

TBR 2014/76

# Wijzigingen van het boetebeding in de koop-/aannemingsovereenkomst voor nieuwbouwwoningen per 1 januari 2014. Méér dan slechts een letter op papier?

Mr. B.M.E. Cox en mr. N.C. Ogg<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Per 1 januari 2014 heeft de Overleggroep Garantiewoningen SER<sup>2</sup> (waar Bouwend Nederland, NEPROM, NVB, Vereniging Eigen Huis en de Consumentenbond deel van uitmaken) enkele wijzigingen doorgevoerd in de algemene voorwaarden voor garantiewoningen.<sup>3</sup> Het betreft hier onder andere een gewijzigde boeteregeling bij een te late oplevering van de woning, waarbij de gefixeerde schadevergoeding<sup>4</sup> (0,25% van de koop-/aaneemsom per kalenderdag) meer in lijn is gebracht met de werkelijk geleden schade en waarbij een expliciete mogelijkheid tot matiging dan wel aanvulling van de schadevergoeding is opgenomen (artikel 14 lid 5, 6 en 7 AV 2014). Een andere in het oog springende wijziging ziet op de aansprakelijkheid van de ondernemer bij verborgen gebreken (artikel 18 lid 7 AV 2014) en de langere termijn die de consument heeft om de aannemer aansprakelijk te stellen. Vanwege de complexiteit en omvang van de wijzigingen, wordt in dit artikel alleen ingegaan op de gewijzigde boeteregeling.

In de algemene voorwaarden zoals deze vanaf 1 januari 2014 gelden, is de boete die de ondernemer verschuldigd is in geval van te late oplevering verlaagd van 0,3% van de koop-/aaneemsom per kalenderdag in de algemene voorwaarden 2010<sup>5</sup>,

naar 0,25% van de koop-/aaneemsom per kalenderdag in de AV 2014. De reden hiervoor is dat de boete in de loop der tijd uit de pas is gaan lopen met de daadwerkelijk geleden schade als gevolg van onder meer de lage hypotheekrente en lage inflatie. Hierin heeft de overleggroep SER reden gezien de gefixeerde schadevergoeding te verlagen. Mochten in de toekomst de inflatie en de hypotheekrente weer stijgen, dan kan ook de hoogte van de boete weer stijgen.<sup>6</sup>

In de voorwaarden uit 2007 bedroeg de gefixeerde schadevergoeding nog 0,5%. Met het huidige promillage van 0,25 is er ten opzichte van de voorwaarden uit 2007 dus sprake van een halvering. Naast deze gefixeerde schadevergoeding (lid 5) is er in de AV 2014 ruimte voor het vorderen van aanvullende vergoeding naast de gefixeerde schadevergoeding (lid 6) en matiging hiervan (lid 7). Opmerkelijk is dat er in de AV 2014 nog steeds wordt gesproken over een gefixeerde schadevergoeding, terwijl expliciet in de AV 2014 wordt vermeld dat ook aanvulling en matiging van de boete tot de mogelijkheden behoort. Aanspraak maken op vergoeding van de werkelijk geleden schade, wordt derhalve uitdrukkelijk onder de aandacht gebracht. Van fixatie is in dat opzicht dus in veel mindere mate sprake. In onze optiek lijkt het er dan ook op dat men de gefixeerde schadevergoeding los wil

1 Bas Cox is jurist bij Cox en Partners Vastgoedjuristen en Noortje Ogg is advocaat bij ONS Advocaten en parttime docent aan de Juridische Hogeschool Avans - Fontys.

2 Hierna: overleggroep SER.

3 Hierna: AV 2014.

4 De AV 2014 spreekt over gefixeerde schadevergoeding, terwijl wetgeving en jurisprudentie spreken over boete. Deze begrippen worden in dit artikel door elkaar gebruikt en hieronder wordt in alle gevallen hetzelfde verstaan.

5 Hierna: AV 2010.

6 <http://www.ser.nl/nl/actueel/persberichten/2010-2019/2013/20131125-algemene-voorwaarden-garantiewoningen.aspx>, geraadpleegd op 5 maart 2014.

laten door meer mogelijkheden in de AV 2014 op te nemen om de schadevergoeding beter aan te laten sluiten bij de werkelijk geleden schade. Dit past ook bij de opmerking van de overleggroep SER dat de schadevergoeding in het verleden uit de pas was gaan lopen met de daadwerkelijk geleden schade.

