



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Schadevergoeding, aansporing of bestraffing? De ware aard van het boetebeding grondslag en begroting

Schelhaas, H.N.

Citation

Schelhaas, H. N. (2003). Schadevergoeding, aansporing of bestraffing? De ware aard van het boetebeding grondslag en begroting. *Bw-Krant Jaarboek, 19*, 101-118. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36816>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36816>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Schadevergoeding, aansporing of bestraffing? De ware aard van het boetebeding

*H.N. Schelhaas**

1. PRELUDE

Het boetebeding lijkt een contractclausule als zoveel andere. Partijen leggen tevoren de gewenste rechtsgevolgen vast voor het geval zich een bepaalde gebeurtenis voordoet. Dat is niet heel bijzonder. Toch heeft het boetebeding een status aparte in het contractenrecht en wijdt het BW er bijvoorbeeld vier specifieke artikelen aan. Waarom deze bijzondere positie? Omdat het boetebeding afwijkt van het wettelijk schadevergoedingsregime, het vooral de debiteur zeer kan benadelen en het de zweem van een privaatrechtelijke straf heeft. Contractspartijen leggen namelijk niet zomaar iets vast, zij bepalen tevoren de – financiële – prestatie die de debiteur moet leveren indien hij zich bezondigt aan een tekortkoming. Waar de wet slechts recht geeft op compensatie van de schade, kan het boetebeding bepalen dat de crediteur recht heeft op een veel hoger bedrag, of op een prestatie die bovenop de wettelijke schadevergoeding komt. En dat maakt het boetebeding bijzonder en ook verdacht. Want scheidt het niet de mogelijkheid dat contractpartijen elkaar bestraffen voor non-conform gedrag? En hoort een dergelijk ‘punitief’ element wel in het privaatrecht thuis? Deze laatste vraag houdt juristen al eeuwen in de ban en heeft ertoe geleid dat het boetebeding in Europa een uiteenlopende ontvangst heeft gehad. Nog steeds is de discussie actueel, getuige onder meer een recente Belgische wetwijziging over het boetebeding.

In Nederland is de regeling duidelijk: het staat partijen vrij bij wijze van boetebeding elke gewenste prestatie overeen te komen (art. 6:91 BW), maar als waarborg tegen excessieve gevolgen staat de rechter achteraf een matigingsbevoegdheid ten dienste (art. 6:94 BW). Deze benaderingswijze van boeteclausules is geen gemeengoed in Europa. Niet alle Europese jurisdicties zijn zo ruimdenkend over de *a priori* geldigheid van het boetebeding. Vooral België en Engeland

* Mr. H.N. Schelhaas is docent en onderzoeker aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

leggen de toelaatbaarheid van boeteclausules sterk aan banden en knopen daartoe aan bij de functie van het boetebeding. Tegen deze achtergrond ga ik in deze bijdrage in op het ware karakter van het boetebeding in Nederland en analyseer ik of dit gelegen is in schadevergoedende, aansporende of veeleer bestraffende motieven. De Engelse en Belgische visie grijp ik aan om te toetsen of het Nederlandse recht de aard van het boetebeding afdoende karakteriseert en niet ten onrechte voorbij gaat aan het vermeende punitieve karakter van het boetebeding. Ik besteed hierbij geen aandacht aan boeteclausules die zijn vastgesteld op een onredelijk laag bedrag. Omdat een dergelijk op een exoneratiebeding lijkend boetebeding een specifieke problematiek en functie heeft, valt dit buiten het bestek van deze bijdrage.

Eerst schets ik de historische context van het boetebeding, omdat dit aantoonde dat het boetebeding van oudsher twee functies worden toegedicht.

2. TWEE VAN OUDSHER ERKENDE FUNCTIES: AANSPORING EN SCHADEFIXERING

De Romeinen maakten al veelvuldig gebruik van het boetebeding, toen onder de naam *stipulatio poenae*.¹ Ze hadden daar drie motieven voor. Ten eerste het bij voorbaat vastleggen van de verkrijgbare schadevergoeding, zodat bewijsproblemen werden voorkomen.² Ten tweede werd de *stipulatio poenae* gebruikt als een middel *in terrorem*, om de wederpartij onder druk te zetten een handeling te verrichten of juist na te laten.³ In het verlengde hiervan kon de *stipulatio poenae* ten derde worden aangewend om handelingen die niet in rechte afdwing-

1. Het ging veelal om een 'zelfstandig' boetebeding, dat niet afhankelijk was van een primaire verbintenis. Zie nader R. Knütel, *Stipulatio Poenae – Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln: Böhlau 1976, p. 1-2, 25-64 en ook de fraaie dissertatie van R-P. Sosna, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen – eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB*, (diss. Keulen 1991), Berlin: Duncker & Humblot, Berlin 1993.

2. Zie m.n. R.H. Zimmermann, *The law of obligations – Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996, p. 95-96.

