld, zij heeft de hoogte van de boetes bepaald en daarover is niet onderhandeld;
- (ii) Protec heeft niet aangegeven op grond waarvan zij de hoogte van de wel erg hoge boetes heeft bepaald;
- (iii) de verbeurde boetes zijn buitensporig hoog in verhouding tot de werkelijk geleden schade;
- (iv) de overtredingen door Easystaff betreffen slechts enkele incidenten die in het begin van de contractperiode hebben plaatsgevonden en sindsdien hebben geen andere overtredingen plaatsgevonden; en
- (v) de bedoeling van de overeenkomst is om Protec te beschermen tegen concurrentie en de beboete handelingen hebben niet tot verlies van klanten geleid.

De Hoge Raad concludeert dan dat het hof aldus geen blijk heeft gegeven van miskenning van de genoemde, ‘tot terughoudendheid nopende maatstaf’ en dat geen nadere motivering behoefde te worden gegeven. Men ziet hier dat de kwalificatie van de norm met de omschrijving ‘terughoudendheid’ slechts bij de afronding van de beoordeling door de Hoge Raad een rol speelt, terwijl de weging van de omstandigheden, stuk voor stuk nagelopen door de cassatierechter, het zwaartepunt van de toetsingsnorm vormt.

Die constatering is van waarde, belangrijker is echter om na te gaan welke omstandigheden hier de dienst uitmaken, en hoe de weging ervan door de feitenrechter heeft plaatsgevonden, met instemming van de cassatierechter. Welke karakteristieken had deze weging, het in onderling verband zien van de omstandigheden van het geval? Voorop staan de verhouding van de hoogte van de boete tot de schade, en de verwijtbaarheid (schuld) aan de zijde van de boetedragende partij, respectievelijk de punten (ii) juncto (v), en (iv). Dan volgen de aard van de overeenkomst, dat wil zeggen de wijze van totstandkoming van de boete (onderdeel van de onderhandelingen geweest?), en de strekking van de boete (ter bescherming van de boete opleggende partij opgenomen?): respectievelijk de punten (i) juncto (ii), en (v).

Ik kleur hier nog even de feiten in, bij de diverse punten. Bij de ‘wel erg hoge boete’ (ii) ging het om een boete van € 20.000 per overtreding, vermeerderd met € 5.000 per dag dat de overtreding voortduurt. De verbeurde boete, in verhouding tot de werkelijk geleden schade, (iii) juncto (v): dat was € 1.230.000 tegen € 15.000 (schatting) en geen verlies van klanten. Het verwijt dat Easystaff treft bij de overtreding, de ‘enkele incidenten’ (iv): dat waren kleine en onopzettelijke administratieve fouten in de aanloop van de overeenkomst die voor haar niet te voorkomen waren vanwege groot aantal medewerkers dat uitgezonden werd, en er was geen sprake van actief handelen (vier medewerkers die in die beginperiode drie maanden voor derden gewerkt hadden).

Tot slot, de matiging die het hof had toegepast hield in: van € 1.230.000 tot € 21.250, hetgeen van de cassatierechter fiat kreeg. A-G Hartlief had anders geconcludeerd, zoals door Dammingh aangehaald, omdat volgens hem uit de weging van de omstandigheden door het hof (en de motive-

ring daarvan) niet kon worden nagegaan ‘of de billijkheid klaarblijkelijk matiging van de boete vergt’.

In dat kader snijdt Dammingh nog een ander argument van Hartlief aan. Indien de rechter tot matiging overgaat conform de norm van ‘buitensporig en daarom onaanvaardbaar’ resultaat waartoe de boete zou leiden, moet hij vervolgens nog bepalen *in welke mate* de matiging dient plaats te vinden. Dat zou moeten zijn – aldus Hartlief, met instemming van Dammingh – tot een bedrag dat ‘niet klaarblijkelijk onbillijk’ is, en uitdrukkelijk *niet* tot een *redelijk* bedrag. Het moet hier gaan om een bedrag dat ‘niet (meer) klaarblijkelijk onbillijk is’. Hoewel de rechter vrijheid is gelaten bij de matiging, moet ‘uit zijn beslissing wel voldoende blijken hoe hij tot het gekozen bedrag gekomen is en waarom dat bedrag in de omstandigheden van het geval niet klaarblijkelijk onbillijk is’, aldus Hartlief. Ook op dat punt, de mate van matiging, schoot volgens hem het gerechtshof Den Bosch tekort in zijn motivering. Wederom kon Hartlief de Hoge Raad niet overtuigen.⁷

