

# Actualia

## contractspraktijk

## Et Dieu crea le contrat

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard\*

### 1. Inleiding

In het *Redactioneel* van *Contracteren* 2011/3 merkte de redactie op dat het recht wel eens met een gereedschap wordt vergeleken, waaruit de rechtstoepasser het stuk gereedschap pakt dat geschikt is voor de zaak.<sup>1</sup> Het komt evenwel geregeld voor dat niet direct duidelijk is met welk probleem de jurist te maken heeft en welk gereedschap hij dan moet toepassen. In dat geval moet eerst het probleem geanalyseerd en de (juridische) kwaal worden gediagnosticeerd.

In deze bijdrage staan drie arresten van de Hoge Raad centraal waarin de rechter moest vaststellen met welke juridische figuur hij te maken had, voordat hij de zaak verder kon beslissen. Het eerste te bespreken arrest – van 2 september 2011<sup>2</sup> – betreft een geval waarin de rechter uit de omstandigheden van het geval afleidde dat partijen met elkaar een maatschap waren aangegaan. In het tweede arrest – van 16 september 2011<sup>3</sup> – distilleerde de rechter uit een lange reeks overeenkomsten tussen partijen een duurrelatie.<sup>4</sup> In het derde arrest – eveneens van 16 september 2011<sup>5</sup> – werd een antispeculatiebeding als oneigenlijk boetebeding gekwalificeerd. In deze bijdrage ga ik voornamelijk in op de wijze van het vaststellen wat tussen partijen is overeengekomen. Overige

\* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Redactioneel: Gereedschap kiezen, *Contracteren* 2011/3, p. 73-74.
2. HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap).
3. HR 16 september 2011, LJN BQ2213 (Batavus/X).
4. Het Batavus-arrest bevat de nodige mededingingsrechtelijke aspecten. De auteur dankt zijn kantoorgenoot mr. R.W. La Gro, gespecialiseerd in aanbestedings- en mededingingsrecht, voor de nuttige discussies over de mededingingsrechtelijke aspecten van dit arrest.
5. HR 16 september 2011, LJN BQ8098 (Subat/X).

aspecten van de besproken arresten blijven grotendeels buiten beschouwing.

### 2. Dierenartsenmaatschap: maatschap kan uit de omstandigheden van het geval worden afgeleid

De casus die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van de Hoge Raad van 2 september 2011 ging over de ingewikkelde samenwerkingsverbanden binnen een dierenartsenpraktijk. De praktijk werd middels een bv uitgeoefend. In deze bv werkten tot 1987 familieleden van de oprichter samen via hun eigen bv's. Deze familieleden hadden werknemers in dienst. In 1987 traden twee van de werknemers toe tot het samenwerkingsverband via eigen vennootschappen (die zij vóór de toetreding hadden opgericht). Zij waren niet langer in loondienst bij de dierenartsenpraktijk, maar ontvingen ieder kwartaal een vast bedrag onder de noemer 'voorschot', alsmede eenmaal per jaar een variabel bedrag onder de noemer 'winst'.<sup>6</sup>

Vervolgens trad in 1993 een derde toe tot het samenwerkingsverband. Bij die toetreding is een schriftelijke overeenkomst opgemaakt, waarvan artikel 1 onderdeel uitmaakte. Dit artikel luidde: 'Ik zal toetreden tot de maatschap waarin Y samen met anderen haar dierenartspraktijk uitoefent, met ingang van 1 juni 1993, zulks voor een tijd van één jaar tegen een voorschot op de winst van fl. 30.000,— per kwartaal. Deze voorschotten zullen worden verrekend met het aandeel in de winst dat aan X toekomt.' Indien partijen na één jaar de relatie

6. HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap), r.o. 3.1.

zouden voortzetten, werden zij geacht een nieuwe overeenkomst te zijn aangegaan, aldus de overeenkomst.<sup>7</sup>

Per 1 januari 1995 trad de oprichter van de dierenartsenpraktijk terug en zijn alle betrokkenen in cassatie met elkaar gaan samenwerken. Per 27 februari 2006 zijn verweerders in cassatie de dierenartsenpraktijk elders gaan uitoefenen.<sup>8</sup>

Verweerders in cassatie hebben in de procedure gemeend dat de samenwerking tussen partijen vanaf 1987 gekwalificeerd dient te worden als een maatschap en hebben gevorderd dat met terugwerkende kracht tot 1 januari 1995 dient te worden afgerekend op basis van gelijkwaardigheid. Daarnaast hebben zij ontbinding van de maatschap gevorderd. Eisers in cassatie hebben zich verweerd met de stelling dat geen sprake is van een maatschap, maar van een langdurige samenwerking in de vorm van een overeenkomst van opdracht, althans van overeenkomsten sui generis.<sup>9</sup>