3. Zimmermann, a.w., p. 95.

baar waren, toch indirect af te dwingen.⁴ De Romeinen realiseerden zich dat het boetebeding de debiteur kon benadelen, maar niettemin werd een *stipulatio poenae* als uitgangspunt onverkort in rechte afdwingbaar geacht: *pacta sunt servanda*.⁵ Wel bestond bijvoorbeeld de mogelijkheid de *stipulatio* aan te vechten wanneer sprake was van een gedeeltelijke tekortkoming en mocht een *stipulatio poenae* niet worden aangewend om de strikte regels omtrent rente te omzeilen.⁶

Ettelijke eeuwen later komt het boetebeding in beeld bij de glossatoren, die de functie van het beding als schadefixatie van belang achten. Er ontbrandt een strijd over de vraag of een beroemde Justiniaanse tekst over kortweg de hoogte van schadevergoeding in die zin op boeteclausules van toepassing is, dat een afgesproken bedrag het dubbele (*duplum*) van de contractwaarde niet mocht overstijgen.⁷ Neen, is de heersende mening: een boetebeding is op elke hoogte vast te stellen.⁸ Het canonieke recht verbiedt vervolgens boeteclausules die het kerkelijk renteverbod omzeilen en hecht waarde aan de – mede – schadevergoedende functie van het boetebeding: een dergelijk schadevergoedend beding moet ook daadwerkelijk verband houden met de geleden schade.⁹

Geïnspireerd door het canonieke recht, komen in de 16^e eeuw meer en meer – humanistische – stemmen op die pleiten voor het begrenzen van contractuele boetes.¹⁰ De stelling wordt wel verdedigd dat een boetebeding slechts geldig zou moeten zijn indien dit was gerelateerd

4. Het Romeinse recht achtte een flink aantal handelingen niet in rechte afdwingbaar: Zimmermann, a.w., p. 97. Zie ook Knütel, a.w., p. 45.
5. Een algemene matigingsmogelijkheid bestond in het klassieke Romeinse recht niet: F. Brandsma, *Gemeen recht in Groningen – Enige opmerkingen over de matiging van bedongen boetes door de rechter* (oratie Groningen), Groningen: Chimaira 2000, p. 8; Sossna, a.w., p. 13; Zimmermann, a.w., p. 101-105.
6. Sossna, a.w., p. 10 e.v. Op p. 11 geeft hij aan dat het wellicht onder omstandigheden mogelijk was een contractuele boete die viermaal de contractswaarde oversteeg, te beteugelen, maar dit is allerminst zeker (zie p. 12-13). Zimmermann, a.w., bespreekt op p. 110-113 de mogelijkheid de gevolgen van een boetebeding te beperken wanneer partijen geen datum afspraken waarop de *stipulatio poenae* opeisbaar werd.
7. Het betrof Codex-constitutie 7.47. Zie verder Brandsma, a.w., p. 11; Sossna, a.w., p. 26-43.
8. Mits het niet indruist tegen de regels over de rentevoet: Sossna, a.w., p. 36-38. Wel wilde Accursius een boete die op een veelvoud van de contractswaarde was vastgesteld, maximeren tot het viervoud (*quadruplum*) hiervan.
9. Sossna, a.w., p. 79-82.
10. Zimmermann, a.w., p. 106 e.v.; Sossna, a.w., p. 74 e.v.

aan de schade.¹¹ Onder meer Donellus en Dumoulin introduceren vervolgens laat in de 16^e eeuw de gedachte van een rechterlijke matigingsbevoegdheid op hoge contractuele boetes.¹² Ook in het Hollandse gemene recht zijn later luide matigingsgeluiden te horen, onder meer van Johannes Voet.¹³ De leer van de onverkorte afdwingbaarheid van boeteclausules, onafhankelijk van een eventuele schadefixerende functie, houdt echter ook nog een stevige voet aan de grond.¹⁴ Zo kiest de Franse *Code civil* uit 1804, en dus ook het Nederlandse oude BW, in de hoogtijdagen van de contractsvrijheid voor de onverkorte afdwingbaarheid van boeteclausules, onafhankelijk van de hoogte van de schade.¹⁵

De geschiedenis laat zien dat geregeld een discussie over de begrenzing van het boetebeding opkomt en dat de beperkingen vaak worden gerelateerd aan de geleden schade. Steeds wordt geworsteld met de dubbele natuur van het boetebeding: de schadevergoedende en de veeleer aansporende functie. Deze twee functies zijn voor de functionele inkleurung van het boetebeding ook thans nog bepalend en laten zich als volgt karakteriseren. Ten eerste is er de *schadefixerende* functie van het boetebeding: het boetebeding fixeert op voorhand de schade die partijen verwachten te lijden indien tekort wordt geschoten in de nakoming van verbintenissen. Zodoende behoeft de crediteur het bewijs van bestaan en omvang van schade niet te leveren. Ten tweede wordt het boetebeding een *aansporende* functie toegeschreven. In deze functie is het boetebeding primair opgenomen om de wederpartij aan te sporen haar contractuele verplichtingen na te komen, door een tekortkoming financieel te sanctioneren. Soms staat dit bedrag los van de verkrijgbare wettelijke schadevergoeding en kan de crediteur zowel de contractuele boete als de wettelijke schadevergoeding vorderen (een zogenaamd 'zuiver' boetebeding). Vaak heeft het boetebeding echter tweeërlei doel en beoogt het zowel de verkrijgbare schadever-

11. Sossna, a.w., p. 81-82.

12. Sossna, a.w., p. 86-91 en voor mogelijke redenen p. 99. Zie ook Brandsma, a.w., p. 2-14.

13. Brandsma, a.w., p. 15 e.v.; Sossna, a.w., p. 101-110; Zimmermann, a.w., p. 107 en 109.

14. Sossna, a.w., p. 65-72 en voor het oud-Hollandsche recht: p. 101-104 en 110.

15. Pothier pleitte begin 18^e eeuw tevergeefs op billijkheidsgronden voor een matigingsmogelijkheid: Sossna, a.w., p. 124-125. Een wetswijziging uit 1975 (Loi nr. 75-597, JO 1975, 7076) deed in lijn met Pothier afbreuk aan de contractvrijheid, door een matigings- en aanvullingsbevoegdheid te introduceren (art. 1153 Cc).

goeding bij voorbaat vast te leggen, als de wederpartij aan te zetten tot contractconform gedrag: het contractueel vastgelegde bedrag komt in de plaats van de wettelijke schadevergoeding, maar is op een hoog – de wettelijke schadevergoeding overschrijdend – niveau vastgesteld.

