

Artikel ORP 2024/4 (nr. 100), p. 10-14, en 2024/5 (nr. 128), p. 4-10
[N.B.: de onderstaande tekst werd op enkele punten ingekort gepubliceerd]

Een gebruikelijk boetebeding van 10% van de koopsom bij wanprestatie zoals in de NVM-Koopakte heeft geen bestaansrecht meer na de nieuwe koers *Turan/Easystaff* (2018)

J.M. van Dunné

Het arrest Easystaff (2018) met de nieuwe maatstaf voor matiging van contractuele boetes (de vijf omstandigheden) is ook van betekenis voor toetsing van gebruikelijke bedingen, zoals het 10% boetebeding van de NVM Koopakte. Aangetoond wordt dat de aan rechtszekerheid verbonden factoren 'gebruikelijkheid' van het beding en de 'prikkel tot nakoming' zonder betekenis voor matiging zijn, op grond van de parlementaire geschiedenis van art. 6:94 BW. Ook de doorwerking van HvJ EU jurisprudentie (o.a. Dexia, 2021) op dit onderwerp is van groot belang. Bepleit wordt om een beslissing van de Hoge Raad uit te lokken om richting te geven aan een verdeelde lagere rechtspraak, via prejudiciële vragen of cassatie in het belang der wet, en daarnaast het schrappen van art. 11.2 in de NVM Koopakte.

1. Inleiding

De problematiek van matiging van boetebedingen heeft in dit blad de laatste tijd de nodige aandacht gekregen, waarbij de jurisprudentie van de Hoge Raad centraal stond. In ORP van 2022 en 2023 heb ik betoogd dat het arrest *Turan/Easystaff* uit 2018¹ een breuk vormde met de bekende arresten *Intrahof/Bart Smit* (2007) en *Van de Zuidwind/Faase* (2012) waarin bepaald werd 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.²

De Hoge Raad heeft met het arrest van 2018 naar mijn mening een andere weg ingeslagen 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, de schuldenaarsvriendelijke lijn. Niet iedereen kan mijn standpunt geheel onderschrijven, Jaap Dammingh gaf er vorig jaar blijk van, maar dat er iets wezenlijks gaande is in de rechtspraak, ook in die van de feitenrechter, valt dacht ik niet te ontkennen.³ De soepele benadering van matiging van boetes wordt door Hoge Raad tegenwoordig met een 81 RO-uitspraak gedekt. De laatste tijd zie wij gerechtshoven boetes van € 20 miljoen reduceren tot € 0,5 miljoen, of van € 3,5 miljoen tot € 20.000 en van 0,5 miljoen tot nihil, in stand gebleven in 81 RO-kader.⁴

¹ Hoge Raad 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207.

² J.M. van Dunné, 'Matiging van boetebedingen', ORP 2022/55, p.10 e.v. Zie ook mijn: 'Naschrift bij ORP 2022/55', ORP 2022/81, p.30-31.

³ J.J. Dammingh heeft mijn opvatting bestreden in ORP 2023/2, 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 tegenover dat van 2018 en HR 18 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:393 (*CP/MN*), 81 RO. Zie mijn weerlegging daarvan in: *Naschrift*, ORP 2023/3.

⁴ Zie, resp.: HR 18 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:393 (*HCP/MN Services II*), art. 81 RO; A-G Hartlief; HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:957 (*Rijnhoek Vastgoed/Ontwikkelingsmaatschappij*), art. 81 RO; A-G Wesseling-van Gent, HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:957, (*Klooster Breda*), art. 81 RO, A-G Drijber. Besproken in mijn artikel in ORP

Trouwens, bij het arrest van 2018 dat hierbij de weg wees, had de Hoge Raad een boete van € 1,23 miljoen teruggebracht tot € 21.250. Goed voorbeeld deed goed volgen, er lijken nu nieuwe maatstaven voor matiging van toepassing te zijn.

Een bijzonder aspect is hierbij dat de Hoge Raad in 2012, in het arrest *Van de Zuidwind/Faase*, had geweigerd om een ‘nuancering’ op de harde regel van *Bart Smit* (2007) aan te brengen met betrekking tot een overeenkomst van twee particulieren, overigens contrair aan de conclusie van A-G Wissink. Dat ging toen over de gebruikelijke 10%-boete uit de NVM Koopakte. Zou dat nu verleden tijd kunnen zijn?

Die vraag wil ik in dit artikel aan de orde stellen.⁵ Onderzocht zal worden of art. 11.2 niet op zich reeds nietig is naar geldend recht, dan wel vraagt om een zeer beperkte toepassing met in achtneming van de in casu geldende omstandigheden.⁶ Voor dat laatste kunnen voorbeelden gevonden worden in de lagere rechtspraak, want waar liggen de knelpunten bij toepassing van dat standaardbeding?⁷ Ik zie meestal twee kenmerken daarvan: allereerst de situatie dat de verkoper, gerechtigd tot inroepen van het beding, geen noemenswaardige schade ondervonden heeft van de wanprestatie van zijn koper die het heeft laten afweten. Daarnaast, het geval dat de koper geconfronteerd wordt met domme pech, waardoor zijn koop schipbreuk moest leiden: financieel onvermogen door omstandigheden als echtscheiding of partnerverlies in het algemeen, een financiering die niet rond kwam omdat de bank het liet afweten, bijvoorbeeld omdat het bedrijf van de koper in zwaar weer gekomen is (mogelijk buiten diens toedoen, ziekte, economische crisis, etc.).⁸ Voor de beantwoording van de gestelde vragen zal aansluiting gezocht worden bij de recente jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij onderzocht moet worden in hoeverre de normen die op dit terrein bestaan voor professionele partijen (B2B) van toepassing zouden kunnen zijn op consumenten (C2C), evenals op een overeenkomst tussen een bedrijf en een consument (B2C). De gangbare afkortingen zijn hier meteen toegevoegd; bij de laatste kan ook nog rekening gehouden worden met een groot bedrijf tegenover een midden- en kleinbedrijf, als: B2SME.⁹

De opzet van dit artikel is als volgt. In een korte analyse van de recente rechtspraak van de Hoge Raad op dit gebied – gebaseerd op mijn eerdere publicaties in dit blad –

2023/3, p.17 e.v. Het arrest: HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1952 (*Kopende makelaars*), art. 81 RO; A-G Valk. Boete van € 71.500 gematigd tot € 2.070, komt hieronder nog ter sprake, in par. 3.

⁵ Mijn dank gaat uit naar enkele specialisten op dit gebied die dit artikel in concept gelezen hebben en mij waardevolle suggesties gedaan hebben: Jan Spanjaard, Marco Loos, Pieter Wolters, Charlotte Pavillon en Hans Heyman.

⁶ Het Symposium van de Studiekring Normatieve uitleg van 31 juni 2023 in Rotterdam was gewijd aan ‘Matiging van boetebedingen’, met als sprekers: Jaap Dammingh, Cyril Christiaans (Nauta Dutilh), Pieter Wolters (Radboud Universiteit) en schrijver dezes. De hier gestelde onderzoeksvraag werd door enkele sprekers positief beantwoord, zie: de website: www.studiekringnormatieveuitleg.nl.

⁷ De lagere rechtspraak biedt overigens een chaotische beeld: rechtbanken die zowel art. 11.2 onverkort handhaven als door forse matiging in zijn werking beperken. Zie de bijdragen van sprekers op het genoemde Symposium.

⁸ Ik besef dat art. 11.2 bij toepassing ook een spiegelbeeld kent: de verkoper die afhaakt en daarmee een hoge boete verschuldigd zou zijn. Mijn indruk uit de rechtspraak is, dat het hier om een minderheid van de gevallen gaat. Het door mij betoogde zou *mutatis mutandis* ook voor die situatie gelden. Het in par. 2 besproken arrest HR 24 december 2021 is een voorbeeld daarvan.

⁹ Het acroniem B2SME kan wellicht een probleem vormen, het staat voor: Business to Small and Medium Enterprises.

wordt aangegeven welke normen naar geldend recht het matigingsvraagstuk beheersen, toegesneden op de situatie van de koper-consument in moeilijkheden, zoals die in de (lagere) rechtspraak aan het licht komt. Het empirisch onderzoek op dit gebied kan hierbij steun bieden.¹⁰ Van gewicht is hierbij ook de figuur van de gewoonte als rechtsbron, het is immers een ‘gebruikelijk beding’, evenals de uitleg van het beding, waarbij de voorloper van *Haviltex* (1981), het arrest *Rederij Koppe* (1949), op beide punten tot lering strekt.

