

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/160775>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-19 and may be subject to change.

De invloed van de verhouding tussen schade en boete op de matiging van boetebedingen. Een empirische analyse

AV&S 2016/20

De matiging van een bedongen boete is in het Nederlandse recht afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De verhouding tussen de schade en de boete speelt, anders dan in andere Europese rechtstelsels, geen centrale rol in de wet en de jurisprudentie van de hoogste rechter. De analyse van de lagere rechtspraak suggereert echter dat de verhouding ook in het Nederlandse recht een grote invloed heeft op de matiging van boetebedingen.

1. Inleiding

Een boetebeding is een clause die bepaalt dat de schuldenaar een geldsom moet betalen indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet. De rechter kan een dergelijke boete op grond van artikel 6:94 lid 1 BW matigen indien de billijkheid dit 'klaarblijkelijk' eist. Het artikel maakt echter niet duidelijk in welke gevallen de billijkheid matiging vereist. De redelijkheid en billijkheid² is immers een open norm³ en afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.⁴

De verhouding tussen de schade en de verbeurde boete is een voor de hand liggende relevante omstandigheid. De billijkheid eist eerder matiging als de schuldeiser een hoge boete opeist terwijl hij nauwelijks nadeel ondervindt door de tekortkoming van de schuldeiser. Zij vereist minder snel matiging als de bedongen boete zeer beperkt is in verhouding tot de schade die schuldeiser heeft geleden. De verhouding tussen schade en boete vormt daarom een 'natuurlijk' beginpunt bij de beantwoording van de vraag of de billijk-

heid klaarblijkelijk matiging van de bedongen boete eist. De parlementaire geschiedenis en jurisprudentie noemen een grote wanverhouding tussen schade en boete dan ook nadrukkelijk als argument om de bedongen boete te matigen.⁵ HR 27 april 2007, NJ 2007/262 (*Intrahoff/Bart Smit*) maakt echter duidelijk dat de invloed van deze omstandigheid niet moet worden overschat. In deze zaak matigde Hof 's-Gravenhage de verbeurde boete van € 100.739,21 tot € 45.600. Hoewel het Hof inging op de relevantie van verschillende omstandigheden, baseerde het zijn oordeel uiteindelijk slechts op één factor: de 'al te disproportionele discrepantie' tussen de verbeurde boete en de door de schuldeiser geleden schade. De Hoge Raad oordeelde dat het Hof hiermee de maatstaf van artikel 6:94 BW heeft miskend. De discrepantie rechtvaardigde geen matiging. De rechter mag slechts gebruik maken van zijn bevoegdheid tot matiging als de toepassing van het boetebeding tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt.⁶ Hij dient hierbij niet alleen te 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.

Uit *Intrahoff/Bart Smit* vloeit voort dat een wanverhouding tussen de bedongen boete en de werkelijke schade op zichzelf niet, of ten minste niet snel, kan leiden tot de matiging van een bedongen boete op grond van artikel 6:94 lid 1 BW.⁷ De ratio tussen schade en boete oefent geen overheersende invloed uit. De Hoge Raad stelt echter niet dat de verhouding niet van belang is. Integendeel, de overweging dat de rechter 'niet alleen' moet letten op de discrepantie tussen schade en boete, suggereert juist dat de verhouding wel degelijk invloed kan uitoefenen.⁸ De Hoge Raad maakt echter niet duidelijk hoe groot deze invloed is.

In dit artikel onderzoek ik de invloed die lagere rechters aan de verhouding tussen schade en boete toekennen. Hierbij beantwoord ik de volgende vragen: *in hoeverre oefent de verhouding tussen de schade en de bedongen boete invloed uit op*

1 Mr. P.T.J. Wolters is universitair docent burgerlijk recht en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit. De auteur dankt dhr. K. Muijres voor zijn hulp bij de selectie en codering van de uitspraken. Citeerwijze: P.T.J. Wolters, 'De invloed van de verhouding tussen schade en boete op de matiging van boetebedingen. Een empirische analyse', *AV&S* 2016/20, afl. 3.

2 Artikel 6:94 BW verwijst slechts naar de 'billijkheid'. Ook deze term verwijst naar de redelijkheid en billijkheid. Er bestaat geen juridisch verschil tussen de verschillende begrippen. Taalkundige overwegingen hebben de keuzes voor één van deze termen beïnvloed. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1036 (M.v.T. Inv.), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 66 (M.v.A. II) en 72 (Eindverslag I); A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW', *WPNR* (5559 en 5560) 1981, p. 215 en 217; G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën Nieuw BW deel A5), Deventer: Kluwer 1994, p. 16. Zie over de grondslag van de matiging van boetebedingen ook H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 67 en 73-79.

3 Zie onder andere Hartkamp 1981, p. 215; J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 3; M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 37.

4 Zie bijvoorbeeld HR 30 september 1983, NJ 1984/555; HR 21 april 1995, NJ 1995/437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*); HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (*DSM/Fox*); P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming & Recht deel 77), Deventer: Kluwer 2013, p. 30.

5 Zie onder andere *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 323-324 (T.M.) ('geheel onevenredig'); HR 11 februari 2000, NJ 2000/277 (*Kok/Schoor*) ('al te disproportionele discrepantie'). Zie ook Schelhaas 2004, p. 91-93.

6 Met andere woorden: de maatstaf van artikel 6:94 lid 1 BW is streng. Zie ook HR 13 juli 2012, NJ 2012/459 (*Van de Zuidwind/Faase*); *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 324 (T.M.) en 325 (M.v.A. II); H.N. Schelhaas, 'Waarheen met het boetebeding in Europa? Een analyse van het Engelse, Schotse, Belgische en Nederlandse recht en de Principles of European contract law', *TPR* 2000, p. 1414-1415; J.J. Dammigh, 'Mating van een contractuele boete: terughoudendheid troef', *ORP* 2011/5, p. 33; R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas, 'Mating van contractuele boetes: de praktijk', *NJF* 2012/162, p. 493; E.W. van der Minne, 'Mating contractuele boetes: kans van slagen?' *ORP* 2015/5, p. 22-23. Oranje stelt dat de maatstaf minder streng is dan de norm van artikel 6:248 lid 2 BW. D.J. Oranje, 'Mating van een bedongen boete', *ORP* 2011/5, p. 39.

7 Zie ook § 7.3. Heyman en Bartels stellen dat matiging op grond van het enkele uiteenlopen van schade en boete nog steeds mogelijk is, zolang de rechter maar aandacht besteedt aan de overige omstandigheden. H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties - Koop*, Den Haag 2012, nr. 574.

8 Zie ook Klomp & Schelhaas 2012, p. 494; Van der Minne 2015, p. 22.

de matiging van boetebedingen op grond van artikel 6:94 BW? Komt deze invloed overeen met de rol van de verhouding in andere rechtsstelsels?

De beantwoording van de eerste vraag is allereerst van belang voor de praktijk. De rechter moet regelmatig oordelen over een beroep op artikel 6:94 BW. Kennis over de invloed van de verhouding tussen schade en boete stelt partijen in staat om de kans van een dergelijk beroep beter in te schatten. Zij kan hierdoor bijdragen aan een efficiëntere geschilbeslechting. Dit geldt in het bijzonder als de invloed van de verhouding groot blijkt te zijn.

