

Actualia

contractspraktijk

Boetes: een kwestie van niet overvragen

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

1. Inleiding

De matiging van contractuele boetes is een onderwerp dat in de belangstelling blijft staan. Het is *het* leerstuk waarin de contractsvrijheid en de bescherming van de zwakkere partij als beginselen tegenover elkaar staan. In 2007 wees de Hoge Raad het standaardarrest Intrahof/Bart Smit, waarin hij overwoog – en bevestigde – dat matiging van een boete slechts aan de orde kan zijn indien de boete tot een buitensporig en daardoor excessief resultaat leidt. Daarvan is niet snel sprake en de enkele wanverhouding tussen het boetebedrag en de daadwerkelijke schade is niet voldoende om tot matiging over te gaan. Sinds 2007 zijn de ontwikkelingen niet stil blijven staan. De rechtspraak heeft zich voor de vraag gesteld gezien of de regel uit Intrahof/Bart Smit ook in een zaak tussen consumenten (C2C) en in algemene voorwaarden tussen een professional en een consument (B2C) onverkort geldt. Ook houden de omstandigheden die getoetst worden om al dan niet tot matiging te komen de rechtspraak bezig. Een arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2018 over dat laatste onderwerp vormt de aanleiding voor deze *Actualia*. Daarnaast ga ik in op de ambtshalve toetsing van boetes in de Nederlandse rechtspraak.¹

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

1. Dit is geen kwantitatief onderzoek naar de matiging van boetes. Voor een kwantitatief onderzoek wordt verwezen naar P.T.J. Wolters, De matiging van boetebedingen van koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken, ORP 2017/7136, p. 122-128; P.T.J. Wolters, De boetebedingen van de 'hebberige' schuldeiser in het licht van de vernietiging en matiging van contractuele boetes, ORP 2018/40, p. 39-49.

2. Matiging van boetes: alle omstandigheden van het geval

2.1 Boete: inrichting en aanvulling

Het boetebeding kent zijn eigen regeling in paragraaf 4 van afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW), in de artikelen 6:91 tot en met 6:94 BW.² Het boetebeding is in artikel 6:91 BW geformuleerd als 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 dat strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan. De boete kan dus een tweeledige functie hebben: prikkeling tot nakoming en schadefixatie.³

Van het boetebeding moet worden onderscheiden het annuleringsbeding, dat niet getriggerd wordt door de tekortkoming van de schuldenaar, maar door een contractueel verleend recht om de overeenkomst, al dan niet tegen betaling van een bepaalde vergoeding, op te zeggen zonder dat sprake is van een tekortkoming.

Van belang is verder dat de wettelijke regeling over boetebedingen van regelend recht is. Partijen kunnen dus goedgevoel van de wettelijke regeling afwijken, met dien verstande dat het uitsluiten van de matiging van de boete op grond van artikel 6:94 lid 3 BW een nietig beding is.

De wettelijke hoofdregel bij boetebedingen is dat de schuldeiser moet kiezen: hij kan niet én nakoming van

2. Nader over dit onderwerp o.a. Asser/Sieburgh 6-I (2016), nr. 425-428; E.W. van der Minne, Matiging contractuele boete: kans van slagen?, ORP 2015/161.

3. In gelijke zin: H.N. Schelhaas, Het boetebeding in het Europese contractenrecht (diss. UU), Deventer: Kluwer 2004, p. 3-5.

het boetebeding én nakoming van de verbintenis waaraan het boetebeding verbonden is, vorderen. Daarnaast treedt het boetebeding in de plaats van de schadevergoeding op grond van de wet en kan de schuldeiser geen nakoming vorderen indien de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend.

Deze regels, die door de wetgever in artikel 6:92 BW zijn neergelegd, zijn van regelend recht en dat is niet aan dovemansoren besteed. In de regel wordt contractueel bedongen dat naast de boete schadevergoeding kan worden gevorderd.⁴ De standaardkoopakte van de NVM bevat de bepaling dat de schuldeiser in geval van tekortkoming aan de zijde van de schuldenaar aanspraak kan maken op hetzij ontbinding van de overeenkomst en een boete ten bedrage van 10% van de koopsom, hetzij nakoming van de overeenkomst en een boete ten bedrage van 3 promille van de koopsom per dag dat dergelijke nakoming na ingebrekestelling uitblijft. Daarnaast bepaalt de standaardkoopakte van de NVM dat de boetebepaling het recht om aanvullende schadevergoeding te vorderen, onverlet laat.

