

## De matiging van contractuele boetes

Bb 2018/16

*In het arrest HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638, NJ 2007/262 (Intrahoff/Bart Smit) overwoog de Hoge Raad dat de rechter pas van zijn in art. 6:94 BW neergelegde bevoegdheid tot matiging gebruik kan maken als toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Bij de beoordeling zal de rechter op verschillende omstandigheden acht moeten slaan. Hij zal 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 het arrest HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207 bevestigt de Hoge Raad deze leer.*

### 1. Inleiding

In de onderhavige zaak (HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207) is aan de orde welke maatstaf de rechter moet hanteren bij zijn beslissing of matiging van een contractuele boete aangewezen is en welke omstandigheden daarbij een rol spelen. Daarnaast komt aan bod tot welk bedrag een rechter de boete kan matigen.

### 2. De matiging van contractuele boetes op grond van art. 6:94 BW

Art. 6:91 BW kwalificeert een boetebeding 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 zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan. Een boetebeding kan derhalve twee functies hebben: het vooraf vastleggen van de schade en het aansporen tot nakoming van de overeenkomst. Vaak worden beide functies gecombineerd. De boete treedt op grond van art. 6:92 lid 1 en lid 2 BW in beginsel in de plaats van de wettelijke vordering tot schadevergoeding of nakoming. Partijen kunnen echter contractueel anders overeenkomen.

Wanneer een boetebeding is overeengekomen is het uitgangspunt *pacta sunt servanda*. De afspraken uit de overeenkomst en dus ook het boetebeding moeten in principe onverkort nagekomen moeten worden, zoals ze zijn overeengekomen. De wet biedt de rechter echter in art. 6:94 BW de mogelijkheid om op verlangen van de schuldenaar de boete te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Waar de overige artikelen in het BW over het boetebeding van regeland recht zijn, is dit artikel van dwingend recht. Het vaak voorkomende beding dat de afgesproken boete niet door de rechter gematigd kan worden, is nietig, zo volgt uit art. 6:94 lid 3 BW. In het arrest *Intrahoff/Bart Smit* (HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638, NJ 2007/262)

heeft de Hoge Raad de wettelijke matigingsbevoegdheid nader vorm gegeven. Matiging is volgens de Hoge Raad pas op zijn plaats indien het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Om te beoordelen of een succesvol beroep op matiging gedaan kan worden, moet de rechter volgens de Hoge Raad niet alleen acht slaan op het verschil met de werkelijk geleden schade, maar ook op andere omstandigheden, zoals de aard van de overeenkomst, de inhoud en strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen. Uit lagere rechtspraak blijkt bovendien dat ook omstandigheden zoals de hoedanigheid van partijen, de ernst van de tekortkoming, de wijze van totstandkoming van het beding en het feit dat een en dezelfde boete staat op verschillende overtredingen, een rol spelen. Als eenmaal vastgesteld is dat het resultaat van de boete buitensporig en daarom onaanvaardbaar is, zal de rechter de boete moeten matigen. Op grond van art. 3:94 lid 1 BW mag het bedrag in ieder geval niet lager zijn dan de schade die op grond van de wet gevorderd kan worden. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat dit slechts anders is indien partijen zijn overeengekomen dat de boete naast schadevergoeding verschuldigd is.

### 3. De feiten en de lagere rechtspraak

#### 3.1 Relevante feiten

Eiseres in deze zaak is een uitzendbureau en verweerster een zogenaamde payrollorganisatie die zorgt draagt voor het in dienst nemen van personeel en het uitbetalen daarvan. Partijen werken sinds december 2009 samen. Die samenwerking is in augustus 2010 vormgegeven in een samenwerkingsovereenkomst. Op enig moment is door eiseres een exclusiviteitsovereenkomst opgesteld. Daarin is bepaald dat bestaande werknemers niet via een andere organisatie dan eiseres werk mochten verrichten. In deze exclusiviteitsovereenkomst stond een boetebeding. Voor elke overtreding zou verweerster een boete verbeuren van € 20.000 vermeerderd met € 5000 voor elke dag dat de overtreding voortduurt. Begin 2011, toen de exclusiviteit net overeengekomen was, werkten een aantal werknemers via een ander uitzendbureau. Voor deze overtredingen vordert eiseres boetes van in totaal € 1.230.000.