Dammingh hecht veel belang aan dit aspect van de *mate* van matiging en schreef daar eerder over.⁸

Ik kom daar nog op terug, en wil eerst op zijn aanvullend beroep op een arrest van 18 maart 2022 ingaan, *HCP/MN*, waarbij Hartlief wederom als A-G optrad, dit keer met meer succes wat de uitkomst betreft: de Hoge Raad volgt zijn conclusie in een art. 81 RO-beslissing.⁹ Het is mij niet duidelijk waarom Dammingh dit arrest aanhaalt ter ondersteuning van zijn visie dat *Easystaff* geen nieuwe standaard zou zijn (in afwijking van de oude, die van *Bart Smit*). Hartlief herhaalt in deze zaak weliswaar zijn standpunt over matiging tot hetgeen ‘niet klaarblijkelijk onbillijk’ is, maar doet nu heel relaxed over de daarbij behorende motiveringsplicht van de feitenrechter. Het bepalen van dat bedrag is immers iets dat ‘niet op exacte wetenschap berust’ en kan dus alleen op begrijpelijkheid (niet op juistheid) getoetst worden in cassatie. Bovendien hoeft die motivering niet separaat tot uitdrukking gebracht te worden, aldus Hartlief, het ‘mag besloten liggen in de beslissing om te matigen’. Hoe interessant ook dat A-G Hartlief op zijn schreden is teruggekeerd – ik kon hem vorige keer niet volgen, maar kan daar nu aan voorbijgaan – interessanter is toch waarom de Hoge Raad met die mate van matiging

7 De redenering van Hartlief is moeilijk te volgen wanneer men het wettelijk systeem van vaststelling van schade erbij betreft: art. 6:97 BW biedt de rechter grote vrijheid, schatting is toegestaan, en volgens de jurisprudentie mag hij daarbij ook van intuïtie gebruikmaken. Zie mijn *Contractenrecht*, hfdst. 6, par. 2, nr. 3 e.v.

8 *WPNR* 2013/6976, p. 396. Voor matiging pleiten de omstandigheden: partij in kwestie is consument, er zijn geen onderhandelingen over de boete geweest, er is geen schade voor de wederpartij, grote financiële gevolgen voor de partij die boete verschuldigd is, geen verwijtbaarheid bij schending van de verplichting waarop de boete gesteld was, verwijtbaarheid bij de partij die de boete opgelegd heeft, en in geval er sprake is van een eenheidsboete.

9 HR 18 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:393, *RvdW* 2022/303, (*HCP/MN Services II*).

van het hof akkoord is gegaan (afgezien van de motivering ervan). Waar ging het in die zaak over?

Dammingh hecht veel belang aan dit aspect van de *mate* van matiging en schreef daar eerder over

Wanneer wij de feiten en omstandigheden in het arrest *HCP/MN*, zoals door Dammingh weergegeven, toetsen aan de hand van de vijf punten uit *Easystaff*, zien wij het volgende. *Casus belli* was de schending van een meldingsplicht ten aanzien van het door MN inzetten van het door Aquila ontwikkelde informatiesysteem (onderwerp van contract met MN) ten behoeve van een andere organisatie. Op die schending was door Aquila een erg hoge boete per overtrekking gesteld van € 25.000 per week dat MN in gebreke was gebleven, dus € 1,3 miljoen per jaar, met een maximum van vijf keer de productwaarde (punt (ii)). De verbeurde boete was extreem hoog: € 20 miljoen, de geleden schade was nihil (niet gesteld of gebleken); Aquila heeft haar recht op licentievergoedingen geldend kunnen maken (punt (iii)); MN had slechts twee keer de meldingsplicht geschonden, jaren geleden (punt (iv)). Het hof had ook de strekking van het boetebeding en de omstandigheden onderzocht: het beding was erop gericht om te voorkomen dat Aquila licentievergoedingen zou mislopen, maar bij MN was geen sprake geweest van opzet om die vergoedingen aan Aquila te onthouden (punten (iv) juncto (v)). Het hof heeft uiteindelijk de verbeurde boete van € 20 miljoen gematigd tot 10 × 25.000 (de boete per week van overtreding) voor twee overtredingen, dus tot: € 500.000.