Tenslotte zal de vraag gesteld worden hoe er enige verandering in het geldend recht in het voordeel van consumenten bij koop van onroerend goed tot stand gebracht zou kunnen worden. Tot de mogelijkheden kan ook de wijziging van art. 11.2 NVM Koopakte gerekend worden, zelfs het schrappen ervan. Hierbij past nog de kanttekening dat een dergelijk 10% boetebeding ook in andere standaardovereenkomsten met betrekking tot vastgoedtransacties voorkomt, zoals die voor appartementen, eensgezinswoningen (GIW-model 2014), en dergelijke.¹¹ Hetgeen hier door mij betoogd wordt is ook van toepassing in die situaties.

2. De normen voor matiging van boetebedingen naar geldend recht, de jurisprudentie sinds 2018

Voor de vraag wat matiging van boetebedingen naar geldend recht inhoudt, kan het arrest van 2018, *Easystaff*, als standaard beschouwd worden. De nieuwe invulling van de norm van art. 6:94 BW, eerder slechts gekenmerkt door temen als ‘terughoudendheid’ van de rechter en ‘klaarblijkelijke onbillijkheid’ waarvan sprake moest zijn, werd nu geconcretiseerd door *de omstandigheden* die bij deze toetsing van belang zijn te benoemen. Dat gebeurde als volgt, zoals ik eerder in mijn artikel *ORP* 2023/3 heb beschreven:

1. Protec heeft de overeenkomst opgesteld, zij heeft de hoogte van de boetes bepaald en daarover is niet onderhandeld,
2. Protec heeft niet aangegeven op grond waarvan zij de hoogte van de wel erg hoge boetes heeft bepaald,
3. de verbeurde boetes zijn buitensporig hoog in verhouding tot de werkelijk geleden schade,
4. 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
5. 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 kwam aan de hand hiervan tot het oordeel dat het hof geen blijk heeft gegeven van miskennis van de genoemde, ‘tot terughoudendheid nopende maatstaf’ en dat geen nadere motivering behoefde te worden gegeven. Voor het overige kon het oordeel van het hof als feitelijk van aard, in cassatie niet getoetst worden. Ik concludeerde indertijd hieruit dat de norm met de omschrijving ‘terughoudendheid’ slechts bij de afronding van de beoordeling van de Hoge Raad een rol speelt, terwijl

¹⁰ Dat zal op enigszins impressionistische wijze gebeuren, dat onderzoek dateert namelijk van 2017, dus vóór *Turan/Easystaff* (2018) en het effect daarvan.

¹¹ Zie P.T.J. Wolters, ‘De matiging van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken’, *WPNR* 2017/7136, p.124. Voor andere voorbeelden van boetebedingen, zie: Wolters: ‘De vernietiging en matiging van boetebedingen in huurovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken in de feitenrechtspraak’, *WR* 2017/136.

de weging van de omstandigheden, stuk voor stuk nagelopen door de cassatierechter, het zwaartepunt van de toetsingsnorm vormt. Dit is van groot belang wanneer wij de NMV 10%-boete aan de orde gaan stellen, maar eerst zou ik de bovenstaande omstandigheden-modelnorm die in een B2B context speelde willen transponeren naar de situatie van B2C en C2C overeenkomsten.

Wanneer er sprake is van een koper-consument zou de *Easystaff*-norm als volgt luiden:

De norm voor matiging van een NVM-boetebeding bij consumentenkoop onroerend goed

- (i) de verkoper heeft de overeenkomst opgesteld door van de NVM Koopakte gebruik te maken, waarin de hoogte van de boete is bepaald en daarover is niet onderhandeld,
- (ii) de verkoper heeft niet aangegeven op grond waarvan hij de hoogte van de mogelijk wel erg hoge boete heeft bepaald, maar een gebruikelijk beding toegepast,
- (iii) de verbeurde boete is buitensporig hoog in verhouding tot de werkelijk geleden schade,
- (iv) de overtreding van de Koper bestaat slechts in het niet nakomen van de koopovereenkomst,
- (v) de bedoeling van de overeenkomst is om Verkoper te beschermen tegen wanprestatie van de Koper en de beboete handeling heeft niet tot verlies van de mogelijkheid tot verkoop aan derden geleid.¹²

Wanneer wij de karakteristieken van deze weging van omstandigheden in onderling verband bezien, kunnen wij vaststellen dat de verhouding van de hoogte van de boete tot de schade voorop staat (*iii*) met inachtneming van de aard van de overeenkomst, dat wil zeggen de wijze van totstandkoming van de boete: deze is geen onderdeel van de onderhandelingen geweest (*i* en *ii*). Het element van de strekking van de boete (ter bescherming van de boete opleggende partij opgenomen), onderdeel (*v*), draagt hier veel minder lading dan in B2B gevallen als *Easystaff*. In die situatie is sprake van een complex van uiteenlopende handelingen en nalatigheden van de aan boete onderworpen partij, tijdsverloop dat meespeelt (ook in de zin van rechtsverwerking) en gevarieerdheid van de schade die de opsteller van het boetebeding heeft ondervonden van de wanprestatie van zijn wederpartij (in verband met concurrentie, management van de transactie, e.d.). Tenslotte is daar nog het onderdeel van de ernst van de wanprestatie van de partij die de boete opgelegd krijgt: de schuldvraag, klassiek geformuleerd (*iv*).

Bij een NVM-koop met 10%-boete is het niet alleen zo dat de situatie veel eenvoudiger en overzichtelijker is: de koper laat het afweten, en wanpresteert dus. ‘Zijn er nog vragen?’, denkt de rechtszekerheidsridder, want het is toch: ‘contract is contract!’, maar hier spelen meer factoren mee. Allereerst is het zo dat in de NVM-casus de koper doorgaans geen doorgewinterde contractant is, met contractvoorwaarden vertrouwd (niet gewend om kleine letters te lezen) en bij de koop van een huis geen *repeat-player*, maar een *one-shotter* is, in het gangbare jargon. Veel consumenten kopen maar eenmaal in hun leven een huis, tenzij gebeurtenissen als echtscheiding of verhuizing voor een nieuwe baan zich aangediend hebben. Zij zijn bovendien doorgaans niet juridisch geschoold, dus niet op hun hoede

¹² In *Easystaff* (2018) hield de matiging in dat de verbeurde boete van € 1,23 miljoen teruggebracht werd tot € 21.250. Er was geen sprake van schade bij de boete opleggende partij, terwijl de verwijtbaarheid van de schending door de andere partij gering was. Voor details, zie: *ORP* 2023/316 e.v, p.16 e.v.

bij zo'n transactie. Het oude adagium *Augen auf, kauf ist kauf!* is hun niet bekend, het nog oudere *caveat emptor!* evenmin.¹³

Zoals ik in mijn inleiding al aangaf, leert lezing van de lagere rechtspraak dat een wanpresterende consument-koper, geconfronteerd met een hoge boete doordat de koop van huis onverwacht niet is doorgegaan, vaak met tegenslag geconfronteerd werd die onoverkomelijk gebleken is.¹⁴ De factoren die afhandeling van de koop hebben belemmerd kunnen gewoon voor risico van de koper gebracht worden: dat gaat de verkoper niet aan, 'zaken zijn zaken'. Dat de koper zijn verantwoordelijkheid niet kan ontlopen, wil echter nog niet zeggen dat een afstraffing in de vorm van een torenhoge boete altijd terecht zou zijn. Wij kennen in het contractenrecht immers de aanpassing van overeenkomsten in de vorm van redelijke (of normatieve) uitleg, door de ('derogerende') werking van 6:248 of 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden), rechtsfiguren die in de jurisprudentie vaak dooreen lopen, ook in die van de Hoge Raad. Hieronder zal nog een sprekend voorbeeld daarvan passeren, het *Rederij Koppe*-arrest uit 1949.

3. Het standaardbeding van 10% boete bij wanprestatie van de koper. Het 'gebruikelijk karakter' en de 'prikkel tot nakoming' als wegingsfactoren bij matiging

Het arrest van 24 december 2021, *Drie makelaars*, is een goede illustratie van de problematiek. Het had betrekking op 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.¹⁵ Voor de bovenwoning werd een koper gevonden voor € 715.000; 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. 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, waarvan de waarde inmiddels sterk gestegen was. Het hof bepaalt de boete op het door de rechtbank

¹³ Een voorbeeld van een sneu geval is de casus van *Van de Zuidwind/Faase* (2012): de koper had verzuimd tijdig een beroep op het financieringsvoorbehoud in de koopovereenkomst te doen; hij was ook afgegaan op een mededeling van de ingeschakelde Hypotheekspecialist dat het verkrijgen van financiering geen probleem zou opleveren. Het hof rekende dat allemaal voor risico van de koper. Indien de koper geen financieringsvoorbehoud gemaakt had, staat hij er al meteen veel slechter voor bij tegenslag op dat gebied.

¹⁴ Zoals A-G Wissink het in zijn conclusie voor *Van de Zuidwind/Faase* formuleert: 'dat bepaalde gebeurtenissen mensen nu eenmaal overkomen en dat zij daarop niet altijd (juridisch) adequaat reageren' (nr. 3.27).