Het Nederlandse recht accepteert expliciet beide functies van het beding (art. 6:91 BW) en houdt voor excessieve gevallen een rechterlijke matigingsbevoegdheid (art. 6:94 BW) achter de hand. Niet elke Europese jurisdictie bewandelt echter deze route. Om de discussie over de aard van het boetebeding op scherp te stellen, besteed ik kort aandacht aan de huidige Engelse leer, die diametraal tegenover het Nederlandse recht staat.

3. VERSCHIEDENHEID IN EUROPA: HET ENGELSE VERBOD VAN PENALTY CLAUSES

De *leading case* over het boetebeding in Engeland stamt uit 1914: *Dunlop v. New Garage*.¹⁶ Hier wordt voor het eerst expliciet duidelijk dat het Engelse recht slechts de schadefixeringsfunctie van het boetebeding accepteert: enkel clausules die bij voorbaat een voorziening treffen voor de voorzienbare schade (in de Engelse terminologie een *liquidated damages clause*) zijn rechtsgeldig.¹⁷ Een clausule die een hoger bedrag fixeert dan de mogelijk te lijden schade en zodoende als straf voor niet-nakoming moet zijn bedoeld (een zogenaamde *penalty clause*), is rechtens niet afdwingbaar. In de *Dunlop-zaak* geeft Lord Dunedin een aantal factoren aan die dienstbaar zijn om te onderscheiden tussen een verboden *penalty clause* en een geldige *liquidated damages clause*.¹⁸ Het toetsingsmoment is *ex ante*, namelijk op het moment dat partijen het contract sloten. Als zij op dat moment een bedrag fixeerden dat overeenkwam met de toen voorzienbare schade, dan gaat het om een toelaatbare schadefixatieclausule. Omstandighe-

16. *Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd v. New Garage and Motor Company Ltd* [1915] A.C. 79 (1 juli 1914).

17. Uitgebreider mijn bijdrage 'Waarheen met het boetebeding in Europa?', *TvP* 2000/4, p. 1373-1443.

18. Hij geeft o.m. aan dat het een *penalty* betreft wanneer het gefixeerde bedrag exorbitant en onredelijk hoog is in vergelijking tot de grootst mogelijk denkbare schade die bewezen zou kunnen worden, of wanneer één gefixeerd geldbedrag als schadevergoeding dienst doet voor verschillende gebeurtenissen, waarvan sommige ernstige en andere slechts marginale schade veroorzaken.

den die zich ná de contractsluiting voordoen, zijn in principe niet relevant.

Wat is de precieze ratio van dit strenge onderscheid? Eigenaardig aan het Engelse recht is dat niet altijd is vast te stellen *waarom* een regel zich heeft gevormd. In een systeem waar vaak eeuwenoude precedentes de richting aangeven, raakt de ratio van die regel soms op de achtergrond. De reden van het Engelse verbod van *penalty clauses* is dan ook niet eenduidig weer te geven. Eén van de belangrijkste thans gegeven rechtvaardigingsgronden voor slechts de toelaatbaarheid van schadefixatieclausules is de overweging dat een *penalty clause* zou leiden tot een straf *inter partes*. En daarvoor zou het privaatrecht niet zijn bedoeld.¹⁹ In de woorden van Burrows:²⁰

‘(...) It is submitted that compensation rather than punishment is such a central feature of damages and justifiably so that it would be wrong to allow parties to oust that regime. Punishment belongs to criminal and not the civil law. And so while the courts should and do allow the parties to make their own assessment of compensation, it is unjustifiable in a claim for breach of contract for the plaintiff to insist on punishing the defendant (...).’

Een aantrekkelijke gedachte voor de Belgen, die een paar jaar terug expliciet de zijde van de Britten kozen.²¹ Ook zij zien weinig heil in een contractuele boete die niet in de pas loopt met de voorzienbare schade. Een geldig boetebeding, dat in de Belgische wet ten onrechte nog immer de naam *strafbeding* draagt, kan in België slechts een schadefixerende functie hebben. Ook hier is de grondslag voor de afkeer van de aansprekende functie gelegen in de overweging dat dit

19. H. Collins, *The law of contract*, Butterworths, London/Dublin/Edinburgh, 2^e druk 1993, p. 344-345; P.S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 5^e druk 1995, p. 299. Zie voor andere beweegredenen mijn in noot 17 aangehaalde bijdrage, nr. 16.

20. A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Butterworths, London/Dublin/Edinburgh, 1994, p. 331.

21. *Gedr. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373. Op grond van een arrest van het Belgische Hof van Cassatie uit 1970 (Cass. 17 april 1970, AC 1970, 754) was het Belgische recht reeds jaren in overeenstemming met het Engelse recht. Onvrede hiermee leidde tot enige wetsvoorstellen die oorspronkelijk juist tot doel hadden het onderscheid tussen het verboden straf- en toelaatbare schadefixeringsbeding te laten vervallen. De uiteindelijke wetswijziging was hieraan tegengesteld. Zie uitgebreider mijn in noot 17 aangehaalde bijdrage, nr. 18-26.

leidt tot een straf tussen partijen, hetgeen ongewenst is in het privaatrecht. Slechts de overheid is bevoegd een straf op te leggen.²²

Het Nederlandse wettelijke uitgangspunt, met zijn expliciete erkenning van het boetebeding in al zijn hoedanigheden, wordt derhalve niet overal aanvaard. Is dat terecht, of is Nederland misschien te tolerant en moet het karakter van het boetebeding worden heroverwogen? In het navolgende ga ik hier op in en analyseer ik het doel en effect van het Nederlandse boetebeding. Ik begin met de officieel erkende functies, waarna ik bezie of hiermee het boetebeding afdoende wordt gekarakteriseerd.

