

WAARHEEN MET HET BOETEBEDING IN EUROPA?

Een analyse van het Engelse, Schotse, Belgische en Nederlandse recht en de Principles of European Contract law

door

Mr. Harriët SCHELHAAS(*)

In deze bijdrage wordt het regime ten aanzien van boeteclausules in het Engelse, Schotse, Belgische en Nederlandse recht, alsmede in de Principles of European Contract Law onderzocht. Het boetebeding, een contractuele afspraak op grond waarvan de contractspartij die tekort schiet in de nakoming van contractuele plichten een prestatie moet verrichten, bekleedt van oudsher twee functies: een schadefixerings- en een aansporingsfunctie. Het boetebeding is een nuttige rechtsfiguur omdat het partijen rechtszekerheid biedt, maar herbergt tegelijkertijd een gevaar van misbruik. In Europa heerst verscheidenheid over de vraag hoe de mogelijke excessen van het boetebeding moeten worden tegengegaan. Er bestaan grofweg twee benaderingswijzen. De eerste methode, gevolgd door Engeland en België, legt het boetebeding aan banden door slechts de schadefixeringsfunctie te erkennen: een clause die niet louter is bedoeld als schadefixatie vooraf, is ongeldig. Het tweede systeem, hier aan de hand van het Nederlandse recht onderzocht, erkent beide functies van het beding, maar gaat misbruik tegen door de rechter een matigingsbevoegdheid ex post toe te kennen. Tegen de achtergrond van een eventueel geharmoniseerd Europees boetebeding, is het interessant te bezien welk systeem navolging verdient. Na een grondige analyse en vergelijking van de diverse stelsels op dit punt, wordt dan ook een voorkeur voor één der systemen uitgesproken.

INHOUD

- I. HET EUROPA VAN DE VERSCHIEDENHEID (1)
- II. FUNCTIONELE PLURIFORMITEIT (2)
- III. HET PROBLEEM (3)
- IV. DE ENGELSE BENADERING (4-17)
 - A. Uitgangspunt en achtergrond (4)
 - B. Het onderscheid: de Dunlop-zaak (5)
 - C. Het onderscheid nader beschouwd (6-11)
 - 1. Uitgangspunt (6)

(*) Harriët SCHELHAAS is als Aio verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Zij bereidt een rechtsvergelijkend proefschrift over het boetebeding voor.

- 2. Het toetsingsmoment (7)
- 3. Schatting schade moeilijk (8)
- 4. De hoogte: exorbitant en onredelijk (9)
- 5. Eén geldsom voor meerdere tekortkomingen (10)
- 6. Welke schade is referentiepunt? (11)
- D. Rechtsgevolg en samenloop met andere rechtsmiddelen (12)
- E. Ontsnappingsclausules (13)
- F. Algemene voorwaarden (14)
- G. Overzicht: alles- of niets-methode (15)
- H. De ratio (16)
- I. Schotse ontwikkelingen (17)
- V. DE BELGISCHE METHODE (18-29)
 - A. Historie en achtergrond (18)
 - B. De nieuwe wet (19-24)
 - 1. Algemeen (19)
 - 2. Louter schadefixerende functie (20)
 - 3. Een matigingsbevoegdheid (21)
 - 4. De uitoefening van de matigingsbevoegdheid (22-25)
 - (a) Toetsingsmoment (23)
 - (b) Matiging: wanneer? (24)
 - (c) Niveau van matiging (25)
 - 5. Samenloop met andere rechtsmiddelen (26)
 - C. Ontsnappingsclausules (27)
 - D. Bijzondere wetten (28)
 - E. Overzicht (29)
- VI. DE „CONTINENTALE” BENADERING: HET NEDERLANDSE SYSTEEM (30-34)
 - A. Algemeen (30)
 - B. Matiging: wanneer? (31)
 - C. Samenloop met andere rechtsmiddelen (32)
 - D. Ontsnappingsclausules? (33)
 - E. Bijzondere regelingen (34)
- VII. DE REGELING IN DE PECL (35-38)
 - A. Uitgangspunt (35)
 - B. Matiging (36)
 - C. Samenloop met andere rechtsmiddelen (37)
 - D. Ontsnappingsclausules (38)
- VIII. DE OVEREENKOMSTEN EN VERSCHILLEN (39-42)
 - A. De functie en het correctief (39)
 - B. Cumulatie van rechtsmiddelen (40)
 - C. Praktische overeenkomsten? (41)
 - D. Overig (42)
- IX. ANALYSE: DE VOOR- EN NADELEN VAN BEIDE SYSTEMEN (43-47)
 - A. Straf en boete (43)
 - B. De sanctie (44)
 - C. Rechtszekerheid (45)
 - D. De kwaadwillende schuldeiser (46)
 - E. Overig (47)
- X. BESLUIT (48)

I. Het Europa van de verscheidenheid

1. De Europese burger die zijn landsgrenzen overschrijdt, ontmoet een pluriformiteit aan recht. Zo bijvoorbeeld de Europeaan die in Nederland per 1 januari 2002 een vakantiehuis bij de Friese meren ter waarde van € 200.000 koopt. Hij is gesteld op tijdige nakoming omdat hij nog enige tijd nodig heeft om reparaties aan het huis te verrichten alvorens er zijn vakantie door te brengen. Ter verzekering hiervan spreekt hij af dat de verkoper hem per te laat opgeleverde dag een bedrag van € 20 zal betalen, onverminderd het recht schadevergoeding op grond van de wet te vorderen. De verkoper levert twee weken te laat en de koper vordert het overeengekomen bedrag van € 280. Ook al lijdt de koper nagenoeg geen schade omdat hij bijvoorbeeld toch pas van plan was in augustus het huis te betrekken, de Nederlandse rechter zal de overeengekomen geldsom in principe geldig achten⁽¹⁾.

Sluit dezelfde Europese burger een gelijkkluidend contract in Engeland af ten aanzien van een vakantiehuisje in het Lake District, dan zal de Engelse rechter de clause ongeldig achten. De afgesproken geldsom is naar zijn idee een verboden *penalty clause* omdat het niet is bedoeld als een schadevergoeding, maar louter als aansporing tot tijdige nakoming. Zijn recht beschouwt dit als ongeoorloofd. De rechter zal vervolgens de schade vaststellen op de reguliere wijze. Deze is nihil, zodat de koper geen financiële tegenprestatie krijgt voor de te late levering van zijn huis.

Dit verschil in benaderingswijze tussen de Engelse en Nederlandse rechter is gelegen in een fundamenteel andere conceptie van de toegestane functie van een boeteclause, want dat is de clause waar het hier om gaat.

II. Functionele pluriformiteit

2. Een boetebeding is een contractuele afspraak op grond waarvan een prestatie moet worden verricht indien sprake zal zijn van een tekortkoming in de nakoming van contractuele verplichtingen. Meestal zal de prestatie bestaan uit de verplichting een geldsom te betalen.

(1) Wel zou hij de overeengekomen boete achteraf kunnen matigen „indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist” (art. 6:94 BW). Deze matigingsbevoegdheid zal evenwel terughoudend moeten worden gebruikt. Ik kom hier later op terug.

Het boetebeding is een oude rechtsfiguur, die reeds in het Romeinse recht voorkwam, en zich vervolgens door geheel Europa heeft verspreid(2). Het kan twee functies bekleden.

Ten eerste is het vaak bedoeld om de geleden schade van de benadeelde bij voorbaat vast te stellen, zodat een juridische (schadevaststellers-)procedure achteraf overbodig wordt. Het boetebeding werkt hier schadefixerend en dient primair de rechtszekerheid. Beide partijen weten tevoren welke financiële consequentie een tekortkoming in de nakoming van contractuele verplichtingen heeft. Deze functie van het boetebeding zal ik in het vervolg schadefixeringsfunctie noemen.

Voorts dient het boetebeding er vaak veeleer toe de wederpartij aan te sporen zijn contractuele plichten adequaat na te komen. Het boetebeding heeft hier het karakter van een straf op de niet-nakoming, ter voorkoming van wanprestatie. Deze functie zal ik met de term aanspingsfunctie aanduiden. Menigmaal heeft het boetebeding ook een dubbele functie, namelijk wanneer een zeer hoog bedrag is afgesproken dat zowel de geleden schade compenseert, als een extra aansporend component bevat.

De vraag rijst of contractspartijen, uitgaande van het principe van de contractvrijheid, elk willekeurig boetebeding overeen mogen komen, ook bijvoorbeeld als één der contractspartijen hierdoor onevenredig wordt benadeeld. Vooral wanneer partijen het contract niet op voet van gelijkheid hebben gesloten, bestaat het gevaar dat degene die wanprestatie pleegt zwaar moet boeten voor zijn gedrag. In het verlengde hiervan kan men zich afvragen of het toelaatbaar is dat partijen elkaar op zodanige wijze bestraffen. Hoort een dergelijke praktijk wel in het compensatoire schadevergoedingsrecht thuis?

In heel Europa wordt zowel het praktisch nut van boeteclausules erkend, als het daaraan verbonden gevaar van misbruik. De wijze waarop wordt omgegaan met boeteclausules verschilt echter principiële. Hierbij zijn grofweg twee systemen te onderscheiden. De eerste groep (aangevoerd door Engeland) tracht het gebruik van boeteclausules binnen de perken te houden door slechts één van de twee hier-

(2) Zie onder meer R.H. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, CP, Oxford, 1996; R.H. ZIMMERMANN, „Stipulatio Poenae”, (1987) 104 *SALJ*, 399-415; R. KNÜTEL, *Stipulatio Poenae Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, Böhlau, 1976; R-P. SOSSNA, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB*, (diss. Köln 1991), Duncker & Humblot, Berlin, 1993 en heel kort en helder P. BENJAMIN, „Penalties, liquidated damages and penal clauses in commercial contracts: a comparative study of English and continental law”, *ICLQ* 1960, 606-610.

boven besproken mogelijke functies van het boetebeding als geldig te erkennen, namelijk de schadefixeringsfunctie. Het heeft als uitgangspunt dat partijen enkel tevoren een bedrag mogen overeenkomen dat correspondeert met de geraamde schade ten gevolge van de tekortkoming in kwestie. Elk afgesproken bedrag dat zulks overstijgt, is niet afdwingbaar.

Een grotere groep landen (de meeste Europese rechtssystemen op het vaste land) erkent *prima facie* de geldigheid van een boeteclausule, onverschillig welke functie het bekleedt. Wel wordt de rechter doorgaans de bevoegdheid gegeven disproportioneel hoge bedragen te matigen, ter voorkoming van onredelijke resultaten.