De Rechtbank 's-Hertogenbosch en het Hof 's-Hertogenbosch oordeelden beide dat sprake was van een maatschap.<sup>10</sup> Het Hof overwoog daarbij dat weliswaar onvoldoende vaststond dat er sprake was van expliciete afspraken, hetzij in 1987, hetzij in of omstreeks 1995, waaruit blijkt dat partijen beoogden maatschapsovereenkomsten te sluiten. Het Hof heeft vervolgens overwogen dat de vraag aan de orde moest komen of op grond van alle overige omstandigheden van het geval en aanwijzingen moet worden geoordeeld dat er vanaf enig moment een maatschap bestond. Het Hof heeft daarbij acht geslagen op een reeks gezichtspunten, te weten: overeenkomst, samenwerking, gelijkheid/gelijkwaardigheid, verdeling van voordeel, inbreng en gerichtheid op voordeel voor alle deelnemers en de perceptie van de betrokkenen.<sup>11</sup>

Het eerste gezichtspunt is dat de maatschap vormvrij kan worden aangegaan. Dit verhoudt zich met artikel 7A:1655 Burgerlijk Wetboek (BW), waarin is bepaald dat de maatschap een overeenkomst is waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen.<sup>12</sup> Dit voordeel hoeft overigens niet in gelijke delen te worden verdeeld onder de maten; ook andere verdelingen zijn toegestaan, zolang maar niet de gehele winst aan één maat wordt toebedeeld.<sup>13</sup> Bij afwezigheid van een overeenkomst

over de verdeling van de winst is het winstaandeel evenredig aan de inbreng.<sup>14</sup>

De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.6.3 dat waar een schriftelijk contract ontbreekt, de totstandkoming van een overeenkomst mede kan worden afgeleid uit een tussen partijen op enig moment bestaande feitelijke situatie. Daarbij komt het aan op het bestaan van een contractuele relatie tussen alle betrokkenen. De Hoge Raad verwijst naar zijn arrest *ABN AMRO/Mahli*, waarin is overwogen dat het ontstaan van een contract mede kan worden afgeleid aan de hand van de feitelijke invulling die partijen aan een relatie geven.<sup>15,16</sup> In r.o. 3.7.3 overweegt de Hoge Raad dat het Hof deze maatstaf correct heeft gehanteerd en zich van zijn motiveringsplicht heeft gekweten.

Het arrest *ABN AMRO/Mahli* ging over de vraag of tussen ABN AMRO Bank N.V. en Mahli een arbeids-overeenkomst tot stand was gekomen. Mahli was in dienst bij De Gast B.V., maar werd gedetacheerd bij ABN AMRO Bank N.V. De vraag kwam aan de orde of Mahli geruisloos in dienst was getreden bij ABN AMRO Bank N.V. De Hoge Raad ging in dit arrest niet in op de vraag of sprake was van een arbeidsovereenkomst, maar uitsluitend of Mahli geruisloos was overgegaan van De Gast B.V. naar ABN AMRO Bank N.V.<sup>17</sup> Ook het in het cassatiemiddel genoemde arrest *Verhoef/Van Zuijlen*<sup>18</sup> speelt in de onderhavige casus niet. In dat arrest ging het om de vraag of – kort gezegd – een leerovereenkomst geruisloos van kleur kon verschieten en kon worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst. In dat geval is sprake van een duidelijk omschreven startpunt – in het geval dat aan *Verhoef/Van Zuijlen* ten grondslag lag: een leerovereenkomst – terwijl in het onderhavige geval de dierenartsen geen label hebben geplakt op hun oorspronkelijke samenwerking.<sup>19</sup>

Interessant in deze rechtsoverweging is voorts het oordeel van de Hoge Raad dat indien de rechter van oordeel is dat de rechtsverhouding tussen partijen zich heeft ontwikkeld van een overeenkomst van opdracht tot een overeenkomst van maatschap, het oordeel aan hoge motiveringseisen moet voldoen. Mijns inziens gelden diezelfde hoge motiveringseisen bij vrijwel iedere contractuele wisseling, dus niet uitsluitend bij de wisseling van een overeenkomst van opdracht in een andere overeenkomst. In de rechtspraak is het duidelijk, waar de wisseling van overeenkomst ook ten aanzien van

7. HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap), r.o. 3.1.

8. HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap), r.o. 3.1.

9. HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap), r.o. 3.2.

10. HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap), r.o. 3.3.

11. HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap), r.o. 3.4. A-G Wissink constateert in alinea 2.4.1 van zijn conclusie voor het arrest dat deze gezichtspunten een uitwerking vormen van de zogeheten *affectio societatis*: de wil van partijen om samen te werken op basis van gelijkwaardigheid.