4. HET DOEL EN EFFECT VAN HET BOETEBEDING IN NEDERLAND

4.1 De officiële functies: aansporing en schadefixering met als doel rechtszekerheid

De twee reeds besproken officiële functies van het Nederlandse boetebeding volgen rechtstreeks uit de wet: art. 6:91 BW schrijft het boetebeding expliciet een aansporings- en/of schadefixeringsfunctie toe ('ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan'). De wetgever heeft gekozen voor een gelijke behandeling van beide hoedanigheden van het boetebeding omdat de functies menigmaal dooreenlopen en een verschil in motief naar het oordeel van de wetgever niet tot een verschil in regeling behoefde te leiden.²³ In beginsel is de functie van het boetebeding noch voor de geldigheid, noch voor de rechtsgevolgen relevant.²⁴ Voor de kwalificatie als boetebeding volstaat de aanwezigheid van één der erkende functies. Als gevolg daarvan heeft het Nederlandse boetebeding drie mogelijke gezichten. Ten eerste kan het een louter schadefixerende functie vervullen. Ten tweede is een zuiver aansporend boetebeding mogelijk, namelijk wanneer het recht

22. Zie het amendement van Landuyt, *Gedr. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/2, p. 2 en 3. Het punitieve segment wordt geëlimineerd door een matigingsbevoegd. Zie nader mijn in noot 17 aangehaalde bijdrage, nr. 21.

23. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 321.

24. De functie is op bepaalde punten nog wèl van belang, namelijk bij de samenloop met andere rechtsmiddelen (art. 6:92 is van aanvullend recht) en bij de vraag naar matiging van het tevoren vastgelegde bedrag (een zuiver aansporend beding komt, aldus TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 322, eerder voor matiging in aanmerking).

op wettelijke schadevergoeding onverlet wordt gelaten. Ten derde komt geregeld een gemengd boetebeding voor, wanneer de contractuele boete in de plaats van de wettelijke schadevergoeding komt, maar het bedrag op een zodanig hoog niveau is vastgesteld dat het de schade overstijgt en mitsdien tevens een aansporend effect heeft.

Beide in Nederland erkende functies wortelen in de rechtszekerheid. De schadefixerende functie, omdat partijen zelf de schade reeds hebben vastgelegd en op dit punt niet zijn overgeleverd aan een langdurige en onzekere juridische procedure. De aansporende functie omdat wordt aangezet tot contractsconform gedrag en zodoende een tekortkoming idealiter wordt voorkomen: van het boetebeding in deze functie gaat een preventieve werking uit.²⁵

Prachtig, maar het boetebeding heeft ook zijn keerzijde. De gevolgen kunnen achteraf onredelijk blijken, bijvoorbeeld omdat een zwakkere contractspartner geen andere keuze had dan het beding te aanvaarden, of omdat bij de contractssluiting onvoldoende aandacht aan het beding werd besteed, of omdat het afgesproken schadebedrag berustte op een verkeerde prognose. De contractuele boete die niet in de pas loopt met de verkrijgbare schadevergoeding of daar geheel los van staat, wordt daarom menigmaal in het beklagdenbankje geplaatst. Zoals bij de bespreking van het Engelse en Belgische recht bleek, wordt in dit verband wel naar voren gebracht dat het boetebeding in de aansporende functie in wezen een straf is en als zodanig ongeoorloofd is in het compensatoire schadevergoedingsrecht. Is de eigenlijke functie van het aansporende boetebeding inderdaad bestrafing en is hiermee de aard van het boetebeding beter neergezet?

25. C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon. Nieuw BW A-11), Deventer: Kluwer 1988, nr. 3, noemt het voorkomen van dreigend onrecht, speciale preventie, de primaire functie van het boetebeding.

4.2 Is het aansporende boetebeding in wezen een privaatrechtelijke straf?

De regelmatig gemaakte omschrijving ‘punitief’ of ‘privaatrechtelijke straf’²⁶ is op zichzelf niet verrassend: het woord boete of penalty zelf suggereert immers reeds een sanctie, een straf, een beboeting van bepaald gedrag. Dat is een ernstig klinkende term, privaatrechtelijke ‘straf’, maar zijn precieze inhoud staat allerm minst vast. Om te bezien of de aansporende functie van het boetebeding niet beter als bestraffend moet worden weergegeven en – zo ja – wat hiervan de consequentie zou zijn, moet dus eerst worden geanalyseerd wat hiermee wordt bedoeld. In hoofdzaak komen twee betekenissen voor.

Ten eerste wordt de term aangewend louter om aan te geven dat een privaatrechtelijk mechanisme tot meer verplicht dan enkel compensatie voor veroorzaakte schade.²⁷ In deze zin kan het – mede – aansporend boetebeding ontegenzeggelijk als punitief of als privaatrechtelijke straf worden gekwalificeerd, maar een wezenlijk nieuw inzicht over de functie geeft dit niet. Het vult immers niet zozeer de *functie* of het doel van het boetebeding in, maar beschrijft enkel objectief tot welk feitelijk resultaat het leidt. Met deze descriptieve kwalificatie is derhalve niets gewonnen. Want dat het aansporende boetebeding niet – louter – compenseert voor geleden schade, daar is eenieder het over eens. De term straf in deze betekenis is daarom weinig verontrustend en betekent niet dat de functie van het boetebeding op andere wijze moet worden gewaardeerd.