III. Het probleem

3. Boeteclausules komen vaak voor, ook in internationale contracten(3). Het feit dat grote verscheidenheid bestaat in geldigheid van boeteclausules(4), kan tot rechtsonzekerheid in het internationale handelsverkeer leiden. Een eenvormig Europees boetebeding wordt door velen dan ook niet als een overbodige luxe beschouwd, getuige de — vergeefse — pogingen die sinds de jaren zeventig in een aantal fora zijn ondernomen om tot een uniform Europees boetebeding te komen. Zo is in 1973 een weinig succesvol Beneluxverdrag met betrekking tot een eenvormige formulering van boeteclausules uitgegaan(5), volgde de Raad van Europa een vijftal jaar later met een qua inhoud gelijkende resolutie(6). Ook mondiaal staat uniformering van boeteclausules in de belangstelling. In 1983 nam de UNCITRAL

(3) Zie b.v. het zogenaamde rapport-FONTAINE „Les clauses pénales dans les contrats internationaux”, *DCPI 1982*, 397-548 en de uitgave van International Chamber of Commerce, *Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses*, Parijs, ICC Publishing S.A., 1990.

(4) Zie voor een illustratie van deze verscheidenheid in een aantal verschillende soorten boeteclausules het mooie artikel van K.P. BERGER, „Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im Internationalen Wirtschaftsvertragsrecht”, *RIW 1999*, 401-411. Overigens kent ook het Weens Koopverdrag geen uniformerende regel over boeteclausules, waarschijnlijk juist omdat het regime dienaangaande te uiteenlopend is: R.I.V.F. BETRAMS, *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag*, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad, Vermande, 1995, 21.

(5) Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk België en het Groothertogdom Luxemburg betreffende het boetebeding, 26 november 1973, Trb 21, 1973, nr. 1. Het verdrag is nimmer in werking getreden: noch Luxemburg, noch België is tot ratificatie overgegaan. Dit ligt ook niet meer in het verschiep, daar België sedertdien een heel andere weg is opgeslagen met betrekking tot de regeling van het boetebeding. Hierover in par. 5 meer. Zie kort Mon. Nieuw BW A-11 (VAN NISPEN), 48.

(6) Resolution (78) 3, Penal Clauses in Civil Law, aangenomen door het Comité van Ministers op 20 januari 1978.

Uniform Rules on Liquidated Damages and Penalty Clauses voor internationale contracten aan(7), waarop de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties volgde met een aanbeveling dat deze principes waar mogelijk geïmplementeerd zouden moeten worden in een modelwet of een verdrag(8). In de UNIDROIT-*principles of International Commercial Contracts*(9) wordt deze aanbeveling gevolgd en wordt een artikel aan boeteclausules gewijd(10).

Daar komt bij dat vooral in academische kringen wordt gefilosofeerd over de wenselijkheid en mogelijkheid van één Europees BW(11), waar boeteclausules deel vanuit zouden moeten maken. Dit gebeurt met name in relatie tot de *Principles of European Contract Law*(12), waarin een artikel is gewijd aan clausules over „*Agreed Payment for Non-Performance*”(13).

Tegen deze achtergrond is een onderzoek naar een eenvormig Europees boetebeding interessant. Uniformering lijkt echter tegelijkertijd een moeilijke exercitie omdat het Engelse systeem door haar fundamenteel ander uitgangspunt *prima facie* spelbreker lijkt te zijn. Eenvormigheid bestaat op het oog dan ook niet, ondanks pogingen daartoe. Misschien kan voorafgaand aan de vraag naar de mogelijkheid van een Europees geharmoniseerd boetebeding, beter eerst worden onderzocht welk systeem inhoudelijk de objectieve voorkeur geniet en wegens de intrinsieke waarde als basis zou moeten worden genomen voor een uniform Europees boetebeding.

Om deze reden zal ik in dit artikel representanten van de twee tegenpolen in de regeling van het boetebeding, kort gezegd het Engelse versus het „continentale” systeem, analyseren en bezien welk systeem naar mijn mening de voorkeur verdient. Ik zal hierbij niet alleen aandacht besteden aan het boetebeding zelf, maar ook aan een aantal andere gelijkende clausules. Voorts zal ik nagaan wat de weerslag van

(7) Zie: *Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance* en de *Draft United Nations Convention on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure or Performance*, Official Records of the General Assembly, 38^e session, Supplement no. 17 (A/38/17/annexes 1 en 2).

(8) Resolutie nr. 38/135 van de 101ste plenaire sessie, dd. 19 december 1983.

(9) Unidroit, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome/Unidroit 1994.

(10) Art. 7.4.13.

(11) Zie nader M.W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. UU 1999, Deventer, Kluwer, 1999, 12-22.

(12) Voor de nieuwste, sterk uitgebreide en herziene versie zie O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000. De tekst (zonder het commentaar) is ook op het internet raadpleegbaar: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/index.html>.

(13) Art. 9.509 (oud: art. 4.508) *PECL*.

de regeling van het boetebeding is op de verhouding met andere rechtsmiddelen. Zo zal de vraag worden behandeld of een contractspartij náást de afgesproken boete ook nog aanspraak kan maken op reguliere schadevergoeding of op een vordering tot nakoming.

Eerst zal het Engelse recht worden onderzocht met ook aandacht voor recente ontwikkelingen in Schotland, waarna een uitstap naar het Belgische recht zal worden gemaakt omdat dit naar mijn mening op een aantal belangrijke punten gelijk is aan de Engelse methode. Vervolgens zal het Nederlandse recht als representant van het continentale systeem worden besproken, aangezien dit het meest moderne stelsel is dat in principe beide functies van het boetebeding erkent. Tot slot wordt aandacht besteed aan de regeling die de *Principles of European Contract Law* propageren. De bijdrage wordt afgesloten met een analyse van de systemen, waarbij wordt bezien welk uitgangspunt het best werkbaar is(14).

IV. De Engelse benadering

A. UITGANGSPUNT EN ACHTERGROND

4. Het is reeds aangestipt. Het Engelse recht erkent slechts de schadefixeringsfunctie van het boetebeding. Enkel clausules die bij voorbaat een voorziening treffen voor de waarschijnlijk te lijden schade zijn rechtsgeldig. Een clausule die een hoger bedrag fixeert dan de mogelijk te lijden schade en zodoende als straf voor niet-nakoming is bedoeld, is rechtens niet afdwingbaar. Voor elk der te onderscheiden functies van het beding hanteert het Engelse recht een verschillende term: het boetebeding met schadefixatiefunctie wordt aangeduid als *liquidated damages clause*, het boetebeding met de verboden straf- of aansporingsfunctie als *penalty clause*.

Het verbod van *penalty clauses* heeft een rijke maar niet geheel heldere historie(15). *Penalty clauses*, dat wil zeggen clausules die bestraffend werken ten aanzien van een tekortkoming in de nakoming van contractuele verplichtingen, komen pas vanaf de negentiende

(14) Omdat het mij enkel om een systematische analyse te doen is, zal ik slechts stil staan bij de hoofdlijnen van de regeling in boeteclausules. Zo zal ik met name een eventuele verzuimregeling, een eventuele eis (en inhoud) van toerekenbaarheid en de vraag naar een boetebeding als exoneratie buiten beschouwing laten. Deze meer technische vragen doen voor mijn betoog niet ter zake.

(15) Zie BENJAMIN, 1960, 605: „*The distinction between penalties and liquidated damages would appear to be an historical accident (...)*”.

eeuw frequent in het Engelse recht voor(16). Voordien prefereerde men het gebruik van een ander soort clause, de *penal bond*, die in karakter verschilde van boeteclausules in de huidige zin van het woord. Een *penal bond* was namelijk een — primaire — betalingsverplichting bij een bepaalde prestatie, met een ontbindende voorwaarde voor het geval de onderliggende verbintenis op een bepaalde dag zou zijn vervuld(17). Primair beloofde de debiteur derhalve een geldsom te betalen, en secundair een bepaalde prestatie te verrichten. Deze geldsom oversteeg de waarde van de achterliggende secundaire verbintenis sterk, maar de debiteur kon zich van deze *poenale* geldsom bevrijden door de onderliggende prestatie te verrichten(18). Vanaf de zeventiende eeuw ontstond weerstand tegen *penal bonds*(19), waarschijnlijk omdat sommige *penal bonds* extreem onbillijk uitwerkten voor de debiteur(20) en een waarlijk onderdrukkend effect hadden(21). Aan het probleem van *penal bonds* werd zelfs een tweetal wetten gewijd, dat het gebruik ervan sterk beoogde terug te dringen(22). De wetten legden — kort gezegd — vast dat een contractspartij slechts zijn daadwerkelijk geleden schade vergoed kon zien(23), en waren zo succesvol dat ze het einde van de *penal bonds*

(16) Voor een korte beschrijving van de ontwikkeling van *penalty clauses*: P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, CP, Oxford, 1979, 414 e.v.

(17) Althans, een *conditioned penal bond*. Uitgebreid over *penal bonds*: A.W.B. SIMPSON, „The Penal bond with Conditional Defeasance”, (1966) 82 *LQR*, 392-422 en van dezelfde auteur *A History of the Common Law of Contract*, CP, Oxford, 1987, 88-126. Zie voor een kort en helder overzicht van de geschiedenis van het verbod van *Penalty clauses* ook H. MCGREGOR, *McGregor on damages*, 16^e druk, London, Sweet & Maxwell, 1997, nrs. 473-478. Aanvankelijk kwamen dergelijke *penal bonds* voornamelijk voor bij het uitlenen van geld, spoedig ook bij anderssoortige contracten, zoals koopcontracten.

(18) SIMPSON, *o.c.*, 1987, 91.

(19) SIMPSON, *o.c.*, 1966, 413-414. Met name de *Courts of Chancery*, die niet het strikte en formalistische *common law* toepasten, maar dit aanvulden met het soepeler *equity*. Met de *Judicature Act* van 1873 is het onderscheid tussen *equity* en *common law* verleden tijd en wordt één recht toegepast door alle soorten rechters. Zie kort K. ZWEIFERT en H. KÖTZ, *Introduction to Comparative law*, Oxford, CP, 2^e druk, 1993, 186 e.v.

(20) B.v. indien slechts een zeer onbeduidende tekortkoming had plaatsgevonden. Zie verder SIMPSON, *o.c.*, 1987, 119.

(21) SIMPSON, *o.c.*, 1987, 119; ATIYAH, *o.c.*, 1979, 415. Zie ook BENJAMIN, *o.c.*, 1960, 606 die de reden voor het ingrijpen zoekt in beginselen van het natuurrecht. Onredelijke boeteclausules werden volgens hem niet getolereerd „because it was regarded as contrary to natural justice to have contractual clauses that were in terrorem”.