Vermoedelijk heeft men met de toevoeging van art. 14 lid 7 AV 2014 aansluiting willen zoeken bij de dwingendrechtelijke regeling van art. 6:94 lid 1 BW.<sup>7</sup> In de AV 2010 was deze matigingsbepaling niet opgenomen, maar een verzoek tot matiging kwam desondanks in procedures bij geschilbeslechtende instanties zoals de Raad van Arbitrage voor de Bouw<sup>8</sup> (die uiteraard vaak betrokken is bij een geschil waarin de AV 2014 van toepassing is), geregeld aan de orde. De reden hiervoor was gelegen in het feit dat de wet reeds een matigingsbevoegdheid toekende om bedongen boetes te verlagen en dat deze bevoegdheid contractueel niet kon worden uitgesloten.

Tot zover een weergave van de belangrijkste wijzigingen in de nieuwe regeling die verband houden met het boetebeding. Je kunt je afvragen of deze wijzigingen en expliciete vermelding van de mogelijkheid om een boete te matigen, gevolgen hebben voor de manier waarop geschilbeslechtende instanties met hun matigingsbevoegdheid omgaan. In dit artikel trachten de auteurs deze vraag te beantwoorden, waarbij gekozen is om vanuit een selectie van uiteenlopende uitspraken uit het (recente) verleden een toekomstvisie te schetsen naar aanleiding van de gewijzigde regelgeving. Ook wordt ingegaan op de vraag of de expliciete vermelding van de mogelijkheid om een boete te matigen noodzakelijk was, gelet op hetgeen in art. 6:94 BW is opgenomen.

Hiertoe is het van belang om eerst het wettelijk kader waarbinnen deze matigingsbevoegdheid valt, te bespreken. Vervolgens wordt bezien of de contractuele boete een strafmaatregel behelst of meer ziet op een schadevergoeding (de nieuwe regeling zou immers zijn ingevoerd om meer het karakter te krijgen van een vergoeding van de werkelijke schade,<sup>9</sup> als dit inderdaad het geval is, zal van een strafelement geen sprake (meer) zijn). Als de boete niet wordt gezien als een strafmaatregel zou daaraan de voorzichtige conclusie verbonden kunnen worden dat er soepeler met de matigingsbevoegdheid mag worden omgegaan. Na bespreking van het

wettelijk kader bekijken we, zoals hiervoor reeds werd aangegeven, enkele willekeurige uitspraken van geschilbeslechtende instanties. Gezien de omvang van dit artikel ontbreekt de mogelijkheid om een uitgebreid jurisprudentieonderzoek te verrichten. Desondanks is in onze optiek de ogenschijnlijk willekeurige selectie van deze jurisprudentie, een goede afspiegeling van de grilligheid die valt waar te nemen.

## 2. Binnen welk wettelijk kader valt de schadevergoedingsregeling?

Art. 14 lid 5 AV 2014 is te kwalificeren als een boetebeding conform art. 6:91 BW. Art. 6:92 lid 2 BW bepaalt vervolgens dat hetgeen ingevolge een boetebeding verschuldigd is, in de plaats treedt van een schadevergoeding op grond van de wet. Art. 6:94 BW biedt mogelijkheden tot het vorderen van een matiging van de boete of het vorderen van een aanvullende schadevergoeding indien de billijkheid dit klaarblijkelijk vereist. Voorts bevat art. 6:94 lid 1 BW een benedengrens op grond waarvan de rechter een boete niet verder mag matigen dan de schadevergoeding waar de schuldenaar volgens de wet recht op heeft. Een beding waarin de matigingsbevoegdheid wordt uitgesloten, is conform lid 3 nietig.

Onduidelijk is of de AV 2010 afweek van de wettelijke regeling van art. 6:91 – 6:94 BW omdat daar slechts werd gesproken over een gefixeerde schadevergoeding van 0,3% en er geen mogelijkheid was opgenomen om aanvullende schadevergoeding te vragen, noch was expliciet vermeld dat de boete kon worden gematigd. De matigingsbevoegdheid is van dwingend recht, dus ook onder de AV 2010 kon er worden gematigd. Echter, de bepaling omtrent aanvullende schadevergoeding is van regelend recht. Impliceert het niet opnemen in de AV 2010 van een bepaling omtrent aanvullende schadevergoeding dat de mogelijkheid tot het vorderen van aanvullende schadevergoeding was weggecontracteerd?<sup>10,11</sup> De discussie over de vraag of het vorderen van aanvullende schadevergoeding op deze manier uitgesloten is of kan worden, laten we buiten beschouwing vanwege de beperkte omvang van dit artikel.

