

81. Naschrift bij ORP 2022/55: Matiging van boetebedingen

PROF. MR. J.M. VAN DUNNÉ

In mijn artikel 'Matiging van boetebedingen' in het vorige nummer, *ORP 2022/55* (afl. 3), p. 10 e.v.), besprak ik enkele arresten van de Hoge Raad waarbij op opvallende wijze door het college afgeweken werd van de conclusie A-G zonder daarvoor in de rechtsoverwegingen een motivering te geven. Van een in discussie treden met de A-G of zelfs de door hem aangevoerde argumenten weerleggen, was geen sprake.

Het ging om de arresten *Hauer/Monda II* (2001), *Bart Smit* (2007), *Van de Zuidwind/Faasse* (2012) en *Turan/Easystaff* (2018), waarin als A-G optraden, respectievelijk: Spier, Langemeijer, Wissink en Hartlief. Een exemplarisch geval is het arrest *Bart Smit* dat de nieuwe standaard werd voor de rechterlijke matiging van boetes, een algemene, strenge norm, waarbij de Raad afweek van de eerdere, soepele norm van *Hauer/Monda I* (1998) en *Kok/Schoor* (2000). Daarmee was het contrair gaan van de Hoge Raad ten opzichte van de conclusie A-G in 2007 een majeure kwestie die een goede onderbouwing verdiend zou hebben. Daar kwam nog bij, dat de Raad niet getoetst had of het hof de feiten en omstandigheden op onjuiste wijze gewaardeerd had, terwijl de A-G dat wél gedaan had en tot een positief oordeel gekomen was. In het arrest van 2012 was de kloof tussen beslissing en conclusie A-G nog groter: de laatste had de maatschappelijke context uitvoerig besproken: de extreme consequenties van (standaard-)boetes in overeenkomsten met particulieren, een aspect waarop de cassatierechter niet ingegaan was, de strenge norm onverkort handhavend.

Ik had in mijn kritiek op die vorm van cassatierechtspraak laten merken dat ik deze niet bevorderlijk acht voor de rechtsontwikkeling, waarvan de Hoge Raad de hoeder is. Die kritiek heb ik uitgewerkt in een artikel dat kort na verschijning van *ORP 2022/55* gepubliceerd werd en dat ik graag zou willen vermelden. Het gaat om mijn bijdrage aan het *Liber Amicorum* van mijn promotus P.J. van Koppen, *Bakens in de Rechtspsychologie*: 'De betekenis van de motiveringsplicht voor rechtsvorming en rechtsontwikkeling door de Hoge Raad, gezien in relatie tot de conclusie van de advocaat-generaal als weergave van de standpunten

van partijen'.¹ Ik heb daarin betoogd dat het op essentiële onderdelen negeren van een conclusie A-G (en in de praktijk: de verwoording van standpunten *van partijen*) door de Hoge Raad in strijd is met art. 6 EVRM, *fair trial*, zoals door het EHRM in de arresten *Helle/Finland* (1997) en *Hilvisaari/Finland* (2001) toegepast. Kort gezegd, de *brevity of the reasoning* mag niet *leave the applicant with a certain sensation of confusion* omdat niet op de *essential issues* werd ingegaan. Ook kwam een beschrijving van de gang van zaken in de raadkamer van de Hoge Raad aan de orde, zoals beschreven door Bakels (vice-president) in *Ars Aquii* van 2015 en de kritiek op de motivering van de cassatierechter in de literatuur, door Bakels ten dele overgenomen. Opmerkelijk is dat ook Bakels vindt dat wanneer van een inhoudelijk verschil van mening sprake is met de A-G, de duidelijkheid ermee gediend is dat de Hoge Raad, hoewel hij traditioneel met het parket niet in debat gaat, 'het desbetreffende punt in zijn motivering betreft'.

Tot slot, wij zagen dat in de genoemde boetebeding-arresten de Hoge Raad soms volstaat met overwegingen in de vorm van een algemene beschouwing of een herhaling van een eerdere uitspraak over de geldende norm. Interessant is dat Bakels opmerkt dat aangezien wij geen vermelding van uiteenlopende opvattingen hebben in een arrest (het 'geheim van de raadkamer') 'een minderheid tegemoet gekomen [wordt] doordat de uitspraak dan smal en ondiep wordt opgeschreven', meestal 'fletse, op het geval toegesneden, arresten die minimaal zijn gemotiveerd'. De term 'ondiepe uitspraak' komt uit de Amerikaanse doctrine, zoals bij ons door Loth in 2007 geïntroduceerd en ook door De Groot (raadsheer HR) beschreven in 2014.

¹ Den Haag: *Boom Criminologie* 2022, p. 263-283, verschenen op 17 maart 2022, t.g.v. Van Koppens Afscheidscollège als hoogleraar Rechtspsychologie VU Amsterdam, vier keer uitgesteld vanwege corona. Het artikel is op mijn website te vinden: www.janvandunne.nl, waar ook de vindplaatsen voor het hier volgende te vinden zijn.

Hoe interessant ook om te weten – de Amerikanen noemen dit ooit *the court as a small group*: de psychologische gang van zaken zoals dat vaak in elke groep gebeurt – met die manier van rechterlijk oordelen voldoet de Hoge Raad niet aan de geldende motiveringsverplichting uit art. 6 EVRM, betoogde ik in mijn bijdrage aan de bundel. De noodzaak van invoering van de *dissenting opinion* doet zich weer voelen, door Ingelse in 2017 nog eens bepleit. Nu moet men de van het *Easystaff*-arrest afwijkende opvatting

van zittende raadsheer Sieburgh (en haar bijval aan conclusie A-G Hartlief) in haar Asserbewerking vinden.

11 april 2022

Over de auteur

Prof. mr. J.M. (Jan) van Dunné

Emeritus-hoogleraar Privaatrecht, EUR, Rotterdam.