(22) 4 & 5 Anne, c. 3 (of 16) uit 1696-1697 met betrekking tot een *conditioned bond* en 8 & 9 Will. 3, c. 11, s. 8 uit 1705 met betrekking tot een *money bond* bij geldleningen. Voor de feiten en omstandigheden die tot deze wet leidden: SIMPSON, *o.c.*, 1966, 418-419. Beide wetten legden in feite de pogingen die de *courts of common law* en de *Courts of Chancery* hadden ondernomen om het ongebreidelde gebruik van *penal bonds* terug te dringen vast. Voor de inhoudelijke bespreking van de opgelegde beperkingen aan *penal bonds*: MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 473 en rechter BAILHACHE in *Wall v. Rederiaktiebolaget Luggude* [1915] 3 K.B. 66.

(23) SIMPSON, *o.c.*, 1966, 419.

betekenden. Vanaf de achttiende eeuw diende zich als substituut echter een andere rechtsfiguur aan: de *penalty clause* of *liquidated damages clause*, ofwel de afspraak tot betaling van een bepaalde som geld in geval één der contractspartijen tekort schiet in de nakoming van een primaire contractuele verplichting. Dit is, het zij herhaald, niet geheel gelijk te stellen met een *penal bond*, omdat niet meer het te betalen bedrag, maar een andere afspraak als de primaire verbintenis werd aangezien(24). Wel is de functie van beide rechtsfiguren gelijkend: in wezen beogen beide tevoren een voorziening te treffen voor het geval een bepaalde prestatie niet wordt verricht. Voorts kunnen beide soorten clausules ertoe leiden dat de debiteur wordt verplicht een hoge som geld te betalen die niet in verhouding staat tot de door de wederpartij te lijden schade. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de ontwikkelingen met betrekking tot *penal bonds* en de nadruk op het compensatoire principe(25) doorwerken in het verbod van *penalty clauses*(26).

Eén van de eerste zaken waarbij een boeteclausule expliciet als ongeoorloofde *penalty clause* wordt aangezien, is *Astley v. Weldon*(27). Vele uitspraken volgen, die met name nader bepalen op welk soort contractuele afspraken de doctrine van *penalties and liquidated damages* toepasselijk is en — vervolgens — richtlijnen geven voor het onderscheid tussen een *penalty clause* en een *liquidated damages clause*. In de fameuze *Dunlop*-zaak(28) uit 1914 worden de in het verleden gevormde regels bijeengebracht. In het navolgende ga ik uitgebreid in op deze voor het onderscheid tussen *penalty and liquidated damages clauses* zo belangrijke zaak.

(24) Zie voor deze ontwikkeling MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 475-476.

(25) Zie voor de opkomst van dit principe prachtig SIMPSON, *o.c.*, 1987, 123-125 onder „The establishment of the compensatory principle”.

(26) SIMPSON, *o.c.*, 1966, 415: „*The primary factor which led to the decline of the conditioned penal bond was the evolution (...) of the practice of relieving defaulting obligors from forfeiture of the penalty due under bonds; this led eventually to the acceptance both in equity and at common law of the modern principle of contract law according to which a distinction is drawn between a penalty and liquidated damages*”.

(27) (1801) 2 B. & P. 346. Herdrukt in English Reports vol. 126, Common Pleas van Blackstone (vol. 1 en 2) alsmede BOSANQUET & PULLER vols. 1 en 2, 1318 e.v. Zie GCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 475.

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

B. HET ONDERSCHIED: DE DUNLOP-ZAAK

5. De feiten die aanleiding gaven tot het geschil waren als volgt. Dunlop sluit een overeenkomst af met New Garage: Dunlop zal een groot aantal binnen- en buitenbanden aan New Garage leveren. New Garage verplicht zich deze binnen- en buitenbanden niet te verkopen aan particulieren voor een bedrag onder de officiële catalogusprijs omdat dit de verkoopmethode van Dunlop ernstig zou verstoren. Doet New Garage dit wel, dan dient hij Dunlop bij wijze van schadevergoeding £ 5 per aldus verkochte band te betalen.

New Garage kan de verleiding echter niet weerstaan en verkoopt een aantal binnen- en buitenbanden aan een consument voor een bedrag dat onder de officiële cataloguswaarde ligt. Dunlop eist het overeengekomen bedrag, New Garage verweert zich met de stelling dat het bedrag nimmer kan overeen komen met de geleden schade en dat het bedrag dus een verboden *penalty* is. De House of Lords ziet in het beding geen *penalty*, maar oordeelt dat het bedrag wel degelijk overeen kan komen met de door Dunlop te lijden schade: door dergelijke praktijken wordt het verkoopsysteem van Dunlop immers ondermijnd en de schade kan in een dergelijk geval moeilijk worden vastgesteld. De afgesproken geldsom kan daarom worden beschouwd als een eerlijke en niet onredelijke schatting vooraf van de mogelijke schade. Afgezien van dit eindoordeel, is de uitspraak met name van belang vanwege de *speech* van Lord Dunedin, die verschillende factoren aangeeft ter bepaling van het karakter van een clauseule.

- Voor de vraag van welk soort clauseule sprake is, is niet beslissend of partijen zich bedienen van de uitdrukking „*liquidated damages*” dan wel „*penalty*”. Het gaat om de inhoud van het beding.
- De essentie van een *penalty* is erin gelegen dat de som geld fungeert als afschrikking (*in terrorem*) voor de inbreukmakende wederpartij. De essentie van een *liquidated damages* clauseule is gelegen in een oprechte schatting vooraf van de schade(29).
- De vraag of sprake is van een *penalty* of *liquidated damages clause* is een vraag van contractsuitleg en moet worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen en omstandigheden bij elk specifiek contract zoals die golden ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst en niet ten tijde van de inbreuk(30).

(29) In de authentieke bewoordingen *Genuine convenanted preestimate of damage*.

(30) Zo ook *Public Works Commissioner v. Hills*, 1906, AC 368; *Webster v. Bosanquet*, 1912, AC 394.

- Bij het maken van het onderscheid kunnen verschillende criteria of factoren behulpzaam of zelfs beslissend zijn, zoals:
- a) Een clause zal als *penalty* worden aangemerkt indien het gefixeerde bedrag exorbitant en onredelijk hoog is in vergelijking tot de grootst mogelijk denkbare schade die bewezen zou kunnen worden als gevolg van de tekortkoming.
 - b) Er is sprake van een *penalty* indien de tekortkoming slechts bestaat uit het niet betalen van een geldsom, en het gefixeerde bedrag groter is dan het bedrag dat betaald had moeten worden.
 - c) Er is een vermoeden dat sprake is van een *penalty* wanneer één gefixeerd geldbedrag als schadevergoeding zal moeten worden betaald voor het geval zich één of meer verschillende gebeurtenissen voordoen, waarvan sommige ernstige en andere slechts marginale schade zullen veroorzaken.
 - d) Anderzijds is het feit dat de consequenties van een inbreuk zodanig zijn dat een nauwkeurige schatting van de schade welhaast onmogelijk is, geen beletsel om een clause als *liquidated damages* te beschouwen. Integendeel, dat is juist de situatie waarin het waarschijnlijk is dat de fixatie van schade vooraf de echte bedoeling van partijen was.

De woorden van Lord Dunedin waren bedoeld als niet-limitatieve richtlijnen, die niet de pretentie hadden als ijzeren regels te gelden⁽³¹⁾. Toch worden ze in de huidige tijd als zodanig gebruikt en wordt de Dunlop-zaak voor het onderscheid tussen *penalty and liquidated damages clauses* als een *leading case* beschouwd.

In de Engelse doctrine pleegt men het onderscheid tussen ongeldige *penalty clauses* en geldige *liquidated damages clauses* aan te duiden met de term *law on penalties*. Hiermee wordt, het zij benadrukt, niet een wet bedoeld, maar enkel het onderscheid tussen beide soorten clauses, alsmede de factoren die dit onderscheid nader inkleuren. Ook ik zal me in het vervolg bedienen van de term *law on penalties*.

(31) Zie de authentieke formulering: „(...) *To assist this task of construction, various tests have been suggested, which if applicable to the case under consideration may prove helpful, or even conclusive. Such are: (...)*”.

C. HET ONDERSCHIED NADER BESCHOUWD

1. *Uitgangspunt*

6. Een *penalty clause* is verboden⁽³²⁾, een *liquidated damages clause* niet, zoveel is duidelijk. Op welke wijze beide soorten clausules onderscheiden moeten worden, is minder helder. Het uitgangspunt is dat een *liquidated damages clause* een contractueel afgesproken geldsom is die overeenkomt met een oprechte schatting vooraf (een „*genuine pre-estimate*”) van de schade. Het gaat dus om de bedoeling van partijen: voor zover zij de intentie hadden een voorziening te treffen voor de naar verwachting te lijden schade, dan is de afspraak een geldige *liquidated damages clause*⁽³³⁾. Een *penalty clause* daarentegen, is een geldsom die niet — louter — is bedoeld om de schade vooraf te calculeren, maar ertoe dient de wederpartij aan te sporen zijn contractuele verplichtingen adequaat na te komen: de clausule fungeert *in terrorem*⁽³⁴⁾. Hierdoor functioneert de *penalty clause* als een bestraffing voor een tekortkoming. Zo zal de boeteclausule die het recht op reguliere schadevergoeding onverlet laat, als een verboden *penalty clause* worden aangemerkt. Het afgesproken bedrag houdt hier immers in het geheel geen verband met de te lijden schade en fungeert louter als aansporing tot nakoming.

Deze grove karaktertrekken van de clausule zijn lang niet altijd voldoende om de beide soorten te onderscheiden. Het zal immers vaak onduidelijk zijn of partijen inderdaad een „oprechte” schatting van de te verwachten schade maakten, of veeleer de wederpartij door een hoge boete wensten aan te sporen zijn contractuele verplichtingen na te komen. Wat te doen indien dit inderdaad onduidelijk is? Het ligt

(32) De overeengekomen prestatie voor de tekortkoming behoeft overigens niet uit de betaling van een geldsom te bestaan. Een clausule op grond waarvan een andere prestatie verschuldigd is indien één der contractspartijen schuldig is aan wanprestatie, kan ook als een *penalty or liquidated damages clause* worden beschouwd. Zie hiervoor *Jobson v. Johnson*, 1989, 1 All ER 621, waar het ging om de overdracht van aandelen in een voetbalclub indien de debiteur niet tijdig aan zijn betalingsverplichtingen zou voldoen.