De beantwoording van beide vragen is daarnaast van belang vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Artikel 6:94 BW en *Intrahof/Bart Smit* maken duidelijk dat de matiging van een boetebeding afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. De verhouding tussen schade en boete is slechts een van de relevante omstandigheden. Uit paragraaf 3 blijkt dat het Nederlandse recht hiermee in een belangrijk opzicht afwijkt van de meeste Europese rechtsstelsels. De buitenlandse wetteksten en de uitspraken van de hoogste buitenlandse rechters stellen, in tegenstelling tot artikel 6:94 BW en de Hoge Raad, de discrepantie tussen schade en boete centraal. Deze tegenstelling wordt verzwakt indien de Nederlandse lagere rechters een grote invloed toekennen aan de verhouding tussen schade en boete.⁹ Het open karakter van de norm kan hierdoor bijdragen aan de verkleining van de Europese rechtsverscheidenheid.

Het artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 geef ik een korte schets van de functies van een boetebeding. De toelaatbaarheid van deze functies beïnvloedt de rol van de verhouding tussen schade en boete in de verschillende Europese rechtsstelsels (§ 3). Hierna volgt de empirische analyse van de Nederlandse lagere rechtspraak. Paragraaf 4 beschrijft de gevolgde methode. Hierna geef (§ 5) en analyseer (§ 6) ik de belangrijkste resultaten. In paragraaf 7 bespreek ik de uitspraken die niet aansluiten bij het in paragraaf 6 geschetste beeld. Het artikel eindigt met een conclusie (§ 8). Ik begin echter met een terminologische opmerking. Het begrip 'schade' is niet noodzakelijk beperkt tot vergoedbare schade in de zin van artikel 6:95 en 96 BW. Het omvat het hele belang dat de schuldeiser heeft bij de nakoming van de verplichting waarvoor het boetebeding is opgenomen. Hieronder valt dus ook 'schade' die zonder de clause niet voor vergoeding in aanmerking zou komen.¹⁰

2. De functies van een boetebeding

Artikel 6:91 BW beschrijft een boetebeding als een clause waarin "is bepaald dat schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht

9 Vergelijk C. Calleros, 'Punitive Damages, Liquidated Damages, and Clauses Penales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code', *Brooklyn J. Int'l. L.* (32) 2006, p. 106. Dit zegt overigens niets over toepassing van de buitenlandse regels. Ik onderzoek niet hoe de buitenlandse lagere rechters omgaan met de verhouding tussen schade en boete. Zie ook § 3.

10 Vergelijk *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1742 (M.v.A. II Inv.).

of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan". Het artikel maakt duidelijk dat een boetebeding twee functies kan vervullen: schadefixerings- en aansporingsfunctie.¹¹

Een boetebeding met een schadefixeringsfunctie biedt duidelijkheid. Het informeert de partijen over de bij een eventuele tekortkoming te betalen schadevergoeding. Deze functie is vooral van belang als de precieze schade moeilijk zal zijn te bepalen. De boete maakt procedures om deze schade achteraf vast te stellen immers overbodig.¹² De door het beding beoogde zekerheid vereist geen boete die hoger is dan de (moeilijk vast te stellen) werkelijke schade. Integendeel, partijen die slechts geïnteresseerd zijn in het vooraf fixeren van de schade zullen de boete stellen op een bedrag dat correspondeert met de ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbare schade.¹³

Een boetebeding met een aansporingsfunctie is bedoeld om de schuldenaar te prikkelen tot nakoming.¹⁴ Hoe hoger de boete, des te sterker is de prikkel. Van een boete die correspondeert met de vergoeding die de schuldenaar ook zonder het beding zou moeten betalen, gaat immers geen extra aanmoediging uit.¹⁵ Het Nederlandse recht staat boetebedingen met een aansporingsfunctie toe. Het accepteert dat er een zekere discrepantie bestaat tussen schade en boete. De aansporingsfunctie van een beding pleit daarom tegen matiging op grond van een dergelijk verschil.¹⁶

De functie van het beding beïnvloedt het belang van de verhouding tussen schade en boete. De betekenis van het onderscheid tussen de verschillende functies dient echter niet te worden overschat. De wettelijke bepalingen, waaronder artikel 6:94 BW, zijn op grond van artikel 6:91 BW van toepassing op alle boetebedingen. Een enkel beding kan bovendien beide functies vervullen.¹⁷ De partijen kunnen bijvoorbeeld een boetebeding opnemen omdat de precieze schade moeilijk zal zijn vast te stellen (schadefixeringsfunctie) en tegelijkertijd de boete bewust op een niveau stellen dat de werkelijke schade waarschijnlijk zal overtreffen (aansporingsfunctie).

3. De rol van de verhouding tussen schade en boete in verschillende Europese rechtsstelsels

In deze paragraaf bespreek ik de invloed van de verhouding tussen schade en boete in verschillende Europese rechtsstel-

11 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 321 (T.M.); Schelhaas 2004, p. 20 en 65. Zie § 3 over deze functies in andere rechtsstelsels.

12 F. Brandsma, *Gemeen recht in Groningen. Enige opmerkingen over de matiging van bedongen boetes door de rechter* (oratie Groningen), Groningen: Chimaira 2000, p. 7-8; Schelhaas 2004, p. 3 en 5; Van der Minne 2015, p. 20.

13 Van der Minne 2015, p. 21. Brandsma 2000, p. 8 stelt dat de partijen de werkelijke schade zoveel mogelijk zullen benaderen. Zie ook hieronder over een boetebeding dat beide functies vervult.

14 Brandsma 2000, p. 7; Schelhaas 2004, p. 3 en 5; Van der Minne 2015, p. 20.

15 Vergelijk Brandsma 2000, p. 8; Van der Minne 2015, p. 21-22. Zie ook noot 48.

16 HR 13 juli 2012, NJ 2012/459 (*Van de Zuidwind/Faase*); *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 325 (M.v.A. II); Schelhaas 2004, p. 83, 91 en 93; Klomp & Schelhaas 2012, p. 494; Wolters 2013, p. 222; Van der Minne 2015, p. 22. Zie ook § 7.2.

17 Brandsma 2000, p. 8; Schelhaas 2004, p. 5, 65 en 464; Van der Minne 2015, p. 22. Zie ook § 7.2.

sels. Hierbij besteed ik in het bijzonder aandacht aan de rol van de verhouding in de wet en de uitspraken van de hoogste rechter. Het buitenlandse recht kan op deze manier worden vergeleken met het Nederlandse recht zoals dit is weergegeven in artikel 6:94 BW en *Intrahof/Bart Smit*. De paragraaf pretendeert dus geen uitputtend overzicht te geven van alle aspecten van de matiging van boetebedingen. In het bijzonder bevat dit artikel geen kwantitatief onderzoek naar de rol van de verhouding tussen schade en boete in de buitenlandse lagere rechtspraak.

