

RUBRIEK: VERBINTENISSENRECHT

Mr. P.N. Malanczuk, NautaDutilh N.V., Rotterdam

Mw. mr. C.B.F.M. Westerhuis, NautaDutilh N.V., Rotterdam

De matiging van een tussen particulieren bedongen boete

Gastauteur: mr. J.R. Wildeboer, NautaDutilh N.V., Rotterdam

Inleiding

De Hoge Raad heeft met het arrest Intrahof/Bart Smit (HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262) benadrukt dat de rechter terughoudend om dient te gaan met zijn bevoegdheid om een tussen partijen bedongen boete te matigen. **(1)** Dit arrest heeft in juristenland veel pennen in beweging gebracht. Ook is in de literatuur kritiek geuit op de terughoudende benadering van de Hoge Raad. **(2)** Recentelijk heeft de Hoge Raad wederom een arrest gewezen met betrekking tot de matigingsbevoegdheid van de rechter (HR 13 juli 2012, *NJ* 2012, 459). De Hoge Raad heeft zich in dit arrest gebogen over de vraag of de in het arrest Intrahof/Bart Smit geformuleerde – tot terughoudendheid nopende – maatstaf, nuancering behoeft in het geval dat het boetebeding is neergelegd in een standaard koopovereenkomst (de NVM-koopakte) tussen particulieren ter zake de (ver)koop van een woning.

Voordat tot bespreking van de bovenstaande vraag wordt overgegaan, zal het leerstuk van het boetebeding en de matigingsbevoegdheid van de rechter worden besproken. Daarna zal een blik worden geworpen op de wijze waarop de feitenrechters invulling geven aan hun matigingsbevoegdheid wanneer het gaat om een boetebeding in de sfeer van de woningkoop tussen particulieren. Vervolgens zal het zojuist genoemde arrest van 13 juli 2012 de revue passeren en zal afgesloten worden met enig commentaar.

Het boetebeding

Het leerstuk van het boetebeding is geregeld in artikel 6:91 tot en met 6:94 BW. Als boetebeding wordt aangemerkt: ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan (art. 6:91 BW). Een boetebeding kan derhalve in beginsel twee functies hebben: (i) schadefixatie en (ii) het prikkelen tot nakoming. In de praktijk heeft een boetebeding meestal beide functies. **(3)** Een boetebeding kan in sommige gevallen ook als exoneratieclausule worden beschouwd. **(4)**

Het boetebeding in een standaard NVM-koopakte, waarmee particulieren worden geconfronteerd bij de (ver)koop van een woning, heeft de bovengenoemde twee functies. **(5)** Dit boetebeding (art. 10 van de koopakte) komt erop neer dat de koper of verkoper die toerekenbaar tekortschiet, een boete verbeurt ter hoogte van 10% van de aankoop prijs van de woning. Het verdient weinig toelichting dat dit vaak een aanzienlijke som geld vertegenwoordigt (de gemiddelde koopsom bedroeg in juli 2012 EUR 216.721,-). **(6)** Ondanks dat partijen het zwaard van Damocles boven het hoofd hangt, biedt de gepubliceerde rechtspraak voorbeelden te over waarin (voornamelijk) de koper de boete daadwerkelijk verbeurt. De koper blijkt de financiering niet rond te krijgen en laat, in de gevallen waarin de overeenkomst voorziet in een financieringsvoorbehoud, de termijn van het voorbehoud (ongebruikt) verstrijken. Indien de verkoper (na ontbinding van de overeenkomst) de koper in een

procedure betreft, teneinde de boete bij de koper op te eisen, kan de koper vorderen dat de rechter de boete matigt. De kans op succes van een dergelijke vordering zal later aan de orde komen.

De matigingsbevoegdheid

Ingevolge artikel 6:94 lid 1 BW heeft de rechter de bevoegdheid om, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, de bedongen boete op verlangen van de schuldenaar te matigen. Dit – op het eerste gezicht – strenge criterium is door de Hoge Raad nader ingevuld in het arrest Intrahof/Bart Smit van 27 april 2007, waarin het om twee professionele partijen ging. De Hoge Raad overwoog:

“De in deze bepaling opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas als toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen 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.”.(7)

Het criterium "indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist" heeft derhalve niet alleen een harde schil, maar ook een harde kern: de rechter mag pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maken als toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Matiging is met andere woorden een uitzondering op de regel.

Voorts zij opgemerkt dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een buitensporig resultaat, niet alleen relevant is of er een wanverhouding bestaat tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete. De rechter kan derhalve niet volstaan met de overweging dat er sprake is van een (aanzienlijke) discrepantie tussen de bedongen boete en de werkelijk geleden schade. Dit levert een motiveringsgebrek op. Hij zal ook acht moeten slaan op de overige omstandigheden van het geval. Dit doet er natuurlijk niet aan af dat het oordeel van de rechter in belangrijke mate gestoeld mag zijn op een geconstateerde wanverhouding tussen de hoogte van de boete en de geleden schade.