12. Nader over de maatschap: Groene Serie Personenassociaties (W.J. Slagter), I-1.4; Asser/Maijer 2-I 1989, nr. 28; Asser/Maeijer & Van Olfen 7-VII\* 2010, nrs. 29, 31, 34; V.A.E.M. Meijers & A.L. Mohr, Van Personenvennootschappen, 2009, p. 18.

13. Art. 7A:1672 BW.

14. Art. 7A:1670 BW. Vgl. voorts conclusie A-G Wissink voor HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap), alinea 2.17-2.18.

15. HR 5 april 2002, LJN AD8186, NJ 2003, 124 (ABN AMRO/Mahli).

16. De arbeidsrechtelijke jurisprudentie over het bestaan van een arbeidsovereenkomst is (deels) verankerd in art. 7:610a BW, dat bepaalt dat indien gedurende drie achtereenvolgende maanden wekelijks of in ieder geval 20 uur per maand arbeid tegen beloning wordt verricht, deze arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst wordt vermoed te zijn verricht.

17. HR 5 april 2002, LJN AD8186, NJ 2003, 124 (ABN AMRO/Mahli).

18. HR 28 juni 1996, LJN ZC2118, NJ 1996, 711 (Verhoef/Van Zuijlen).

19. Vgl. conclusie A-G Wissink voor HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap), alinea 2.13-2.14.

arbeidsovereenkomsten is aangenomen. De grondslag zou kunnen worden gevonden in de arresten *Verhoef/Van Zuijlen* en *ABN AMRO/Mahli*: overeenkomsten kunnen niet zomaar van kleur verschieten en als andere overeenkomsten worden bestempeld. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist. Deze omstandigheden dienen in dat geval door de rechter te worden benoemd en gewogen.

Dit arrest blijft actueel, omdat de maatschap voorlopig onderdeel van het Nederlandse recht blijft uitmaken. Het Wetsvoorstel personenvennootschappen<sup>20</sup> leek hieraan een einde te maken doordat de maatschap en de vennootschap onder firma zouden worden vervangen door de zogeheten vennootschap.<sup>21</sup> De Wet personenvennootschappen zou in Boek 7 BW als titel 13 worden opgenomen. Bij brief van 5 september 2011<sup>22</sup> heeft de minister van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel personenvennootschappen ingetrokken, zodat de huidige personenvennootschappen – maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap – ongewijzigd blijven bestaan.

### 3. Batavus: de duurovereenkomst en het mededingingsrecht

36 Batavus is een producent van tweewielers. Verweerster in cassatie heeft een fietsenwinkel, maar verkoopt voornamelijk fietsen via internet met behulp van haar website. In de periode van 1990 tot en met 2001 bestond tussen partijen een bestendige handelsrelatie op grond waarvan Batavus aan verweerster fietsen verkocht.<sup>23</sup>

Verweerster verkocht de fietsen via internet tegen aanzienlijk lagere prijzen dan andere handelaren in Batavus-fietsen. Bij brief van 27 april 2001 heeft Batavus met ingang van 1 september 2001 de handelsrelatie met verweerster opgezegd met een uitlooperperiode tot en met 31 december 2001. Batavus is hiertoe overgegaan onder druk van concurrenten van verweerster, onder wie met name de in Euretco Tweewielers B.V. verenigde fietsenhandelaren. Euretco was een inkoopcombinatie die destijds ongeveer 20.000 fietsen per jaar van Batavus

afnam, ofwel 10 procent van de totale omzet van Batavus. Euretco zag namelijk met lede ogen toe hoe verweerster erin slaagde de fietsen op haar website voor lagere prijzen aan te bieden dan de winkeliers van Euretco in hun dure winkelpanden konden. In de internetverkoop werd een geduchte concurrent gezien. Euretco vreesde bovendien dat de klant in de winkels van Euretco-dealers de fiets zou komen bekijken en opmeten en dan vervolgens de daadwerkelijke bestelling deed bij een internetverkooppunt.<sup>24</sup>

Batavus had op zich geen bezwaar tegen de wijze waarop verweerster haar fietsen aan de man bracht, maar onder druk van een belangrijk deel van haar afnemers, waaronder Euretco, is besloten de handelsrelatie met verweerster op te zeggen om klantuitval te voorkomen.