Tussen de Europese rechtsstelsels bestaan verschillen ten aanzien van de matiging van boetebedingen en de rol van de verhouding tussen schade en boete. Deze verschillen zijn voor een groot gedeelte te herleiden tot andere uitgangspunten over de toelaatbaarheid van de verschillende functies van de bedingen.¹⁸

In de meeste stelsels zijn zowel bedingen met een schade-fixerings- als een aansporingsfunctie afdwingbaar.¹⁹ Dit geldt echter niet in alle landen. Het Engelse recht maakt een onderscheid tussen afdwingbare schade-fixeringsbedingen, *liquidated damages clauses*, en ongeldige strafbedingen, *penalty clauses*.²⁰ Het Engelse Supreme Court heeft in *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi and ParkingEye Limited v Beavis*, [2015] UKSC 67 een nieuwe test geformuleerd om deze clausules van elkaar te onderscheiden.²¹ Lord Neuberger and Lord Sumption beschrijven een *penalty* als “*a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation. The innocent party can have no proper interest in simply punishing the defaulter. His interest is in performance or in some appropriate alternative to performance.*” De kwalificering van een beding als *penalty clause* is dus in de eerste plaats²² afhankelijk van de verhouding tussen het afgesproken bedrag en het *voorzienbare*²³ belang dat de schuldeiser bij de nakoming heeft. De *werkelijke* schade is niet van belang.²⁴ Zij kan hoog-

stens een rol spelen bij het bepalen van de op het moment van het sluiten van de overeenkomst voorzienbare schade.²⁵ Ook in het Belgische recht zijn slechts boetebedingen met een schade-fixeringsfunctie toegestaan.²⁶ De vaststelling van een te hoog bedrag leidt echter niet tot (volledige) nietigheid.²⁷ De rechter kan de boete op grond van artikel 1231 § 1 Belgisch Burgerlijk Wetboek verminderen als de vastgestelde som het bedrag dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden kennelijk te boven gaat. De matiging van een boetebeding op grond van de wet is dus afhankelijk van de verhouding tussen de boete en de op het moment van contractsluiting *voorzienbare* potentiële schade.²⁸ Het ontbreken van werkelijke schade is niet van belang.²⁹ De rechter kan een boetebeding daarnaast matigen als er sprake is van rechtsmisbruik.³⁰ Rechtsmisbruik is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.³¹ De verhouding tussen de *werkelijke* schade en de boete is een van de relevante omstandigheden.³²

Ook in rechtsstelsels waarin de aansporingsfunctie wel is toegestaan, speelt de verhouding tussen schade en boete een belangrijke rol. In het Franse recht kan een boetebeding zowel een schade-fixerende- als een aansporingsfunctie vervullen.³³ Artikel 1152 lid 1 *Code Civil* gaat uit van de afdwingbaarheid van contractuele boetes. Lid 2 stelt echter dat de rechter de boete kan matigen als zij ‘*manifestement excessive*’ is. De beperking van de bedongen vergoeding is primair afhankelijk van de verhouding tussen

18 Zie ook Schelhaas 2004, p. 6.

19 C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 964.

20 Schelhaas 2004, p. 39 en 166; G.H. Treitel/E. Peel, *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell 2011, nr. 20-130–20-131; H.G. Beale, ‘Damages’, in: H.G. Beale (red.), *Chitty on Contracts. Volume I. General Principles*, London: Sweet & Maxwell 2012, nr. 26-125; B. Pasa, ‘The European Law of Contractual Penalties’, *ERPL* 2015, p. 360. De term ‘boetebeding’ omvat beide functies. Vergelijk Schelhaas 2004, p. 14; Pasa 2015, p. 359.

21 De voorheen geldende criteria waren afkomstig uit *Dunlop Pneumatic Tyre Company v. New Garage and Motor Company*, [1914] UKHL 1.

22 Andere omstandigheden kunnen zijdelings een rol spelen. Een beding is bijvoorbeeld minder snel ongeldig bij commerciële contracten waarin de partijen een gelijkwaardige onderhandelingspositie hebben. *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi and ParkingEye Limited v Beavis*, [2015] UKSC 67; E. Peel, ‘The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law’, in: G. Cordero-Moss, *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 161-162.

23 Schelhaas 2000, p. 1383. Het gaat om de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. *Dunlop Pneumatic Tyre Company v. New Garage and Motor Company*, [1914] UKHL 1. *Cavendish* brengt hierin geen verandering. Lord Hodge zoekt bijvoorbeeld aansluiting bij “*the highest level of damages that could possibly arise from the breach*”.

24 Beale 2012, nr. 26-125.

25 *Philips Hong Kong Ltd v A-G Hong Kong*, 61 BLR 41 (UKPC 1993); Burrows 2004, p. 443.

26 Cass. 24 november 1972, RW 1973-74, 2427; Cass. 8 februari 1974, RW 1973-74, 2429; Cass. 2 december 1983, RW 1984-85, 1246; Cass. 21 november 1985, RW 1986-87, 2872; E. Wymeersch, ‘Strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet’, RW 1973-74, p. 2433-2436; Schelhaas 2004, p. 43 en 178; W. van Gerven (m.m.v. S. Covemaeker), *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2006, p. 190.

27 Cass. 6 december 2002, RW 2003-04, 703; A. Goegebuer, ‘Excessieve strafbedingen: brandstapel of guillotine’, RW 2003-04, p. 705 en 707; Schelhaas 2004, p. 184-187; Van Gerven 2006, p. 191.

28 Cass. 21 november 1985, RW 1986-87, 2872; Schelhaas 2004, p. 190-192; Van Gerven 2006, p. 191.

29 Cass. 26 januari 2001, RW 2000-01, 1279; Schelhaas 2004, p. 191. De rechter kan het beding echter niet matigen tot een bedrag dat lager is dan de werkelijke schade. Art. 1231 § 1 BBW; Van Gerven 2006, p. 191.

30 Cass. 20 november 1987, RW 1987-88, 1099; Cass. 18 februari 1988, RW 1988-89, 1226; Cass. 8 februari 2001, RW 2001-02, 778; H. Bocken, ‘De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen’, RW 1989-90, p. 1045 en 1047; A. van Oevelen, ‘Actuele jurisprudentiele en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen’, RW 1994-95, p. 807-808; Van Gerven 2006, p. 192; S. Stijns, ‘Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiters voor gebruik!’, in: P. Wéry & S. Stijns (red.), *Le juge et le contrat*, Brugge: Die Keure 2014, p. 115.

31 Cass. 30 januari 2003, RW 2005-06, 1219; Cass. 9 maart 2009, Arr. Cass. 2009/762; Cass. 1 oktober 2010, RW 2011-12, 142; Cass. 17 januari 2011, Arr. Cass. 2011/219; Van Gerven 2006, p. 100 en 196; N. Simons, ‘Misbruik van exoneratiebedingen in het Belgische recht. Een rechtsvergelijkend perspectief met de Draft Common Frame of Reference’, *Jura Falconis* (48) 2011-2012, p. 109-110; A.K. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?* (diss. Leuven), Brugge: die Keure 2013, p. 381; Stijns 2014, p. 102.

32 Zie bijvoorbeeld Cass. 18 februari 1988, RW 1988-89, 1226 (de schade was onredelijk hoog opgelopen doordat de verhuurder pas laat optrad); Vred. Sint-Niklaas 12 november 1990, R.W. 1991-92, 856 (de verhuurder lijdt geen schade en misbruikt zijn recht door toch het volledige bedrag te vorderen).