7 R. van Wijk, 'Wijzigingen in algemene voorwaarden bij koop-/aannemingsovereenkomst eengezinshuizen en appartementsrechten', *Vastgoedrecht* 2013-6, p. 167.

8 Hierna: RvA.

9 <http://www.ser.nl/nl/actueel/persberichten/2010-2019/2013/20131125-algemene-voorwaarden-garantiewoningen.aspx>, geraadpleegd op 5 maart 2014.

10 Kroniek Bouwrecht I *BR* 2011, 114.

11 Zie RvA van 29 april 2010, No. 30.701 inzake paragraaf 42 UAV 1989 die terugverwijst naar art. 6:92 lid 2 BW alsmede een scheidsrechtelijke vonnis waarin werd aangegeven dat er geen aanvullende schadevergoeding kon worden gevorderd als ook RvA 9 december 2010 No. 31.121.

De AV 2014 lijkt in lijn te zijn met de wettelijke regeling omtrent het boetebeding uit boek 6 BW. Partijen hebben op basis van de gewijzigde voorwaarden inmiddels dezelfde mogelijkheden om schadevergoeding te vorderen als opgenomen in art. 6:91 jo 6:94 BW.

### 3. Boeteregeling: strafmaatregel of schadevergoeding?

Is een boeteregeling in zijn algemeenheid meer een strafmaatregel of ook een schadevergoeding? Volgens het wettelijke stelsel ziet een boete op beide: de boete dient zowel als prikkel tot nakoming (of straf op niet-nakoming) als om de schade die het gevolg is van de tekortkoming van tevoren contractueel op een bepaald bedrag vast te stellen, ongeacht de hoogte van de werkelijke schade.<sup>12</sup> Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis bij art. 6:94 lid 1 BW: (*'In beginsel is het toegelaten een boetebeding de functie te geven van een extra aansporing tot nakoming door de schuldenaar door en terzake van een eventuele tekortkoming te verplichten tot betaling van een hoger bedrag dan de door de schuldeiser gestelde schade.'*<sup>13</sup>). Het vooraf afspraken maken over de hoogte van de te verkrijgen vergoeding bij niet-nakoming (de gefixeerde schadevergoeding uit art. 14 lid 5 AV 2014 dus), komt de rechtszekerheid ten goede en de boete heeft in dat geval meer het karakter van een prikkel tot nakoming. Matiging lijkt in dat opzicht niet correct, omdat indien er te snel tot matiging zou worden overgegaan, deze prikkel tot nakoming wordt weggenomen. Matiging lijkt dus strijdig met het doel van het boetebeding van lid 5 AV 2014.

Met de AV 2014 lijkt het erop dat de overleggroep SER de prikkel tot nakoming heeft willen afzwakken en meer tot een vergoeding van de werkelijk geleden schade heeft willen komen, omdat expliciet de mogelijkheid tot matiging of aanvulling is opgenomen.

In de praktijk is het meestal zo dat als er gematigd wordt, er nog altijd meer moet worden betaald dan de werkelijk geleden schade. Dat beleid strookt met de bedoelde terughoudendheid in verband met de ratio van het boetebeding als prikkel tot nakoming.<sup>14</sup> Als de ondernemer nog altijd meer moet betalen dan de werkelijke geleden schade, kan je concluderen dat boetebedingen dus altijd nog een strafelement bevatten. Om dit strafelement te behouden, moet er niet te soepel met de matigingsbevoegdheid worden omgegaan.

### 4. Toepassing matigingsbevoegdheid in de praktijk tot 1 januari 2014

In de bestudeerde rechtspraak tot 1 januari 2014 komt naar voren dat de zinsnede 'indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist' tot discussie kan leiden. Dit is ook niet verwonderlijk omdat dit een zogenaamde open norm is waarop gerechtelijke procedures zich vaak toespitsen. De norm zoals deze volgt uit jurisprudentie geeft aan wanneer een rechter gebruik kan maken van zijn matigingsbevoegdheid (namelijk wanneer de billijkheid dit eist), maar geeft geen duidelijkheid noch expliciete invulling van deze bevoegdheid.