In 2004 richtte Batavus een zogeheten selectief distributiestelsel op, waarbinnen Batavus de fietsendistributeurs selecteert en uitsluitend aan die distributeurs fietsen levert. De distributieovereenkomst die Batavus in het kader van het selectieve distributiestelsel aan haar distributeurs heeft voorgelegd, bevatte een bepaling die het de distributeur verbood de fietsen door te verkopen aan wederverkopers die geen onderdeel uitmaken van het selectieve distributiestelsel.<sup>25,26</sup>

In een door verweerster tegen Batavus aangespannen procedure speelde onder meer de vraag of Batavus gerechtigd was de duurrelatie door opzegging te beëindigen.<sup>27</sup> Zowel de Rechtbank Leeuwarden als het Hof Leeuwarden meende dat dit niet mogelijk was.

Het Hof Leeuwarden heeft geoordeeld dat de beëindiging door Batavus in 2001 van haar leveranties aan verweerster door de opzegging van de duurrelatie tussen partijen in samenhang bezien met de door Euretco en andere dealers op Batavus uitgeoefende druk, een door artikel 6 lid 1 Mededingingswet verboden onderlinge afgestemde feitelijke gedraging vormt. De opzegging is daarom nietig, zodat Batavus de leveranties niet had mogen stopzetten en aansprakelijk is voor de als gevolg van de stopzetting van leveranties door verweerster

20. Wetsvoorstel 28 746; de Invoeringswet van titel 7.13 BW is wetsvoorstel 31 065.

21. Blijkens art. 7:801 voorstel BW kon de vennootschap openbaar of stil zijn. De overeenkomst van oprichting van de vennootschap diende te bepalen of de vennootschap openbaar was. Voorts gold op grond van art. 7:802 voorstel BW voor het zijn van openbare vennootschap de eis dat de overeenkomst van oprichting van de vennootschap in een notariële akte zou worden vastgelegd.

22. <[www.recht.nl/exit.html?id=108677&url=http%3A%2F%2Fwww.rijksoverheid.nl%2Fbestanden%2Fdocumenten-en-publicaties%2Fkamerstukken%2F2011%2F09%2F07%2Fkamerbrief-wetsvoorstel-invoeringswet-titel-7-13-burgerlijk-wetboek-31-065%2F20110905-5708213-wetsvoorstel-invoeringswet-titel-7-13-burgerlijk-wetboek.doc](http://www.recht.nl/exit.html?id=108677&url=http%3A%2F%2Fwww.rijksoverheid.nl%2Fbestanden%2Fdocumenten-en-publicaties%2Fkamerstukken%2F2011%2F09%2F07%2Fkamerbrief-wetsvoorstel-invoeringswet-titel-7-13-burgerlijk-wetboek-31-065%2F20110905-5708213-wetsvoorstel-invoeringswet-titel-7-13-burgerlijk-wetboek.doc)>.

23. HR 16 september 2011, LJN BQ2213 (Batavus/X), r.o. 3.1.

24. HR 16 september 2011, LJN BQ2213 (Batavus/X), r.o. 3.1.; vgl. voorts conclusie A-G Keus voor het arrest, alinea 1.2-1.4.

25. Nader over het selectieve distributiestelsel: M.J. van Joolingen & D.T.A. Noordeloos, Franchise en mededingingsrecht: een bijzondere verhouding, *Contracteren* 2011/3, p. 89-96.

26. Overigens zal ik de mededingingsrechtelijke aspecten van deze casus, waaronder de toelaatbaarheid van de gekozen constructie onder het mededingingsrecht, de verplichting van Batavus om X een distributieovereenkomst aan te bieden en de vraag of de distributievergadering zich in dat kader kan beroepen op de contractsvrijheid, niet behandelen omdat zij het bestek van dit artikel te buiten gaan. De casus roept daarnaast de nodige interessante en prikkelende vragen op over de houdbaarheid van een zogeheten *dual pricing*-systeem, waarin een prijsonderscheid wordt gemaakt tussen producten die aan internetwederverkopers worden verkocht ten opzichte van dezelfde producten die aan wederverkopers die een *offline* winkel uitbaten worden verkocht. Nader over *dual pricing*: M.T.A.H. de Koning, Online verkopen aan banden gelegd of juist gestimuleerd onder de nieuwe Europese regels voor verticale overeenkomsten?, *Computerrecht* 2010/101.