(33) E. MCKENDRICK, „Liquidated damages and related clauses in claims involving chattels”, in N. PALMER en E. MCKENDRICK (ed), *Interests in Goods*, London/Hong Kong, LLP, 1998, p. 957 noemt daarom de *bona fides* van partijen beslissend, ook al blijkt achteraf dat de schatting van partijen onjuist was. Zie ook *CHITTY on Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 28^e ed., 1999, nr. 27-104, die spreekt van een „*serious attempt to estimate loss, one made in good faith, however unreasonable it might appear to others*”.

(34) Heel helder A. BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, London/Dublin/Edinburgh, Butterworths, 2^e ed., 1994, 323; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet & Maxwell, 10^e ed., 1999, 929-933; MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 481 en 491.

voor de hand eerst te bezien welke naam contractspartijen zelf aan de clause gaven. Volgens Lord Dunedin kan de door partijen zelf gegeven kwalificatie inderdaad een aanwijzing geven voor het karakter van een clause, maar dit zal zeker niet beslissend zijn(35). Gelukkig maar, want anders zouden partijen door het enkele woordgebruik het karakter van hun clause kunnen bepalen en bijvoorbeeld ondanks een heel hoog gefixeerd geldbedrag eenvoudig de *law on penalties* omzeilen.

De door Lord Dunedin verder genoemde factoren die het karakter van beide soorten clauses nader kunnen determineren, zijn dus meer dan welkom. Ik onderwerp ze aan een nadere blik.

2. *Het toetsingsmoment*

7. Ten eerste maakt Lord Dunedin duidelijk dat de geldigheid van een clause moet worden gemeten naar het moment van de contractsluiting, zodat later optredende omstandigheden niet relevant zijn. Dit is een logisch voortvloeisel van het Engelse recht op dit punt. De *gevolgen* van een clause staan immers niet zozeer ter discussie, als wel het *karakter* van de clause. Het gaat erom of partijen de intentie hadden de te verwachten schade bij voorbaat te fixeren. Dit kan enkel worden beoordeeld door zich te verplaatsen naar het moment van contractssluiting(36). Later optredende toevallige omstandigheden behoeven daarom niet te worden meegewogen: ze zeggen immers niets over het karakter van de clause en de partijbedoeling(37).

Hoe logisch deze regel vanuit Engels gezichtspunt ook zijn moge, hij kan tot opvallende resultaten leiden. Zo kan het voorkomen dat partijen op het moment van de contractssluiting weliswaar een oprechte schatting vooraf deden van de voorzienbare schade, maar dat de uiteindelijk daadwerkelijk geleden schade een stuk lager is, bijvoorbeeld omdat op het moment van de contractbreuk een lagere marktprijs gold. In dit geval overstijgt de afgesproken geldsom de daad-

(35) In deze zin reeds *Kemble v. Farren*, 1829, 6 Bing. 141.

(36) Zie b.v. E. MCKENDRICK, *Contract Law*, London, Macmillan, 4^e ed., 2000, 429-433.

(37) Dit uitgangspunt wordt door de *Privy Council* (het hoogste rechtscollege voor de kanaaleilanden en sommige landen van het Gemenebest) evenwel iets genuanceerd in de zaak *Philips Hong Kong v. A-G of Hong Kong*, 1993, 61 BLR 41: later optredende factoren kunnen wel als bewijs dienen voor de bedoeling van partijen en het karakter van de clause zoals hen die voor ogen stond.

werkelijk geleden schade en werkt deze *de facto* wel „*in terrorem*”(38).

3. *Schatting schade moeilijk*

8. Het feit dat een nauwkeurige schatting van de schade moeilijk is, is geen beletsel om een clause als een *liquidated damages clause* te beschouwen. Dit is, zo volgt uit de Dunlop-regels, juist de situatie waarin het waarschijnlijk is dat de fixatie van schade vooraf de echte partijbedoeling was. Want juist hier zijn moeizame juridische procedures ter vaststelling van de schade te verwachten en hebben partijen behoefte aan de rechtszekerheid die het boetebeding hen biedt. Tegelijkertijd is het in de situatie waar een nauwkeurige schadebegroting vooraf onmogelijk is, uiteraard ook bijzonder moeilijk om te beoordelen of een afgesproken bedrag overeenkomt met een oprechte schadevaststelling vooraf. De hierna volgende richtlijn poogt met name in dit geval meer houvast te geven: indien het overeengekomen bedrag exorbitant en buitensporig is, dan moet dit als een verboden *penalty* worden beschouwd.

4. *De hoogte: exorbitant en onredelijk*

9. Een clause wordt als *penalty* aangemerkt indien het gefixeerde bedrag exorbitant en onredelijk is in vergelijking tot de grootst mogelijk denkbare schade die bewezen zou kunnen worden als gevolg van de tekortkoming. Dit criterium zal enkel dienst doen als de schade vooraf moeilijk is vast te stellen(39). Want zodra de afgesproken schade de bij de contractsluiting exact voorzienbare schade overstijgt, zal in de regel al geen sprake meer kunnen zijn van een oprechte berekening van de te verwachten schade(40). De test van „exorbitante buitensporigheid” is voor de vaststelling van het karakter van de

(38) Ook kan het voorkomen dat een clause als een *penalty* wordt beschouwd, terwijl de daadwerkelijk geleden schade hoger is. Indien de *penalty* hier ongeldig wordt verklaard, kan dit in het voordeel zijn van een eiser die zelf de *penalty* heeft opgesteld. De vraag of een *penalty clause* in een dergelijke situatie ongeldig moet worden geacht, houdt de Engelse juristen verdeeld, terwijl de jurisprudentie evenmin een duidelijk antwoord geeft. Zie b.v. BURROWS, *o.c.*, 1994, 328.

(39) MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 496-499; H. BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 1980, 54.

(40) MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 496. En het feit dat een gefixeerd geldbedrag een oprechte schatting vooraf van de te verwachten schade dient te zijn, is de hoofdregel of definitie van *liquidated damages*. Zie *supra*, nr. 6.

clausule in deze situatie in wezen overbodig(41). Een voorbeeld van een situatie waarin de schade tevoren relatief eenvoudig kan worden vastgesteld is de tekortkoming in de betaling van een geldsom. In deze context moet Lord Dunedins tweede regel worden begrepen, waar hij stelt dat sprake is van een *penalty* indien de tekortkoming slechts bestaat uit het niet betalen van een som geld en het gefixeerde bedrag groter is dan het bedrag dat betaald had moeten worden. Deze strikte regel is echter sterk geërodeerd(42) en heeft nauwelijks nog draagkracht. Zo is het thans heel wel toegestaan een redelijke contractuele rente voor het niet of niet-tijdig betalen van de hoofdsom te bedingen, terwijl rechters er bovendien niet snel toe zijn genegen een contractuele rentevoet ten aanzien van het niet of te laat betalen in handelstransacties, als *penalty* aan te merken(43).

In het merendeel van de gevallen zal de schade tevoren echter moeilijk vooraf calculeerbaar zijn en in deze situatie zal de „exorbitante onredelijkheidstoets” echt haar diensten kunnen bewijzen. De formulering doet vermoeden dat de afgesproken geldsom niet spoedig op deze grond als *penalty* kan worden beschouwd. Het voorbeeld dat rechter Halsbury geeft in de Dunlop-zaak(44) illustreert dit: indien een huis wordt gebouwd voor £ 50 en partijen spreken af dat honderd miljoen pond zal worden betaald indien de aannemer er niet in slaagt het huis deugdelijk te bouwen, dan is sprake van een *penalty*. Een duidelijker voorbeeld van een *penalty* is nauwelijks denkbaar, maar vaak is een clausule niet zo overduidelijk buitensporig. De rechter zal in de regel moeten bezien of het begrote bedrag volledig uit de pas loopt met de mogelijke schade. Deze vrij ruime toets is hier voorstelbaar, want pas dan wordt duidelijk dat partijen niet louter een schade-fixatie beoogden.

(41) MCKENDRICK, *o.c.*, 1998, 958 stelt dat partijen dus weinig speelruimte hebben in gevallen waar de schade vooraf eenvoudig is vast te stellen, zoals bij *finance leases* en huurkoopcontracten; als de afgesproken geldsom de eenvoudig vast te stellen schade ook maar een weinig overschrijdt, dan is immers al duidelijk dat het niet gaat om een oprechte schatting van de te lijden schade. Anders is het wanneer het gaat om een tekortkoming in de nakoming van een andere prestatie dan de betaling van een geldsom, zoals het leveren van een dienst. De schade is hier moeilijker vast te stellen, zodat het uiteenlopen van het afgesproken geldbedrag en de globaal te verwachten schade groter moet zijn om vast te kunnen stellen of partijen een oprechte schatting van de te lijden schade maakten.

(42) Bijvoorbeeld TREITEL, *o.c.*, 1999, 924-929; MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 497. Zie ook de *Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998* (1998, 2.20), te vinden in o.m. BLACKSTONE'S *Statutes on Contract, Tort & Restitution*, London, Blackstone, 1998, 377-382 die een ruimere interestvoet toelaten: thans zo'n 8% boven het officiële disconto, (Order 1998, nr. 2480). Dit is overigens in lijn met de recentelijk vastgestelde Europese richtlijn Bestrijding te late betaling in handelstransacties, *PB L 200/35*.

(43) TREITEL, *o.c.*, 1999, 930.

(44) 1915, AC 79 op blz. 101.

Een mooi en klassiek voorbeeld van wat nog juist toelaatbaar is, geeft de zaak *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co Ltd v. Castaneda*(45). Verweerder zou voor eiser vier torpedoboten bouwen, die door de Spaanse overheid gebruikt zouden worden in de Spaans-Amerikaanse oorlog van 1898(46). De schepen moesten binnen zes à zeven maanden gereed zijn, maar werden twintig tot zesenzeventig weken te laat afgeleverd. Partijen hadden een boete afgesproken van £ 500 per week en per boot die te laat werd afgeleverd. Dit resulteerde in een totaalbedrag van £ 67.500, iets meer dan de waarde van één torpedoboot. De schade was vooraf nauwelijks te voorzien. Zelfs achteraf kon niet worden vastgesteld wat de daadwerkelijke schade was. Er bestond een mogelijkheid dat de Spanjaarden met de tijdige levering van de boten de oorlog hadden gewonnen, maar zelfs als dat was komen vast te staan, was een precieze berekening van de schade onmogelijk. Bovendien was ook mogelijk dat de tijdige levering geen verschil had uitgemaakt. Het tevoren afgesproken bedrag werd, mede gezien de zelfs achteraf bestaande bewijsproblemen ten aanzien van de schade, als redelijk aangemerkt en werd als een *liquidated damages clause* gekwalificeerd. Ook in complexe bouwzaken, met een onzeker schadeverloop, zal een tevoren afgesproken bedrag voor de te late nakoming niet spoedig als een verboden *penalty* worden beschouwd(47).