Wij zien hier, dat de Hoge Raad deze aanzienlijke matiging heeft goedgekeurd, ondanks het motto van de ‘(zeer) grote terughoudendheid’ die geboden zou zijn als eerste vereiste (les 1 van Dammingh), en bovendien ondanks dat het hier twee professionele partijen betrof en het aspect bescherming van een consument ontbrak. Overigens had Aquila haar vordering gecedeerd aan HCP, die daarmee crediteur van de van MN te vorderen boete was geworden (en eiser in cassatie).

Kortom, de ‘*mate* van matiging’ lijkt op dezelfde leest geschoeid te zijn als bij *Easystaff* het geval was

Vergelijking van dit arrest met *Easystaff* leert het volgende. De omvang van de matiging doet weinig onder voor het arrest van 2018, toen de verbeurde boete van € 1,23 miljoen teruggebracht werd tot € 21.250; ook was er geen schade bij de boeteopleggende partij, terwijl de verwijtbaarheid van de schending van de andere partij eveneens gering was. Kortom, de ‘*mate* van matiging’ lijkt op dezelfde leest geschoeid te zijn als bij *Easystaff* het geval was.

Ten opzichte van het arrest van 2018 heeft *HCP/MN* derhalve geen meerwaarde.

Andere recente art. 81 RO-arresten vergeleken met *Easystaff*

Ik zou de vergelijkende methode nog wat willen uitbreiden door ook naar enkele andere recente uitspraken te kijken, eveneens in de 81 RO-sfeer.¹⁰ Dat kan in het bestek van dit naschrift slechts in grote lijnen gebeuren, met aandacht voor de omvang van de matiging, verhouding boete – schade en de verwijtbaarheid van de schending van de contractuele verplichtingen. Een drietal arresten dient zich hier aan.

In het arrest van 14 februari 2020 ging het over de verkoop van een perceel grond tussen twee bouwbedrijven.¹¹ Een boete van 0,003% van de koopsom per dag had betrekking op schending van de verplichting om het gekochte perceel te leveren in bouwrijpe staat, vrij van kabels en leidingen, en die boete was opgelopen tot € 3,5 miljoen. Dat bedrag werd door het hof gematigd tot € 20.000. Het hof had bij de toetsing de norm van buitensporig en onaanvaardbaar resultaat gebruikt, een resultaat dat ‘in geen enkele verhouding staat tot de prestaties, de gestelde tekortkoming daarbij en de mogelijk daardoor geleden schade’. Van de ‘in onderlinge samenhang genomen omstandigheden’ noem ik: het ging om circa 85 m kabels en leidingen, 20 cm breed, waarvan Rijnhoek Vastgoed 65 m verlegd had voor een hek, zonder problemen, toen Ontwikkelingsmaatschappij nog niet in verzuim was. De kabels/leidingen lagen op een plek waar niet gebouwd mocht worden, bij de bebouwing van het perceel heeft Rijnhoek geen hinder ervan ondervonden, zij heeft geen schade geleden. De A-G stelt vast dat het hof geen blijk gegeven heeft van miskenning dat de boete als prikkel tot nakoming dient.