De bepaling dat de boete het recht op aanvullende schadevergoeding onverlet laat, is inmiddels gemeengoed in het contractenrecht. Dat het beroep op aanvullende schadevergoeding contractueel moet worden geregeld omdat anders de hoofdregel geldt dat de boete in de plaats van schadevergoeding geldt, blijkt uit een arrest van de Hoge Raad van 7 februari 2014.⁵ Blijkens dit arrest had de uiteindelijke schuldeiser niet contractueel geregeld dat naast de boete schadevergoeding gevorderd kon worden. Het contractueel bepaalde bedrag kwam zodoende krachtens artikel 6:92 BW in de plaats van de wettelijke schadevergoeding. De werkelijk geleden schade was echter hoger dan de contractuele boete, maar het hof kende de schuldeiser geen aanvullende schadevergoeding toe. Het beroep op aanvulling van de schadevergoeding op de voet van artikel 6:94 lid 2 BW was onvoldoende betrokken en onderbouwd, zodat het hof hier aan voorbij mocht gaan, aldus de Hoge Raad.

Van belang is voorts dat voor het intreden van een boete verzuim vereist is. Artikel 6:93 BW bepaalt dat voor het vorderen van nakoming van het boetebeding een aanmaning of een andere voorafgaande verklaring nodig is in dezelfde gevallen als deze vereist is voor het vorderen van schadevergoeding op grond van de wet. De regels hierover worden gevonden in artikelen 6:74 e.v. BW. Kort en goed geldt dus ook voor het inroepen van de boete dat de schuldenaar in verzuim moet zijn, zodat bekeken moet worden of een ingebrekestelling noodzakelijk is dan wel het verzuim intreedt wegens het verstrijken van een fatale datum, een mededeling van de schuldenaar aan de schuldeiser dat de schuldenaar niet zal nakomen, de nakoming blijvend onmogelijk is, er sprake is van een vordering uit hoofde van onrechtmatige

ge daad of schadevergoeding, of de eis van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:81 e.v. BW).

In de praktijk wordt dit verzuimvereiste van artikel 6:93 BW vaak weggecontracteerd. Indien partijen het goed aanpakken, verwoorden zij dit als volgt: 'In geval van overtreding van bepaling X is de tekortschietende partij in verzuim en verbeurt zij aan de andere partij zonder dat nadere ingebrekestelling nodig is een boete ten bedrage van bedrag € Y.' De praktijk is evenwel weerbarstiger en doorgaans is het boetebeding vormgegeven in de volgende trant: 'In geval van overtreding van bepaling X verbeurt de tekortschietende partij aan de andere partij automatisch zonder rechterlijke tussenkomst de niet voor matiging vatbare boete ten bedrage van € Y.' In geval van een dergelijke bepaling moet er echter door uitleg worden vastgesteld of partijen de eis van een ingebrekestelling hebben weggecontracteerd, dan wel dat deze nog steeds geldt. Indien de rechter vaststelt dat vorenstaande zin de eisen van ingebrekestelling niet opzij stelt, zullen de rapen voor de schuldeiser doorgaans gaar zijn, in die zin dat van verzuim geen sprake is en dus ook de boete nog niet kan worden gevorderd.

2.2 Aantasting van de boete: vernietiging en redelijkheid en billijkheid

Indien de debiteur in verzuim verkeert jegens de crediteur, kan hij – afhankelijk van de verdere inhoud van de overeenkomst en de precieze formulering van de contractuele boete – naast de wettelijke remedies (zoals opschorting, schadevergoeding en ontbinding) ook de contractuele remedies (zoals de boete) voor zijn kiezen krijgen. De debiteur in kwestie staat wel een aantal verweermiddelen tegen de boete ten dienste.