Ten tweede wordt echter ook een meer normatieve betekenis gehanteerd. De gedachte is dat het boetebeding in die zin een bestraffend karakter heeft, dat het bedoeld is om degene die tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen te bestraffen voor zijn onoorbaar bedrag. Vaak wordt in dit verband tegen het publieke strafrecht

26. Zie G. Betlem/P. Rodrigues, *Omkering van proceslast*, Den Haag: Boom 1999, p. 19; Knütel, a.w., p. 1-9; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom 2001, nr. 196; R.-J. Tjittes, ‘Punitief contractenrecht’, *RM Themis* 2002/2, p. 41-42, die dit als een positieve karaktertrek waardeert. Zie voorts C. Schäfer, ‘Strafe und Prävention im bürgerlichen Recht’, *Archiv für die civilistische Praxis* 2002/3, p. 397 e.v.; S. Klumpp, *Die Privatstrafe – eine Untersuchung privater Strafzwecke*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 64 en 90; Zimmermann, a.w., p. 95.

27. Zo bijv. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Parijs 1995, p. 12-13; S. Patti, ‘Schadenersatz und Strafe im italienischen Recht’, in: *Festschrift Stoll*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 312 en p. 318. Zo begrijp ik ook Loos, a.w., nr. 196.

aangeleund, zoals Burrows in het hierboven aangehaalde citaat, met overwegingen dat bestraffing het prerogatief is van de Staat en om die reden niet thuishoort in het privaatrecht.²⁸ Deze link met het strafrecht is onterecht, evenals het bezwaar dat slechts de overheid mag bestraffen. Uiteraard dient het bestrijden van sociaal onrecht, van moreel verwerpelijk gedrag, door de Staat te worden georganiseerd en plaats te vinden in een met alle waarborgen omkleed strafrechtelijk proces, maar met het boetebeding heeft dat niets van doen. Want anders dan een strafrechtelijke sanctie,²⁹ is het boetebeding er niet op gericht maatschappelijk en moreel verwerpelijk gedrag te bestraffen³⁰ en is het niet ingegeven door de wens van vergelding, genoegdoening of leedtoevoeging voor een geschokt (rechts)gevoel.³¹ Het wordt niet *ex post* opgelegd door een publiek orgaan, maar is een prestatie die partijen zelf tevoren zijn overeengekomen zodat degene die de schade heeft toegebracht vrijwillig de sanctie aanvaardt.³² Het enige punt van overeenstemming bestaat in zekere zin over de preventieve werking. Want net als bij een strafrechtelijke sanctie ligt een zekere preventiegedachte ook aan het boetebeding ten grondslag, maar deze is niet gericht op de maatschappij, maar op de individuele contractspartij om haar enkel in dit geval te weerhouden van contractbreuk. Het boetebe-

28. Zie ook de redenen voor de Belgische wetswijziging: *Gedr. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1373/2, p. 2.
29. Zie over de strafrechtelijke doeleinden bijv. J. Rimmelink, *Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1995, p. 26 e.v., 639 e.v.
30. Zo ook Knütel, a.w., p. 3: hoewel het niet nakomen van een contract niet goed is, gaat het te ver om te constateren dat het boetebeding tot doel heeft onzedelijk gedrag te bestraffen.
31. Anders in Duitsland: C. Hess, *Die Vertragsstrafe – Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung* (diss. Kiel), Berlin: Duncker & Humblot 1993, p. 209 en 213-222, die suggereert dat de functie van het boetebeding private genoegdoening is voor het door de contractbreuk veroorzaakte geschonden (rechts)gevoel, mede gezien de psychologische effecten daarvan (verbittering, haat en een wens naar wraak). Voor de plaats van de genoegdoeningsfunctie in m.n. het onrechtmatige-daadsrecht: C.E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2003, p. 160-161.
32. Zo ook Schäfer, a.w., p. 400-401 en het Duitse Bundesgerichtshof (BGH 4 juni 1992, BGHZ 118, 312), p. 339 die benadrukt dat deze bestraffing op vrijwillige basis berust en dus niet te vergelijken is met bijv. delictuele sancties. Overigens betekent het feit dat de rechter een matigingsbevoegdheid ten dienste staat niet dat hij hiermee een straf oplegt: hij reduceert immers de bestaande boete en creëert derhalve niet zelf een straf.

ding doorkruist derhalve geenszins de exclusieve bevoegdheid van de Staat om burgers te bestraffen. Om vergelijkbare redenen is de soms gemaakte verbinding³³ naar door de rechter opgelegde *punitive damages* voor onrechtmatige handelingen niet relevant. Want ook hier staat maatschappelijk onoorbaar gedrag centraal, zijn vergelding en generale preventie de dragende motieven en wordt de straf *ex post* door de rechter opgelegd.³⁴ Het betreft zodoende wezenlijk andere rechtsfiguren.

Ook ontdaan van de strafrechtelijke lading, kan niet worden gezegd dat de primaire functie van het boetebeding is gelegen in bestraffing. Want dan zou de contractuele boete *in de eerste plaats* bedoeld moeten zijn om de persoon van de wederpartij te bestraffen, dat wil zeggen uit het oogpunt van vergelding leed toevoegen voor onoorbaar gedrag. Het doel van een boetebeding is echter in essentie anders. Partijen komen niet een contractuele boete overeen teneinde de partij die tekort schiet als vergelding repressief leed te voegen voor haar verwerpelijke gedrag, maar wensen de wederpartij in de eerste plaats positief aan te sporen daadwerkelijk te doen wat zij beloofde. Zo is de regelmatig voorkomende boete van € 20 per dag dat een creditcard te laat wordt ingeleverd na vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst, erop gericht te voorkomen dat langer misbruik wordt gemaakt van de creditcard. Vergelding voor onoorbaar gedrag is niet de primaire wens van de creditcardmaatschappij. Een aanwijzing dat een contractuele boete niet als straf moet worden omschreven, kan tevens worden gevonden in de omstandigheid dat de persoon van de dader en diens mate van toerekenbaarheid of schuld niet beslissend is voor de opeisbaarheid en hoogte van de contractuele boete.³⁵ Ook van het onvrijwillig opgelegd krijgen van een straf is geen sprake, omdat het boetebeding door beide partijen tevoren is aanvaard.³⁶

33. Zo Betlem/Rodrigues, a.w., p. 20; J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht - deel 1*, Deventer: Kluwer, 2001, p. 707-712; H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 206.