Over voornoemde bepaling is al veel geschreven en wij verwijzen in dat kader dan ook graag naar het artikel van mr. M.R. Lim in Bouwrecht.<sup>15</sup> Lim beschreef de omstandigheden die tot en met 2008 een rol speelden bij de verzoeken tot matiging van een contractuele boete. Aanleiding van het artikel was een in 2007 verschenen arrest *Intrahof/Bart Smit*<sup>16</sup> waarin de Hoge Raad zich heeft uitgelaten over de omstandigheden die een rol dienen te spelen bij beantwoording van de vraag of de rechter gebruik mag maken van zijn bevoegdheid tot matiging. Lim constateerde dat er een viertal omstandigheden zijn die mee moeten worden gewogen bij de vraag of de rechter gebruik mag maken van zijn matigingsbevoegdheid: 1) de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, 2) de aard van de overeenkomst, 3) de inhoud en strekking van het beding en 4) de omstandigheden waaronder het kortingsbeding is ingeroepen. Er mag alleen sprake zijn van een eventuele matiging indien de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Van een rode lijn in de rechtspraak omtrent de invulling van de matigingsbevoegdheid, was volgens Lim geen sprake. Tevens constateerde hij dat niet kan worden gesproken van een grote terughoudendheid bij toepassing van de matigingsbevoegdheid.

Hoewel de AV 2010, zoals eerder aangegeven, dus niet de bepaling bevat waarin aan geschilbeslechtende instanties de mogelijkheid werd toegekend om boetes te matigen, bestond deze bevoegdheid wel reeds op basis van de wet. Gelet op het feit dat men thans aansluiting heeft willen zoeken bij de dwingend wettelijke regeling, kan men zich afvragen of de wijzigingen die zijn aangebracht in de

12 H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012.

13 Memorie van Antwoord II, PG, boek 6, p.325.

14 H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012.

15 M.R. Lim, 'Bouwrecht, matiging van korting: Welke omstandigheden spelen een rol?', *BR* 2008, p. 461.

16 HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262.

AV 2014 noodzakelijk waren. De aanpassing is een verduidelijking voor de verkoper van een nieuwbouwwoning die met de toevoeging van art. 14 lid 7 nog eens duidelijk wordt gewezen op de mogelijkheid om een verzoek tot matiging in te dienen. Of deze wijziging tevens gaat leiden tot een wezenlijk andere uitkomst in gerechtelijke procedures ten overstaan van de burgerlijke rechter en de RvA, is zeer de vraag. Om op deze vraag een antwoord te verkrijgen, is het van belang inzichtelijk te maken op welke wijze tot 1 januari 2014 over dit vraagstuk is geoordeeld door de RvA met betrekking tot koop-/aannemingsovereenkomsten. De RvA behandelt uitsluitend bouwrechtzaken en in bouwcontracten wordt vaak een arbitrageclausule opgenomen waarmee partijen de uitspraak van de RvA bindend verklaren. Indien zo'n arbitrageclausule niet wordt opgenomen, zal het matigingsvraagstuk in ieder geval aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd.

Vervolgens wordt in beeld gebracht hoe momenteel in lagere rechtspraak (derhalve: ten overstaan van de burgerlijke rechter) wordt omgegaan met matigingsvraagstukken ten aanzien van boetebedingen en hoe de uitspraken van deze lagere rechtspraak zich verhouden tot voornoemde jurisprudentie van de Hoge Raad, en dan met name Intrahof/Bart Smit. Omwille van een afbakening van deze lagere rechtspraak is ervoor gekozen om ons hierbij te concentreren op matigingsvraagstukken die betrekking hebben op boetebedingen in (NVM-) koopovereenkomsten en (ROZ-)huurcontracten. Niet relevant is dat deze lagere rechtspraak betrekking heeft op niet-bouwwettelijke onderwerpen, nu de vraag naar de uitleg van boetebedingen speelt in het kader van het algemeen verbintenisrecht en voor het bouwrecht geen wezenlijk andere invalshoek kent.