¹⁵ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1952 (*Kopende makelaars*). Zie conclusie van A-G Valk, nr. 4.2 e.v., voor de feiten en omstandigheden. Het leeuwendeel van de procedure ging over de inhoud van de koopovereenkomst: de vraag of verkoper wel verplicht was om ook de bovenwoning in verkoop te geven. Dat werd aldus vastgesteld na uitleg.

vastgesteld bedrag van € 2.070, vermeerderd met 3 promille over € 145.000 (prijs benedenwoning) per dag vanaf de datum van het arrest tot aan voldoening van contractuele verplichting.

De doorslaggevende factor voor matiging van de 10%-boete was hier het ontbreken van enige schade voor de kopers, de drie makelaars, in verhouding tot de hoogte van de boete, ondanks de erkenning door het hof dat dit beding gebruikelijk is en dat de strekking een aansporing tot nakomen is.¹⁶ Beide laatste elementen vragen nog om een uitwerking.

Wat het eerste punt van de *gebruikelijkheid* betreft, de vastgoedwereld is natuurlijk typisch een branche waarin een beding zoals de 10% boetebepaling een algemeen gangbaar onderdeel van koopcontracten is, een handelsgebruik. Kunnen consumenten nu ook tot die groep gerekend worden? Er bestaat een lijn met hen, de NVM Koopakte is immers opgesteld, niet alleen door de Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoed deskundigen NVM, maar ook de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis waren daarbij betrokken. Daarmee is echter niet gezegd dat de boetebetaling in dat standaardcontract tot een gangbaar instrument is geworden in de dagelijkse handel en wandel van consumenten. Zij zullen die bepaling alleen tegenkomen wanneer zij met het kopen van een huis bezig zijn, geen alledaagse werkzaamheid, en dan nog alleen wanneer zij het koopcontract goed lezen of een goede voorlichting gekregen hebben over de transactie.

Daarmee komen wij op het element van de *bekendheid met de 10% boeteregel* bij koop van onroerend goed. Consumenten zullen als *one-shotters* doorgaans niet bekend zijn met de 10% boeteregel als een gebruikelijke contractsbepaling, anders dan makelaars en vastgoedhandelaren. Bovendien, ook al zou een consument-koper het koopcontract lezen, met inbegrip van de NVM-voorwaarden, het boetebeding valt in die tekst niet bepaald op, zoals in de literatuur opgemerkt werd. Dit heeft tot gevolg dat zelfs de oplettende koper niet op zijn hoede is, en niet op het idee komt om een financieringsvoorbehoud in het contract op te nemen of andere ontbindende voorwaarden, zoals met betrekking tot het verkrijgen van een nieuwe baan die tot verhuizing leidt.¹⁷ Een dergelijk nalaten zou men hem wel kunnen toerekenen, maar moet dat ook met torenhoge boete afgestraft worden? Dat kan de wat eenvoudiger consument tot de bedelstaf brengen, dat wil zeggen, in een afbetalingsregeling voor vele jaren, zie de casus van Van de Zuidwind tegen Faase uit 2012.¹⁸

Dan is er nog de situatie dat de koper wél de moeite genomen heeft om zijn koopcontract goed te lezen en daarbij de 10% boetebepaling is tegengekomen. Als hij

¹⁶ Ook in de lagere rechtspraak is de wanverhouding tussen hoogte boete en werkelijke schade een belangrijke grond voor matiging, aldus P.T.J. Wolters in zijn empirisch onderzoek van 2016, *AV&S* 2016, p.112, e.v.; *WPNR* 2017/7136, p.123 e.v.; *ORP* 2018/40, p.46 e.v. Die factor is ook van belang bij toetsing van bezwarende bedingen o.g.v. art. 6:233a BW, zie: Wolters, 'De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden', *RMThemis*, 2017-3, p.127; vgl. ook *ORP* 2018/40, p.43 e.v. Over de vraag hoe om te gaan met particulieren die incidenteel modelvoorwaarden hanteren, zie: Charlotte Pavillon, *WPNR* 2019/7259, p.783 e.v.

¹⁷ Een goed voorbeeld daarvan komt uit eigen ervaring: in 1972 had ik in de koopovereenkomst voor een huis in Rotterdam 'op voorwaarde van benoeming tot hoogleraar aan de universiteit in Rotterdam' opgenomen. Dat is toen goed afgelopen, maar dat was niet het geval met de Nijmeegse jurist die in die tijd als lector aan de Universiteit Leiden voorgedragen was, en een huis in Oegstgeest had gekocht, zonder die voorwaarde. Zijn benoeming ging toen niet door, de minister vond hem te jong. Desgevraagd, zei de minister dat hij ook in Rotterdam had willen ingrijpen in mijn geval, maar dat was niet mogelijk want daar was toen nog geen Rijksuniversiteit. Dat was altijd mijn voorbeeld bij het leerstuk van dwaling: een goed jurist moet zorgen dat te mijden, door te stipuleren in het contract.

¹⁸Zie daaromtrent: A-G Wissink, concl. nr. 2.3.

zich afvraagt wat dat precies inhoudt, wanneer die bepaling in werking treedt en welke consequenties dat kan hebben, komt hij in de Toelichting op de VNM Koopakte de volgende verklaring tegen:

‘Partijen moeten er wel rekening mee houden dat in een eventuele juridische procedure de rechter de hoogte kan matigen, dat wil zeggen lager kan vaststellen.’¹⁹

Het zal niet verbazen dat de consument-koper hierdoor gerust gesteld wordt: wanneer hij onverhoopt de koop niet rond gaat krijgen, zal er in elk geval rekening gehouden worden met zijn inspanningen daartoe en vooral: de tegenslagen die op zijn weg kwamen, en buiten zijn macht lagen.²⁰ ‘Mooi niet’ – zoals dat tegenwoordig heet – zoals wij eerder zagen leidt dat indien de rechtbank erover moet gaan beslissen in een aanzienlijk percentage van zaken tot een heel ander oordeel.

De conclusie waartoe bovenstaande beschouwingen leiden, is dat het niet aangaat om in het algemeen de consument het *gebruikelijk karakter* van het 10% boetebeding zwaar toe te rekenen als voor hem geldend. Daarvoor zijn geen sterke gronden aanwezig.

Het tweede aspect van het 10% boetebeding, als *prikkel tot nakoming*, vraagt ook om enkele kanttekeningen. Het wordt regelmatig aangehaald in de literatuur, en gaat al terug tot de MvT op art. 6:94 BW in de ontwerpfase.²¹ Wij lezen daar dat het boetebeding een ‘extra-aansporing tot nakoming’ inhoudt. De omschrijving met het woord ‘extra’ geeft mijns inziens aan dat aan de aansporing enig gewicht toekomt, maar ook weer niet schromelijk overtrokken moet worden. Bijvoorbeeld door te accepteren dat die ‘aansporing’ gesteund moest worden door een torenhoge boete wanneer het verkeerd zou aflopen. Dan lijkt de toelichting van de NVM-wetgevers meer op zijn plaats, met hun verwijzing naar een rechter die billijkheidshalve de boete kan matigen, indien daar redenen voor zijn. Een rechter weegt toch de belangen van partijen over weer af?

In de term ‘aansporing’ of ‘prikkel’ zit een punitief karakter verscholen dat ook al in de benaming ‘boetebeding’ besloten ligt, kortom: *schuld en boete*. In België spreekt men hier van een ‘schadebeding’, niet zonder reden: een beding waarmee een ‘straf’ of ‘boete’ opgelegd wordt is sinds het arrest Hof van Cassatie 17 april 1970 nietig, als in strijd met de openbare orde. In het Nieuw BW, Boek 5, dat vorig jaar in werking is getreden bij de Zuiderburen, is in art. 5.88 BW de matigingsbevoegdheid van de rechter neergelegd (ambtshalve of op verzoek) indien het schadebeding ‘kennelijk onredelijk’ is, met inachtneming van alle omstandigheden, waaronder de belangen van de schuldeiser. Dat geldt ook wanneer van een beding met een gemengd karakter sprake is: een forfaitaire schadevaststelling en een afschrikwekkende of dwingende

¹⁹ Hierop werd gewezen door D.J. Oranje, ‘Naschrift’, *ORP* 2012, p.36, hierin gevolgd door Dammingh, idem, p.42; *WPNR* 2013, p.397. Vgl. in die zin ook A-G Wissink, concl. nr. 3.20.

²⁰ Dammingh heeft op dit aspect gewezen in zijn *WPNR*-artikel uit 2013/6976, op p.397.