27. Op de overige aspecten van de uitspraak wordt in dit artikel niet ingegaan.

geleden schade. Het Hof overwoog dat de opzegging onder de hiervoor geschetste omstandigheden niet een vrije en autonome keuze van Batavus is geweest, maar een die uitsluitend onder druk van haar klanten is genomen en die beoogden een eind te maken aan de prijsconcurrentie die de andere Batavus-distributeurs van weerster ondervonden. Om die reden kwalificeert de opzegging als onderdeel en sluitstuk van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Batavus en haar klanten.<sup>28</sup>

Artikel 6 Mededingingswet (Mw) verbiedt – kort gezegd – de overeenkomst tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die tot doel hebben de mededinging te beperken. Artikel 6 lid 2 Mw verklaart overeenkomsten die in strijd zijn met artikel 6 lid 1 Mw van rechtswege nietig. De bepaling van artikel 6 Mw is de Nederlandsrechtelijke vertaling van artikel 101 van het Werkingsverdrag van de Europese Unie.<sup>29</sup> Gelet op de Europeesrechtelijke origine van de bepaling dienen de in de bepaling gebezigde termen (EU-)verdragsautonom te worden uitgelegd en kennen bepaalde termen een andere lading dan onder het Nederlands recht gebruikelijk is.<sup>30</sup>

Zo dient onder onderneming te worden verstaan ‘elke entiteit die aan het economisch proces, gericht op het produceren of distribueren van goederen of het verlenen van diensten, deelneemt’.<sup>31</sup> Anders dan nietigheid naar Nederlands recht kan een Europeesrechtelijke nietigheid niet geconverteerd worden. Daarmee zou afbreuk worden gedaan aan het zogeheten nuttig effect van de regeling.<sup>32</sup> Zo kan een contractueel beding dat strijdig is met het mededingingsrecht niet worden geconverteerd in een geldig beding.<sup>33</sup>

Onder de term ‘onderling afgestemde feitelijke gedraging’ is niet vereist dat partijen over en weer duidelijk maken wat zij van plan zijn te gaan doen, maar kan het voldoende zijn dat een van de partijen duidelijk maakt wat zij van de andere partij verwacht en dat die andere partij vervolgens naar die uitgesproken verwachting handelt zonder dat zij dat vooraf bekend hoeft te hebben gemaakt.<sup>34</sup>

In cassatie stelde Batavus onder meer het bestaan van de duurrelatie aan de orde. Batavus meende dat voor de totstandkoming van een duurovereenkomst vereist is dat sprake is van aanbod en aanvaarding als bedoeld in arti-

kel 6:217 BW. De Hoge Raad oordeelt dat voor de totstandkoming van een duurovereenkomst niet steeds is vereist dat sprake is van aanbod en aanvaarding. In het algemeen komt een overeenkomst weliswaar tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan, maar dit hoeft niet steeds het geval te zijn, zoals ook in de parlementaire geschiedenis op artikel 6:217 BW is aangegeven.<sup>35</sup> In HR 21 december 2001, LJN AD5352, NJ 2002, 60 overwoog de Hoge Raad op de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, dat dit afhankelijk is van wat partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden. Aanbod en aanvaarding hoeven niet uitdrukkelijk plaats te vinden; zij kunnen in elke vorm geschieden en besloten liggen in één of meer gedragingen (art. 3:33, 3:35 en 3:37 lid 1 BW).<sup>36</sup>

In het onderhavige geval was sprake van vele afzonderlijke overeenkomsten binnen het kader van een raamovereenkomst en kwalificeerde deze relatie als duurovereenkomst. Dit oordeel is in overeenstemming met andere lagere rechtspraak en de rechtsliteratuur.<sup>37</sup> Hoewel partijen dus niet een schriftelijke duurovereenkomst zijn aangegaan, kan de duurovereenkomst uit de omstandigheden van het geval worden afgeleid.<sup>38</sup>

Ten aanzien van de opzegging heeft de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat een opzegging wegens strijd met het mededingingsrecht nietig kan zijn, in stand gelaten. In het arrest *Latour/De Bruijn* was door de Hoge Raad al beslist dat opzegging van een duurrelatie in beginsel mogelijk is, maar dat onder omstandigheden zwaarwegende redenen voor opzegging noodzakelijk zijn.<sup>39</sup> In het onderhavige arrest oordeelt de Hoge Raad dat de opzegging tevens wegens strijd met het (mededingings)recht nietig kan zijn. Dat zou mijns inziens ook kunnen gelden voor andere nietigheden, bijvoorbeeld als de opzegging het gevolg is van bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden of dwaling.<sup>40</sup>