5. *Eén geldsom voor meerdere tekortkomingen*

10. Voorts rijst het vermoeden dat een clause een *penalty* is indien één bepaalde geldsom moet worden betaald bij meerdere gebeurtenissen, die uiteenlopende schade kunnen veroorzaken. Zo wordt een overeengekomen geldsom als een verboden *penalty* aangemerkt indien deze — in theorie — verbeurd had kunnen raken bij een ondergeschikte tekortkoming die een lagere schade zou hebben veroorzaakt dan is overeengekomen(48). Dit is zelfs het geval indien de tekortkoming die in werkelijkheid aanleiding gaf voor de verbeuring van de geldsom wel degelijk correspondeerde met een redelijke schatting vooraf van de te lijden schade. Het gaat, zo is de redenering, immers

(45) 1905, AC 6.

(46) De oorlog voor Cubaanse onafhankelijkheid.

(47) Zie b.v. T. DOWNES, „Rethinking Penalty Clauses”, in P. BIRKS (ed.), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford, CP, 1996, 260.

(48) *Wilson v. Lowe*, 1896, 1 QB 626.

m het *karakter* van de clause in zijn geheel, en dit wordt niet beïnvloed door de omstandigheid dat de inbreuk in kwestie toevallig wél overeenkomt met een oprechte schatting van de te verwachten schade. Partijen dienen daarom gedifferentieerde bedragen af te spreken voor verschillende tekortkomingen(49), of dienen een geldsom te relateren aan de *ernst* van de tekortkoming, bijvoorbeeld een bedrag per te laat gepresteerde tijdseenheid(50). Overigens zal de overeengekomen geldsom als een toelaatbare *liquidated damages* clause kunnen worden beschouwd, indien de schade in geen geval nauwkeurig kan worden vastgesteld(51).

Volgens een aantal auteurs doet de regel kunstmatig aan omdat deze ertoe zal leiden dat degene die zich schuldig maakt aan wanprestatie, tracht een voorbeeld aan te dragen waarin het overeengekomen bedrag in theorie de te verwachten schade zou *kunnen* overstijgen. De clause wordt dan namelijk als een *penalty* aangemerkt, ook al is het voorbeeld nog zo vergezocht. De regel kan om deze reden tot onredelijke gevolgen leiden. McKendrick verzucht dan ook het volgende:

„*This presumption can act as a trap for the unwary. Contract draftsmen must seek to distinguish between serious and trifling breaches of contract because a failure to distinguish between the two may result in the clause being held to be a penalty clause*”(52).

De rechter zal dit rigide resultaat menigmaal trachten te voorkomen door de clause op een zodanige wijze uit te leggen dat de clause bijvoorbeeld enkel op één belangrijke tekortkoming is gesteld(53). Voorts heeft de *Privy Council*(54) het vorenvermeld uitgangspunt

(49) Wel moet de afgesproken geldsom nog aan de andere regels worden getoetst en mag deze bijvoorbeeld niet exorbitant en onredelijk zijn in vergelijking met de te verwachten schade.

(50) B.v. Philips Hong Kong v. Att. Gen. of Hong Kong, 1993, 61 BLR 41 (een bedrag per niet gehaalde *keydates* in een omvangrijk wegenbouwproject); Clydebank Engineering Co. v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda, 1905, AC 6 (een bedrag van £500 per week van de te late levering); Law v. Redditch Local Board, 1892, 1 QB 127 CA (£5 per week). Zie ook TREITEL, *o.c.*, 1999, 931; CHITTY, *o.c.*, (1999), nr. 27-110. De afgesproken bedragen moeten dus toenemen met de ernst van de tekortkoming. Vooral bij bouwcontracten komen deze *graduated liquidated damages* vaak voor. Indien in met name bouwcontracten geen sprake is van dergelijke graduele geldsommen, dan is het waarschijnlijk dat het gaat om een *penalty clause*. Een geldsom die is bedoeld voor de devaluatie van een goed, dient naar mate de tijd vordert toe te nemen. Zo niet, dan dient het als een *penalty* te worden beschouwd.

(51) Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd., 1915, AC 79. Tenzij duidelijk is dat de schatting ook in dit geval exorbitant is: Ford Motor Co. (England) Ltd. v. Armstrong, 1915, 31 TLR 267. Zie ook MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 510.

(52) MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 430-431.

(53) Zo b.v. in Law v. Redditch Local Board, 1892, 1 QB 127 C.A. en Webster v. Bosanquet, 1912, AC 394; MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 501.

(54) De *Privy Council* is het hoogste college met betrekking tot uitspraken van rechters uit de kanaal-eilanden en uit sommige landen van het Gemenebest. Het heeft derhalve formeel geen gelding voor het Engelse recht.

genuanceerd in de zaak *Philips Hong Kong Ltd. v. Att.-Gen. of Hong Kong*(55), door te oordelen dat een clause niet als *penalty* kan worden beschouwd vanwege het *enkele* feit dat de afgesproken geldsom in uitzonderlijke, zich niet voorgedaan hebbende omstandigheden de schade sterk overschrijdt. De *Privy Council* is het hoogste college voor uitspraken van rechters van de kanaaleilanden en sommige landen van het Gemenebest. Diens uitspraken zijn weliswaar belangwekkend maar formeel niet beslissend voor de rechtsontwikkeling in Engeland. Zolang de Engelse hoogste rechter, de House of Lords, de uitspraak niet expliciet onderschrijft, is de regel uit *Philips Hong Kong* daarom geen geldend recht. Wel is de uitspraak in de doctrine met instemming ontvangen en wordt — in lijn met *Philips Hong Kong* — thans betoogd dat bij de toetsing van de geldigheid van de clause, gerefereerd moet worden aan de normaliter optredende gevolgen(56).

6. Welke schade is referentiepunt?

11. Voor het onderscheid tussen *liquidated damages* en *penalty clauses* dient de overeengekomen geldsom dus te worden gespiegeld aan de te verwachten schade. Het is echter een twistpunt of de schade die het referentiepunt is, de rechtens verhaalbare schade is of een ruimer schadebegrip behelst. Aangezien een *liquidated damages* ertoe dient het bewijs van bestaan en omvang van de schade overbodig te maken, wordt aangenomen dat ook de rechtens niet of moeilijk verhaalbare schade tot op zekere hoogte in de schatting van de schade zou moeten worden betrokken(57). Op deze wijze kunnen partijen voorzieningen treffen voor bijvoorbeeld het vereiste causaal verband en de schade-soorten die op grond van het commune recht niet — volledig — vergoedbaar zijn, zoals immateriële schade(58).

(55) 1993, 61 BLR 41.

(56) B.v. TREITEL, *o.c.*, 1999, 932. Zie ook MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 511, die stelt dat een bedrag ook geldig is indien het als gemiddelde is genomen voor de mogelijke tekortkomingen.

(57) BURROWS, *o.c.*, 1994, 326; MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 429 onder verwijzing naar *Robophone Facilities Ltd v. Blank*, 1966, 1 WLR 1428, 1447. De Law Commission was hier in 1975 nog niet van overtuigd. Zie Working Paper 61, *Penalty Clauses and Forfeiture of Monies Paid*, par. 44.

(58) BEALE, *o.c.*, 1980, 57 stelt echter dat partijen hierin niet te ver mogen gaan. Zo mogen ze bijvoorbeeld niet de schadebeperringsplicht omzeilen.

12. Een clause die als *penalty* wordt aangemerkt is, zoals uit het voorgaande volgt, ongeldig. In dat geval kan de crediteur aanspraak maken op de wettelijke schadevergoeding, waarbij hij onderworpen is aan de normale regels die gelden voor de verkrijging van schadevergoeding(59).

De geldige *liquidated damages clause* komt in de plaats van de normaliter te verkrijgen schadevergoeding. Dit betekent dat de crediteur niet de keuze heeft tussen de afgesproken geldsom en een eventueel hogere reguliere schadevergoeding. Hij heeft enkel recht op het afgesproken bedrag(60). Dit is slechts anders indien de afgesproken geldsom enkel de bijkomende schade, zoals louter vertragingschade, omvat. In dit geval treedt de afgesproken geldsom enkel in plaats van de bijkomende schade, waarbij een vordering tot schadevergoeding van andere schadeposten open blijft staan(61).

Voor de samenloop van het boetebeding met een vordering tot nakoming, moet in acht worden genomen dat een dergelijk verzoek tot *specific performance* een bijzondere positie inneemt in het Engelse recht. Een rechter zal de vordering tot nakoming slechts bij wijze van uitzondering honoreren. De schadevergoedingsvordering is bij een tekortkoming in contractuele verplichtingen nog immer het belangrijkste rechtsmiddel(62). Tegen deze achtergrond wordt algemeen aangenomen dat de crediteur niet de vrije keuze heeft tussen een nakomingsvordering en de betaling van het overeengekomen bedrag. Doorgaans valt hem het bedrag toe dat bij wijze van *liquidated damages* is overeengekomen.

(59) Wat het precieze juridische gevolg van *penalty* clauses is, is niet helemaal helder. Meestal wordt de boete als *invalid of unenforceable* aangemerkt: DOWNES, *o.c.*, 1996, 254; M.H. WHINCUP, *Contract law and practice*, Deventer/Boston, 2^e ed., 1992, 261; MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 489. Anders: G. JONES en W. GOODHART, *Specific Performance*, London/Edinburgh/Dublin, Butterworths, 1996, 300 en MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 430 die uit de uitspraak van de *Court of Appeal* in *Jobson v Johnson*, 1989, 1 WLR 1026 A.C afleiden dat de clause wordt afgedwongen tot het niveau van de verkrijgbare schadevergoeding. De uiteindelijke uitkomst zal in beide opvattingen volgens de meeste auteurs gelijk zijn.

(60) MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 429; MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 485-486. Voor een vroege zaak die dit duidelijk maakt: *Diestal v. Stevenson*, 1906, 2 KB 345.

(61) Voor een mooi voorbeeld zie *Aktieselskabet Reidar v. Acros*, 1927, 1 KB 352 C.A en *Total Transport Corporation v. Amoco Trading Co.*, *The Altus* 1985, 1 Lloyd's Rep. 423. Zie voorts MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 487. Evenzeer kan de crediteur „wettelijke” schadevergoeding (*unliquidated damages*) vorderen indien het gaat om een specifieke tekortkoming die niet wordt bestreken door de *liquidated damages clause*.