²¹ H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: BoomJu, 2^e dr., 2021, nr. 574; *Parl. Geschiedenis Boek 6*, 1981, p. 305; Toelichting op Gewijzigd ontwerp van wet, TK 7729, 1975-1976, p.85 e.v. (W. Snijders, Regeringscommissaris). Enigszins anders: Dammingh, *WPNR* 2013, p.392, die de aansporing vooral ziet in de dagboete van 0,003%, en de ‘ontbindingsboete’ van 10% voor een schadevaststelling houdt, o.g.v. *Toelichting NVM-koopakte*, die van een ‘minimum schadevergoeding’ spreekt. Dat verschil in functie rechtvaardigt voor hem de cumulatie van beide boete vorderingen.

werking (coërcitie) gecombineerd.²² De toepassing van de openbare orde is in ons recht op dit terrein niet gangbaar, dat beginsel lijkt echter wel op de achtergrond aanwezig te zijn bij het matigen van excessieve boetes door de rechter in de laatste jaren.

Een inzicht uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:94 BW dat tot dusver niet de aandacht getrokken heeft, is dat de minister in reactie op het commentaar van de Commissie wetgeving schrijft dat de oorspronkelijke term ‘*minderen van de boete*’ door de rechter is vervangen door ‘*matigen van de boete*’. De reden daarvoor is opmerkelijk: die term ‘past beter bij het geval dat de rechter een eenmaal verbeurde boete op een lager bedrag stelt op grond van de concrete omstandigheden van het geval, met name die waaronder de tekortkoming tot stand kwam. In het gewijzigd ontwerp dient de door de Commissie gestelde vraag of het artikel ook deze bevoegdheid aan de rechter toekent, derhalve bevestigend te worden beantwoord’. Het opmerkelijke hiervan is, dat hiermee de basis gegeven wordt voor de jurisprudentie van de Hoge Raad van 2018 met *Easystaff*, met het *accent op de omstandigheden van het geval* die matiging zouden kunnen rechtvaardigen en die door de feitenrechter in kaart gebracht moeten worden, hetgeen als motivering voor matiging volstaat. Dit was overigens ook het rechtersrecht van voor 2007, toen de ommekeer met *Bart Smit* plaats vond.

Wanneer wij nog even naslaan wat het Driemanschap als Ontwerpers van Boek 6 in 1961 met art. 6:94 voor ogen had, is daar nog een verrassing te vinden. In de *Toelichting* wordt uitgelegd waarom van het oude BW afgeweken wordt en teruggekeerd naar de opvatting van Pothier die matiging van boetes voorstond, en wel omdat een boetebeding gewoonlijk eenzijdig vastgesteld wordt door de schuldeiser zonder loven en bieden.²³ De schuldenaar zal bij een hem voorgestelde, excessieve boete vooral als hij economisch zwakker is niet graag een discussie openen omdat dit ‘het vertrouwen van de wederpartij dat het contract zal worden nagekomen, zou ondermijnen’. En dan komt het:

‘Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dan ook, dat de bedongen boete niet zelden geheel onevenredig is aan het belang van de schuldeiser bij nakoming. Om deze reden is het ontwerp teruggekeerd tot de opvatting van Pothier en heeft het de rechter de bevoegdheid gegeven de bedongen boete te matigen’.

De conclusie moet zijn, dat van de figuur van de ‘prikkel tot nakoming’ in het licht van de rechtszekerheid als wegingsfactor voor matiging vrijwel niets is overgebleven. Nu dit met het oorspronkelijk ontwerp van 1961 al zo is, meen ik dat mijn standpunt dat het verschijnsel van de ‘extra-aansporing tot nakoming’ uit het Gewijzigd ontwerp van 1976 met een heel grote korrel zout genomen moet worden. Anders gezegd, die wenk van de wetgever – voor veel juristen nog maatgevend – hoeft niet erg serieus genomen te worden en staat aan matiging van een boete op grond van de (zwarte) omstandigheden waarin de debiteur verkeerde niet in de weg.

4. Het gebruikelijk beding in zijn betekenis voor matiging nader onderzocht

²² Nicky Burette heeft een pleidooi gehouden voor het aanvaarden van een zuiver punitief beding, door hem ‘dwangsombeding’ genoemd, zie zijn gelijknamige artikel in *NJW* 2019, p.454 e.v. Daarin wordt het Belgisch recht op dit gebied besproken, en vergeleken met Nederlands recht.

²³ *Toelichting Meijers/Driemanschap*, Boek 6, 1961, p.558 (art. 6.1.8.18); *Parl. Geschiedenis Boek 6*, p.323 e.v. De Code civil koos voor de rechtszekerheid als leidend beginsel: ‘de overeenkomst strekt partijen tot wet’, art. 1231 CC, ons art. 1378 oud-BW.

Dat het 10% boetebeding *gebruikelijk* is, valt niet te ontkennen, maar wat betekent dat eigenlijk? Is dat een zware wegingsfactor die tegen matiging pleit? In de lagere rechtspraak komt men dat vaak tegen. Wolters signaleerde dat in zijn onderzoek uit 2017, en in de literatuur krijgt dat aspect eveneens aandacht.²⁴ Wolters stelde vast, met name voor matigingszaken waarbij een sterke samenhang bestaat met de verhouding tussen schade en boete, dat het bestaan van een gebruikelijk beding heel relevant is. Wanneer er geen sprake is van een gebruikelijk beding matigde de rechter in 34 van de 39 gevallen (87%). In uitspraken met een gebruikelijk beding werd slechts in 22 van de 33 gevallen gematigd (67%). Daarmee is de kans dat de rechter ondanks een wanverhouding een standaardboete niet matigt meer dan dubbel zo groot in vergelijking tot de situatie waarin van een andere boete sprake is. Specifiek op het terrein van koop van onroerend goed wordt in 5 van 11 uitspraken (45%) bij afwijzing van matiging naar het gebruikelijk karakter van de boete verwezen door de rechter. Deze stand van zaken in de rechtspraak maakt het hoogst relevant om de betekenis van het gebruikelijk karakter van een beding voor de uitleg en toepassing ervan nader te onderzoeken.

De term ‘gebruik’ komt overeen met het begrip ‘gewoonte’, zoals bekend in art. 6:248 BW genoemd naast de aard van de overeenkomst, de wet en de eisen van redelijkheid en billijkheid als bron van verbintenissen (‘rechtsgevolgen’) naast hetgeen partijen in hun overeenkomst hebben opgenomen. Verder wordt de gewoonte genoemd in art. 3:12 BW over de inhoud van het beginsel van redelijkheid en billijkheid, in gedaante van de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ waarmee rekening gehouden moet worden.

In 1931 had Paul Scholten de gewoonte als rechtsbron al op de kaart gezet in zijn *Algemeen Deel*.²⁵ Twee aspecten zijn hier mijns inziens allereerst van belang: de herkomst en sterkte van een gewoonte en de vraag of een partij zich van die gewoonte bewust moet zijn geweest. Scholten schrijft daarover behartenswaardige dingen in zijn standaardwerk. Het ontstaan van gewoonterecht illustreert hij met verwijzing naar hetgeen Verenigingen van handelaren voor hun tak van handel opstellen – aan wetboeken gelijk – zoals de Amsterdamse en Rotterdamse assuradeuren, die gevolgd werden in de koophandel (graan, koffie, effecten, etc.) en in het averij-grosserecht de York-Antwerp Rules. Dat kunnen ook plaatselijke regelingen zijn, met als voorbeelden in Amsterdam het ophalen van de weekhuur bij de huurder door de verhuurder, en in de Haarlemmermeer het recht op gebruik van een lapje grond om eigen aardappelen te poten.

Scholten bestrijdt schrijvers (zoals Gény) die van mening zijn dat een partij die een beroep op een gewoonte doet, daarmee bekend moet zijn geweest.²⁶ Hij geeft het voorbeeld van een verpachter die in Frankrijk woont en een gewoonte in Zeeuws-Vlaanderen die hem niet bekend is waarop zijn pachter zich beroept, die gewoonte heeft hij te dulden. Dit standpunt, getransponeerd naar ons onderwerp, lijkt in het nadeel te zijn van de hedendaagse consument die getroffen wordt door het op gebruik berustende 10% boetebeding dat in het koopcontract stond, maar hem niet bekend was. Echter, de schijn bedriegt hier. Scholten legt grote nadruk op de wijze van

²⁴ Wolters, *WPNR* 2017/7136, p.126 e.v. In die zin ook: Heyman, t.a.p., nr. 583; zie ook nr. 578. Zie reeds eerder: R.J.Q. Klomp en H.N. Schelhaas, ‘Matiging van contractuele boetes in de praktijk’, *NJF* 2012, p.494: het beroep op matiging van een NVM-boete wordt ‘in de meeste gevallen afgewezen’.