33 Schelhaas 2004, p. 33 en 112-122; Calleros 2006, p. 100-103; M. Carnassa, ‘Contractual Penalties in French Law’, *ERPL* 2015, p. 299.

de *werkelijke*³⁴ schade en de boete. De matiging kan niet *uitsluitend* worden gebaseerd op andere omstandigheden zoals het gedrag en de financiële positie van de schuldeaar.³⁵

Ook in het Italiaanse recht kan een boetebeding beide functies vervullen.³⁶ Een overeengekomen boete is op grond van artikel 1382 *Codice Civile* (CC) afdwingbaar, onafhankelijk van het bestaan van werkelijke schade.³⁷ Artikel 1384 CC stelt echter dat de rechter de boete kan matigen als zij, rekening houdend met het belang dat de schuldeiser bij nakoming heeft, '*manifestamente eccessivo*' is. Het artikel plaatst de matiging van een boete hiermee in de sleutel van de verhouding tussen het belang, of de *werkelijke*³⁸ schade, van de schuldeiser en de hoogte van de boete.

Het Duitse recht staat beide functies van het boetebeding toe. Het maakt echter, anders dan het Franse, Italiaanse en Nederlandse recht, onderscheid tussen de bedingen met een schadefixerings- en een aansporingsfunctie.³⁹ Het wettelijke regime van de paragrafen 339-345 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) is slechts van toepassing op een beding met een aansporingsfunctie, een '*Vertragsstrafe*'.⁴⁰ De rechter kan deze boetebedingen op grond van paragraaf 343 BGB matigen als het afgesproken bedrag '*unverhältnismäßig hoch*' is. Hij moet hierbij rekening houden met alle (materiele en immateriële) belangen van de schuldeiser. Het artikel plaatst de matiging in de sleutel van de verhouding tussen schade en boete. Hierbij kunnen zowel de *werkelijke* als de *voorzienbare* schade van belang zijn.⁴¹ Andere omstandigheden kunnen echter ook invloed uitoefenen.⁴² Het enkele ontbreken van schade leidt niet automatisch tot de conclusie dat de boete dient te worden gematigd.⁴³ Een beding met een schadefixeringsfunctie, een '*Schadensersatzpauschale*', kan niet worden gematigd op grond van paragraaf 343 BGB. Dergelijke boetes kunnen slechts door middel van andere rechtsfiguren worden beperkt. Ook hier kan de verhouding tussen schade en boete van belang zijn.⁴⁴ De verhouding tussen de voorzienbare schade en de afgesproken boete oefent bovendien invloed uit op de kwalificering van de clause.⁴⁵

De matiging van een boetebeding is ten slotte ook in verschillende internationale instrumenten in de eerste plaats afhankelijk van de verhouding tussen de schade en de boete. De artikelen III.-3:712(2) *Draft Common Frame of Reference* en 7.4.13(2) *Unidroit Principles* stellen dat de boete kan worden gematigd als zij in verhouding tot de *werkelijke*⁴⁶ schade en de andere omstandigheden '*grossly excessive*' is.

Deze paragraaf geeft geen uitputtend overzicht van de regels over boetebedingen in de verschillende Europese rechtsstelsels. Wel laat ik zien dat alle besproken stelsels een ding gemeen hebben: de besproken buitenlandse jurisprudentie (Engeland) en wetsartikelen (andere stelsels) plaatsen de beperking van de boetebedingen expliciet in de sleutel van de verhouding tussen de voorzienbare (Engeland, België) of werkelijke (Frankrijk, Italië, *Draft Common Frame of Reference*, *Unidroit Principles*) schade en de boete. Andere omstandigheden kunnen ook van belang zijn. Zij doen echter geen afbreuk aan de centrale rol van de verhouding tussen schade en boete. De buitenlandse stelsels wijken hiermee af van het Nederlandse recht zoals dit is weergegeven door de wet en de jurisprudentie van de Hoge Raad. Uit artikel 6:94 BW en *Intrahoff/Bart Smit* blijkt immers dat de verhouding slechts een van de relevante omstandigheden is.

4. Het onderzoek

In dit onderzoek analyseer ik de vanaf 2013 gepubliceerde uitspraken waarin feitenrechters artikel 6:94 lid 1 BW toepassen. De uitspraken zijn gevonden door op 2 december 2015 via *rechtsorde.nl* te zoeken op '6:94 BW matiging'.⁴⁷ Ik analyseer alleen gepubliceerde uitspraken met een ECLI-nummer. De selectie is dus niet willekeurig. Ik ben echter niet bekend met aanwijzingen dat rechters het artikel in ongepubliceerde uitspraken anders toepassen. Het is mogelijk dat uitspraken met een 'bijzondere' uitkomst vaker worden gepubliceerd. Dit zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat er relatief veel zaken zijn geselecteerd waarin de rechter de boete matigt. Deze mogelijke systematische verschillen worden echter verkleind doordat het beroep op artikel 6:94 BW in de meeste gevallen slechts een van de twistpunten is.⁴⁸ Met andere woorden: de behandeling van het beroep op de matiging is niet noodzakelijk de doorslaggevende reden voor de publicatie geweest.

Ik heb per uitspraak aangegeven of de rechter de verbeurde boete matigt. Daarnaast heb ik de hoogte van de boete, het

34 Schelhaas 2004, p. 128-129; Calleros 2006, p. 105; Pasa 2015, p. 365.

35 Schelhaas 2004, p. 128; Calleros 2006, p. 106; G. Viney & P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2010, p. 597-598 en 601; Carnassa 2015, p. 303.

36 Pasa 2015, p. 359; F.P. Patti, 'Penalty Clauses in Italian Law', *ERPL* 2015, p. 313-314.

37 Patti 2015, p. 311 en 316.

38 Pasa 2015, p. 365; Patti 2015, p. 317 en 320-321.

39 Schelhaas 2004, p. 47, 211-219 en 425; F. Faust, 'Contractual Penalties in German Law', *ERPL* 2015, p. 288; Pasa 2015, p. 359. Hetzelfde geldt in het Zwitserse recht. Schelhaas 2004, p. 53.

40 Schelhaas 2004, p. 213.

41 *Staudinger/Volker Rieble* (2015) BGB § 343 Rn. 129; *MüKoBGB/Gottwald* (2016) BGB § 343 Rn. 17-18.

42 Schelhaas 2004, p. 226-228; Faust 2015, p. 293-294; *Staudinger/Volker Rieble* (2015) BGB § 343 Rn. 115 en 135; *MüKoBGB/Gottwald* (2016) BGB § 343 Rn. 17-18.

43 Schelhaas 2004, p. 227; *Staudinger/Volker Rieble* (2015) BGB § 343 Rn. 126; *MüKoBGB/Gottwald* (2016) BGB § 343 Rn. 21.

44 Zie bijvoorbeeld § 309 lid 5 BGB; Schelhaas 2004, p. 231-232.

45 Schelhaas 2004, p. 221. Zie over de kwalificering ook *Staudinger/Volker Rieble* (2015) Vorbemerkungen zu §§ 339 ff, Rn. 62-65.