Hoewel de Hoge Raad zich kon vinden in de methodiek van het Hof, heeft de Hoge Raad toch gecasseerd. Het Hof had namelijk niet geverifieerd of de mededinging

28. HR 16 september 2011, LJN BQ2213 (Batavus/X), r.o. 3.2.

29. PbEU 2008, C 115/47. Art. 101 VWEU is gelijk aan art. 81 van het oude EG-Verdrag, dat op zijn beurt gelijk is aan art. 85 van het voordien geldende EG-Verdrag.

30. Asser-Hartkamp 3-I\* 2008, nr. 79.

31. HvJ EG 23 april 1991, Jur. 1991, p. I-1979 (Höfner en Elser).

32. Asser-Hartkamp 3-I\* 2008, nr. 87-103. Vgl. voorts: A.S. Hartkamp, De algemene beginselen van het Unierecht en het privaatrecht, WPNR (2011) 6901, p. 780-789; T.F.E. Tjong Tjin Tai, Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht, WPNR (2011) 6901, p. 790-797.

33. HR 18 december 2009, LJN BJ9439, NJ 2010, 140 (Prisma/Slager).

34. HvJ EU 4 juni 2009, LJN BI7780, NJ 2009, 432 m.nt. MRM (T-Mobile).

35. HR 16 september 2011, LJN BQ2213 (Batavus/X), r.o. 3.3.1-3.6.

36. HR 16 september 2011, LJN BQ2213 (Batavus/X), r.o. 3.4.

37. Vgl. o.a. A.E.M. van der Putt-Lauwers, Opzegging en annulering – contracten zijn van tijdelijke makelij, *Beginselen van contractenrecht*, Kluwer: Deventer 2000, p. 113-129; M.H. Visscher, De opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten: een korte beschouwing, V&O 2007/6, p. 110-113; J.E. Brink-van der Meer & A.J. van der Vegt, Beëindiging van duurovereenkomsten, *Contracteren 2007/4*, p. 90-96; D.W. Beenders & P.W. den Hollander, Tussentijdse beëindiging van duurovereenkomsten voor bepaalde tijd, *VrA 2010/1*, p. 65-85; Rb. Den Bosch 3 december 2003, JOR 2004/91 (Runderploeg/Dumeco); Rb. Den Bosch 10 februari 2005, NJF 2005/122 (Albert Heijn/Peijnenburg); Rb. Leeuwarden 4 oktober 2006, NJF 2006/630 (X/Batavus; de zaak waarin HR 16 september 2011, LJN BQ2213 de cassatiezaak is); Rb. Arnhem 3 mei 2006, LJN AX7377 (De Vlieger/Douglas).

38. Vgl. het hiervoor besproken arrest HR 2 september 2011, LJN BQ3876 (Dierenartsmaatschap).

39. HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*).

40. Art. 3:44 BW en 6:228 BW.

merkbaar werd verstoord.<sup>41</sup> De term ‘merkbaar’ is niet in artikel 6 lid 1 Mw opgenomen, maar is gebaseerd op het aan artikel 6 Mw ten grondslag liggende Europese recht.<sup>42</sup>

Ook in het Batavus-arrest heeft de Hoge Raad dus de methodiek gesauveerd dat de rechter in een niet gekwalificeerde relatie tussen partijen zelf op zoek moet naar een kwalificatie van de rechtsrelatie. In dit geval werd een ongekwalificeerde handelsrelatie derhalve gekwalificeerd als een duurovereenkomst.

## 4. Subat/X: antispeculatiebeding wordt gematigd als ware het een boetebeding

Indien een houder van een motorbrandstoffenverkoop-punt (MBVP) zijn bedrijfsactiviteiten beëindigt, het MBVP heeft gesloten en zelf verantwoordelijk is voor het saneren en amoveren van het MBVP, kan hij zich aanmelden voor deelname aan de Subat-regeling.<sup>43</sup> In dat geval wordt de sanering namens Subat, een stichting die zich bezighoudt met het uitvoeren van bodemsaneringen van MBVP's, in principe uitgevoerd zonder kosten voor de locatie-eigenaar.