²⁵ Asser-Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink, 2^e dr. 1954, par. 21-24; p.130-155; 3^e dr., 1974 (G.J. Scholten), idem; p.97-116. Vranken geeft in zijn *Algemeen Deel* geen aandacht aan de gewoonte als rechtsbron, Asser-Vranken, 1995, par.73, p.46, met verwijzing naar de studie van Dubbink, 1990.

²⁶ T.a.p., 1954, p.139 e.v.

vaststelling van de betekenis van een gewoonte: dat is niet naar de letter, zoals schrijvers betogen die gewoonte met wet gelijkstellen en ook op dat gebied een grammaticale uitleg voorstaan, zelfs een ‘ondubbelzinnigheid’, om als rechtsregel te kunnen gelden. Dat wekt geen verwondering, Scholten is immers een van de *Godfathers* van normatieve uitleg, evenals zijn leermeester Houwing (Senior). Hij stelt dat een regel van gewoonterecht ‘vraagt om interpretatie’, waarbij zich het verschijnsel voordoet: ‘de formule stolt het recht’. ‘Er is altijd een behoefte aan het vastleggen in woorden, doch die vastlegging, hoe belangrijk ook, *is* het gewoonterecht niet’ (p.148). Op de *uitleg van de gewoonteregel* komt het dus aan, in normatieve trant. Hetgeen Scholten hier over schrijft is na *Haviltex* voor de hedendaagse jurist bekende kost: ‘de woorden moeten zo worden uitgelegd als hij, tot wie ze gericht waren, ze kon en mocht begrijpen’ (p.138). Behalve om de individuele betekenis van woorden (wat werd ermee bedoeld?) is ‘haar maatschappelijke functie’ van belang (wat was de aard ervan ‘als verschijnsel in de gemeenschapsverhoudingen’?). Bij de uitwerking van deze uitleg naar spraakgebruik stelt Scholten dat dit ‘leidt tot de erkenning van het gebruik als medebepalend voor de omvang van de aanvaarde verplichtingen’.

Deze wisselwerking tussen uitleg en gebruik vinden wij ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad uit later tijd, in het arrest *Rederij Koppe* (1949) waarmee toen al normatieve uitleg van overeenkomsten aanvaard werd – ‘*Haviltex* is voor de laatbloeiers’, luidt mijn credo.²⁷ In die bekende zaak ging het om een standaardbeding vergelijkbaar met de 10% boetebepaling, namelijk de regel: ‘geen premie, geen uitkering’ uit verzekeringspolissen die op de beurs afgesloten waren. De casus zal bekend zijn, reder Koppe zat tijdens de oorlog ondergedoken, had geen WA-verzekeringspremie betaald voor zijn beurtvaartbedrijf toen de termijn daar was, en daarna geen rappel van de Zwitserse verzekeraar ontvangen. Toen kort na de oorlog zijn beurtvaartbedrijf weer op gang kwam met passagiersvervoer en het ongeluk met een passagier op de loopplank gebeurde, had hij enkele dagen tevoren een tweede rappel gekregen, maar zijn premie nog niet betaald (dat zou met het moeizame betalingsverkeer in die dagen nooit tijdig gelukt zijn). Assuradeuren weigeren een uitkering, met beroep op genoemde regel die in het contract was opgenomen. Het hof gaat bij de uitleg van die gebruikelijke regel, bij de vaststelling van de betekenis ervan, ertoe over om negen getuigen uit de verzekeringswereld te horen, Amsterdamse en Rotterdamse makelaars die op de beurs dergelijke polissen sluiten. Twee getuigen verklaren dat in hun praktijk deze bepaling een dode letter was, de anderen dat hij met grote soepelheid pleegt te worden toegepast. Een meerderheid verklaard zich niet te kunnen herinneren dat ooit een uitkering geweigerd werd omdat de premie nog niet betaald was. Het hof komt concludeert daaruit:

‘dat bij een zodanige situatie, indien al beroep op de betrokken bepalingen kan worden gedaan, de goede trouw in ieder geval meebrengt dit beroep te beperken tot de gevallen, waarin het beroep, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten’.

De cassatierechter overweegt dat het hof ‘dus doende’ de contractsbepaling heeft *uitgelegd*, en vervolgt dan:

²⁷ HR 20 mei 1949, NJ 1950/72, m.nt. PH.A.N. Houwing, ook bekend als *Polisbeding*-arrest. Zie mijn *Contractenrecht, Verbintenissenrecht, Deel I*, 6e dr., Zutphen:Uitgeverij Paris, 2023, p. 183 e.v.

‘... dat het hof immers in dit oordeel bedoelde uit te drukken, dat, al staat *letterlijk genomen* in art. 6, dat de verzekerde 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraken op schadeloosstelling verliest, een *redelijke uitleg* van deze en soortgelijke zinswendingen in polissen in dezen tak van verzekering voorkomende *meebrengt, dat zij worden verstaan in de betekenis, welke daaraan in voormelde wereld wordt gehecht*, te weten, dat de verzekeraar bevoegd is na ommekomst van die 14 dagen een aanspraak van den verzekerde af te wijzen, indien zulks, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten’ (mijn curs.).

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het hof aan een vijftal omstandigheden heeft getoetst of afwijzing in casu redelijk was, en daarmee ‘de betekenis van hetgeen overeengekomen was heeft vastgesteld’.

Wat betekent het arrest *Rederij Koppe* nu nog voor het huidige recht? Allereerst dat dit arrest uit 1949 een voorloper op *Haviltex* (1981) is qua normatieve uitleg, maar bovendien al de kern van het *Easystaff*-arrest uit 2018 inhoudt, met zijn weging van alle omstandigheden als motivering voor matiging van boete die letterlijk vereist zou zijn volgens een contractbepaling. Het arrest van 1949 toont aan dat het bij ons onderwerp in wezen om een uitleg-vraag gaat, en bovendien, hoe de lijnen met de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW daarbij vervloeien, en wel omdat steeds de redelijkheid de dienst uitmaakt.²⁸

De conclusie waartoe het bovenstaande leidt, is dat de *gebruikelijkheid* van een contractsbepaling, zoals het boetebeding, op zich niet van doorslaggevende betekenis bij toepassing is, dat wil zeggen, bij de *uitleg* van die daaraan gegeven wordt. Doctrine en jurisprudentie leren dat de letterlijke betekenis van zo’n gebruikelijke contractsbepaling geen zelfstandige betekenis heeft die de partijen of de rechter voetstoots zou moeten aannemen. Daarmee is ‘10% boete’ niet vanzelfsprekend in een concreet geval en dan ‘voor toewijzing gereed’.

5. Terugblik op de betekenis *Van de Zuidwind/Faase* (2012) in het licht van *Easystaff* (2018)

Na de bovenstaande beschouwingen zou ik een tweede blik willen werpen op het arrest *Van de Zuidwind/Faase*, waarin behalve een gebruikelijk beding (NVM) het aspect van een overeenkomst tussen consumenten centraal stond, een C2C overeenkomst dus. Koper Van de Zuidwind had dat laatste het zwaartepunt van zijn cassatiemiddel gemaakt om matiging te eisen: de norm van *Bart Smit* voor terughoudendheid bij matiging is onvolledig, daaraan zou de ‘hoedanigheid van betrokken partijen’ toegevoegd moeten worden, dat wil zeggen: het consument zijn. Dan zou rekening gehouden kunnen worden met situaties als de onderhavige, waarbij particulieren geld verdienen aan andere particulieren, die daardoor voor jaren vastzitten aan afbetalingsverplichtingen. Dat gebeurt aan verkoperszijde zonder enige tegenprestatie, terwijl dat niet gerechtvaardigd wordt door een ernstige fout van de wederpartij, de koper.

A-G Wissink gaat in zijn conclusie uitvoerig in op dit verzoek om ‘verfijning’ van de norm uit 2007, met bespreking van de aspecten die hier eerder aan de orde kwamen, de fenomenen: gebruikelijk karakter van het beding, prikkel tot nakoming, de ernst van de wanprestatie, de omstandigheden die tot het afzien van de koop geleid hebben. Dat gebeurt tegen de achtergrond van doctrine, jurisprudentie en parlementaire geschiedenis van het wetsartikel.²⁹ Hij acht voldoende gronden aanwezig om ten

²⁸ Dat *Rederij Koppe* in sommige universiteitssteden niet als standaardarrest voor normatieve uitleg van overeenkomsten gezien werd voordat *Haviltex* verscheen, is vooral te danken aan de misleidende noot van Houwing (Junior) onder het arrest. Zie de vorige noot.

²⁹ Conclusie, nrs. 3.11-3.29.

aanzien van consumentenkoop een minder terughoudende vorm van matiging te aanvaarden, vindt het afgeven van een ‘signaal’ van die strekking nodig gezien de ‘huidige vrij strenge [lagere] rechtspraak’, en concludeert tot vernietiging van het bestreden arrest.³⁰

De Hoge Raad volgt zijn A-G hierin niet, in een uiterst bondige uitspraak. Overwogen wordt dat de omstandigheden van het geval ‘uiteindelijk beslissend’ zijn en dat niets de rechter verhindert om ‘in dat verband gewicht toe te kennen aan de hoedanigheid van partijen’. Van onvolledigheid die het cassatiemiddel signaleerde in de norm van 2007 is ‘dan ook geen sprake’, oordeelt het college en vervolgt dan:

‘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.’