Allereerst kan het boetebeding een onredelijk bezwarend beding vormen. Indien wordt vastgesteld dat de boete een algemene voorwaarde in de zin van artikel 6:231 onder a BW is,⁶ de wederpartij niet een grote wederpartij is in de zin van artikel 6:235 lid 1 BW, evenmin zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde set algemene voorwaarden gebruikt (art. 6:235 lid 3 BW) en ook niet een in het buitenland gevestigde professionele partij is (art. 6:247 lid 2 BW), kan de boete aan de open norm van artikel 6:233 onder a BW worden getoetst. Daarbij zijn alle omstandigheden van belang, waarbij in B2B-verhoudingen de mogelijkheid tot matiging van de boete (waarover in de volgende subparagraaf meer) een omstandigheid is die bij de beoordeling van de clause moet worden meegewogen.⁷

4. Hier past een waarschuwing: in het arbeidsrecht geldt voor boetes; art. 7:651 BW dwingt de werkgever te kiezen tussen de boete en de schadevergoeding. Het beding dat voor een en hetzelfde feit zowel een boete als een schadevergoeding toelaat, is integraal nietig.

5. HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:259, JOR 2014/186, m.nt. Damingh (Van de Mortel/Vast Goed).

6. Dat wil zeggen: het beding is opgesteld om in meerdere overeenkomsten te worden gebruikt. Het begrip 'algemene voorwaarde' is dus niet beperkt tot documenten waarboven het kopje 'algemene voorwaarden' prijkt, maar geldt ook voor in meerdere overeenkomsten ingezette bedingen, zoals boilerplates. Dit brengt boetes in bijvoorbeeld franchise- en distributieovereenkomsten ook onder het bereik van afdeling 6.5.3 BW.

7. HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007/115, m.nt. HJS (Meurs/Newomij). De matigingsmogelijkheid is in de regel een argument 'contra' onredelijk bezwarendheid.

In B2C-verhoudingen zal de boete ambtshalve aan artikel 6:233 onder a BW moeten worden getoetst.⁸ De matigingsmogelijkheid speelt jegens consumenten geen rol bij de beoordeling van de boete, omdat de toetsing plaatsvindt door de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten⁹ richtlijnconform toe te passen binnen artikel 6:233 onder a BW. Daarbij speelt de mogelijkheid van matiging geen rol, volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in zijn arrest Asbeek Brusse: een oneerlijk beding is niet bindend en de rechter kan niet opteren voor matiging.¹⁰ Op de ambtshalve toetsing van boetes en annuleringsbedingen ga ik in deze bijdrage niet nader in.¹¹ Het gevolg vernietiging is dat de boete met terugwerkende kracht uit de overeenkomst komt te ontvallen. Deze sanctie is dus voor het boetebeding verstrekkender dan de sanctie van matiging, die in beginsel uitgaat van rechtsgeldigheid van het boetebeding als zodanig.

Daarnaast kan het beroep op een boete naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid brengt met zich dat de boete op zichzelf rechtsgeldig is, maar dat in het onderhavige geval het beroep door de crediteur op de boeteclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹²

Een goed voorbeeld – zij het dat artikel 6:248 lid 2 BW werd gebruikt om de *opzegging* onaanvaardbaar te achten en niet de boete – vormt het arrest ING/De Keijzer.¹³ Het ging in dit arrest om opzegging van een kredietrelatie door de bank, waarbij de bank in verband met voortijdige beëindiging van het krediet een boeterente vorderde. De Keijzer verweerde zich en met succes. Het hof en de Hoge Raad beoordeelden het beroep door de bank op de opzeggingsbepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Met evenveel recht hadden het hof en de Hoge Raad naar mijn mening kunnen oordelen dat de opzegging wel stand houdt, maar dat het beroep op de boeterente bij vroegde aflossing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Bedacht dient te worden dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een strenge en tot terughoudendheid nopenende maatstaf kent. Het invoeren van een boete zal niet snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

8. HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (Asbeek Brusse); HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets).

9. Richtlijn 93/13 (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten), PbEG 1993, L 95/29.

10. HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (Asbeek Brusse).

11. Nader over dit onderwerp: J.H.M. Spanjaard, Schuld en boete in het ambtshalve consumentenrecht, ORP 2018/2, p. 18-24.