46 DCFR 2010, p. 963; UNIDROIT, International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT principles of international commercial contracts 2010*, Rome: UNIDROIT 2010, p. 385; Pasa 2015, p. 377.

47 Verfijnd op: jurisprudentie. Sorteren op: datum. De uitspraken zijn een voor een nagegaan. Uitspraken waarin de rechter geen beslissing neemt over de toepassing van art. 6:94 lid 1 BW zijn niet geselecteerd.

48 Vergelijk overweging 3.29 van de conclusie van A.-G. Wissink bij HR 13 juli 2012, *NJ* 2012/459 (*Van de Zuidwind/Faase*).

Tabel 1. De verhouding tussen de werkelijke schade en het totale toewijsbare bedrag

Verhouding werkelijke schade/ totale toewijsbare bedrag	Aantal	% van alle uitspraken	% van de uitspraken waarin de werkelijke schade is vastgesteld	Aantal gematigd	% gematigd
0 ⁵⁸	20	17	39	15	75
0.01-0.25	9	9	18	9	100
0.26-0.50	7	6	14	5 ⁵⁹	71
0.51-1	10	8	20	1 ⁶⁰	10
>1 ⁶¹	5	4	10	0	0
totaal	51	43	100	30	59
Geen uitspraak over de pre- cize omvang van de werkelijke schade	67	57		23	34

totale toewijsbare bedrag⁴⁹ en de werkelijke⁵⁰ veroorzaakte schade genoteerd. Het gaat hierbij telkens slechts om de bedragen die in verband staan met de tekortkoming die tot het verbeuren van de boete heeft geleid.⁵¹ In dit onderzoek analyseer ik de invloed die lagere rechters aan de verhouding tussen schade en boete toekennen. Ik ben daarom steeds uitgegaan van de bedragen zoals zij *door de rechter* zijn vastgesteld. In verschillende uitspraken stelt de rechter de precieze schade niet vast, maar maakt hij wel een opmerking over de omvang van het belang van de schuldeiser. Deze opmerkingen zijn ook genoteerd. Daarnaast blijkt de in geld uitgedrukte waarde van de niet-vervulde verplichting, los van de boete of door de tekortkoming veroorzaakte schade, in sommige gevallen uit de uitspraak.⁵² Deze bedragen zijn genoteerd. Hierbij heb ik onderscheid gemaakt tussen boetes die de niet-vervulde verplichting vervangen⁵³ en bedragen die worden verbeurd door het te laat verrichten van een prestatie.⁵⁴ Ten slotte is de hoedanigheid (particulier of professioneel) van de schuldeiser en de schuldenaar genoteerd. De hoedanigheid van de partijen heeft echter geen invloed op het belang van de verhouding tussen schade en boete.⁵⁵ Dit artikel gaat hier daarom verder niet op in.

5. De resultaten

De volledige gegevens zijn beschikbaar op <http://dx.doi.org/10.17026/dans-xxz-q9ke>. In 53 van de 118 geselecteerde uitspraken (45%) matigde de rechter de gevorderde boete.⁵⁶ In de overige uitspraken wees de rechter het beroep op matiging af.

Tabel 1 geeft een overzicht van de frequenties van de verhoudingen tussen de door de schuldeiser gevorderde bedragen en de werkelijke schade. Deze verhouding is berekend door de vastgestelde werkelijke schade te delen door het totale toewijsbare bedrag.⁵⁷ De tabel geeft aan hoe vaak de rechter de bij deze verhoudingen behorende boete heeft gematigd. De rechter doet in veel gevallen geen uitspraak over de omvang van de werkelijke schade. Bij deze uitspraken ontbreekt de informatie over de werkelijke schade.

49 De overeenkomst kan bepalen dat de boete *naast* de schadevergoeding kan worden gevorderd. Art. 6:92 lid 2 BW is van regelend recht. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 322 (T.M. en M.v.A. II); Schelhaas 2004, p. 268; Van der Minne 2015, p. 20.
 50 In geen enkele uitspraak ging de rechter in op de ten tijde van de contractsluiting voorzienbare schade. Vergelijk Schelhaas 2004, p. 309.
 51 Ik geef een voorbeeld om dit te verduidelijken. Een schuldenaar komt twee verplichtingen niet na. De eerste tekortkoming leidt tot een schade van € 200. De tweede tekortkoming leidt tot een schade van € 400 en een boete van € 800 die naast de schadevergoeding opeisbaar is. De door de tekortkoming veroorzaakte schade is 400. Het totale toewijsbare bedrag is € 1.200 (400 + 800). De door de eerste tekortkoming veroorzaakte schade is niet relevant.
 52 Dit geldt lang niet voor alle uitspraken. De waarde van het niet overtreeden van een concurrentiebeding is zelden in geld uit te drukken.
 53 Bijvoorbeeld een boete van 10% van de koopprijs die bij de ontbinding van de overeenkomst in de plaats komt van de plicht tot het leveren van de woning of het betalen van de koopprijs.
 54 Bijvoorbeeld een boete van 0.3% van de koopprijs per dag dat de woning te laat is geleverd.
 55 Uit de cijfers blijkt daarnaast niet dat de hoedanigheid invloed heeft op de verhouding zelf. Uit de cijfers blijkt bijvoorbeeld niet dat er bij particuliere schuldenaren significant vaker een wanverhouding tussen schade en boete bestaat.

56 Vergelijk Klomp & Schelhaas 2012, p. 493 (15 van de 37, 41%); Van der Minne 2015, p. 23 (6 van de 17, 35%).
 57 Het totale toewijsbare bedrag is relevanter dan de hoogte van de verbeurde boete. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1468. In deze zaak was de boete (€ 45.525) nauwelijks hoger dan de werkelijke schade (€ 41.682,51). Dit suggereert dat de boete niet hoeft te worden gematigd. De boete was echter opeisbaar *naast* de schadevergoeding. Het totale toewijsbare bedrag (€ 87.207) was meer dan twee keer zo hoog als de boete.
 58 In deze uitspraken heeft de schuldeiser geen schade geleden.
 59 De boete werd niet gematigd in Hof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY9422 (verhouding 0.46) en Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:21 (verhouding 0.40).
 60 In Hof 's-Gravenhage 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5231 was het totale gevorderde bedrag even hoog als de werkelijke kosten (€ 7.500).
 61 In deze uitspraken was de werkelijke schade hoger dan het toewijsbare bedrag. Dit zou kunnen betekenen dat matiging onmogelijk is omdat de rechter op grond van art. 6:94 lid 1 BW niet minder kan toekennen dan de schadevergoeding op grond van de wet. Het is echter ook mogelijk dat een deel van de schade zonder boetebeding niet voor vergoeding in aanmerking zou komen. Zie ook § 1.