(62) Uitgebreid JONES/GOODHART, *o.c.*, 1996, met name hoofdstuk 2 en 3. Zie kort BURROWS, *o.c.*, 1994, 335-386; TREITEL, *o.c.*, 1999, 949-968.

E. ONTSNAPPINGSCLAUSULES

13. De hiervoor besproken *law on penalties* is van oudsher enkel van toepassing op clausules die voorzien in het verrichten van een bepaalde prestatie (doorgaans de betaling van een geldsom) indien sprake is van een tekortkoming in de nakoming van contractuele verplichtingen(63). Aan deze reikwijdte van de *law on penalties* wordt strikt, bijna legistisch, de hand gehouden. Elke contractuele afspraak die niet binnen deze definitie past, is niet onderworpen aan de *law on penalties* en is in principe onvoorwaardelijk afdwingbaar(64). Om deze reden heeft zich een aantal clausules ontwikkeld dat niet onder de *law on penalties* valt, maar wel een vergelijkbaar doel nastreeft. Ik noem de twee belangrijkste(65).

Ten eerste afspraken die verplichten een geldsom te betalen indien sprake is van een andere gebeurtenis dan een tekortkoming. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de verplichting een geldsom te betalen indien één der partijen om welke reden dan ook gebruik maakt van zijn contractuele bevoegdheid het contract te beëindigen, zoals annuleringsclausules. Louter omdat de geldsom niet betaald dient te worden bij een tekortkoming, mist de *law on penalties* toepassing. Met name in huurkoopcontracten komen dergelijke clausules vaak voor. Ze geven de debiteur de bevoegdheid het contract tegen betaling van een geldsom te beëindigen indien de debiteur bijvoorbeeld de betalingstermijnen niet kan aflossen. In de regel bevatten de huurkoopcontracten tegelijkertijd ook een echte *liquidated damages clause* voor het geval de debiteur tekort schiet in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen. Voorziet een debiteur dat hij zijn termijnen niet kan betalen en zegt hij om deze reden zijn overeenkomst tegen betaling van het afgesproken bedrag rechtsgeldig op, dan is er geen sprake van een tekortkoming en is deze afgesproken geldsom

(63) Zie de uitspraak *ECGD v. Universal Oil Products Co*, 11, 1983, 2 All ER 205, en het commentaar van P.S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, CP, 1995, 436. Hij ziet het vasthouden aan het vereiste van een tekortkoming als een exponent van de „revival” van het beginsel van de contractsvrijheid.

(64) Mits het binnen de grenzen valt die gelden voor alle andere contractuele afspraken, zoals met name de wilsgebreken.

(65) Voor andere, minder vaak voorkomende ontsnappingsclausules (zoals *acceleration clauses* en de *creation of conditions*) zie CHITTY, *o.c.*, 1999, nr. 27-111 - 27-116; MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 558-570; MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 433-435; MCKENDRICK, *o.c.*, 1998, 964-974 onder het kopje „Evading the penalty clause rule”.

onverkort geldig en niet onderhevig aan de *law on penalties*(66). Maakt hij evenwel geen gebruik van deze opzeggingsbevoegdheid en wacht hij af totdat sprake is van een daadwerkelijke tekortkoming in zijn betalingsverplichtingen, waarop de crediteur de betaling van de gefixeerde geldsom opeist, dan is dit wél een clause die onder de *law on penalties* valt. Merkwaardig, aldus ook Lord Denning in de zaak *Bridge v. Campbell*(67):

„(...) *Let no one mistake the injustice of this. It means that equity commits itself to this absurd paradox: it will grant relief to a man who breaks his contract, but will penalise the man who keeps it. If this be the state of equity today, then it is in sore need of an overhaul so as to restore its first principles (...)*”(68).

Een tweede soort clause die niet onder de *law on penalties* valt, is de waarborgsom(69), een geldsom die een contractspartij *bij de contractssluiting* betaalt en verbeurd raakt indien de debiteur zijn contractuele verplichtingen niet nakomt(70). Deze afspraak is in principe

(66) In de Consumer Credit Act 1974, sect. 86, 87 en 100 bestaat een uitzondering voor kredietovereenkomsten (waaronder huurkoopovereenkomsten) van minder dan £ 15.000, waarbij de huurkoper een natuurlijk persoon is. In deze wet wordt geen onderscheid gemaakt naar beide soorten clauses en behoeft de huurkoper bij beëindiging van het contract maximaal de helft van de waarde van het contract te betalen. De rechter kan ook een lager bedrag vaststellen.

(67) 1962, AC 600. Hier was sprake van een zogenaamde „*minimum payment clause*” in een huurkoopovereenkomst op grond waarvan de debiteur die ofwel gebruik maakte van zijn contractuele opzeggingsbevoegdheid ofwel tekort schoot in zijn contractuele verplichtingen, de goederen in kwestie diende te retourneren, maar nog wel verplicht was tweederde van de huurkoopprijs te betalen. De House of Lords stelde eerst vast dat het ging om een tekortkoming en oordeelde vervolgens dat deze *minimum payment clause* als een *penalty* moest worden beschouwd, daar het niet overeenkwam met een waardevermindering van de goederen. Zie ook *ECGD v. Universal Oil Products*, 11, 1983, 2 All ER 205.

(68) Zie ook MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 434, die naar aanleiding hiervan opmerkt: „*The ‘absurdity’ which Lord Denning has pointed out stems from the fact that English law has refused to recognise the existence of a general doctrine of unconscionability. Instead, it has sought to deal with problems of contractual unfairness in a piecemeal manner. The price of such an approach is that, where the weaker contracting party is unable to bring his case within one of the existing identifiable categories, his claim for relief is likely to fail.*”

(69) Dit geldt overigens niet voor de hieraan gelijkende rechtsfiguur van de vooruitbetaling op de koopprijs, de zogenaamde „*part payments*”: deze dienen bij het niet doorgaan van het contract te worden geretourneerd (*Dies v. British and International Mining and Finance Co*, 1939, AC 573). Zie ook GOFF & JONES, *The law of restitution*, London, Sweet & Maxwell, 5^e ed. 1998, 539, die hiervoor de grondslag vinden in ofwel de afwezigheid van *consideration* ofwel in een impliciete contractsbepaling dat de geldsom moet worden teruggegeven in geval van beëindiging van het contract. De regel wordt genuanceerd indien vooruitlopend op de completering van het contract reeds bepaalde prestaties moesten worden verricht (*reliance expenditure*): *Hyundai Shipbuilding and Heavy Industries Co Ltd v. Papadopoulos*, 1980, 1 WLR 1129. Zie ook MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 438; M.P. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract*, London/Edinburgh, Dublin, Butterworths, 13^e ed. 1996, 640.

(70) Dit maakt direct het onderscheid tussen een *part payment* en een *deposit* duidelijk: slechts een clause die niet duidelijk maakt dat deze verbeurd raakt, moet worden gezien als een *part payment* die in principe moet worden terugbetaald bij de beëindiging van het contract. Zie CHITTY, 1999, nr. 27-121; TREITEL, 1999, 937-942.

rechtsgeldig(71) en valt buiten de *law on penalties* vanwege de simpele reden dat de geldsom reeds *is* betaald en niet *zal worden* betaald bij een tekortkoming. *Penalty clauses* en waarborgsommen hebben echter een gelijkend effect: beide worden gebruikt om enige mate van zekerheid te verkrijgen over de doorgang van het contract en dienen als prikkel tot nakoming. Waarborgsommen geven de crediteur daarom krachtige wapens om tekortkomingen tegen te gaan. Ze worden niet bedreigd met ongeldigheid, terwijl de crediteur bovendien geen actie behoeft te ondernemen om zijn geld te krijgen: hij heeft het bij de contractssluiting al ontvangen. Op deze wijze is het relatief eenvoudig om de *law on penalties* te omzeilen, althans voor zover de wederpartij instemt. De potentiële crediteur behoeft slechts het contract zo in te richten dat tevoren een geldsom bij wijze van waarborgsom moet worden betaald die verbeurd raakt bij een tekortkoming, en van de *law on penalties* valt niets meer te duchten. De Engelse Law Commission vond dit zo'n vijftienvintig jaar geleden ook al merkwaardig(72), maar op een aantal hieronder genoemde terreinen na blijven dergelijk afspraken onverkort toegestaan.

Zo geldt een bijzondere regeling ten aanzien van algemene voorwaarden die tegenover een consument worden ingeroepen. Hier is het verschil in behandeling tussen waarborgsommen en *penalty clauses* gelukkig verdwenen(73). Ook in de *Law of Property Act* wordt het onderscheid tussen beide soorten clausules genuanceerd(74).

Voorts heeft de *Privy Council* een aantal jaren geleden in de zaak *Workers Trust v. Dojap*(75) een voorzichtige nuancering aangebracht, door te oordelen dat een waarborgsom die voorkomt bij de verkoop van land slechts geldig is voor zover deze „reasonable” is(76). Het zij herhaald dat uitspraken van de *Privy Council*, het hoogste college voor rechters van de kanaaleilanden en sommige landen uit het Gemenebest, weliswaar belangwekkend zijn maar formeel niet het vige-

(71) Met één wettelijke uitzondering: de rechter mag op grond van s. 49 (2) van de *Law of Property Act* de terugbetaling van een waarborgsom in een contract tot de verkoop van land bevelen „if he thinks fit”.

(72) The English Law Commission, Working Paper 61, 1975, par. 26.

(73) Zie sub 1d en 1 van schema 2 *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, waarin zowel clausules „*permitting the seller or supplier to retain sums paid by the consumer where the latter decides not to conclude or perform the contract*” als clausules „*requiring any consumer who fails to fulfil his obligation to pay a disproportionately high sum in compensation*” vermoed worden onredelijk te zijn. Zie ook MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 440-441.

(74) Op grond van s. 49 (2) kan de rechter terugbetaling van een waarborgsom bevelen indien de debiteur niets te verwijten valt. Zie nader JONES en GOODHART, *o.c.*, 1996, 306.

(75) *Workers Trust and Merchant Bank Ltd v. Dojap Investments Ltd*, 1993, AC 573.

(76) In het onderhavige geval, waarbij de waarborgsom 25% van de koopprijs bedroeg, werd slechts 10% van de contractprijs redelijk geacht.

rende Engelse recht reflecteren. Aangezien geen Engelse rechter de *Privy Council* expliciet heeft gevolgd, is de regel uit de Workers Trust-zaak in Engeland formeel — nog? — geen geldend recht(77). Daarom dient nog steeds onderscheid worden gemaakt tussen *penalty clauses* en waarborgsommen, terwijl het enige verschil tussen beide clausules erin is gelegen dat waarborgsommen vóór de tekortkoming reeds zijn betaald en *penalty clauses* niet(78).