12. Vgl. HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112 (Bramer/Colpro).

13. HR 11 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, NJ 2015/70 (ING/De Keijzer). Nader over dit arrest o.a. J.H.M. Spanjaard, Beëindiging kredietrelatie of in vino veritas?, ORP 2015/51.

2.3 Matiging van boetes

Naast de vernietiging van de boeteclausule en het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kent de wet een derde sanctie: de matiging van de boete. Artikel 6:94 lid 1 BW (de matiging van boetes) krijgt veel aandacht in de (lagere) jurisprudentie.¹⁴ Over de matiging van boetes heeft de Hoge Raad een aantal instructieve arresten gewezen, waarin de nodige piketpalen zijn geslagen.

Allereerst zijn daar de beide arresten inzake Hauer/Monda, waarin de Hoge Raad – kort gezegd – oordeelde dat eenheidsboetes (dat wil zeggen: boetes die op een veelheid van overtredingen worden gesteld) in beginsel moeten worden gematigd.¹⁵ In r.o. 4.4 van Mauer/Honda brengt de Hoge Raad dit tot uitdrukking:¹⁶

‘In een dergelijk geval, waarin het boetebeding één bedrag bevat voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen, ligt het voor de hand dat in beginsel – in de bewoordingen van art. 6:94 lid 1 – de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maakt om, voor wat betreft het bedrag van de uiteindelijk verschuldigde boete, aan de hand van die maatstaf te differentiëren naar gelang van de ernst van de tekortkoming waardoor zij is verbeurd, en van de schade die daardoor is veroorzaakt.’

Dit oordeel wordt bevestigd in r.o. 3.4 van Monda/Hauer II:¹⁷

‘Het hiervoor in 3.1 vermelde arrest van de Hoge Raad houdt immers niet in dat de rechter in het onderhavige geval het bedrag van de uiteindelijk verschuldigde boete moet differentiëren op de wijze als in het middel omschreven, maar slechts dat het in een geval als het onderhavige voor de hand ligt dat in beginsel de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maakt op de nader in dit arrest omschreven wijze.’

Daarnaast heeft de Hoge Raad overwogen dat boetes moeten worden gematigd indien zij tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leiden. Deze regel wordt in de literatuur wel toegeschreven aan het arrest Intrahof/Bart Smit,¹⁸ maar is door de Hoge Raad al

14. Aflevering 17 uit 2012 van de Nederlandse Jurisprudentie Feitenrecht-spraak was – onder redactie van R.J.Q. Klomp en H.N. Schelhaas – geheel gewijd aan matiging van contractuele boetes. In deze aflevering zijn 36 uitspraken (NJF 2012/163 tot en met NJF 2012/199) opgenomen van rechtbanken en gerechtshoven uit alleen al 2010 en 2011.

15. HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2578, NJ 1998/725, m.nt. JH (Hauer/Monda); HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2741, NJ 2002/595, m.nt. JH (Hauer/Monda II).

16. HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2578, NJ 1998/725, m.nt. JH (Hauer/Monda).

17. HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2741, NJ 2002/595, m.nt. JH (Hauer/Monda II).

18. HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638, NJ 2007/262 (Intrahof/Bart Smit).

neergelegd in zijn arrest Kok/Schoor.¹⁹ In Kok/Schoor overwoog de Hoge Raad in een zaak waarin de daadwerkelijke schade f 210 bedroeg en de gevorderde boete f 50.000:

‘Art. 6:94 lid 1 BW geeft de rechter de bevoegdheid een contractuele boete op verlangen van de schuldenaar te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Aan deze voorwaarde kan voldaan zijn in het, zich hier naar de stellingen van Kok (“een enorme discrepantie”) voordoende, geval dat de bedongen boete in verhouding tot de schade als gevolg van de overtredingen buitensporig is.’

De Hoge Raad preciseerde dit oordeel in Intrahof/Bart Smit en gaf een gezichtspuntenlijst:

‘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 de 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 de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.’