34. Zie ook A.T. Bolt/J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, preadvies NVR, Deventer: Kluwer 1993, p. 66.

35. De contractuele boete kan ook worden afgesproken voor een *niet-toerekenbare* tekortkoming, terwijl de hoogte ervan niet is gerelateerd aan de schuldgraad. Zo ook Knüttel, a.w., p. 4; Schäfer, a.w., p. 402. Zie ook A.R. Bloembergen/S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Mon. Nieuw BW B-34, Deventer: Kluwer, nr. 11.

36. Zo ook Klumpp, a.w., p. 33 en p. 90 e.v.

Wanneer de aansporing niet werkt en een tekortkoming optreedt, dient natuurlijk wèl het tevoren gefixeerde bedrag betaald te worden. Vooral wanneer nakoming niet meer mogelijk is, of wanneer geen of wezenlijk minder schade is geleden dan het contractueel vastgelegde bedrag, lijkt dit *effect* van het boetebeding wellicht bestraffend. Maar de enkele omstandigheid dat naderhand een hoger bedrag moet worden betaald dan de geleden schade en dat dit *ex post* wordt *ervaren* als een straf, verandert het doel van het boetebeding niet en bewijst niet dat het primair gaat om bestraffing van onwenselijk gedrag. Het feit dat achteraf een verhoogd bedrag moet worden betaald dat lijkt op een bestraffing, is hooguit een neveneffect.³⁷ Een neveneffect dat onontbeerlijk is voor een zinvolle aansporende rechtsfiguur. De kracht van een aansporend instrument ligt nu juist in de idee dat de afgesproken geldsom daadwerkelijk betaald moet worden indien tekort wordt geschoten in de nakoming ook al zal dit naderhand niet meer tot nakoming van de verbintenis leiden of ook al is minder schade geleden.³⁸ Een aansporing zonder sanctie is vleugellam. Het betalen van het contractueel vastgelegde bedrag is dan ook niet het doel van het boetebeding, maar enkel het gevolg van zijn aansporende rol.

Kortom, de aard van het boetebeding is gelegen in schadefixerende en/of aansporende motieven. Ten aanzien van de aansporende functie geeft de term 'straf' niet goed aan waar het om gaat. Deze benaming miskent dat de contractuele boete primair is bedoeld als stimulans om contractuele verplichtingen na te komen en dat bestraffing niet een zelfstandig doel is. Het argument van de Britten en Belgen dat een boetebeding een privaatrechtelijke straf vormt en reeds om die reden niet in het privaatrecht thuishoort, acht ik dan ook weinig overtuigend. Evenmin zie ik andere bezwaren tegen een niet louter schadefixerend boetebeding. Integendeel. Hoewel het de debiteur strenger behandelt dan de wet, is de aansporende functie in mijn ogen niet verwerpelijk maar juist nuttig. Aan de zegeningen van het boetebeding wijd ik de volgende paragraaf.

37. In relatie tot de doeleinden van de wettelijke schadevergoeding ook Bloembergen/Lindenbergh, a.w., nr. 7.

38. Bij duurovereenkomsten kan dit nog wel leiden tot nakoming van de overige contractuele verplichtingen.

4.3 De tanden van het contractenrecht: het nut van schadefixering en aansporing

Het ware karakter van het boetebeding schuilt naar mijn mening derhalve in schadefixering en/of aansporing. Beide functies hebben in het Nederlandse contractenrecht hun waarde. Het is evident dat een schadefixatie met name nuttig is wanneer de schade niet goed op voorhand is in te schatten en ook later bewijsproblemen over de hoogte en het bestaan van schade zijn te verwachten. Een schadefixatie voorkomt dit.

Ook de aansporende functie van het beding kan in een behoefte voorzien en is naar mijn mening een handzame aanvulling op het civielrechtelijk sanctiearsenaal. De meerwaarde ligt in de mogelijkheid die het biedt om de wederpartij effectief, door middel van een financiële prikkel, aan te sporen tot contractconform gedrag. In deze zin sluit het goed aan bij de erkende doeleinden van het aansprakelijkheids- en contractenrecht. Die zijn immers niet uitsluitend gelegen in compensatie voor schade, maar in meerdere of mindere mate evenzeer in het voorkomen van onrecht, genoegdoening voor de benadeelde en handhaving van rechten.³⁹ De bescherming van het vertrouwen dat de wederpartij doorgaans doet wat zij beloofde, is terecht door Tjittes als één van de uitgangspunten van het contractenrecht benoemd: het is de randvoorwaarde voor een soepel economisch rechtsverkeer.⁴⁰ Het handhaven van rechten, van de aanspraak op de toegezegde nakoming, is precies datgene waar een contractuele boete op is gericht. Het boetebeding versterkt zodoende de doeleinden van het privaatrecht en vormt niets meer dan zelfregulering van contractuele afspraken, hetgeen de efficiëntie in het rechtsverkeer bevordert. Indien partijen om welke subjectieve reden ook aan correcte of tijdige nakoming hechten, lijkt het mij prima dat een contractant wordt aangespoord te doen wat hij toch al beloofd had. Wanneer het gaat om de nakoming van een contractuele plicht die veeleer een emotionele waarde heeft – bijvoorbeeld het doen vervoeren van een financieel waardeloos, breekbaar familiestuk – is opname van een aansporende contractuele

39. Het compensatoire schadevergoedingsrecht komt pas aan de orde wanneer het contractenrecht niet – geheel – functioneert: zie bijv. (ook over de functies van het aansprakelijkheidsrecht) Bloembergen/Lindenbergh, a.w., nr. 5 en 6; Van Nispen, a.w., nr. 3 en voor de genoegdoeningsfunctie Du Perron, a.w., p. 160-161.