Tabel 2. De opmerkingen over de werkelijke schade

Opmerking over de werkelijke schade	Aantal	% van alle uitspraken	% van de met een opmerking over de werkelijke schade	Aantal gematigd	% gematigd
De schade is duidelijk lager dan de boete	17	14	43	14	82
De rechter erkent het bestaan van schade, maar relateert de omvang	2	2	5	2	100
De schade en boete lopen mogelijk uiteen	2	2	5	0	0
De boete is niet duidelijk buitensporig	10	8	26	0	0
Het bestaan van schade is aannemelijk	8	7	20	0	0
Totaal	39	33	100	16	41
Geen opmerking over de schade	81	69		38	47

Tabel 2 geeft een overzicht van de frequenties van de verschillende soorten opmerkingen over de werkelijke schade. De formuleringen van de rechter zijn teruggebracht tot vijf categorieën. In drie categorieën ('de schade is duidelijk lager dan de boete', 'de schade en boete lopen mogelijk uiteen' en 'de boete is niet duidelijk buitensporig') maakt de rechter een opmerking over de *verhouding* tussen de werkelijke schade en de boete. In de andere twee categorieën ('de rechter erkent het bestaan van schade, maar relateert de omvang' en 'het bestaan van schade is aannemelijk') doet de rechter een uitspraak over het *bestaan* van de schade zonder een vergelijking met de hoogte van de boete te maken. Steeds geldt dat de rechter de precieze schade niet vaststelt.

6. Analyse. De verhouding tussen schade en boete heeft een significante invloed op de matiging van boetebedingen

De rechter moet bij zijn beslissing over de toepassing van artikel 6:94 lid 1 BW rekening houden met de omstandigheden van het geval. De verhouding tussen schade en boete is een van de relevante omstandigheden. De structuur van de norm wijst daarom in de richting van causatie. Een onevenredig hoge boete zou de matiging van de boete (mede) kunnen veroorzaken. Het omgekeerde is echter ook mogelijk. De door de rechter genomen beslissing over de matiging kan invloed uitoefenen op de in de motivering weergegeven omstandigheden. De motivering is immers bedoeld om de uiteindelijke beslissing te rechtvaardigen.⁶²

62 Zie over dit probleem ook W. Mendelson, 'The Neo-Behavioral Approach to the Judicial Process: A Critique', *Am. Pol. Sci. Rev.* (57) 1963, p. 601-602; M.A. Hall & R.F. Wright, 'Systematic Content Analysis of Judicial Opinions', *California Law Review* (96) 2008, p. 95-99; W.M. Sage, 'Judicial Opinions Involving Health Insurance Coverage: Tromple L'Oeil or Window on the World?', *Ind. L. Rev.*(31) 1998, p. 66-67; P.T.J. Wolters, 'Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2015, p. 23-24.

Dit geldt in het bijzonder als de precieze werkelijke schade niet duidelijk is. Een rechter die de boete niet wil matigen, kan bijvoorbeeld stellen dat de schade en de boete *mogelijk* uiteenlopen. Een rechter die in dezelfde situatie wel wil matigen, zou kunnen concluderen dat, hoewel de precieze schade niet is vast te stellen, de schade en boete duidelijk uiteenlopen.⁶³ In deze paragraaf test ik daarom slechts of er sprake is van een *correlatie* tussen de verhouding en de matiging. Het bestaan van *causatie* is hiermee niet bewezen, maar ook niet uitgesloten.

Tabel 1 laat zien dat er een verband bestaat tussen de verhouding van de schade en de boete en de matiging van de boetebedingen. Deze correlatie is significant.⁶⁴ De rechter matigt de boete in slechts een van de 15 uitspraken waarin het totale toewijsbare bedrag minder dan twee keer zo hoog is als de werkelijke schade (verhouding > 0.5). In de 36 uitspraken waarin het totale toewijsbare bedrag meer dan het dubbele van de werkelijke schade bedraagt, worden er maar liefst 29 boetes gematigd.

Ook tabel 2 suggereert dat de verhouding tussen schade en boete van belang is. De rechter matigt de boete in 16 van de 19 uitspraken waarin hij benadrukt dat de werkelijke schade laag is ('de schade is duidelijk lager dan de boete' en 'de rechter erkent het bestaan van schade, maar relateert de omvang'). De andere opmerkingen over de hoogte van de werkelijke schade gaan steeds gepaard met de afwijzing van het beroep op matiging. Deze correlatie is significant.⁶⁵

Een relatief lage werkelijke schade gaat gepaard met een grotere kans op matiging. Dit geldt zowel bij een vastgestelde schade als bij een opmerking over de omvang van het belang van de schuldeiser. Tabel 3A laat zien dat deze cor-

63 Vergelijk ook 'de rechter erkent het bestaan van schade, maar relateert de omvang' en 'het bestaan van schade is aannemelijk'.

64 $r_b = -0,577$, $p < .001$.

65 $X^2(1) = 25,558$, $p < .001$, Cramer's V = .856. De vijf soorten opmerkingen zijn teruggebracht tot de twee beschreven categorieën.

Tabel 3. De opmerkingen over of vaststelling van de werkelijke schade

	Aantal	% van alle uitspraken	Aantal gematigd	% gematigd
A.				
Verhouding < 0.5 of een opmerking die benadrukt dat de schade laag is	55	47	45	82
Geen informatie over werkelijke schade	28	24	7	25
Verhouding > 0.5 of andere opmerking	35	30	1	3
Totaal	118	100	53	45
B.				
Opmerking over of vaststelling van de schade	90	76	46	51
Geen informatie over werkelijke schade	28	24	7	25
Totaal	118	100	53	45

relatie niet alleen geldt ten opzichte van uitspraken waarin een hoge schade is vastgesteld of waarin de rechter een andere opmerking over de omvang van het belang van de schuldeiser heeft gemaakt. Zij geldt ook ten opzichte van de uitspraken waarin niets is vastgesteld over de omvang van de werkelijke schade. Deze correlatie is significant.⁶⁶ Een schuldenaar heeft meer kans op matiging als er niets over de schade bekend is dan als de rechter heeft vastgesteld dat de verhouding tussen de boete en de schade niet buitensporig is. Tabel 3B laat echter zien dat uitspraken waarin de schade is vastgesteld of de rechter een opmerking over het belang van de schuldenaar heeft gemaakt vaker worden gematigd dan uitspraken waarin niets is vastgesteld over het belang van de schuldeiser. Deze correlatie is significant⁶⁷ en past bij de plaats van artikel 6:94 lid 1 BW in het proces. Het beroep op matiging is een verweer of vordering van de schuldenaar.⁶⁸ Een geslaagd beroep vereist dat hij omstandigheden aanvoert die matiging rechtvaardigen. In verschillende uitspraken wijst de rechter het beroep op matiging af omdat de schuldenaar onvoldoende omstandigheden die matiging rechtvaardigen, heeft aangevoerd.⁶⁹

66 $X^2(2) = 59.785, p < .001, \text{Cramer's } V = .712$. De uitspraken zijn ingedeeld in drie categorieën. In de eerste groep zitten de uitspraken waarin de rechter een opmerking maakt die de omvang van de werkelijke schade relateert ('de schade is duidelijk lager dan de boete' en 'de rechter erkent het bestaan van schade, maar relateert de omvang') en de uitspraken waarin de werkelijke schade minder is dan de helft van het totale toewijsbare bedrag (verhouding < 0.5). In de tweede categorie zitten de uitspraken waarin niets is gesteld over de omvang van de werkelijke schade. In de derde groep zitten uitspraken met een andere opmerking over de omvang van de schade en de uitspraken waarin de werkelijke schade groter is dan de helft van het totale toewijsbare bedrag (verhouding > 0.5).