In enkele alinea’s hiervoor gebruikte ik de term ‘Daarnaast’. Naar mijn mening bestaat de toets van Intrahof/Bart Smit naast die van Hauer/Monda en Hauer/Monda II en niet in plaats daarvan. Dat valt namelijk zowel materieelrechtelijk als bewijsrechtelijk te billijken. Materieelrechtelijk, omdat moet worden vastgesteld of de bedoeling en gerechtvaardigde verwachtingen van partijen waren dat op iedere overtreding – om het even hoe zwaar of ingrijpend zij is – dezelfde boete wordt geheven. Procesrechtelijk maakt het ook een groot verschil. Op grond van Hauer/Monda I en II moet de crediteur in geval van een eenheidsboete het bevrijdende verweer voeren dat de eenheidsboete ook op deze overtreding past. Van dat bevrijdende verweer draagt de crediteur de stelplicht en bewijslast. Daarna kan aan de hand van de overige omstandigheden van het geval worden vastgesteld of de boete gematigd moet worden. Het beroep op matiging zal in de regel door de debiteur geschieden, en op hem rusten dan ook de stelplicht en bewijslast. Van Peurseem poneerde in een conclusie van 22 januari 2016 dat de matiging van Hauer/Monda I en II wat hem betreft in de omstandighedencatalogus van Intrahof/Bart Smit is opgegaan.²⁰ Schelhaas meent – en daar sluit ik me om de hiervoor genoemde redenen bij

aan – dat voor Hauer/Monda I en II een eigen plek is ingeruimd naast Intrahof/Bart Smit.²¹

De gezichtspuntenlijst uit Intrahof/Bart Smit lijkt niet limitatief, ondanks dat de Hoge Raad de lijst niet laat voorafgaan door woorden als ‘onder meer’ of ‘zoals’. Immers, de gezichtspunten ‘hoedanigheid van partijen’ en ‘wie was de penvoerder van de overeenkomst’ komen er niet in voor, maar zijn in latere rechtspraak aanvaard. Wat betreft het gezichtspunt ‘hoedanigheid van partijen’ oordeelde de Hoge Raad in een arrest waarin twee consumenten tegenover elkaar stonden in een procedure over de boete van 10% uit een NVM-koopovereenkomst:

‘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. Van de door het middel gesignaleerde onvolledigheid is dan ook geen sprake. 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.’²²

Het gezichtspunt ‘penvoederschap’ komt aan de orde in het arrest Turan/Easystaff, dat aanleiding vormde voor deze *Actualia*.

3. Turan/Easystaff: gezichtspunten ingekleurd

Wat de praktijk vooral bezighoudt, is welke omstandigheden een rol spelen bij de matiging van contractuele boetes. In het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2018 in de zaak Turan/Easystaff speelde dit een pregnante rol.²³

In het kort ging de kwestie om het volgende. Turan houdt zich bezig met de exploitatie van een uitzendbureau specifiek voor werken met betrekking tot de aanleg van gasleidingen. Easystaff is een payroll-organisatie die zich bezighoudt met het in dienst nemen van personeel, de verloning van deze werknemers en het verrichten van daarmee verband houdende werkzaamheden, alsmede het leveren van personeelsdiensten. Turan en Easystaff werken sinds december 2009 samen, en eind augustus 2010 sluiten partijen een schriftelijke samenwerkingsovereenkomst. Van de samenwerkingsovereenkomst maakt onder meer een exclusiviteitsbepaling deel uit die bepaalt dat partijen van elkaars werknemers afblijven. Dit exclusiviteitsbeding wordt versterkt met een boete-

19. HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4779, NJ 2000/277 (Kok/Schoor).

20. Conclusie A-G Van Peurseem d.d. 22 januari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:11, alinea 3.8-3.12

21. H.N. Schelhaas, GS Verbintenissenrecht, art. 6:94 BW, aant. 7.

22. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4986, NJ 2012/459.

23. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207, NJ 2018/100 (Turan/Easystaff).

beding van € 20.000 per overtreding en € 5.000 voor iedere dag dat de overtreding voortduurt. Easystaff overtreedt het exclusiviteitsbeding, waarop Turan in totaal € 1.230.000 aan verbeurde boetes vorderde.²⁴

Het hof wijst uiteindelijk een bedrag van € 21.150 toe. Het hof heeft de gevorderde contractuele boete derhalve aanzienlijk gematigd. Als redenen voert het hof daarvoor aan, blijkens het arrest van de Hoge Raad:

‘Zijn oordeel dat er grond is voor matiging berust op de door het hof in hun onderlinge samenhang in aanmerking genomen omstandigheden (i) dat Protec de overeenkomst heeft opgesteld, dat zij de hoogte van de boetes heeft bepaald en dat daarover niet is onderhandeld (rov. 3.7.2), (ii) dat Protec niet heeft aangegeven op grond waarvan zij de hoogte van de wel erg hoge boetes heeft bepaald (rov. 3.7.2), (iii) dat de verbeurde boetes buitensporig hoog zijn in verhouding tot de werkelijk geleden schade (rov. 3.7.4), (iv) dat de overtredingen door Easystaff slechts enkele incidenten betreffen die in het begin van de contractperiode hebben plaatsgevonden en dat sindsdien geen andere overtredingen hebben plaatsgevonden (rov. 3.7.4), en (v) dat de bedoeling van de overeenkomst is om Protec te beschermen tegen concurrentie en dat de beboete handelingen niet tot verlies van klanten hebben geleid (rov. 3.7.4).²⁵

Het hof heeft daarmee volgens de Hoge Raad geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De genoemde omstandigheden kunnen het beroep op matiging dragen. Daarbij heeft het hof de aansporingsfunctie van de boete niet miskend.

Wat leert dit arrest ons? Zoals al langer bekend was, gaat het bij het schrijven van een contract om onder meer het in het oog houden van de gerechtvaardigde belangen van de contractuele wederpartij. Wie overvraagt, loopt het risico dat de door hem gevorderde boete wordt gematigd. Dit zal des te sterker spelen indien de boete verder verwijderd is van het bedrag van de daadwerkelijke schade. Echter, de maatstaf is nog steeds dat matiging van de boete pas aan de orde is als de billijkheid dat klaarblijkelijk eist. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval gewogen worden. Daaraan wordt ook in het arrest Turan/Easystaff niet getornd. Aan de in Intrahof/Bart Smit neergelegde gezichtspuntencatalogus kunnen worden toegevoegd ‘hoedanigheid van partijen’, ‘penvoerderschap’ en ‘de mate waarin over het beding is onderhandeld’.

Bij de matiging kan het verschil maken of de boete strekt tot gefixeerde schadevergoeding dan wel tot een nakomingsprikkel. In dat laatste geval dient de boete een zekere hoogte te hebben die uitstijgt boven de daadwerkelijke schade om de schuldenaar tot het gewenste gedrag te dwingen.

24. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207, NJ 2018/100 (Turan/Easystaff), r.o. 3.1.

25. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207, NJ 2018/100 (Turan/Easystaff), r.o. 3.4.2.

A-G Hartlief merkt in zijn conclusie voor het arrest nog op dat in geval van matiging van een boete uitgangspunt is dat gematigd wordt tot het punt dat toepassing van de boete niet langer tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Matiging mag wat hem betreft niet strekken tot wat de rechter zelf redelijk vindt, omdat de rechter daarmee het beginsel van contractsvrijheid tussen de partijen te veel geweld zou aandoen. De rechter dient volgens A-G Hartlief dan ook de matiging te motiveren: op welke gronden is de boete gematigd tot het toegewezen bedrag?²⁶ Ik meen dat de visie van Hartlief juist is. De rechter dient bij de matiging van boetes op zoek te gaan naar – zoals ik dat in navolging van Van Wechem en Rinkes zou willen noemen – ‘de pijngrens’.²⁷ Ofschoon het de rechter vrijstaat binnen de kaders van de rechtsstrijd tot een toepassing van het recht te komen die partijen niet direct bepleitten,²⁸ is terughoudendheid op zijn plaats, omdat het bij de toepassing en matiging van boetes gaat om wat partijen met elkaar hebben afgesproken. Het grijpt naar mijn mening te zeer in in de contractsvrijheid van partijen als zij een boete overeenkomen en die boete door de rechter vervolgens wordt gematigd tot een bedrag dat partijen bij het aangaan van de rechtsbetrekking niet voor ogen heeft gestaan. Daarbij moet ook het doel van de boete in ogenschouw worden genomen: gefixeerde schadevergoeding of nakomingsprikkel. Zeker bij de boete als nakomingsprikkel geldt dat er een zekere afschrikwekkende werking moet bestaan.²⁹ De Hoge Raad volgde dit onderdeel van de conclusie niet. In zijn visie had het hof de matiging voldoende gemotiveerd en kon hij verder niet in de feitelijke afweging treden.³⁰ Overigens kan een rechter dit onderwerp eenvoudig afdoen: als hij de pijngrens vaststelt op het bedrag tot waar hij matigt, is aan de motivering voldaan, zoals het arrest X/SBS laat zien.³¹