#### 3.2 Rechtbank en hof

Zowel de rechtbank als het hof oordelen dat verweerster inderdaad in strijd met de exclusiviteitsovereenkomst gehandeld heeft, maar zien aanleiding om de boete te matigen. Daarbij nemen ze verschillende omstandigheden in aanmerking. Allereerst oordeelde de rechter dat het feit dat verweerster zich niet bewust zou zijn geweest van de strekking van het boetebeding en de mogelijke gevolgen hiervan voor haar risico moet blijven nu zij een professionele partij is. Vervolgens stelt de rechter echter aan de hand van de marges die eiseres heeft misgelopen vast dat de werkelijk gele-

<sup>1</sup> Marianne Martens is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

den schade € 5.906,25 bedraagt. De bedoeling van de overeenkomst was bovendien om verweerster te beschermen tegen concurrentie. Zowel de rechtbank als het hof overwegen dat eiseres door de handelswijze van verweerster geen klanten is misgelopen. Daarnaast zijn de overtredingen incidenten in een periode waarin de exclusiviteitsovereenkomst net was ingegaan. Verder overweegt het hof dat de boetes zijn vastgesteld door eiseres en dat hier niet over onderhandeld is. Eiseres heeft bovendien niet aangegeven op grond waarvan zij de omvang van de boetes heeft bepaald. Gelet op de werkelijk geleden schade en het feit dat eiseres geen klanten verloren is, vinden zowel de rechtbank als het hof dat toepassing van het boetebeding tot een buitensporig en onaanvaardbaar resultaat leidt. De rechtbank matigt de boetes in die zin dat verweerster driemaal € 5000 en € 100 voor elke dag dat de overtreding voortduurde is verschuldigd en komt uit op een totaalbedrag van € 26.500. Het hof overweegt echter dat eiseres slechts voor twee werknemers boetes kan vorderen. Voor de overtredingen die betrekking hebben op deze twee werknemers vordert eiseres boetes van € 415.000. De rechtbank heeft deze boetes gematigd tot € 17.500, ongeveer 4,2% van de oorspronkelijke vordering. Het hof vond een boete van € 150 per dag passender, mede omdat verweerster nu eenmaal akkoord is gegaan met de hele hoge boetes in de overeenkomst. Daarmee komt het hof uit op een bedrag van € 21.150.

#### 4. De conclusie van de A-G

Eiseres gaat tegen dit oordeel van het hof in cassatie. Volgens eiseres noopt de maatstaf van matiging in art. 6:94 BW tot terughoudendheid. Het hof zou dit hebben miskend, dan wel zijn oordeel onvoldoende hebben gemotiveerd. De A-G concludeert tot vernietiging. Hij is van mening dat het hof zijn arrest op twee punten onvoldoende gemotiveerd heeft. Het hof heeft weliswaar niet de (tot terughoudendheid nopende) maatstaf voor matiging miskend en bovendien verschillende relevante omstandigheden die daarbij een rol spelen, besproken, maar volgens de A-G heeft het hof het geheel van de relevante omstandigheden in onderling verband beschouwd onvoldoende gewogen. Aan de motivering van een matiging van een contractuele boete moeten hoge eisen worden gesteld, aangezien daarmee een uitzondering wordt gemaakt op de regel van onverkorte toepassing van een boetebeding. Die regel vloeit voort uit de contractsvrijheid. Er is minder ruimte voor matiging, wanneer het, zoals hier, gaat om professionele partijen die geacht kunnen worden de strekking van het boetebeding te begrijpen. Het noodzakelijke vertrouwen van het rechts- en handelsverkeer in rechtspraak in het vaststaande karakter van contractuele afspraken zou ondermijnd worden als de rechter te snel zou grijpen naar zijn matigingsbevoegdheid. Daarnaast heeft het hof volgens de A-G onvoldoende gemotiveerd hoe het tot de hoogte van het bedrag gekomen is. De rechter zal een boete moeten matigen tot een bedrag dat niet klaarblijkelijk onbillijk is. Het is niet aan hem om de boete tot een redelijk bedrag te matigen. Hij kan niet simpelweg matigen tot het bedrag van de geleden schade. Daar-