F. ALGEMENE VOORWAARDEN

14. Voor afspraken die voorkomen in de algemene voorwaarden van een professionele verkoper van goederen of een leverancier van diensten, en worden tegengeworpen aan consumenten, geldt een apart regime. Deze clausules vallen onder het bereik van de *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*. Deze wet bepaalt dat een groot aantal contractuele afspraken tegenover consumenten onredelijk en deswege niet-afdwingbaar zijn. Zo is een clausule die bepaalt dat een consument die tekort schiet in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen als compensatie een disproportioneel hoge geldsom moet betalen, ongeldig(79). Naar wordt aangenomen, komt deze regel overeen met het in de rechtspraak ontwikkelde onderscheid tussen verboden *penalty clauses* en afdwingbare *liquidated damages clauses*(80). Het principe is dus gelijk aan de *law on penalties* in het gemene recht.

(77) Zie onder meer CHITTY, *o.c.*, 1999, nr. 27-121; MCGREGOR, *o.c.*, 1997, nr. 544-558 die hartstochtelijk hoopt dat Workers Trust wel wordt nagevolgd en het begin betekent van de erkenning dat *the law on penalties* toepasselijk is op *deposits*. Overigens roept de uitspraak, afgezien van de vraag naar de reikwijdte, ook verder veel vragen op. Zie hiervoor MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 435-438; H. BEALE, *Unreasonable Deposits*, 1993, 109 LQR, 524-530. Bijvoorbeeld de vraag of de *law on penalties* expliciet toepasbaar is of slechts indirect, of de vraag wanneer een *deposit* redelijk is. Ten onrechte gaat TREITEL, *o.c.*, 1999, 938 er voetstoots vanuit dat de Workers Trust-zaak reeds algemeen geldend recht reflecteert.

(78) Zo ook JONES en GOODHART, *o.c.*, 1996, 299: „*Logically, these two situations are similar and should be covered by a single set of principles*”, en ook MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 439: „*A single set of rules should suffice*”.

(79) Zie schema 2, par. 1 (e). Op grond hiervan worden clausules „*requiring any consumer who fails to fulfil his obligation to pay a disproportionately high sum in compensation*” vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Het toetsingsmoment ligt ten tijde van de contractssluiting. Zie kort MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, 440-441 en 363-370; TREITEL, *o.c.*, 1999, 248.

(80) Zie bijvoorbeeld ATIYAH, *o.c.*, 1995, 316; TREITEL, *o.c.*, 1999, 936: „*Such a term is likely also be invalid as a penalty at common law, so that normally the common law rules and the regulations would lead to the same result*”. Belangrijk is dat het toetsingsmoment ook hier het tijdstip van de contractssluiting is. Anders dan onder *common law* wordt in de wet echter geen onderscheid gemaakt tussen *penalty* and *liquidated damages* clausules aan de ene kant, en een geldsom die betaald dient te worden indien geen sprake is van een tekortkoming, zoals bijvoorbeeld borgsommen.

G. OVERZICHT: ALLES- OF NIETS-METHODE

15. Het beeld dat uit het voorgaande naar voren komt, is dat het Engelse recht de aansporingsfunctie van het boetebeding principieel afwijst. Een geldsom die betaald moet worden bij wanprestatie is enkel geldig indien deze overeenkomt met een *genuine preestimate of likely loss* ten tijde van de contractssluiting. Indien de schade op voorhand moeilijk is vast te stellen, zal partijen enige manoeuvreer-ruimte toekomen en zal met een zekere flexibiliteit worden bezien of de afgesproken geldsom exorbitant en onredelijk is in vergelijking met de grootst mogelijk denkbare schade⁽⁸¹⁾. Deze vrij ruime toets betekent niet dat toch een aansporend element de *law on penalties* binnen sluipt, maar enkel dat eerst in dat geval daadwerkelijk en onbetwist kan worden vastgesteld dat de partijbedoeling was gelegen in een aansporing tot nakoming. Een clause die *in terrorem* werkt, blijft principieel ontoelaatbaar.

De Engelse *law on penalties* leidt, zo blijkt, tot een alles- of niets-methode. Ofwel een clause wordt aangemerkt als een *liquidated damages clause* die onverkort geldig is, ofwel een clause wordt als een *penalty clause* aangemerkt en is ongeldig. In dit laatste geval wordt overigens het recht op reguliere schadevergoeding niet uitgesloten. De wijze waarop de aan boeteclausules gelijkende clausules worden behandeld, leidt evenzeer tot een groot verschil in behandeling van contractuele afspraken. Clausules tot betaling van een geldsom die formeel niet onder de definitie van een *penalty* of *liquidated damages clause* vallen omdat de geldsom bijvoorbeeld voorafgaande aan de tekortkoming reeds is betaald (waarborgsom), of vervallen bij een andere gebeurtenis dan een tekortkoming (annuleringsclause), zijn in principe geldig.

H. DE RATIO

16. Waarom ziet het Engelse recht toch bezwaren in de aansporingsfunctie van juist het boetebeding? Dat is moeilijk te achterhalen bij

(81) MCKENDRICK, *o.c.*, 2000, leidt op blz. 432 uit de *Privy Council*-uitspraak *Philips Hong Kong Ltd v. A-G of Hong Kong*, 1993, 61 Build LR 41 af dat ook de rechter niet spoedig zal oordelen dat een clause bestraffend is: „*The penalty clause jurisdiction is the anomaly, not the rule*”. Uit *Philips Hong Kong* (en met name de woorden van Lord Woolf) valt inderdaad terughoudendheid te proeven, maar het zij benadrukt dat het hier slechts één uitspraak betreft, die enkel afkomstig is van de *Privy Council*. Vooralsnog heeft de House of Lords dit standpunt niet expliciet gevolgd. De conclusie van McKendrick lijkt mij op dit moment dan ook te hoopvol.

een dergelijk oud instituut dat meestal gewoon wordt nagevolgd(82). Een aantal mogelijke verklaringen is denkbaar.

In de literatuur komt als belangrijkste reden naar voren dat een *penalty* niet toelaatbaar is omdat dit een straf vormt tussen contractspartijen(83). En een private straf *inter partes* hoort niet in het civiele schadevergoedingsrecht thuis. Want, zo stelt men, de functie van het schadevergoedingsrecht is gebaseerd op de compensatiegedachte, hetgeen betekent dat enkel de schade die een persoon wordt toegebracht gecompenseerd dient te worden(84). Verder gaat het schadevergoedingsrecht niet. Een *penalty clause* die de beraamde schade overstijgt, is daarom niet te verenigen met het compensatoire karakter van het schadevergoedingsrecht. Bestrafing is geen erkende functie van het contractuele schadevergoedingsrecht(85). En als bestrafing in het privaatrecht dan al zou zijn toegestaan, dan is dit een staatsaangelegenheid(86).

In de vaak aangehaalde woorden van Burrows:

„(...) 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 unjustifi-

(82) In de woorden van H. COLLINS, „Fairness in Agreed Remedies”, in C. WILLET (ed.), *Aspects of Fairness in Contract*, Blackstone/London, 1996, 101: „Each type of control is presented as an anomalous exception to the general disposition to permit freedom of contract, which is justified, if any justification is offered at all, by the long tradition of judicial intervention with respect to a particular type of clause”.

(83) Bijvoorbeeld H. COLLINS, *The law of contract*, London/Dublin/Edinburgh, Butterworths, 2^e druk, 1993, 344-345; ATIYAH, *o.c.*, 1995, 299.

(84) Zie voor dit principe (en de uitzonderingen hierop) P.S. ATIYAH, *The Damages Lottery*, Hart/Oxford, 1997, met name hoofdstuk 7 (blz. 159 e.v.). Zie voor de compensatiegedachte als verklaring voor de *law on penalties* bijvoorbeeld Lord ROSKILL in *ECGD v. Universal Oil Products Co*, 1983, 2 All ER 205 en COLLINS, *o.c.*, 1996, 105-108.

(85) Het is overigens opmerkelijk dat op andere terreinen in het privaatrecht wél een bescheiden bestrafing wordt toegelaten, al gaat dit met name om het onrechtmatige daadsrecht en is het hier de rechter die wordt toegestaan de „straf” op te leggen en niet partijen onderling. In dit verband merkt de English Law Commission, *Report on Aggravated, Exemplary and Restitutory Damages*, Law Com No 247, in par. 5.35 op: „we see no reason in principle why punishment should not also be regarded as an aim of the civil law”.

(86) ATIYAH, *o.c.*, 1995, 299. Ook dit argument is niet helemaal sluitend, omdat een geldige *liquidated damages clause* ook afdwingbaar is indien later de schade veel lager blijkt. Ook dit zou een „bestraffende” functie kunnen hebben. Bovendien zijn andere contractsclausules zoals *deposits* en annuleringsclausules wel degelijk afdwingbaar, al gaan ze een schadevergoeding te boven. Zie COLLINS, *o.c.*, 1996, 106-107.

ble in a claim for breach of contract for the plaintiff to insist on punishing the defendant (...)"(87).

Ten tweede wordt wel betoogd dat een *penalty clause* verboden is omdat het een persoon dwingt tot nakoming, hetgeen een inbreuk is op de persoonlijke vrijheid van het individu. Om deze reden dient het gebruik van deze clausules strikt gereguleerd te worden(88). Daar komt bij dat de rechterlijke macht een eigen discretionaire bevoegdheid heeft om te bepalen of één der partijen tot nakoming (*specific performance*) moet worden gedwongen(89), waarbij krachtige aansporingsmechanismen zoals *injunctions* en *Contempt of Court* ten dienste staan(90). *Penalty clauses* doorkruisen deze bevoegdheid, zo is de gedachte.

Weer anderen geven aan dat redelijkheid, of *fairness*, de rechtvaardiging is voor het ingrijpen op *penalty clauses*(91). Het Engelse recht onderscheidt tussen twee soorten *fairness*: *procedural* en *substantive fairness*. De *substantive fairness*, dat wil zeggen de toets of een beding achteraf als onredelijk moet worden beschouwd, speelt bij de controle op *penalty clauses* geen rol omdat het toetsingsmoment bij de *law on penalties* ten tijde van de contractssluiting ligt. Daarom zou het moeten gaan om *procedural fairness*, ofwel onregelmatigheden tijdens de onderhandelingen die leiden tot de contractssluiting, zoals een ongelijke onderhandelingspositie. Ook dit kan niet de rechtvaardiging voor het verbod van juist de *law on penalties* zijn, omdat voor dit soort gevallen de wilsgebreken ten dienste zouden moeten staan. Klaarblijkelijk zijn deze algemene controlemechanismen voor het toezicht op *penalty clauses* niet voldoende. Voorts gaat de controle op *penalty clauses* verder, omdat de *law on penalties* zich niet zozeer concen-

(87) BURROWS, *o.c.*, 1996, 331. Hij juicht het onderscheid tussen *penalty clauses* en *liquidated damages clauses* dan ook van harte toe. Omdat *penalties* in strijd zijn met het fundamentele principe dat schadevergoeding enkel compensatoir mag zijn en de debiteur niet mogen bestraffen, zijn ze, aldus BURROWS op blz. 329, als „*unfair*” te beschouwen.