#### 4.1 RvA

Uitspraken van de RvA hebben vooral betrekking op geschillen inzake de Uniforme Administratieve Voorwaarden uit 1989 of, sinds enkele jaren, de voorwaarden uit 2012.<sup>17</sup> In deze UAV is in paragraaf 42 een kortingsregeling ten gunste van de opdrachtgever opgenomen in het geval de aannemer later dan aanvankelijk is overeengekomen het bouwwerk oplevert. De uitspraken van de RvA laten een sterk wisselend beeld zien en met betrekking tot de onderbouwing om al dan niet tot matiging over te gaan, bestaat een grote diversiteit. Een eenduidige toets vindt aldus niet plaats, hetgeen

onder meer blijkt uit de navolgende willekeurige selectie van enkele uitspraken.

In een uitspraak van 22 april 2002<sup>18</sup> oordelen de arbiters dat partijen hebben gekozen voor een gefixeerde schadevergoedingsregeling, waardoor opdrachtgever niet hoeft aan te tonen hoeveel schade hij heeft geleden maar slechts dát hij schade heeft geleden. Onder verwijzing naar art. 6:94 BW stellen de arbiters dat zij slechts in klaarblijkelijk onbillijke gevallen bevoegd zijn de gefixeerde schadevergoedingsregeling te matigen. Vervolgens wordt een aantal argumenten aangedragen door de aannemer waarop door de arbiters kort wordt ingegaan. De arbiters stellen dat de aannemer zich vooraf bewust had moeten zijn van de kans dat hij een boete zou moeten betalen bij te late oplevering, omdat hij zelf heeft voorgesteld om te contracteren op basis van de UAV. Matiging werd niet toegepast.

In een uitspraak van 11 oktober 2007<sup>19</sup> wordt door de aannemer een beroep gedaan op matiging van de overeengekomen boete, omdat de hoogte van de boete in geen verhouding staat tot de door de opdrachtgevers geleden schade en toekenning van de boete zou leiden tot een onbillijk resultaat. De RvA matigt in dit geval inderdaad de boete, omdat de overeengekomen boete van 3 promille veel hoger is dan de werkelijk door opdrachtgever geleden schade. Een verdere onderbouwing ontbreekt echter volledig. Bovendien refereert de RvA in deze uitspraak niet aan de criteria die in april 2007 door de Hoge Raad zijn geformuleerd in zijn arrest (Intrahof/Bart Smit) en gaat hij in deze uitspraak aldus behoorlijk kort door de bocht.

In een uitspraak uit 2011<sup>20</sup> oordeelt de RvA: *'Naar het oordeel van arbiters brengen de redelijkheid en billijkheid met zich mee dat onder deze omstandigheden de korting (toevoeging auteurs: korting op de laatste bouwtermijn) wordt gematigd.'* Een uitgebreide onderbouwing en een verwijzing naar HR 27 april 2007 (Intrahof/Bart Smit) ontbreken wederom.<sup>21</sup>

In een uitspraak uit 2013<sup>22</sup> oordeelde de RvA ten slotte dat voor matiging geen plaats was, omdat partijen hadden gekozen voor een gefixeerde schadevergoeding. Deze conclusie lijkt wat kort door de bocht aangezien de wet een matigingsbevoegdheid toekent aan partijen en door de arbiter niet gemotiveerd werd waarom een beroep op matiging niet werd gehonoreerd. De indruk ontstaat dat de arbiter

17 Hierna: UAV 1989, dan wel UAV 2012.

18 RvA 22 april 2002, No. 70.566, BR 2002, 181.

19 RvA 11 oktober 2007, No. 28.447.

20 RvA 16 december 2011, No. 32.391.

21 In dezelfde lijn: RvA 17 januari 2011, No. 30.709, RvA 13 augustus 2010, No. 71.445, RvA 12 januari 2010, No. 30.166, RvA 17 december 2009, No. 29.402, RvA 4 september 2008, No. 71.228.

22 RvA 19 september 2013, No. 33.759.

daarbij zonder een gedegen onderbouwing voorbij ging aan een dwingend wettelijke bepaling.<sup>23</sup>

Uit deze uitspraken kan voorzichtig geconcludeerd worden dat de arbiters terughoudend omgaan met hun matigingsbevoegdheid. Echter, de argumenten op basis waarvan matiging in deze gevallen wordt afgewezen, kennen een redelijk subjectieve insteek. In de uitspraken van de RvA ligt, als er al wordt gematigd, aan het matigen van boetebedingen de *redelijkheid en billijkheid* ten grondslag, net als in de burgerlijke rechtspraak. Met name de omstandigheden van het geval spelen hierbij een rol, maar de criteria van de Hoge Raad uit het arrest *Intrahof/Bart Smit* worden na 2007 nauwelijks aangehaald.