Verweerster in cassatie was eigenaresse van een dergelijke MBVP in Amsterdam en heeft met Subat een overeenkomst gesloten tot de bodemsanering van de locatie waar het MBVP is gelegen. Van de overeenkomst tussen Subat en de exploitant maakten de algemene voorwaarden tot bodemsanering tankstations van Subat onderdeel uit. Artikel 13 van deze algemene voorwaarden bevat een antispeculatiebeding dat als volgt luidt:

‘Indien de locatie of een gedeelte daarvan door de eigenaar binnen 10 jaar na ondertekening van de overeenkomst wordt verkocht, dan zal de eigenaar de saneringskosten, inclusief de daarmee verband houdende kosten, direct vergoeden nadat de Stichting daarom heeft verzocht, een en ander voor zover deze kosten niet meer bedragen dan de waardevermeerdering van de locatie als bedoeld in artikel 14. (...) Met verkoop wordt gelijkgesteld elke handeling die naar het oordeel van de Stichting in economisch opzicht daarmee vergelijkbaar is; (...)’<sup>44</sup>

Op 30 december 2003, binnen tien jaar na het sluiten van de overeenkomst, heeft verweerster het erfpacht-recht met betrekking tot de locatie verkocht en geleverd aan een derde. Subat heeft verweerster vervolgens gedagvaard voor de Rechtbank Amsterdam en met een beroep op artikel 13 van de algemene voorwaarden veroordeling gevorderd van verweerster tot betaling van een bedrag van € 74.874, te vermeerderen met de wettelijke rente. Deze vordering is door de rechtbank integraal toegewezen. In hoger beroep heeft het Hof Amsterdam het uit hoofde van artikel 13 van de algemene voorwaarden verschuldigde bedrag gematigd tot een bedrag van € 25.000, vermeerderd met de wettelijke rente. Subat is van dit arrest in cassatie gekomen.<sup>45</sup>

In cassatie speelde onder meer de vraag of artikel 13 van de algemene voorwaarden als oneigenlijk boetebeding moet worden gekwalificeerd, waarop de bepalingen in artikel 6:94 BW over de matiging van boetes analoog van toepassing is.

Subat meent dat dit niet het geval was en voert aan dat de boete uitsluitend kan worden toegepast op een verplichting die strekt tot versterking van en accessoir is aan een andere verbintenis of prestatie en/of strekt tot fixatie van schade als gevolg van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, althans niet strekt tot terugbetaling van reeds door de contractuele wederpartij van de debiteur gemaakte kosten.<sup>46</sup>

De Hoge Raad oordeelt dat een zuiver boetebeding als bedoeld in artikel 6:91 BW een accessoir karakter heeft, in die zin dat het afhankelijk is van het toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van een overeenkomst. Al haviltexend heeft het Hof het antispeculatiebeding van artikel 13 van de algemene voorwaarden uitgelegd als een oneigenlijk boetebeding. In de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:91 BW is opgemerkt dat niet is uitgesloten dat op een oneigenlijk boetebeding artikel 6:94 BW, dat de matigingsbevoegdheid van de rechter inhoudt, analoog van toepassing is. Of het artikel ook daadwerkelijk van toepassing is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Ook als het accessoire karakter ontbreekt, kan artikel 6:94 lid 1 BW op het oneigenlijke boetebeding worden toegepast.<sup>47</sup>

De kwalificatie van het antispeculatiebeding is van belang voor de vraag of de matiging van het op grond van het beding gevorderde bedrag moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 6:94 BW, dan wel op grond van bijvoorbeeld artikel 6:248 lid 2 BW.<sup>48</sup>

Het Hof heeft de matiging gemotiveerd met een verwijzing naar elf omstandigheden, waaronder het karakter van de Subat-regeling – het helpen van kleine tanksta-

41. HR 16 september 2011, LJN BQ2213 (Batavus/X), r.o. 3.9.1-3.10.2.

42. Vgl. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 14 en nr. 6, p. 38; HR 18 december 2009, LJN BJ9439, NJ 2010, 140 (Prisma/Slager).

43. Ter zijde wordt opgemerkt dat uit de praktijk van de auteur van dit artikel bekend is dat exploitatiegevers van motorbrandstoffenverkoop-punten geregeld met de exploitant overeenkomen dat de exploitatiegever voor eigen rekening en risico het MBVP zal amoveren en saneren.