67 $X^2(1) = 5.885, p < .05, \text{Cramer's } V = .223$. De in de vorige noot beschreven eerste en derde categorie zijn hierbij samengevoegd.

68 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 326 (M.v.A. II); Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-1^a) 2011, nr. 426.

69 Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 16 mei 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3367; Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:72; Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2001. Zie ook noot 77; Klomp & Schelhaas 2012, p. 494. In andere uitspraken stelt de rechter dat de schuldenaar onvoldoende heeft onderbouwd dat de schade en de boete niet met elkaar in verhouding staan. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3426; Rb. Midden-Nederland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1145.

7. De uitzonderingen. De invloed van de andere omstandigheden

Paragraaf 6 laat zien dat er een duidelijk verband bestaat tussen de verhouding van schade en boete en de matiging van de boetebedingen. Deze verhouding is echter niet allesbepalend. Tabel 1 toont dat een wanverhouding tussen schade en boete niet altijd tot de matiging van de boete leidt. Zelfs in de uitspraken waarin de rechter vaststelt dat de schuldeiser geen schade heeft geleden, wordt de boete niet altijd gematigd. Tabel 2 laat bovendien zien dat ook de opmerking dat de schade duidelijk lager is dan de boete, niet altijd gepaard gaat met de matiging van de boete. In deze paragraaf bespreek ik aan de hand van de rechtspraak verschillende mogelijke verklaringen voor deze 'uitzonderingen'.

7.1. De waarde van de niet-vervulde verplichting

Het is allereerst mogelijk om de verbeurde boete niet te vergelijken met de werkelijke schade, maar met de in geld uitgedrukte waarde van de niet-vervulde verplichting. Een in verhouding tot de waarde van de verplichting relatief kleine boete is, los van de omvang van de schade, minder onredelijk dan een bedrag dat de waarde van de oorspronkelijke verplichting overtreft. Ik geef enkele voorbeelden om dit te illustreren.

In Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2205 voerde de schuldenaar aan dat er door de vertraagde levering geen schade was ontstaan. De rechter matigde de boete echter niet. Hij oordeelde dat een boete van 0.3% van de koopprijs per dag gelet op de strekking van het beding, het bevorderen van de levering, niet buitensporig was. De verbeurde verdragingsboete was minder dan een achtste van de koopprijs.⁷⁰

In Rb. Noord-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8925 kwam de boete van € 24.000 in de plaats van de verplichting om de koopprijs van € 240.000 te betalen.⁷¹ De kanton-

70 Zie ook Rb. Gelderland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1938 (verdragingsboete van € 17.928 bij een koopsom van € 415.000).

71 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY9422 (€ 15.700 in plaats van de koopprijs van € 157.000); Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:21 (€ 21.280 in plaats van het leveren van een perceel met een koopprijs van € 106.400).

rechter matigde de boete niet. De stelling dat de schuldeiser geen schade heeft geleden, miskende volgens de rechter het karakter van het boetebeding. Het beding gaat niet uit van de vraag of er schade is geleden, maar fixeert de boete op een percentage van de koopprijs.

Een grotere wanverhouding tussen de niet-vervulde verplichting en het verbeurde bedrag leidt in veel gevallen wel tot de matiging van de boete. In Rb. Overijssel 25 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5241 matigde de rechter de verdragingsboete (€ 841.000) onder andere omdat het bedrag ruim 20 keer hoger dan het te betalen bedrag (€ 39.624,40) was.⁷² In Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:847 kwam de volgens de rechter buitensporige boete van € 5.803,50 in de plaats van een misgelopen omzet van € 1.853,80.

Ook de verhouding tussen de niet-vervulde verplichting en de boete kan echter niet alle uitspraken verklaren. In Rb. Zeeland-West-Brabant 18 september ECLI:NL:RBZWB:2013:6708 leidde een betalingsachterstand van € 50.347,39 tot een verdragingsboete van € 3.247,38. De kantonrechter matigde deze in verhouding tot de achterstand bescheiden boete tot de helft. In Rb. Midden-Nederland 14 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2014:88 matigde de rechter de in verhouding tot het niet betaalde bedrag van € 30.012 vrij forse boete van € 50.000 dan weer niet. De correlatie tussen de matiging en de verhouding van de verdragingsboete en het niet-betaalde bedrag is dan ook niet significant.⁷³

7.2. De strekking van het beding

De in paragraaf 7.1 besproken uitspraken wijzen in de richting van een andere omstandigheid die mogelijk kan verklaren waarom de rechter het boetebeding in sommige gevallen ondanks het uiteenlopen van schade en boete niet matigt: de strekking of het doel van het beding.

De aansporingsfunctie van een boetebeding vereist dat de boete hoger is dan de schadevergoeding die de schuldenaar ook zonder het beding zou moeten betalen (§ 2). In verschillende uitspraken motiveert de rechter zijn beslissing om de boete niet te matigen met een beroep op de aansporingsfunctie van het beding.⁷⁴ De aansporingsfunctie leidt echter niet in alle gevallen tot de afwijzing van het verzoek tot matiging.⁷⁵ Zij is bovendien niet de enige strekking die tegen de

matiging van de boete kan pleiten. In Rb. Noord-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8925; Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5431; en Rb. Oost-Brabant 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4936 oordeelde de rechter dat het ontbreken van werkelijke schade niet relevant was omdat het beding een *schadefixerings*-functie vervulde. In Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:278 en Rb. Oost-Brabant 17 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1769 vormde de omstandigheid dat de het beding zowel een aansporings- als een schadefixeringsfunctie vervulde een argument om de boete niet te matigen. De strekking van het boetebeding heeft weinig voorspellende of onderscheidende waarde. In de lagere rechtspraak worden alle in paragraaf 2 besproken functies aangevoerd als argument om de boete niet te matigen. De strekking kan bovendien niet verklaren waarom de rechter de boete soms wel en soms niet matigt. Ieder boetebeding heeft een aansporende of schadefixerende functie. Toch vormen deze functies niet in alle uitspraken een beletsel tegen matiging. Zij lijken slechts te werken als een algemeen argument om de boete niet te snel te beperken. Zij hebben geen invloed op het belang van de verhouding tussen schade en boete in een concrete uitspraak.

7.3. Alle omstandigheden van het geval

De in de vorige subparagrafen besproken omstandigheden bieden geen sluitend antwoord op de vraag waarom een wanverhouding tussen schade en boete niet altijd samen gaat met de matiging van de boete. De 'uitzonderingen' lijken niet te kunnen worden verklaard door aandacht te besteden aan één *specifieke* omstandigheid.