40. Tjittes, a.w., p. 41. Dit volgt natuurlijk ook reeds uit de vertrouwensleer ex art. 3:35 BW.

boete zelfs de enige manier om de wederpartij tot extra inspanningen te bewegen.⁴¹ Ook in gevallen van opzettelijke niet-nakoming door de wederpartij, omdat niet-nakoming goedkoper is dan correcte en tijdige nakoming, zal een aansporingselement een nuttige aanvulling op het civiele sanctiearsenaal zijn. Zeker, daar staat vervolgens een bepaalde prijs tegenover, maar dat is inherent aan een doelmatig aansporingsmechanisme.

Het boetebeding slijpt zodoende de tanden van het contractenrecht en maakt een doeltreffende rechtshandhaving mogelijk. Met de erkenning van het aansporingsmechanisme worden voorts andere belangrijke uitgangspunten van het contractenrecht, partijautonomie en contractvrijheid, gewaarborgd. Het nut van een aansporingsfunctie geldt temeer wanneer het min of meer gelijkwaardige contractspartij-en betreft.⁴² Want tegen dreigend misbruik van vooral de zwakkere contractspartner moeten uiteraard wel waarborgen bestaan, zoals de in art. 6:94 neergelegde bevoegdheid de boete *ex post* te matigen of aan te vullen. De functie van deze bevoegdheid houd ik in de volgende paragraaf tegen het licht.

5. DOEL EN EFFECT VAN DE MATIGINGSBEVOEGDHEID

5.1 *De ratio van de wetgever*

Het is inmiddels duidelijk dat de functie van het boetebeding in het Nederlandse recht terecht tweeledig is. Partijen mogen afspreken wat ze willen. Wel staat daar in art. 6:94 BW als correctief een rechterlijke matigings- en aanvullingsbevoegdheid tegenover. Dit was indertijd een novum in het nieuwe BW, hoewel onder het oude recht op andere wijzen eveneens de hoogte van een contractuele boete kon worden aangepast. De introductie van dit nieuwe instrument wordt in de parlementaire geschiedenis als volgt gemotiveerd:⁴³

41. Voor de erkenning van deze functie van het beding: TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 324, waar in relatie tot de matigingsmogelijkheid wordt opgemerkt dat ook moet worden gelet op de omstandigheid dat het boetebeding vaak wordt gemaakt omdat het belang van de schuldeiser bij nakoming niet op geld waardeerbaar is.

42. Ik laat hier het boetebeding dat voorkomt in algemene voorwaarden buiten beschouwing, omdat hier terecht een specifiek regime voor geldt.

43. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 325.

‘De regeling van het BW houdt niet voldoende rekening met het feit dat de inhoud van het boetebeding gewoonlijk niet op dezelfde wijze als de verdere inhoud van de overeenkomst het resultaat is van loven en bieden. De schuldenaar die de door de wederpartij voorgestelde boete excessief oordeelt, zal daarover, vooral als hij de economisch zwakkere is, niet gaarne een discussie openen omdat dit het vertrouwen van de wederpartij dat het contract zal worden nagekomen, zou ondermijnen. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dan ook, dat de bedongen boete niet zelden geheel onevenredig is aan het belang van de schuldeiser bij nakoming.’

Over de ratio van de aanvullingsbevoegdheid merkt de parlementaire geschiedenis onder meer op dat een contractant zich er gewoonlijk niet van bewust zal zijn dat het beding ook tegen hem kan worden uitgespeeld.⁴⁴ In beide gevallen gaat het erom dat het boetebeding bij de contractssluiting niet de aandacht krijgt die het verdient en zodoende excessief kan uitwerken. De matigings- en aanvullingsbevoegdheid zijn bedoeld dit te beteugelen wanneer de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Hiermee is de ingrijpingsbevoegdheid in wezen niets anders dan een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

5.2 Terughoudendheid in matigingsvragen: erkenning van het aansporend karakter

De vraag wanneer precies moet worden ingegrepen op contractuele boetes is niet *in abstracto* aan te geven. Ten aanzien van de matigingsbevoegdheid geeft de parlementaire geschiedenis wel de grondgedachte weer: de rechter moet van zijn bevoegdheid om in te grijpen spaarzaam gebruik maken, waartoe het enkele uiteenlopen van boete en werkelijk geleden schade niet voldoende is. De wetgever zag de matigingsbevoegdheid als een noodrem die slechts bij uitzondering een halt mocht toeroepen aan het contractueel bepaalde bedrag.⁴⁵

‘Dat een dergelijke bevoegdheid [*tot matiging, HNS*] van de rechter, gelijk soms wordt beweerd, aan het boetebeding bijna geheel haar praktische betekenis ontnemt, is niet juist. Men mag er immers op vertrouwen dat de rechter zal beseffen dat voor de verhouding van partijen het uitdrukkelijk overeengekomene in de eerste plaats bepalend is en dat de rechter dus van zijn bevoegdheid om in te grijpen spaarzaam gebruik behoort te maken.’

44. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 326.

45. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 324.