Bij uitspraken van de burgerlijke rechter lijkt dit wél het geval te zijn: uitspraken die betrekking hebben op het gebruik van boetebedingen in NVM-koopaktes en ROZ-modelhuurcontracten, lijken stevast de lijn van de Hoge Raad uit *Intrahof/Bart Smit* te bevestigen.

## 4.2 Burgerlijke rechter

NVM-modelcontracten bevatten twee boetebedingen. Eén boetebeding kan gehanteerd worden wanneer wordt gekozen voor ontbinding van de koopovereenkomst. Deze boete bedraagt meestal 10% van de tussen partijen overeengekomen koopsom. Het andere boetebeding heeft betrekking op de situatie waarin de benadeelde niet kiest voor ontbinding van de overeenkomst, maar nakoming vordert. In dat geval kan een boete gevorderd worden van een overeen te komen promillage van de koopsom per dag, tot aan het moment dat alsnog de verplichtingen uit de koopovereenkomst worden nagekomen. In lagere rechtspraak is bepaald dat beide boetebedingen niet naast elkaar mogen worden gebruikt.<sup>24</sup> In een arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2007 werd de lijn die hij in het arrest *Intrahof/Bart Smit* inzette, bevestigd.<sup>25</sup> De Hoge Raad vond toekenning van de 10%-boete in dit geval niet leiden tot een buitensporig en daarmee onaanvaardbaar resultaat, ook al was in dit geval de werkelijk door de benadeelde geleden schade lager dan de 10% boete. Hierbij overwoog de Hoge Raad dat met de matigingsbevoegdheid terughoudend moest worden omgegaan. Onder verwijzing naar het arrest *Intrahof/Bart Smit*, wordt in rechtsoverweging 3.4.2 aangegeven '(...) dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken als

*de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, waarbij niet alleen zal moeten worden gelet 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.*' Hierbij zijn uiteindelijk de omstandigheden van het geval beslissend, waarbij de rechter deze omstandigheden ruim dient te betrekken en hierbij onder meer gewicht mag toekennen aan de hoedanigheid van partijen.

A-G Wissink schreef een verhelderende conclusie bij voornoemd arrest (met een nagenoeg uitputtend jurisprudentieoverzicht) over de juridische stand van zaken ten aanzien van matiging van boeteclausules.<sup>26</sup> In r.o. 3.6.4 schrijft hij: '*Het gaat dus om een totaaloordeel, waarbij de verschillende omstandigheden in onderling verband moeten worden gezien. Dit betekent niet dat het matigingsoordeel niet in de kern zou mogen berusten op juist het argument, dat sprake is van een wanverhouding tussen schade en boete. Dat kan wel, mits dat argument op zijn beurt voldoende wordt gemotiveerd aan de hand van de omstandigheden van het geval. Nu de matigingsbevoegdheid terughoudend moet worden toegepast, dient de motivering van het oordeel dat gematigd wordt aan hogere eisen te voldoen dan het oordeel dat de boete niet gematigd wordt. Het enkele oordeel dat sprake is van een wanverhouding voldoet blijkens het arrest *Intrahof/Bart Smit* niet aan de daaraan te stellen motiveringseisen.*'

Hoewel de eerdere lijn van de Hoge Raad aldus in voornoemd arrest is bevestigd en de matigingsbevoegdheid met terughoudendheid en deugdelijk gemotiveerd moet worden toegepast, zijn de uitspraken van lagere rechtspraak redelijk casuïstisch van aard. Dit is ook niet verwonderlijk, gezien het feit dat 'de redelijkheid en billijkheid' en 'het betrekken van alle omstandigheden van het geval' resulteren in een subjectief oordeel van de rechter.