4. Afronding

De matiging van boetes blijft een weerbarstig leerstuk, verweven met de waardering van de feiten. De matiging kan alleen maar plaatsvinden als de billijkheid zulks klaarblijkelijk eist, waarvan sprake is als de boete leidt tot een buitensporig en daarmee onaanvaardbaar resul-

26. Conclusie A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2017:1327, alinea 3.13; in gelijke zin: Schelhaas 2004, p. 103-104.

27. T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, *Kroniek van het vermogensrecht*, NJB 2018/739, p. 991.

28. Vgl. HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0870, NJ 1994/290, m.nt. CJHB (Groningen/Erven Zuidema), waarin de Hoge Raad oordeelde dat het het hof vrijstond de betrokken bepalingen waarover partijen het niet eens waren, zelfstandig uit te leggen (en daarin tot een door geen van de partijen bepleite uitleg te komen).

29. In deze zin ook: Hof Den Bosch 3 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2797, r.o. 6.9.

30. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207, NJ 2018/100 (Turan/Easystaff), r.o. 3.4.3.

31. Hof Amsterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4259 (X/SBS), door A-G Hartlief aangehaald in ECLI:NL:PHR:2017:1327, alinea 3.14.

taat, waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden gewogen. In zijn arrest *Intrahof/Bart Smit* gaf de Hoge Raad al enkele gezichtspunten (te weten: de werkelijke schade en de hoogte van de boete, de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding, en de omstandigheden waaronder het beding is ingeroepen). In zijn arrest *Turan/Easystaff* accordeert de Hoge Raad de door het hof gegeven gezichtspunten: penvoerderschap, de rechtvaardiging voor de omvang van de boete, de mate van invloed die de debiteur op het boetebeding heeft gehad, de vraag of de inbreuk die aanleiding gaf tot de boete structureel of incidenteel was, en of het doel waarvoor de boete is opgesteld door de beweerde inbreuk is geschaad. Bij matiging lijkt vervolgens niet de ‘pijngrens’ (welke boete is nog wel aanvaardbaar) centraal te liggen, maar de redelijkheid die de rechter zelf oplegt. Die redelijkheid kan tot een lager bedrag leiden dan de ‘pijngrens’. Ik zou menen dat de matiging van de boete niet zo ver zou moeten gaan dat een bedrag wordt toegewezen dat minder is dan de daadwerkelijk geleden schade.³²

In consumentenzaken wordt onder de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten nog indringender getoetst: geabstraheerd van de matiging wordt beoordeeld of het boetebeding niet tot een onevenredige schadevergoeding leidt. Diezelfde norm geldt voor annuleringsbedingen. De sanctie is dat het boetebeding of het annuleringsbeding door vernietiging integraal en met terugwerkende kracht uit het contract wordt geschrapt, in beginsel zonder mogelijkheid van conversie. In consumentenzaken kan na vernietiging überhaupt geen beroep op het boetebeding worden gedaan.³³

Deze twee ontwikkelingen naast elkaar leiden tot de conclusie dat het opstellen van een boetebeding geen vrijbrief is. Wie overvraagt, loopt het risico zijn beste kaarten te verspelen en uiteindelijk met een lagere boete of – met name in het consumentenrecht – geen boete achter te blijven.

32. In gelijke zin: Schelhaas 2004, p. 103-104.

33. HvJEU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse*) en HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (*Heesakkers/Voets*). Zie voorts Rapport Ambtshalve Toetsing III (2018), <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rapport-at-III-31-juli-2018.pdf> (geraadpleegd op 22 augustus 2018), p. 32-36.