Het is ook mogelijk om aandacht te besteden aan de rol van *alle* omstandigheden van het geval. In *Intrahoff/Bart Smit* casseerde de Hoge Raad de uitspraak van het Hof omdat het de matiging slechts op de wanverhouding tussen schade en boete had gebaseerd (§ 1). De rechter stelt in verschillende uitspraken dan ook expliciet dat de enkele wanverhouding tussen schade en boete de matiging van de boete niet kan rechtvaardigen.⁷⁶ In andere uitspraken concludeert hij dat de wanverhouding, in vergelijking met andere omstandigheden die tegen de matiging pleiten, onvoldoende gewicht in de schaal legt.⁷⁷ In weer andere uitspraken beroept de schuldenaar zich op de wanverhouding tussen schade en boete, maar doet de rechter geen uitspraak over deze verhouding omdat de debiteur onvoldoende heeft aangevoerd over de overige relevante omstandigheden.⁷⁸

Dit betekent echter niet dat de enkele wanverhouding tussen schade en boete nooit tot matiging leidt. In Rb. Zeeland-West-Brabant 18 september 2013 ECLI:NL:RBZWB:2013:6708

72 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3765 (€ 11.300 boete wegens het onbetaald laten van € 444,53); Rb. 's-Gravenhage 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10529 (€ 1.522.698 boete vanwege het te laat leveren van een appartement van € 267.140).

73 $p > .05$, $n = 28$.

74 Bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:21; Hof Amsterdam 11 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:414; Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2205; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7354; Rb. Midden-Nederland 14 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2014:88; Rb. Overijssel 29 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3700; Rb. Rotterdam 14 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5914.

75 Bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 24 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:12105 (de wanverhouding kan slechts gedeeltelijk worden gerechtvaardigd door de aansporingsfunctie); Hof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:333 (de aansporingsfunctie vormde een argument om de boete niet te matigen tot de werkelijke schade van € 20.000, maar tot € 50.000).

76 Zie bijvoorbeeld Rb. Limburg 13 maart 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ5189; Rb. Gelderland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1938; Rb. Rotterdam 14 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5914.

77 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 9 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8582; Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 2 september 2014, ECLI:NL:OGHACMB:2014:51; Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4761.

78 Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 11 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6389; Rb. Noord-Nederland 24 april 2014, ECLI:NL:GHNNE:2014:3154.

matigde de kantonrechter de boete omdat niet bleek dat de schuldeiser een schade van 2% van de maandelijkse huurprijs heeft geleden. De boeterente van 24% was, afgezet tegen de wettelijke rente van 8%, buitenproportioneel hoog. In Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:847 baseerde de rechter de matiging van de boete van € 5.803,50 op de enkele omstandigheid dat dit bedrag hoger is dan de door de tekortkoming misgelopen omzet (€ 1.853,80). De hoogte van de boete was daarom arbitrair vastgesteld en niet gerechtvaardigd. In Rb. 's-Gravenhage 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5139 oordeelde de kantonrechter ten slotte dat van de besproken omstandigheden alleen de verhouding tussen de schade en boete voor matiging pleitte. Desondanks matigde hij de boete tot 50% van het verschuldigde bedrag.

7.4. *Matiging zonder wanverhouding*

De invloed van de overige omstandigheden van het geval kan ook verklaren waarom de rechter in sommige uitspraken matigt zonder vast te stellen dat er een wanverhouding bestaat tussen schade en boete. In deze uitspraken baseert hij de matiging op een grote variëteit aan andere omstandigheden. In de onderzochte uitspraken motiveert de rechter de matiging onder andere door te wijzen op een door de strafrechter opgelegde straf,⁷⁹ het gedrag van de schuldeiser,⁸⁰ de gevolgen van de boete voor de schuldenaar,⁸¹ de kenmerken van de schuldenaar⁸² en het, al dan niet in verhouding tot de boete, beperkte voordeel dat de schuldenaar door de overtreding heeft behaald.⁸³

8. Conclusie

In dit artikel beantwoord ik de volgende vragen: *in hoeverre oefent de verhouding tussen de schade en de bedongen boete invloed uit op de matiging van boetebedingen op grond van artikel 6:94 BW? Komt deze invloed overeen met de rol van de verhouding in andere rechtsstelsels?*

De buitenlandse wetteksten en de uitspraken van de hoogste buitenlandse rechters plaatsen de eventuele beperking van een bedongen boete expliciet in de sleutel van de discrepantie tussen schade en boete (§ 3). Andere omstandigheden kunnen ook van belang zijn. Zij doen echter geen afbreuk aan de centrale rol van de verhouding. Artikel 6:94 lid 1 BW en de Hoge Raad wijken af van dit uitgangspunt. Het artikel maakt, in tegenstelling tot de bepalingen uit de an-

dere rechtsstelsels, niet duidelijk of de verhouding invloed uitoefent op de matiging van de boete. De Hoge Raad benadrukt in HR 27 april 2007, NJ 2007/262 (*Intrahof/Bart Smit*) juist dat de rechter niet alleen moet letten op de ratio tussen schade en boete.

De analyse van de lagere rechtspraak suggereert echter dat de verhouding tussen schade en boete een grote invloed heeft op de matiging van boetebedingen op grond van artikel 6:94 lid 1 BW (§ 6). Een onevenredig hoge boete wordt in de meeste gevallen gematigd. Een in verhouding tot de werkelijke schade bescheiden boete is slechts in één uitspraak gematigd. Tegelijkertijd blijkt echter dat de verhouding niet allesbepalend is. De andere omstandigheden van het geval kunnen ertoe leiden dat een boetebeding ondanks een wanverhouding tussen schade en boete niet wordt beperkt (§ 7). Zij kunnen daarnaast een matiging rechtvaardigen zonder dat er is vastgesteld dat de schade en boete niet evenredig zijn. Deze 'uitzonderingen' laten zich minder gemakkelijk verklaren door de invloed van een enkele omstandigheid.

De matiging van een boetebeding is afhankelijk van de billijkheid en de omstandigheden van het geval. Uit de lagere rechtspraak blijkt dat de verhouding tussen schade en boete een grote invloed heeft op de invulling van deze open norm. De verschillen tussen het Nederlandse recht en de andere besproken Europese rechtsstelsels zijn hierdoor kleiner dan artikel 6:94 lid 1 BW en *Intrahof/Bart Smit* doen vermoeden. De verhouding beïnvloedt, binnen de door de wet en de Hoge Raad geformuleerde grenzen,⁸⁴ de matiging van de boetebedingen op een wijze die overeenkomt met de in de wet en jurisprudentie van de hoogste rechter weergegeven regels van de andere rechtsstelsels.

79 Rb. Midden-Nederland 6 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2579 (vanwege hennepsteelt).

80 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6714 (geen mededeling gedaan van relevante informatie); Hof 's-Gravenhage 4 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:456 (drie jaar stilzitten); Rb. Rotterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5043 (handelen in strijd met het eigen beleid).

81 Rb. Rotterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5043 (verlies van zijn appartementen).

82 Hof 's-Gravenhage 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5231 (een particulier met beperkte financiële mogelijkheden).

83 Hof 's-Gravenhage 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5231; Rb. Overijssel (vzr.) 4 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:BZ6401. Zie ook Rb. Oost-Brabant 13 februari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ2137; Hof 's-Hertogenbosch 7 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:6. Vergelijk ten slotte Hof Arnhem-Leeuwarden 23 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7354, waar het Hof stelt dat deze omstandigheid niet belangrijk is.

84 Het artikel en het arrest stellen immers niet dat de verhouding niet van belang is. Zij maken slechts duidelijk dat ook de andere omstandigheden van belang zijn. De enige uitzonderingen zijn de in § 7.3 besproken uitspraken waarin de rechter zijn matiging enkel op de verhouding tussen schade en boete baseert. Zie echter ook noot 6.