In het arrest van 29 mei 2020 werd in een bouwgeschil een boete van € 500.000 door het hof gematigd tot nihil.¹² Het betrof een ‘eenheidsboete’, eenzijdig opgesteld zonder onderwerp van onderhandeling geweest te zijn met Bouwbedrijf, gesteld op de schending van verschillende verplichtingen, onder andere om een advies in te winnen over een fiscale faciliteit ten behoeve van (een persoon van) de wederpartij. Daar stond een termijn van acht dagen voor na ingebrekestelling. Het had enkele maanden geduurd voordat de belastingadviseur van Bouwbedrijf over deze complexe vraag geadviseerd had, in negatieve zin. Daarop had Bouwbedrijf volgens het contract de wederpartij voor een bedrag van € 200.000 schadeloosgesteld. De boete werd gevorderd met het argument dat ‘het altijd belangrijk is om afspraken na te komen’. Het hof heeft deze omstandighe-

10 Met dank aan mr. Cyril Christiaans, die mij op deze arresten gewezen heeft in een correspondentie die ik met hem voerde over dit onderwerp.

11 HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:263 (*Rijnhoek Vastgoed/Ontwikkelingsmaatschappij*), art. 81 RO; A-G Wesseling-van Gent. Zie conclusie, nr. 3.10 e.v., voor de feiten en omstandigheden.

12 HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:957 (*Klooster Breda*), art. 81 RO; A-G Drijber. Zie conclusie, nr. 3.10 e.v., voor de feiten en omstandigheden.

den onderzocht en kwam tot de conclusie dat de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de boete, indien al verschuldigd, tot nihil wordt gematigd (met verwijzing naar de arresten van 2007 en 2018).

Het arrest van 24 december 2021 had betrekking op de verkoop van een woning voor € 860.000 – een complex contract over een beneden- en bovenwoning (met beoogde splitsing) – aan drie makelaars, met uitgestelde levering na verkoop van de bovenwoning.¹³ Voor de bovenwoning werd een koper gevonden voor € 750.000; de eigenaar (in de bovenwoning wonend) zag toen echter af van de verkoop, waarop een fors boetebeding in werking trad. Het hof overweegt dat een boetebeding bij een dergelijk contract gebruikelijk is, als prikkel tot nakoming, zodat niet licht tot matiging kan worden overgegaan. Van enige schade van de – als kopers optredende – makelaars is echter gesteld noch gebleken. Dat punt wordt in combinatie met de overige omstandigheden beoordeeld: door het oplopen van de boete was een wanverhouding ontstaan met de koopprijs van de benedenwoning (nog te leveren), die intussen aanzienlijk in waarde gestegen was, in het voordeel van de makelaars, zodat matiging van de boete gerechtvaardigd is. De verkoop van de bovenwoning zou plaatsgevonden hebben tegen de prijs van € 715.000, de gebruikelijke 10% boete zou dan € 71.500 geweest zijn. Het gevorderde boetebedrag zou echter buitensporig hoog zijn in verhouding tot de koopsom van de benedenwoning die nog geleverd moest worden, voor € 145.000. Het hof bepaalt de boete op het door de rechtbank vastgesteld bedrag van 3 promille over € 145.000 (prijs benedenwoning) per dag, dus 9% per maand, over bijna vijf maanden, derhalve: circa € 2.070.

Conclusies en afrondende kanttekeningen

Wat leren ons deze drie recente arresten, in vergelijking tot het eerder besproken arrest *HCP/MN* dat Dammingh tot voorbeeld strekte, afgezet tegen *Easystaff*?

Mijn conclusie ten aanzien van *HCP/MN*, dat dit volstrekt spoort met *Easystaff* wat de methode van matiging van de boete betreft, gaat evenzeer op in het geval van deze drie arresten. Het gaat steeds om zeer aanzienlijke matiging (soms tot nihil) van buitensporig hoge, en qua resultaat onaanvaardbare verbeurde boetes.

Het gaat steeds om zeer aanzienlijke matiging (soms tot nihil) van buitensporig hoge, en qua resultaat onaanvaardbare verbeurde boetes

De partij die de boete vordert heeft vrijwel geen, tot in het geheel geen schade geleden door de schending van verplichtingen waarop de boete gesteld was, en ten slotte is de

verwijtbaarheid van de nalatige partij gering tot verwaarloosbaar. Wanneer wij dit nog wat verder inkleuren met de omstandigheden, zien wij dat het in twee arresten om professionele partijen gaat, er niet over de extreem hoge boete onderhandeld werd en dat het element van de ‘prikkel tot nakoming’ geheel academisch is in de context. In het eerste arrest had de crediteur van de boete deze bewust laten oplopen tot een exorbitant bedrag, alvorens in actie te komen, zoals ook het geval was in *HCP/MN*, en eerder in *Easystaff*.