Het matigingscriterium in art. 6:94 BW is dan ook welbewust eng (wanneer de billijkheid dit *klaarblijkelijk* eist) geformuleerd.⁴⁶ Een volledige belangenafweging dient plaats te vinden, waarbij alle feiten en omstandigheden tot het moment van de rechterlijke uitspraak van belang zijn.⁴⁷ Zo is relevant in welke verhouding de contractuele boete staat tot de daadwerkelijk geleden schade,⁴⁸ is het gedrag der partijen van belang,⁴⁹ evenals hun maatschappelijke positie en onderlinge verhouding en de vraag of het een eenheidsboete betreft die in werking treedt bij tekortkomingen van uiteenlopende ernst.

De matigingsbevoegdheid is er vervolgens op gericht een wanverhouding tussen de gerechtvaardigde belangen van de debiteur bij bescherming tegen een excessieve contractuele boete en de crediteur bij rechtszekerheid te voorkomen.⁵⁰ Een terughoudend gebruik van de matigingsbevoegdheid blijft hierbij het uitgangspunt: onverkorte afdwingbaarheid van het boetebeding is regel, matiging slechts uitzondering. De matigingsbevoegdheid heeft daarom niet tot doel achteraf in te grijpen op elk – mede – aansporend boetebeding, om vervolgens het aansporende element geheel weg te filteren. Want wanneer enerzijds expliciet wordt erkend dat het boetebeding een aansporend karakter mag en kan hebben, terwijl een dergelijk beding anderzijds naderhand spoedig wordt ontdaan van aansporende elementen, dan blijft weinig over van de erkenning van het aansporend karakter van het boetebeding. Daarom moet een gemengd boetebeding naar mijn mening worden gematigd tot een niveau dat zich boven de geleden schade bevindt, terwijl een zuiver aansporende contractuele boete niet automatisch tot nihil moet worden teruggebracht.⁵¹ De opmerking in de parlementaire geschiedenis dat een zuiver aansporend boetebeding eerder voor matiging in aanmerking komt,⁵² conflicteert niet met dit uitgangspunt: een dergelijk beding

46. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 325.

47. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 324 en MvA II, p. 325.

48. Zo werd een boete van f. 50.000 gezien de schade van f. 210 gematigd: HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 277.

49. De welbewuste schending van een geheimhoudingsovereenkomst is een factor die voor matiging pleit: Hof Den Bosch, 3 juni 1997, *NJ* 1998, 162.

50. In vergelijkbare zin Van Nispen, a.w., nr. 4 en 10.

51. Zie nader hieromtrent mijn bijdrage 'Matiging van een contractuele boete: regel of uitzondering?', *NTBR* 2002/2, p. 71-76.

52. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 322.

vormt altijd een surplus op de schadevergoeding en zal daarom simpelweg eerder onredelijke consequenties kunnen hebben.

Hoewel sommige uitspraken van Hoge Raad, vooral met betrekking tot de zogenaamde eenheidsboete, een spoediger ingrijpen lijken te impliceren,⁵³ is de terughoudendheid in matigingsvragen nog steeds regel.⁵⁴ Dat is terecht, omdat slechts op deze wijze het aansporend karakter wordt gerespecteerd en de rechtszekerheid die het boetebeding beoogt te bieden niet ten grave wordt gedragen door een constante dreiging van een onzekere rechterlijke interventie.

6. CONCLUSIE: CONTRACTUELE SCHADE EN AANSPORING

Het doel van deze bijdrage was de ware aard van het Nederlandse boetebeding te onthullen. Die is gelegen in schadefixatie en/of aansporing tot nakoming. Beide functies worden gevoed door de wens naar rechtszekerheid: ofwel omdat partijen op voorhand reeds het niveau van schadevergoeding vastlegden, ofwel omdat een tekortkoming wordt voorkomen. Het primaire karakter van het boetebeding wordt naar mijn mening onrecht aangedaan wanneer één zijner doeleinden als bestraffing wordt omschreven. Het boetebeding dat niet slechts is bedoeld de geleden schade te compenseren, heeft naar mijn mening immers niet als primair doel de bestraffing van de wederpartij. De term 'punitief' is in mijn ogen dan ook verwarrend, terwijl de verbinding die door deze terminologie met het strafrecht wordt gemaakt, misplaatst is en de functie van het beding onnodig beladen maakt. Want zulks heeft de smaak van vergelding voor moreel verwerpelijk gedrag in zich en dat is niet waar het bij een aansporende boeteclausule primair om gaat. Het is juist gericht op het voorkomen van een tekortkoming, door een financiële stimulans te geven deugdelijk na te komen.

Beide functies van het boetebeding sluiten naadloos aan bij de doeleinden van het contractenrecht. Het boetebeding verschaft contractspartijen extra munitie om het recht op nakoming te effectueren en is daarmee een schoolvoorbeeld van effectieve rechtshandhaving. De matigingsbevoegdheid, die bedoeld is om apert onredelijke resul-

53. Zie bijv. HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 725 m.nt. JH (Hauer/Monda I).

54. HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 595 m.nt. JH (Monda Hauer II) toont dat matiging ook ten aanzien van een eenheidsboete geen regel is.

taten te voorkomen, is een voldoende waarborg tegen excessen en zorgt ervoor, mits terughoudend aangewend, dat de – aansprekende – waarde van het boetebeding wordt behouden.

Het boetebeding is in mijn ogen dan ook een welkome aanvulling op het civiele sanctiearsenaal. Het is een stimulans voor de rechtszekerheid, zorgt ervoor dat het fundament voor de soepele werking van het contractenrecht wordt verstevigd en de crediteur zijn belangen bij nakoming kracht kan bijzetten. Het boetebeding heeft niets van doen met morele boetedoening, maar des te meer met een zelfregulerend contractenrecht. En dat is een pluspunt.