Hier is sprake van *venenum in cauda est*: aan het eind van deze overweging staat *geen motivering*, enkel dat het door eiser gestelde ‘ongewenst’ is - waaróm dat zo is, blijft volstrekt in het ongewisse. Dat is om een aantal redenen niet alleen een zwakgebod van de hoogste rechter, maar ook voor de rechtsgemeenschap onaanvaardbaar. Het is allereerst een standpunt waarmee afgeweken wordt van dat van A-G Wissink, die in diens uitvoerige en gedegen betoog tot de conclusie kwam dat de verfijning hoogst ‘gewenst’ was. Men mag toch verwachten dat de cassatierechter de argumenten van zijn A-G zo niet weerlegt, dan toch wel door andere, betere vervangt.³¹ Verder is het zo, dat ook de hoogste nationale rechter volgens de vaste jurisprudentie van het Hof in Straatsburg door het EVRM gehouden is om zijn oordeel op een rechtsgeldige motivering te baseren. Naar mijn indruk heeft dit in ons land te weinig bekendheid. Ik verwijs hiervoor naar mijn eerdere beschrijving hiervan in dit blad. Ik heb betoogd dat het ontbreken van een deugdelijke motivering van een uitspraak door de cassatierechter, vaak in combinatie met het op essentiële onderdelen negeren van de conclusie van de A-G – behalve op doctrine en jurisprudentie, ook gebaseerd op de *standpunten van partijen* - in strijd is met artikel 6 EVRM, *fair trial*. De jurisprudentie van het EHRM, met als standaardarrest *Ruiz Torija/Spanje* uit 1994, werd kort erna door de Hoge Raad overgenomen.³² Dat is echter niet expliciet gebeurd met de rechtspraak die later volgde, de Straatsburgse arresten *Helle/Finland* (1997) en *Hilvisaari/Finland* (2001). Daarin was de kern, 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, die in cassatie voorgelegd waren. In elk geval zou in 2012 de Europese norm die de Hoge Raad in 1995 overgenomen had al van dienst geweest kunnen zijn, namelijk de overweging dat voor een partij ‘ten minste met een redelijke mate van zekerheid moet zijn op te maken dat zijn verweer

³⁰ A-G Wissink geeft in zijn conclusie een overzicht daarvan: geen matiging: 27 uitspraken (nr. 3.8.2); wel matiging: 9 uitspraken (nr. 3.8.4), steeds m.b.t. de 10% boete.

³¹ Zie hierover mijn ‘Naschrift’, *ORP* 2022/81, met verwijzing naar mijn bijdrage aan de Van Koppenbundel, Den Haag: Boom/Criminologie, 2020, p. 263-283, verschenen op 17 maart 2022 bij zijn Afscheidscollege (te vinden op mijn website: www.janvandunne.nl). Vgl. eerder mijn Cahier *Ars Aequi, Aansprakelijkheid van de arbiter: ‘bewuste roekeloosheid’, ‘ernstig verwijt’ of ‘bekwame arbiter’ als maatstaf?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2019, p.96 e.v. (motiveringsplicht arbiters); p. 112 e.v. (jurisprudentie EHRM sinds 1994, *Ruiz Torija/Spanje*).

³² Met HR 7 april 1995, *NJ* 1997/21, m.nt. Alkema (*N/Mobius*), voortbouwend op *Vredo/Veenhuis* (HR 4 juni 1993, *NJ* 1993/659), een standaardarrest van eigen bodem.

onder ogen is gezien alsmede op welke grond het is verworpen' (met verwijzing naar *Ruiz Torija/Spanje*). Deze norm, die toen uitgesproken werd voor motivering door de lagere rechter, is ook van toepassing op de Hoge Raad zelf, als hoogste nationale rechter.

De overweging van de Hoge Raad bij zijn motivering dat de door eiser Van de Zuidwind bepleite rechtsregel voor matiging 'ongewenst' was, doet ook denken aan hetgeen Bakels eens over dit onderwerp opgemerkt heeft, als vice-president van de civiele kamer van de Hoge Raad.³³ Namelijk dat in de cassatiepraktijk, aangezien een arrest geen vermelding van uiteenlopende opvattingen van de raadsheren kent - het 'geheim van de raadkamer' - 'een minderheid tegemoet gekomen [wordt] doordat de uitspraak dan smal en ondiep wordt opgeschreven', hetgeen leidt tot meestal 'fletse, op het geval toegesneden, arresten die minimaal zijn gemotiveerd'. De term '*ondiepe uitspraak*' komt uit de Amerikaanse doctrine. Het zal duidelijk zijn dat het *Van de Zuidwind/Faase* in die categorie valt. Overigens vindt ook Bakels 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'.³⁴

Dit alles heeft tot gevolg dat aan het arrest *Van de Zuidwind/Faase* (2012) *geen vorm van precedentwerking behoort te worden toegekend*. Ook na *Easystaff* (2018) zijn er schrijvers die zich nog steeds op het arrest van 2012 baseren bij het matigingsvraagstuk. Dat gebeurt, ook vanwege het motiveringsgebrek dat daarin besloten ligt, ten onrechte.

In aanvulling hierop, wij zagen dat de Hoge Raad in 2012 geen behoefte had om bijzonder gewicht toe te kennen aan de omstandigheden die een beroep op matiging zouden rechtvaardigen, anders dan A-G Wissink had bepleit in zijn uitvoerige conclusie. De norm van het arrest van 2007 gaf die mogelijkheid al, zoals de A-G betoogd had, maar sinds het arrest van 2018, met het zware accent op de omstandigheden die kunnen bepalen of matiging gerechtvaardigd is in het onderhavige geval, kan men vaststellen dat het pleit volledig beslecht is.

Nu met dat laatste arrest het juk van *Bart Smit* afgeworpen werd, en daarmee het hanteren van de maatstaf van: 'klaarblijkelijk onbillijk' in overeenstemming met die strenge leer, is ook de noodzaak weggevallen om de matiging maar beperkt toe te passen. A-G Wissink ging van die gedachte uit in zijn besproken conclusie van 2012, gezien de *up-hill fight* tegen de strenge cassatierechter begrijpelijk, maar daar lijkt naar huidige recht, de jurisprudentie sinds 2018, geen reden toe. Het voorstel van Wissink was om indien matiging wegens de omstandigheden geoorloofd is een bodem aan te brengen met de werkelijke schade van verkoper als uitgangspunt, vermeerderd met een percentage van het resterende boetebedrag, hij dacht daarbij aan 50%. Deze benadering werd indertijd ook voorgestaan door Heyman en Dammingh.³⁵ De grond daarvoor was het rekening houden met de prikkel tot nakoming als basis voor een boetebeding, terwijl ook de rechtszekerheid een rol speelde, de verwachting van de

³³ F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, p.927-938.

³⁴ *Ceterum censeo*: De *dissenting opinion* moet in ons land hoognodig ingevoerd worden.

³⁵ A-G Wissink, conclusie nr. 3.14; Heyman, t.a.p., 1^e druk, 2012, nr. 574 ('matiging kan, maar met mate'); 2^e dr. 2021, nr. 574, idem, met ondersteuning van het arrest van 2012; Dammingh, *WPNR* 2013, p.398, en eerder: H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer, 2004, p.104. Dammingh acht matiging in geval van een particuliere koper mogelijk, ondanks het arrest van 2012, mits de rechter met *alle* omstandigheden rekening houdt, waaronder de hoedanigheid van partijen, het consument zijn.

verkoper. Hierboven heb ik betoogd dat deze factoren bij matiging op de keper beschouwd geen rol van betekenis spelen in de context van de omstandigheden bij koop van een woning door consumenten.

Het uitgangspunt van de werkelijke schade van de verkoper voor de bodem van matiging is van de wetgever afkomstig, die dit in bij Gewijzigd Ontwerp-BW (1976) in het tweede lid van art. 6:94 heeft opgenomen. In de situatie die hier aan de orde is koop van woningen bij een grote vraag door een heel krappe woningmarkt is de schade van de verkoper doorgaans een *Bagatellschade*, zoals de Duitsers dat musisch noemen, dat stelt niet veel voor. Wij zien in de rechtspraak vaak ook dat de tot boete gerechtigde partij zijn daadwerkelijke schade niet eens gesteld heeft – de *Jackpot* van boete lonkt - zodat de rechter daaraan voorbij kan gaan.