Het arrest Intrahof/Bart Smit benadrukt dus een terughoudende toepassing van de matigingsbevoegdheid. De reden van deze terughoudendheid is (voornamelijk) gelegen in vier argumenten: (i) pacta sunt servanda (afpraak is afspraak); (ii) matiging doet afbreuk aan de prikkel tot nakoming; (iii) het ruimhartig matigen zorgt voor ongewenste precedentwerking en (iv) de rechter kan niet minder toekennen dan de schadevergoeding op grond van de wet, waardoor (omvangrijke) discussies zullen ontstaan over de hoogte van de geleden schade.(8)

Intermezzo: hoe terughoudend is de rechter in de praktijk?

Zoals hierboven aan de orde is gekomen, is er in de rechtspraak geen tekort aan voorbeelden met betrekking tot verbeurde boetes in de sfeer van de particuliere woning(ver)koop. Gezien de rechtsvraag in het zo nog te bespreken arrest (die erop neerkomt of de in het arrest Intrahof/Bart Smit geformuleerde maatstaf aanvulling dan wel nuancering behoeft in dergelijke gevallen van woningkoop) zal kort worden stilgestaan bij de wijze waarop lagere rechters gebruik maken van hun matigingsbevoegdheid sinds het arrest Intrahof/Bart Smit. Ik maak daarbij dankbaar gebruik van de door advocaat-generaal Wissink opgestelde lijst van lagere rechtspraak, opgenomen in zijn conclusie

bij het zo nog te bespreken arrest.(9)

De feitenrechters stellen consequent de "Intrahof/Bart Smit"-maatstaf voorop. Wissink acht over het algemeen de stelling gerechtvaardigd dat de feitenrechters terughoudend om lijken te gaan met de aan hen toegekende matigingsbevoegdheid. In veel gevallen wordt in het geheel niet gematigd. De redenen hiervan zijn (i) dat een bedongen boete van 10% van de koopsom gebruikelijk is; (ii) dat problemen van de koper voor diens rekening en risico moeten komen; (iii) dat de boete tot rechtszekerheid strekt, hetgeen tot terughoudendheid noopt en (iv) dat er geen grote discrepantie bestaat tussen de hoogte van de boete en de werkelijk geleden schade.(10)

Het algemene beeld dat rechters terughoudend om lijken te gaan met hun matigingsbevoegdheid, vervaagt enigszins in gevallen waarin er een (groot) gat bestaat tussen de verbeurde boete en de geleden schade. Rechters lijken in dergelijke gevallen wat sneller geneigd om, de overige omstandigheden van het geval in acht nemend, tot matiging over te gaan. Zo matigde de Rechtbank Utrecht een boete van EUR 20.000 tot EUR 5.000, waarin tevens de door de verkoper geleden schade van EUR 2.980,49 verdisconteerd was. De rechtbank verwees hierbij naar de persoonlijke omstandigheden van de schuldenaar (de schuldenaar was ongewild tekort geschoten).(11) De Rechtbank Leeuwarden matigde een verbeurde boete van EUR 43.750 naar EUR 10.000. In deze zaak hadden verkopers geen schade geleden door de verkopers en hadden partijen geen bijzondere aandacht aan de boetebepaling besteed.(12)

Het arrest HR 13 juli 2012, NJ2012, 459

De inzet van de procedure die tot dit arrest leidde, was de vraag of de door de Hoge Raad in het Intrahof/Bart Smit geformuleerde maatstaf onvolledig is, althans verfijning behoeft in situaties waarin het gaat om een boetebeding in een overeenkomst tussen particulieren met betrekking tot de koop en verkoop van een woning. Hieronder wordt – voor zover relevant – de casus kort geschetst.

De casus

Verweerders hebben hun woning verkocht aan eisers – waarvan één net uit de schuldsanering kwam – tegen een koopsom van EUR 210.000. De in verband daarmee opgestelde koopakte is gebaseerd op een NVM-koopakte. Partijen zijn overeengekomen dat de akte van levering gepasseerd zou worden op 29 oktober 2007. De overeenkomst voorziet in een financieringsvoorbehoud; eisers kunnen de overeenkomst uiterlijk op 18 september 2007 ontbinden indien zij geen hypothecaire lening of een aanbod daartoe hebben verkregen. In de koopakte is een boetebeding van 10% van de koopsom opgenomen: bij ontbinding op grond van een toerekenbare tekortkoming, verbeuren eisers een boete van EUR 21.000 (onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding).