Dit beeld komt ook naar voren in uitspraken met betrekking tot boetebedingen in huurovereenkomsten, hoewel de gepubliceerde lagere rechtspraak over matiging van huurrechtelijke boetes betrekkelijk schaars is.<sup>27</sup> Met betrekking tot een boetebeding dat was opgenomen in een huurovereenkomst voor bedrijfsruimte, overwoog het Hof Den Bosch in

23 In dezelfde lijn: RvA 11 oktober 2007, No. 28.447 waarin er geen korting werd toegepast maar er een alternatieve boete werd opgelegd die vervolgens werd gematigd.

24 Rb. Noord-Holland 17 juli 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:12212.

25 Hoge Raad 13 juli 2007, NJ 2012, 459.

26 Conclusie mr. M.H. Wissink 13 juli 2012, ECLI: NL:PHR:2012:BW4988, NJB 2012, 1695 bij HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4986.

27 M.E.A. Möhring en F. van der Hoek, 'Onmatig, onredelijk, oneerlijk?', WR 2013, 39.

2012<sup>28</sup> dat matiging was toegestaan. Hierbij erkende het Hof dat het slechts met terughoudendheid gebruik mocht maken van zijn matigingsbevoegdheid en dat het bij zijn oordeelsvorming de criteria zoals deze zijn genoemd in *Intrahof/Bart Smit*, diende te hanteren.

Het Hof Den Bosch zag in een uitspraak van 3 januari 2012 geen reden tot matiging.<sup>29</sup> In een huurovereenkomst met betrekking tot bedrijfsruimte waren partijen bij niet tijdige betaling van de huur een boete van 2% per maand overeengekomen. De rechter koppelde deze boete van 24% op jaarbasis aan de schade die verhuurder leed als gevolg van de niet tijdige betaling. Deze schade werd bepaald op grond van de wettelijke handelsrente ex art. 6:119a BW en bedroeg op dat moment 8,25% per jaar. De rechter zag in het verschil tussen 24% en 8,25% onvoldoende argumenten om de boete te matigen. Daarbij overwoog hij tevens dat de boete niet alleen strekte tot vergoeding van geleden schade, maar ook diende als prikkel om tijdig de huur te voldoen. Ook in dit arrest refereert het Hof aan de uitspraak *Intrahof/Bart Smit* van de Hoge Raad uit april 2007 en worden de te hanteren criteria om al dan niet tot matiging over te gaan, toegepast. Bij onvoldoende argumenten om de boete te matigen, wordt hier aldus van af gezien.

## 5. Conclusie

Uit de in dit artikel behandelde uitspraken valt af te leiden dat de criteria die de Hoge Raad in april 2007 heeft opgesteld voor rechters om rekening mee te houden bij het al dan niet overgaan tot matiging van boetes, niet eenduidig worden toegepast. Nagegaan is of dit zowel voor procedures ten overstaan van de burgerlijke rechter als de RvA heeft te gelden.

Uit bovenstaande geschillen omtrent de matiging van boetebedingen kan worden afgeleid dat zowel de RvA als de burgerlijke rechter geen eenduidige lijn hanteren bij het invullen van de matigingsbevoegdheid. Uit de willekeurige selectie van uitspraken kan bovendien niet geconcludeerd worden dat de RvA een strengere norm hanteert dan de burgerlijke rechter, of vice versa. Wat wel opvalt is dat de aansluiting bij het arrest *Intrahof/Bart Smit* die in rechtspraak ten aanzien van onder meer boetebedingen in NVM-koopovereenkomsten en ROZ-huurcontracten duidelijk wordt gezocht, ontbreekt in de in het kader van dit artikel onderzochte uitspraken van de RvA. Ook de door de Hoge Raad gestelde eis dat een beslissing tot matiging in ieder

geval uitgebreide en voldoende motivering behoeft, is niet eenduidig te herleiden in uitspraken van de RvA. Het zou ons inziens aanbevelingswaardig zijn om voornoemde gezichtspunten die door de Hoge Raad zijn aangehaald in HR 27 april 2007 (*Intrahof/Bart Smit*), ook toe te passen in bouwrechtelijke procedures ten overstaan van de RvA. Op deze wijze wordt willekeur voorkomen en wordt vanuit het oogpunt van rechtszekerheid in de arbitrage-rechtspraak aansluiting gezocht bij een lijn die op andere gebieden reeds gevolgd wordt ten overstaan van de burgerlijke rechter.