6. Het 10% boetebeding in B2C overeenkomsten, een Europese kwestie.

Tot dusver ging alle aandacht uit naar de werking van een gebruikelijk (NVM-) 10%-boetebeding in C2C overeenkomsten. Tot slot moet ook de situatie bij B2C overeenkomsten belicht worden, die in de rechtspraak ook regelmatig aan de rechter voorgelegd worden in een procedure tot matiging van de boete. In het kader van dit artikel kan dat slechts een schets zijn.

Op dit terrein heeft het Hof van Justitie EU met het *Dexia*-arrest van 2021 de dienst uitgemaakt, in die zin dat de benadering van onze Hoge Raad op dat gebied terzijde gesteld werd, en onze hoogste rechter op zijn schreden moest terugkeren, hetgeen ook gebeurd is.³⁶ Dat het met *Dexia* om een sterke uitspraak gaat van de Luxemburgse rechter blijkt al uit de diverse *epitheton ornans* die schrijvers er al direct aan gegeven hebben, het zou gaan om: een ‘alles of niets-benadering’, ‘boterzacht criterium met messcherp gevolg’ en ‘vingers branden en op de blaren zitten’.³⁷ De *bottom-line* is hierbij dat de partij die het bezwarende boetebeding opgesteld heeft – de ‘gebruiker’ in AV-termen – het lid keihard op de neus krijgt. Hij komt van een heel koude Luxemburgse kermis thuis: zijn bezwarende beding is nietig verklaard en bovendien wordt zijn alternatief van het vorderen van zijn schade via aanvullend recht afgewezen. Dat is nog eens een rechterlijk orde op zaken stellen, en geen pappen en nathouden zoals wij in onze contreien gewoon zijn.

Wat hield het Europese *Dexia*-arrest in? Kort gezegd, een oneerlijk beding (*Euro-speak* voor onredelijk bezwarend beding, art. 6:233a BW) is nietig wanneer het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen aanzienlijk verstoord wordt. Sterker nog, het is ook oneerlijk indien het dat evenwicht ‘*kan* verstoren, ook al zou deze verstoring alleen onder bepaalde omstandigheden tot uiting kunnen komen of zou dat beding in andere omstandigheden zelfs ten goede kunnen komen aan de consumenten’. Kortom, geen nuances voor de Europese rechter, want de Richtlijn 93/13/EEG (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) moet zijn afschrikkende werking niet verliezen. (Dat zal ze leren, die opstellers van oneerlijke bedingen! - hoor je de rechters denken). Krachtige taal, waar niet iedereen even blij mee is, met uitzondering dan van de doelgroep die Europese bescherming verdient, de consumenten.

³⁶ HvJ EU 27 januari 2021, C-229/19 en C-289/19 (*Dexia/Nederland*). Vgl. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773; *NJ* 2017/394, m.nt. Tjong Tjin Tai, (*Tijhuis/Dexia*).

³⁷ Resp. Charlotte Pavillon en Jan Spanjaard, ‘Civielrechtelijke sancties op oneerlijke bedingen. De ‘alles of niets’- benadering bevestigd’, *NJB* 2021/1392; H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, ‘Boterzacht criterium met messcherp gevolg’, *MvV* 2021/4; Spanjaard, ‘Consumenten en algemene voorwaarden: over vingers branden en op blaren zitten’, *Contracteren* 2023/2, p.68 e.v.

Onze Hoge Raad oordeelde eerder, dat wanneer een bezwarend beding nietig is, een beroep op aanvullend recht voor de schuldeiser mogelijk is, bijvoorbeeld voor de vergoeding van reeds verstrekte diensten.³⁸ Die afwijkende lijn was er al in 2013, toen de Hoge Raad het arrest *Garabito/Jahani* niet gevolgd had, waarin het Europese Hof bepaald had dat een boetebeding dat nietig verklaard moet worden niet gematigd kan worden.³⁹ In 2023 heeft de Hoge Raad de koers van het *Dexia*-arrest van 2021 overgenomen in het *kinderopvang*-arrest, door Spanjaard uitvoerig besproken.⁴⁰

De jurisprudentie van het HvJ EU die op *Dexia* is gevolgd is minstens zo belangrijk. In *Gupfinger* (2022) was een boetebeding voorgelegd waarin in geval van een niet toegestane opzegging van de overeenkomst door een consument de verkoper recht had op, naar keuze: 20% van de koopprijs, of vergoeding van de werkelijke schade.⁴¹ De verkoper van een keuken (€ 10.000) had na een onterechte annulering van de koop gekozen voor vergoeding van zijn werkelijke schade (€ 5.000). het Hof verwerpt die keuzemogelijkheid en vernietigt het boetebeding. Aangezien geen beroep op aanvullend recht gedaan mag worden in vaste de jurisprudentie van het Hof, kan de verkoper ook geen schadevergoeding op andere grond vorderen, hij blijft dus met lege handen achter. Wederom geldt hier: ‘dat zal hem leren!’

Deze Europeesrechtelijke jurisprudentie die voor ons recht dwingend is, roept nog de nodige vragen op ten aanzien van de verdere effecten van de nietigheid van een boetebeding, de uitwerking ervan op de gehele overeenkomst. Ik verwijs daarvoor naar de interessante beschouwingen van de eerder genoemde auteurs hierover, met veel voorbeelden van contractsbedingen. Van oudsher is het zo, dat de nietigheid van een overeenkomst, met name de gevolgen ervan, door het beginsel van de goede trouw beheerst worden, in het oude jargon, en tegenwoordig dat van de redelijkheid en billijkheid die in art. 6:248 BW verankerd is.⁴² Dat is hier niet anders.

Welke les kan nu getrokken worden uit deze Richtlijn-conforme behandeling van bezwarende boetebedingen in B2C overeenkomsten voor het aanpalende terrein van de C2C overeenkomsten? Naar mijn mening kan de wijze waarop tot nietigheid van die bedingen geoordeeld wordt ondersteuning geven aan soortgelijke behandeling in geval van C2C overeenkomsten. Dat vormt een welkome aanvulling op de eerder door mij ontwikkelde argumenten om bij gebruikelijke boetebedingen, met de NVM 10% boete als voorbeeld, matiging als uitgangspunt te nemen. Nietigheid is eveneens een aantrekkelijk alternatief, maar dan vraagt afstemming met het in art. 6:91 e.v. BW bepaalde om uitwerking. In art. 6:92 lid 2 is bepaald dat het volgens een boetebeding verschuldigde in de plaats treedt van schadevergoeding op grond van de wet. Dat lijkt in te houden, dat wanneer het boetebeding nietig is, schadevergoeding uit wanprestatie (of eventueel: onrechtmatige daad) ervoor in de plaats komt. Indien het hier om dwingend recht gaat, is er geen probleem. Dat is wel het geval wanneer het aanvullend recht is, indien aan de toepassing van Richtlijn 93/13 reflexwerking

³⁸ In het Nederlandse *Dexia* arrest van 2017, en daarvoor in het *Tio*-arrest, zie: Spanjaard, t.a.p., 2023, p.70 e.v.

³⁹ HvJ EU ECLI:EU:2013:C:341 (*Garabito/Jahani*); HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (*Heesakker/Voets*). Voor een overzicht van HvJ EU-rechtspraak sinds 2012, *Banesto*, zie: Pavillon en Spanjaard, t.a.p., p.1563.

⁴⁰ HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198, Zie: Spanjaard, t.a.p., 2023, p.71 e.v., met aansluitend de bespreking van: HvJ EU 12 januari 2023, ECLI:EU:C:20123:14 (*Litouwse advocaat*), honorariumbeding vernietigd, mogelijk geen vergoeding.

⁴¹ HvJ EU 8 december 2022, ECLI:EU:C:2022:971.

⁴² Zie voor het complexe onderwerp nietigheden: mijn *Contractenrecht, Verbintenissenrecht 1*, 2023, p.1154 e.v.

toegekend zou kunnen worden, in de zin dat de jurisprudentie daarover ook op C2C contracten van gelding zou zijn. Tot voor kort kon deze vraag negatief beantwoord worden, aangezien de Hoge Raad in een uitspraak van 2016 zo'n reflexwerking afgewezen had, maar onlangs is hij hierop teruggekomen en werd aan de zwarte en grijze lijsten van art. 6:236 e.v. BW betekenis toegekend indien de wederpartij geen consument is.⁴³

De problemen die in de commentaren op de *Dexia*-uitspraak van het HvJ EU gesignaleerd zijn, alle met de figuur van nietigheid verbonden, zouden in deze afweging betrokken moeten worden. Mijn eerste indruk is, dat binnenhalen van nietigheid als remedie voor bezwarende boetebedingen zoveel nieuwe vragen en problemen oproept, dat het eenvoudiger lijkt om het in C2C overeenkomsten bij matiging te houden. Het voorschrift van art. 6:94 lid 1, in fine, met als bodem voor matiging: de werkelijke schade die de schuldeiser geleden heeft, hoeft daarbij geen onoverkomelijk obstakel te zijn. Praktisch gesproken, de schuldeiser vergeet die schade meestal te stellen, zodat de rechter eraan voorbij kan gaan, en vaak zal hij niet in het bewijs ervan kunnen slagen, in de context van de omstandigheden van het geval. Ik laat dit onderwerp hier verder rusten, deze materie vergt nog wel enige overdenking, althans van deze schrijver.