44. HR 16 september 2011, LJN BQ8098 (Subat/X), r.o. 3.1.

45. HR 16 september 2011, LJN BQ8098 (Subat/X), r.o. 3.1-3.3.2.

46. HR 16 september 2011, LJN BQ8098 (Subat/X), r.o. 3.3.1-3.3.3.

47. HR 16 september 2011, LJN: BQ8098 (Subat/X), r.o. 3.3.4-3.3.5.

48. A.E. de Kreuk & T.H.M. van Wechem, Rechterlijke matiging van contractuele boeten – buitensporig en daarom onaanvaardbaar, VvA 2007/2, p. 79-88, betogen dat deze normen mogelijk niet een-op-een gelijk zijn.

tions die anders het leven zouden laten door de hoogte van de kosten die met een sanering gepaard gaan –, de omstandigheid dat de verkoop twee maanden voor het einde van de tienjarige periode plaatsvond, dat dit de laatste zaak onder de Subat-regeling was en dat de exploitant in staat was de transactie terug te draaien waardoor weer aan de regeling werd voldaan. Het Hof heeft verwezen naar het arrest Intrahof/Bart Smit, waarin door de Hoge Raad is overwogen dat matiging van een boete pas aan de orde komt als de boete tot een buitensporig en daardoor excessief resultaat zou leiden.<sup>49</sup> Deze maatstaf heeft het Hof volgens de Hoge Raad terecht aangelegd. Inhoudelijk heeft het Hof evenwel – zoals A-G Wissink in alinea 3.25.1.–3.26 van zijn conclusie voor het arrest opmerkt – mogelijk een vergissing gemaakt, waardoor het oordeel ondeugdelijk is gemotiveerd. Uitsluitend om die reden wordt gecasseerd.

Uit het Subat-arrest volgt evenwel dat het Hof bij de afweging of de boete tot een buitensporig en daarom excessief resultaat leidt, wel de nodige beoordelingsruimte heeft, mits het de maatstaf van het arrest Intrahof/Bart Smit hanteert. Het is evenwel de vraag of de terugdraaibaarheid van de transactie een rol zou moeten spelen. Het antispeculatiebeding houdt een verplichting om niet te doen in: gij zult de locatie niet vervreemden voordat tien jaar na het ondertekenen van de overeenkomst zijn verstreken. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat het schenden van een verplichting om niet te doen een tekortkoming oplevert die naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden.<sup>50</sup> In dat kader meen ik dat de eventuele latere terugdraaibaarheid van een transactie geen rol zou mogen spelen bij de beoordeling van de vraag of de boete gematigd mag worden.

Ook dit arrest is een mooi voorbeeld van een situatie waarin de rechter een door partijen niet gekwalificeerde relatie in het keurslijf van een juridisch rechtsfiguur giet. Naar mijn mening hoeft de kwalificatie van het antispeculatiebeding als oneigenlijk boetebeding niet op zich te staan. Ook annuleringsbedingen, die in de automobielbranche zorgvuldig worden gebruikt en die ook in de cateringbusiness nogal eens worden tegengekomen, voldoen mijns inziens aan het karakter van het oneigenlijke boetebeding.<sup>51</sup>

## 5. Conclusie

Het recht wordt wel eens vergeleken met een gereedschapskist. Om te weten welk gereedschap nodig is, is doorgaans een diagnose van het probleem noodzakelijk.

Dat is precies wat de Hoge Raad in de in deze bijdrage besproken arresten heeft gedaan. In de besproken arresten analyseerde de Hoge Raad eerst het probleem, waarna het bijpassende gereedschap werd gevonden en vervolgens het probleem kon worden aangepakt. Uit de arresten volgt dat een juiste diagnose van het probleem tot de juiste oplossing kan leiden. In het eerste geval leidde de diagnose dat sprake was van een maatschap tot toepasselijkheid van de artikelen 7A:1655 e.v. BW. In het tweede geval werd de diagnose ‘duurovereenkomst’ gesteld, zodat de opzegbaarheid van de duurrelatie via de over dat leerstuk ontwikkelde rechtspraak kon worden beoordeeld. In het derde geval werd het antispeculatiebeding als (oneigenlijke) boete gekwalificeerd, zodat voor de matigingsmogelijkheden naar artikel 6:94 BW moet worden gekeken.

49. HR 27 april 2007, LJN AZ6638, NJ 2007, 262 (Intrahof/Bart Smit). Vgl. HR 11 februari 2000, NJ 2000, 277 (Kok/Schoor), alsmede De Kreuk & Van Wechem 2007, p. 79-88.

50. HR 11 januari 2002, NJ 2003, 255 (Schwarz/Gnjatovic) en HR 22 juni 2007, LJN BA4122, NJ 2007, 343 (Fisser/Tycho).

51. Vgl. o.a. Rb. Utrecht 23 juli 2008, NJF 2008, 436, Prg 2009, 9 (Hutten Horeca).