mee zou hij het aansporingselement van de boete teniet doen. Het is weliswaar aan de rechter om aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval de hoogte van het bedrag te bepalen, maar in de beslissing van de rechter moet volgens de A-G wel voldoende naar voren komen hoe hij tot het bedrag is gekomen. In deze zaak was de omstandigheid dat verweerster de hoge boetebedingen heeft aangevaard mede reden voor het hof om te oordelen dat een boete van € 150 passender is. De A-G is van mening dat het hof met dat oordeel niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom bijvoorbeeld een hogere boete wel nog klaarblijkelijk onbillijk is en een boete van € 150 niet meer. Daarnaast lijkt het hof door het gebruik van het woord 'mede' ook andere omstandigheden in zijn oordeel te betrekken, maar het wordt niet duidelijk welke omstandigheden dat zijn.

#### 5. De Hoge Raad

De Hoge Raad casseert echter niet. Hij herhaalt de overweging uit het arrest *Intrahof/Bart Smit*. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het hof verschillende omstandigheden heeft meegewogen in zijn oordeel:

- (i) eiseres heeft de overeenkomst opgesteld en de hoogte van de boetes bepaald en daarover is niet onderhandeld;
- (ii) eiseres heeft niet aangegeven op grond waarvan zij de hoogte van de wel erg hoge boetes heeft bepaald;
- (iii) de verbeurde boetes zijn buitensporig hoog in verhouding tot de werkelijk geleden schade;
- (iv) de overtredingen door verweerster betreffen slechts enkele incidenten die in het begin van de contractperiode hebben plaatsgevonden en daarna hebben geen andere overtredingen plaatsgevonden; en
- (v) de bedoeling van de overeenkomst is om eiseres te beschermen tegen concurrentie en de beboete handelingen hebben niet tot verlies van klanten geleid.

Aldus heeft het hof met zijn overwegingen niet de maatstaf uit *Intrahof/Bart Smit* miskend.

Voor wat betreft de hoogte van de boete overweegt de Hoge Raad dat het hof heeft vastgesteld dat de schade € 5.906,25 bedraagt en dat de overtredingen enkele incidenten aan het begin van de contractperiode betreffen. Door de boete vast te stellen op € 21.150 heeft het hof de aansporingsfunctie van een boete niet miskend. Het oordeel van het hof is voor het overige verweven met waarderingen van feitelijke aard die in cassatie niet kunnen worden getoetst.

#### 6. Conclusie

In dit arrest herhaalt de Hoge Raad de maatstaf voor matiging uit het arrest *Intrahof/Bart Smit*. Matiging is pas op zijn plaats indien toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarmee onaanvaardbaar resultaat leidt. Bij deze beoordeling spelen verschillende omstandigheden een rol. Allereerst betreft dat de verhouding tussen de werkelijk geleden schade en de hoogte van de boete, maar ook de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de om-

standigheden waaronder het is ingeroepen, zijn van belang. Verder volgt uit het arrest dat ook de vraag wie het boetebeding heeft opgesteld, of daarover onderhandeld is en hoe de hoogte van de boetes is vastgesteld, omstandigheden zijn die een rol kunnen spelen bij deze beoordeling. De rechter zal moeten motiveren hoe hij tot zijn besluit gekomen is, maar heeft bij zijn beslissing de nodige beoordelingsruimte. Ook wat betreft de hoogte van de boete is het aan de rechter om aan de hand van de omstandigheden van het geval te bepalen tot welk bedrag de boete gematigd dient te worden. Hij dient daarbij voldoende rekenschap te geven aan de aansporingsfunctie van de boete, maar uit het onderhavige arrest volgt niet dat de rechter inzichtelijk dient te maken waarom een hogere boete niet klaarblijkelijk onbillijk is. De Hoge Raad gaat daarmee voorbij aan de restrictievere interpretatie van de A-G. Het arrest biedt de rechter de nodige beoordelingsvrijheid. Het matigingsleerstuk blijft derhalve sterk casuïstisch.