Daarmee zijn wij toegekomen aan een afronding, het trekken van conclusies waartoe deze beschouwingen geleid hebben.

7. Conclusies over de matiging van een gebruikelijk (standaard)boetebeding naar geldend recht. *Exit*: art. 11.2 NVM Koopakte

Het nieuwe standaardarrest over matiging van contractuele boetes, *Easystaff* (2018) bleek heel goed toepasbaar op de situatie van een gebruikelijk beding, zoals wanneer van het 10% boetebeding van de NVM Koopakte sprake is. Dat was een kwestie van de omstandigheden die de Hoge Raad expliciet genoemd heeft als richtlijn voor motivering van een matiging door de feitenrechter te transponeren naar omstandigheden die kenmerkend zijn voor verkoop van woningen tussen particulieren (C2C overeenkomsten). Die omstandigheden-maatstaf was trouwens reeds aanwezig in het *Bart Smit*-arrest (2007) waarin de strenge leer inzake matiging van boetes gevestigd werd, maar moest nog als een Doornroosje uit de slaap gewekt worden. Daarbij zou de Boze Fee in de vorm van *Van de Zuidwind/Faase* (2012) roet in het eten kunnen gooien, een uitspraak waarin de harde lijn ook van toepassing verklaard werd op een C2C overeenkomst met het genoemde NVM boetebeding. Een nadere analyse van dat arrest gebaseerd op de parlementaire geschiedenis van het dienstdoende wetsartikel, doctrine en rechtspraak toonde aan dat dit arrest geen gezag als precedent toegekend moet worden, ook reeds omdat de motivering van de cassatierechter ('ongewenst' - *period*) in strijd is met de vereisten van art. 6 EVRM (*fair trial*) die ook voor hoogste nationale rechters gelden. Daarmee staat ook vast dat de beschouwingen van de A-G's in die zaken, waartegen de Hoge Raad contrair was gegaan, op goede gronden berustten en expliciete aandacht en vooral weerlegging van de cassatierechter hadden verdiend, voor zover mogelijk.

Aldus is voor ons onderwerp een teruggrijpen op *Van de Zuidwind/Faase* (2012) een gepasseerd station en ligt de weg open voor matiging van boetebedingen die niet langer op strikt opgevatte rechtszekerheid gebaseerd is. Matiging kan gerechtvaardigd

⁴³ HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2013:1197, *Hibma/Tehno-Pek*; *JOR* 2023/1197, m.nt. Spanjaard. In andere zin: HR 27 mei 2016, *JOR* 2016/220, besproken door Spanjaard in zijn genoemde noot.

zijn indien aan de *Easystaff*-norm, de vijf omstandigheden om vast te stellen of van (klaarblijkelijke) onbillijkheid sprake is, voldaan wordt. Hierbij hoeven de factoren in de context van rechtszekerheid: het gebruikelijk karakter van het beding en de prikkel tot nakoming, geen belemmering voor matiging te vormen. Mijn onderzoek naar deze cruciale elementen uit de strenge leer van de Hoge Raad uit 2007 wees uit dat deze niet op deugdelijke gronden gebaseerd zijn. Daarbij kon steun gevonden worden bij het *Algemeen Deel* van Scholten en de parlementaire geschiedenis van het wetsartikel. De billijkheid die de wetgever in art. 6:94 BW als maatstaf heeft genoemd en die in de recente hoogste rechtspraak tegenwoordig serieus genomen wordt, leidt eigenlijk vanzelf naar de basis voor matiging van een boetebeding: dat is in wezen een kwestie van uitleg van dat beding, en wel in normatieve trant. Dat werd door mij geïllustreerd met het *Rederij Koppe*-arrest (1949), de voorloper van *Haviltex* (1981), waarbij een gebruikelijk beding uit de verzekeringswereld in het geding was: ‘geen premie, geen uitkering’.

Hoe ziet het tableau er verder uit? Uit het door mij aangehaalde onderzoek naar beslissingen van de feitelijke rechter op dit gebied komt een sterk verdeeld beeld naar voren van afwijzen en toewijzen van matiging bij gebruikelijke bedingen, zoals het 10% boetebeding. Een vrij chaotisch beeld waarbij het voor de rechtzoekende consument ongewis is hoe rechtbank en hof in zijn regio over deze rechtsvraag zullen oordelen. Het lijkt wel: *cuius regio, eius religio!* Dat vraagt om ordening van de materie. Daarbij komt de Hoge Raad, belast met de zorg voor de rechtseenheid en rechtsontwikkeling - *juris prudens*, als het ware – allereerst in aanmerking. Na *Easystaff* (2018) kwam een aantal 81 RO-uitspraken zoals wij zagen in bevestigende zin, maar nu zou een arrest van de cassatierechter zelf nodig zijn, waarbij *Van de Zuidwind/Faase* (2012) terzijde gesteld wordt. Hoe dat te bereiken? Gedacht zou kunnen worden aan de procedure van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad door een feitelijke rechterlijke instantie op verzoek van partijen die tot een prejudiciële beslissing kan leiden. Daartoe zouden dan wel beide partijen bereid moeten zijn. Een beter idee lijkt het om een cassatie in het belang der wet in te stellen, wellicht bestaat daarvoor interesse bij het parket bij van de Hoge Raad dat in het verleden zo vaak een bloedneus op dit gebied gehaald heeft bij de cassatierechter, al wordt tegenwoordig met 81 RO-beslissingen een pleister op de oude wonde gelegd.⁴⁴ Verder zou het denkbaar zijn om in een proefprocedure een arrest op dit gebied uit lokken waarbij consumentenorganisaties ingeschakeld zouden kunnen worden of advocatenkantoren die *pro bono*-werk op hun agenda hebben staan. Tenslotte zou ook naar de bron van het kwaad, art. 11.2 NVM Koopakte gekeken kunnen worden, en *het schrappen van dat artikel* ter hand genomen kunnen worden door de betrokken organisaties. Makelaars hebben er toch al niets aan, dat beding is zoals wij zagen zonder meer nietig in geval van B2C overeenkomsten volgens Europeesrechtelijke jurisprudentie: *Dexia* (2021) staat eraan in de weg om subsidiair de werkelijke schade te vorderen, en *Gupfinger* (2022) verbiedt zo'n primaire vordering, vanwege de afkeuring van het boetebeding, hetgeen de verkoper dient te beseffen. Het valt moeilijk uit te leggen aan een consument die in C2C tegenover een andere consument staat en met een onredelijke, torenhoge boete geconfronteerd wordt, dat zijn

⁴⁴ Er is een Commissie cassatie in het belang der wet tot wie men kan zich kan wenden via de P-G bij de Hoge Raad, met een zaak die zich voor een verzoek tot cassatie in het belang der wet leent. Nadat de commissie advies heeft uitgebracht wordt een A-G aangezocht om de procedure in werking te stellen. De vragen die zich voordoen worden op de website bekend gemaakt, waarop gereageerd kan worden.

rechtspositie zoveel slechter is dan wanneer hij de woning van een makelaar gekocht zou hebben.

Wat de overige partners in het NVM Koopakte-consortium betreft, de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis, deze organisaties hebben zich inmiddels uit het tweezijdig overleg teruggetrokken. Zij zouden daarmee nu de handen vrij hebben om dit onderwerp aan te pakken, verondersteld dat daartoe de bereidheid zou bestaan. Wellicht kan een uitgelokte, principiële uitspraak van de Hoge Raad over het standaard boetebeding hierbij de doorslag geven.

Voor de justitiabelen in hun consumentenrol staat veel op het spel op dit terrein: de rechtsonzekerheid die heerst, het chaotische beeld in de lagere rechtspraak op dit gebied, wel of geen matiging van de 10% boete, als het op procederen zou aankomen. Daarbij geldt dat een beroep op art. 6:233 BW geen bescherming kan bieden wanneer een 10% boete niet op Algemene Voorwaarden berust, maar als gebruikelijk in een eigen contract door de verkoper is opgenomen.

Kortom, voor consumenten is hier nog veel scheef recht, dat nodig rechtgezet moet worden. Anders dan in het arrest van 2012 aangenomen werd, is de 'hoedanigheid van consument' een omstandigheid die bij matiging van boetes niet genegeerd mag worden of slechts een lippendienst bewezen, maar heel serieus genomen moet worden.