Eind augustus 2007 heeft de bank eisers bericht dat zij de hypotheekaanvraag niet kan honoreren. Op 18 september 2007 hadden eisers derhalve geen toezegging voor een financiering of een aanbod daartoe verkregen. Uit de uitspraak volgt dat eisers de mogelijkheid hadden om gebruik te maken van het financieringsvoorbehoud, maar dit hebben nagelaten. Omdat eisers niet mee konden werken aan de levering, hebben verweerders de overeenkomst ontbonden en de boete van EUR 21.000 opgeëist. Verweerders hebben de woning uiteindelijk aan een derde partij verkocht, eveneens voor de koopsom van EUR 210.000. De schade van verweerders is derhalve beperkt tot een bedrag van EUR 2.691.

De rechtbank en het hof

Eisers hebben gevorderd dat de boete gematigd wordt tot nihil, althans tot een in goede justitie te bepalen bedrag. Zij hebben aan hun vordering ten grondslag gelegd dat toepassing van het boetebeding tot een buitensporig en daarmee onaanvaardbaar resultaat leidt. Zij hebben hiertoe drie argumenten aangevoerd: (i) de omstandigheid dat zij niet konden meewerken aan de overdracht van de woning kan hen niet worden toegerekend in de zin van artikel 6:92 lid 3 BW, nu zij verkeerd waren ingelicht door hun tussenpersoon; (ii) het betalen van de boete zal tot hun financiële ondergang leiden en (iii) de hoogte van de boete is buitensporig hoog in verhouding tot de schade van verweerders. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Kort gezegd overweegt zij dat eisers gebruik hadden kunnen maken van het financieringsvoorbehoud, dat niet is gebleken dat de boete hun financiële ondergang zal betekenen en dat het gat tussen de hoogte van de boete niet tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt.

Het hof heeft het eindvonnis bekrachtigd door – samengevat – te overwegen dat eisers onvoldoende feiten en omstandigheden aan hun beroep op matiging ten grondslag hebben gelegd. Het hof overweegt dat de boete van EUR 21.000 in verhouding tot de geleden schade van EUR 2.691 niet als buitensporig kan worden aangemerkt. Hierbij acht het hof van belang dat (i) het boetebeding deel uitmaakt van een standaardovereenkomst; (ii) het tekortschieten geheel aan eisers is te wijten; (iii) eisers bovendien de termijn om zich op het financieringsbehoud te beroepen ongebruikt hebben laten passeren en (iv) de gestelde penibele financiële situatie van eisers een omstandigheid is die voor hun rekening komt.

Het cassatiemiddel

Het middel komt erop neer dat de rechter minder terughoudend gebruik dient te maken van zijn matigingsbevoegdheid. Betoogd wordt dat de in het arrest Intrahof/Bart Smit geformuleerde maatstaf onvolledig is, althans verfijning behoeft in situaties als de onderhavige. De onvolledigheid ziet erop dat het hof ten onrechte “de hoedanigheid van de betrokken partijen” niet expliciet in haar oordeel heeft meegenomen. Wat de verfijning betreft wordt betoogd dat de bedoelde maatstaf niet goed past bij situaties als de onderhavige. Eisers achten het namelijk maatschappelijk onwenselijk dat particuliere woningeigenaren geld verdienen ten koste van andere particulieren. Deze andere particulieren zitten daardoor voor jaren vast aan afbetalingsverplichtingen die hun sociale functioneren in sommige gevallen onmogelijk maken, aldus eisers.

De Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het beroep. Dit in tegenstelling tot de conclusie van Wissink, die strekt tot vernietiging van het bestreden arrest. Naar de mening van Wissink geeft het oordeel van het hof, dat in de omstandigheden van dit geval de boete in het geheel niet gematigd wordt, blijk van een onjuiste (lees: te strenge) rechtsopvatting omtrent de vereiste terughoudende toepassing van de matigingsbevoegdheid. Daarnaast stelt Wissink dat het oordeel van het hof nadere motivering behoeft.

De Hoge Raad stelt voorop dat de in artikel 6:94 lid 1 BW neergelegde maatstaf “indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist” tot terughoudendheid noopt en herhaalt de in het arrest Intrahof/Bart Smit geformuleerde maatstaf. De Hoge Raad overweegt voorts dat van de gesignaleerde onvolledigheid van de maatstaf geen sprake is; de omstandigheden van het geval zijn uiteindelijk beslissend, en niets verhindert de rechter in dat verband gewicht toe te kennen aan de hoedanigheid van partijen. Ten

aanzien van de verdedigde verfijning in de zin dat een rechter in een geval als het onderhavige – de koop en verkoop van een woning tussen particulieren – minder terughoudend behoeft te zijn bij de uitoefening van zijn bevoegdheid tot matiging, overweegt de Hoge Raad dat een voor een zodanige, ongewenste, nuancering geen grond bestaat.