Het zijn gevallen van professionele *greed*, het realiseren van een ‘jackpot’ die zich aangediend heeft of zelfs opzettelijk gecreëerd werd. Dat gebeurt (soms ook gecedeerd als een vermogensbestanddeel) onder de vlag van: ‘Contract is contract’ (‘Zaken zijn zaken’, zei Bul Super al). Wat netter geformuleerd: in ons recht geldt toch *pacta sunt servanda*, de rechtszekerheid moet toch gediend worden en niet alleen de billijkheid?

Het lijkt mij meer dan terecht dat die vlieger niet opgaat in ons recht. Het geeft ook te denken, dat hierbij drie verschillende A-G’s de richting gewezen hebben, die door de Hoge Raad geaccordeerd werd met art. 81 RO. Wij zagen eerder al dat A-G Hartlief – een *hard-liner* op dit gebied – in *HCP/MN* het been bijgetrokken heeft. Als dat alles niet aangeeft dat mijn stelling dat de strenge leer van *Bart Smit* heeft moeten plaatsmaken voor *Easystaff* juist is, weet ik het niet meer.

Nog enkele observaties op dit gebied. Ik vind het niet opmerkelijk dat in de lagere rechtspraak, zoals ook door Dammingh besproken, de rechter veelal weinig moeite heeft om tot soms aanzienlijke matiging van boetes te komen. Dammingh spreekt daarbij echter van een ‘*discrepancie* tussen enerzijds de *strenge* leer van de Hoge Raad en anderzijds de lagere rechtspraak’. Ik deel die conclusie niet. Het zal duidelijk zijn dat in mijn optiek deze opvatting van Dammingh alleen gelding heeft wanneer men die strenge leer van de Hoge Raad op *Bart Smit* baseert, uit 2007, en geen oog heeft voor de ommekeer die in 2018 plaats vond met *Easystaff*, een terugkeer naar de soepele leer van de jurisprudentie van 1998 en 2000.¹⁴ Dat dit een *landslide case* was, blijkt wel uit de hier gevoerde discussie.

De overeenkomsten met die andere discussie, niet over de uitleg van boetebedingen, maar die van de gehele overeenkomst, is opmerkelijk. Het gaat bij de toepassing van boetebedingen zoals wij zagen in de huidige rechtspraak – van hoog tot laag – om het vaststellen van de betekenis van die bedingen door middel van *normatieve uitleg*, niet de strikte letter geldt, maar de strekking ervan, de redelijke zin ervan in de gegeven omstandigheden. Daarbij zien wij ook

¹³ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1952 (*Kopende makelaars*); art. 81 RO; A-G Valk. Zie conclusie, nr. 4.2 e.v., voor de feiten en omstandigheden.

¹⁴ Dammingh wijst er nog op (in nt. 28) dat de (soepele) arresten van 1998 en 2000 ‘stevige kritiek’ ondervonden hebben van o.a. Schelhaas (vgl. ook: *ORP* 2021/112, afl. 6, p. 18). Het is geen toeval dat die auteurs niet bepaald bekendstaan als voorstanders van normatieve uitleg, zie mijn eerdergenoemde publicaties in nt. 6.

uitleg en aanvulling van de tekst dooreenlopen, in geheel normatieve trant. Op het terrein van het algemene leerstuk van uitleg van overeenkomsten heeft het enkele decennia geduurd voordat de nieuwe leer van normatieve uitleg – in gang gezet met *Rederij Koppe* in 1949 – algemeen aanvaard werd, met wat achterhoedegevechten over een uitzondering voor contracten van professionele partijen en de scheiding tussen uitleg en aanvulling. Het is te hopen dat op dit deel-

gebied van uitleg van boetebedingen de ontwikkelingen sneller zullen gaan.

Dit artikel is afgesloten op 16 december 2022.

Over de auteur

Prof. mr. J.M. (Jan) van Dunné

Emeritus-hoogleraar Privaatrecht, EUR, Rotterdam.