Hierbij dient de kanttekening geplaatst te worden dat ook het expliciet volgen van de lijn uit *Intrahof/Bart Smit* en het hanteren van de in dit arrest vermelde criteria om al dan niet tot matiging over te gaan, geen eensluidende uitkomst biedt. Immers, aan het einde van het verhaal blijft het toch een beoordeling van alle betrokken omstandigheden van het geval en dientengevolge een subjectief oordeel van de rechter. Dit neemt echter niet weg dat dit subjectieve oordeel bij verwijzing naar het arrest van april 2007 (*Intrahof/Bart Smit*) beter onderbouwd dient te worden. Indien men in de AV 2014 de criteria van *Intrahof/Bart Smit* had opgenomen dan zou de RvA als het ware gedwongen worden de eventuele matiging van een boete beter te onderbouwen. De beperkte motivering tot op heden in uitspraken van de RvA – of het überhaupt ontbreken van enige motivering – wordt hiermee voorkomen. Dit komt de rechtszekerheid ten goede en hiermee wordt bovendien inzichtelijk gemaakt dat een eventuele inbreuk op het beginsel van contractsvrijheid duidelijk gemotiveerd en daarmee zorgvuldig en niet al te lichtvaardig heeft plaatsgevonden. Overigens zijn beide geschilbeslechtende instanties het erover eens dat de matiging van boetebedingen met terughoudendheid moet worden toegepast. *‘Matiging is pas aan de orde als toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt’*.<sup>30</sup>

Met het opnemen van de mogelijkheid in art. 14 lid 7 AV 2014 om een in datzelfde artikel genoemde gefixeerde schadevergoeding te matigen, heeft de overleggroep SER een bepaling opgenomen die ook reeds ten tijde van de AV 2010 wettelijk verankerd was in art. 6:94 lid 1 BW. Ook ten tijde van de AV 2010 kwam een beroep op matiging bij de RvA geregeld voor<sup>31</sup> en niet valt in te zien dat dit onder de AV 2014 zal veranderen. In zoverre lijkt de toegevoegde waarde van deze wijziging beperkt

28 Hof Den Bosch 31 januari 2012, *Prg.* 2012, 79.

29 Hof Den Bosch 3 januari 2012, *WR* 2012, 122.

30 Vgl. RvA 21 juni 2011, No. 71.510, RvA 9 maart 2011, No. 32.384, RvA 12 augustus 2011, No. 32.277 en HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262.

31 Zie noot 21 tot en met 24 en 31.

en is er dus feitelijk weinig veranderd ten opzichte van de oude situatie. Bovendien wordt hiermee het fenomeen van willekeur zoals dit ook vóór de inwerkingtreding van de AV 2014 in uitspraken van de RvA voorkwam, niet tegengegaan. Onzekerheid over de mogelijkheid tot matiging van de schade blijft bestaan, naast de nieuwe discussie die ontstaat over het al dan niet verkrijgen van een aanvullende schadevergoeding. Bovendien bestaat de kans dat er vaker een beroep op matiging wordt gedaan, nu de consument expliciet op deze mogelijkheid wordt gewezen.

Indien het doel van de overleggroep SER is geweest om met de wijziging aansluiting te zoeken bij de dwingendrechtelijke regels van art. 6:94 BW, had het voor de hand gelegen om ook na te streven dat de uitspraken van de RvA meer overeen gaan komen met de benadering in de burgerlijke recht-

spraak. Het bewerkstelligen dat de RvA meer in lijn met *Intrahof/Bart Smit* zijn uitspraken inzake matiging gaat onderbouwen door het opnemen van een bepaling hieromtrent in de AV 2014, zou een wijziging zijn geweest die - in tegenstelling tot de huidige aanpassing in de AV 2014 - wél van belangrijke toegevoegde waarde zou zijn. Nu de overleggroep SER geen invloed heeft op de wijze waarop de RvA geschillen beslecht, is het zeer de vraag of deze wijziging tot gevolg heeft dat de lijn die is ingezet in het arrest *Intrahof/Bart Smit* ook doorwerkt bij de RvA. Een zodanige wijziging van de AV 2010, waardoor de RvA genoodzaakt zou worden om expliciet de criteria uit HR 27 april 2007 te hanteren bij het inkleuren van haar matigingsbevoegdheid, zou dan ook aan te bevelen zijn geweest. In dat geval was pas echt aansluiting gezocht bij de burgerlijke rechtspraak.