Commentaar

Naar mijn mening spreekt de Hoge Raad duidelijke taal: de maatstaf zoals geformuleerd in het arrest Intrahof/Bart Smit geldt ook in een geval als het onderhavige onverkort. Van onvolledigheid is geen sprake en voor een nuancering in een geval als het onderhavige bestaat geen grond.

Kennelijk is de Hoge Raad ten aanzien van de gestelde onvolledigheid van de maatstaf van mening dat die maatstaf de rechter voldoende speelruimte biedt om op basis van een totaaloordeel al dan niet over te gaan tot matiging van een verbeurde boete.

Ten aanzien van de gestelde nuancering overweegt de Hoge Raad niet alleen dat hiervoor geen grond bestaat maar ook dat een dergelijke nuancering ongewenst is. Deze onwenselijkheid is er wellicht (mede) in gelegen dat de Hoge Raad het niet opportuun acht om een tweede (meer genuanceerde) maatstaf ten aanzien van particulieren in het leven te roepen. Dit zou immers de deur openen voor – in het kader van de rechtszekerheid ongewenste – discussies omtrent de hoedanigheid van partijen, zoals men die ook ziet in het kader van de vernietiging van bedingen in algemene voorwaarden die op de zwarte of grijze lijst staan. Zo zou een eenmanszaak kunnen betogen dat haar positie meer lijkt op die van een consument dan op die van een professionele partij en dat de strenge maatstaf uit het arrest Intrahof/Bart Smit derhalve niet op haar van toepassing is.

Wissink onderkent in zijn conclusie dat van een onvolledige maatstaf geen sprake is en dat voor een nuancering van de maatstaf geen grond bestaat. Desalniettemin concludeert hij tot vernietiging van het bestreden arrest. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, meent Wissink dat het hof in het onderhavige geval te terughoudend is geweest door de boete in het geheel niet te matigen. Het oordeel van het hof geeft naar zijn mening daarmee blijk van een onjuiste, want te strenge, rechtsopvatting en/of behoeft nadere motivering. De Hoge Raad ziet in de terughoudende opstelling van het hof echter geen onjuiste rechtsopvatting en laat zich niet uit over de weging van de verschillende factoren gezien de feitelijke aard hiervan.

Gezien de overweging van de Hoge Raad dat niets de rechter verhindert gewicht toe te kennen aan de hoedanigheid van partijen, verdient het aanbeveling om in de praktijk de (eventuele) particuliere hoedanigheid van partijen wél expliciet naar voren te (blijven) brengen. Hoewel is gebleken dat feitenrechters vaak terughoudend omgaan met hun matigingsbevoegdheid, betreft dit immers een omstandigheid waarmee rechters, bij hun beslissing om al dan niet tot matiging van een boete over te gaan, kennelijk rekening kunnen en mogen houden.

Hoe het ook zij, ook voor particulieren geldt onverkort: bezint eer gij een (standaard)boete bedingt.

- (1) Zie bijvoorbeeld: A. Roosenburg & J.H.M.S. van Swaaij, 'Nieuwe en harde regel voor matiging van contractuele boeten', *NJB* 2007, 1385.
- (2) Zie onder meer: D.J. Oranje, 'Mating van een bedongen boete', *ORP* 2011, p.37-42.
- (3) Zie in dit kader ook de parlementaire geschiedenis: TM, Pal. Gesch. Boek 6 BW, p. 324.
- (4) Zie onder meer: H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europees contractenrecht*, Den Haag: Kluwer 2004, p. 70.
- (5) Zie ook: http://www.nvm.nl/columns/ilse_van_ast/elfde_column_ilse_van_ast.aspx.
- (6) Zie: <http://www.kadaster.nl/>.
- (7) HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (*Intrahof/Bart Smit*), r.o. 5.3.
- (8) Zie: D.J. Oranje, 'Mating van een bedongen boete', *ORP* 2011, p.37-42; waarin Oranje de vier genoemde argumenten uitgebreid bespreekt.
- (9) Zie paragraaf 3.8.1 tot en met 3.9.3 van de conclusie van A-G Wissink bij het arrest HR 13 juli 2012, *LJN* BW4986.
- (10) Zie paragraaf 3.9.1 van de conclusie van A-G Wissink bij het arrest HR 13 juli 2012, *LJN* BW4986.
- (11) Rechtbank Utrecht 14 november 2007, *LJN* BB7951.
- (12) Rechtbank Leeuwarden 17 juni 2009, *LJN* BI9650.