(88) COLLINS, *o.c.*, 1993, 345.

(89) Nakoming is in de Engelse visie immers niet voor niets een discretionaire bevoegdheid. Zie de formulering van dit argument door M. CHEN-WISHART, „Controlling the Power to Agree damages”, in P. BIRKS (ed.), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford, CP, 1996, 281: *Since specific performance is a discretionary court remedy parties should not be able to fetter the judicial discretion by stipulating for it.*

(90) COLLINS, *o.c.*, 1996, 109, die echter twijfelt of dit een reden voor *penalty clauses* kan zijn, bijvoorbeeld omdat de „private” aansporing tot nakoming veel minder krachtig is dan de middelen die de rechter ten dienste staan. *Injunctions* en *Contempt of Court* geven de rechter vergaande bevoegdheden een contractspartij te dwingen zich te conformeren aan een rechterlijke uitspraak. Zelfs gevangenhouding is mogelijk. Zie recent over *Contempt of Court*, D. EADY en A.T.H. SMITH, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, London, Sweet & Maxwell, 2^e ed. 1999.

(91) COLLINS, *o.c.*, 1993, 344; BEALE, *o.c.*, 1980, 59.

treert op het proces dat leidt tot opname van *penalty clauses*, maar juist op de inhoud van het beding in kwestie(92). Bovendien bestaat een groot aantal clausules, zoals waarborgsommen en annuleringsclausules, dat eveneens tot onredelijke resultaten kan leiden, maar waarover geen controle wordt uitgevoerd(93). Naar mijn inzicht kunnen louter redelijkheidsoverwegingen derhalve niet verklaren waarom juist voor *liquidated damages* en *penalty clauses* een ingrijpend regime geldt(94).

Kortom, de rationale van het huidige verbod van *penalty clauses* is niet eenduidig aan te geven. Wel wordt in de huidige literatuur en rechtspraak meestal het verbod van private straffen *inter partes* als dragende reden aangevoerd.

I. SCHOTSE ONTWIKKELINGEN

17. Het is interessant enige recente ontwikkelingen op dit gebied in het Schotse recht bij de bespreking te betrekken. Het Schotse recht loopt op het punt van de *penalty and liquidated damages clauses* synchroon aan het Engelse recht(95). Ook hier wordt een verschil gemaakt tussen niet afdwingbare *penalty clauses* en geldige *liquidated damages clauses*, worden de criteria van Lord Dunedin uit de Dunlopzaak voor het onderscheid beslissend geacht en mist de *law on penalties* toepassing op clausules die in werking treden bij een andere situatie dan een tekortkoming.

De Schotten zijn evenwel niet onverdeeld gelukkig met de *law on penalties*. Om deze reden heeft de *Scottish Law Commission* recentelijk een zogenaamde *Discussion Paper* over *penalty clauses* uitgebracht(96), gevolgd door een rapport met aanbevelingen en zelfs een

(92) Zo ook COLLINS, *o.c.*, 1993, 345-347.

(93) Dit kan ook te wijten zijn aan het feit dat het Engelse contractenrecht geen algemeen redelijkheidsbeginsel van contractuele afspraken kent. Zie COLLINS, *o.c.*, 1996, 101: „*Each type of control is presented as an anomalous exception to the general disposition to permit freedom of contract*”.

(94) COLLINS, *o.c.*, 1996, 101: „*There is an implicit acknowledgement that considerations of fairness have informed the rule against penalties, yet there is no attempt to reconcile this intervention on grounds of fairness with the general rejection of such a jurisdiction at the level of principle. (...) A rational test of substantive fairness would examine all the terms in a contract*”.

(95) W. W. MCBRYDE, „Remedies for Breach of Contract”, *ELR* 1996, 74-77.

(96) Zie kort Scottish Law Commission, Discussion Paper No. 103, Penalty Clauses, december 1997. Hierna: Discussion Paper.

concept-wettekst(97). Kort samengevat worden twee punten van kritiek ten aanzien van de bestaande *law on penalties* genoemd.

Ten eerste wordt betoogd dat het onderscheid tussen *penalty clauses* en *liquidated damages clauses* geen geëigende toets is. De regel is namelijk moeilijk toe te passen en leidt er menigmaal toe dat clausules als een ongeldige *penalty* worden aangemerkt, terwijl ze volstrekt redelijk zijn. Ten tweede worden bezwaren gezien in het feit dat anderssoortige clausules die weliswaar functioneel lijken op *penalty clauses* maar formeel niet onder de reikwijdte van de *law on penalties* vallen, aan alle toezicht worden onttrokken(98). Dit is inconsistent, zo stelt de *Discussion Paper* vast.

Daarom stelt de Schotse *Law Commission* twee principiële veranderingen voor(99). Om te beginnen zou niet meer moeten worden bekeken of een afgesproken geldsom overeenkomt met een *genuine pre-estimate* van de waarschijnlijk te lijden schade, maar moet als uitgangspunt gelden dat zowel *penalty* als *liquidated damages clauses* rechtsgeldig zijn. In extreme gevallen, namelijk daar waar de overeengekomen som *manifestly excessive* is, zou de rechter een matigingsrecht moeten toekomen(100). Hierbij moeten *alle* omstandigheden van het geval worden betrokken, en met name ook die ná de contractssluiting optreden(101).

Voorts wordt voorgesteld deze matigingsbevoegdheid ook toepasselijk te verklaren op clausules die onder het huidige recht op formele gronden niet als *penalty* of *liquidated damages clauses* worden aangemerkt, zoals annuleringsclausules die bestaan uit een contractuele bevoegdheid het contract te beëindigen(102) en afspraken op grond waarvan een bij de contractssluiting betaalde geldsom verbeurd raakt(103).

De aanbevelingen hebben — nog? — niet tot een Schotse wet over boeteclausules geleid, maar de ontwikkelingen in het Schotse recht

(97) Scottish Law Commission, Report on Penalty Clauses (Scot Law Com No 171), mei 1999. Hierna: Report.

(98) Discussion Paper, p. 35.

(99) Zie voor de dragende overweging Report p. 8: „*We believe that the law at present fails, for technical reasons, to achieve the correct balance between respecting freedom of contract and guarding against oppression*”.

(100) Report, p. 9-11.

(101) Aldus expliciet art. 1 (4) van de Draft Bill, op p. 32 van het Report en de bespreking hiervan op p. 21 van het Report.

(102) Report p. 14.

(103) Report p. 16 en Draft Bill, clause 1 (3).

demonstreren dat de scherpe tweedeling tussen verboden *penalties* en *liquidated damages* voor discussie vatbaar is.

Ondanks de afvalligheid van de Schotten, staat het Engelse recht niet alleen in haar benadering. Ook in België wordt onderscheid gemaakt tussen de functies van het boetebeding.

V. De Belgische methode(104)

A. HISTORIE EN ACHTERGROND

18. Het Belgische recht heeft een aantal opvallende kenmerken gemeen met de Engelse benadering, ook na de recente wetswijziging op het punt van de zogenaamde strafbedingen van vorig jaar. Het determineren van het precieze karakter van het Belgische recht ten aanzien van boeteclausules is overigens niet eenvoudig, aangezien de nieuwe wet op sommige punten onduidelijkheid schept(105). Om deze reden ga ik uitgebreid op de nieuwe wet in. Maar alvorens dat te doen werp ik een korte blik op het verleden, omdat pas dan een goede notie van de nieuwe regeling kan worden verkregen.

Vóór de wetswijziging was voor de geldigheid van boeteclausules het zogenaamde Biljart-arrest van het Hof van Cassatie uit 1970 beslissend(106), op grond waarvan een strafbeding slechts werd toegestaan indien het overeengekomen bedrag een forfaitaire vergoeding was van de potentiële schade die de schuldeiser kon lijden ten gevolge van de wanprestatie van de schuldenaar(107). De maatstaf was of het bedongen bedrag overeen kwam met de *op het ogenblik van de contract-*

(104) De navolgende bespreking van het Belgische recht is voor een belangrijk gedeelte ontleend aan mijn eerdere bijdrage „Het boetebeding in Nederland en België”, in SMITS/STIJNS (ed.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 2000, 295-326.

(105) Zie b.v. ook P. WÉRY, „La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires: fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes”, *T.B.B.R./R.G.D.C.* 1999/4, 237.

(106) Cass. 17 april 1970, *AC* 1970, 754, waar het een huurovereenkomst met boeteclausule van een biljarttafel betrof. Over dit arrest raadplege men o.m. I. MOREAU-MARGRÈVE, „Une institution en crise: la clause pénale”, (noot onder Cass. 17 april 1970), *R.C.J.B.* 1972, 454 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, „Examen de jurisprudence Les obligations 1968-1973”, *R.C.J.B.* 1975, 530-538; E. WYMEERSCH, „De betwistingen rond het strafbeding: Een stand van zaken”, *B.R.H.* 1982, 428 e.v.

(107) Voor een mooi overzicht zie WYMEERSCH, *o.c.*, 1982, 437. Voor voorbeelden raadplege men onder meer Cass. 24 november 1972, *A.C.* 1974, 302; Cass. 11 oktober 1974, *A.C.* 1975, 194; Cass. 25 juni 1976, *R.W.* 1976-77, 1778; Cass. 17 juni 1977, *R.W.* 1977-78, 571; Cass. 28 november 1980, *R.W.* 1981-82, 1845; Cass. 2 december 1983, *A.C.* 1983-84, 398; Cass. 21 november 1985, *A.C.* 1985-86, 404.

sluiting voorzienbare schade(108). Zo niet, dan was het beding nietig, waarna de crediteur zijn schade op grond van het gemene recht moest zien te verhalen(109).

Er bestond de nodige kritiek op deze behandeling van boeteclausules. Vanaf het begin van de jaren tachtig werden dan ook diverse — vergeefse — voorstellen tot wetswijziging van de algemene regeling in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) ingediend(110). Grosso modo werd een drietal bezwaren tegen de absolute tweedeling naar functie van het strafbeding naar voren gebracht. Ten eerste werd aangevoerd dat het onderscheid naar functie in de praktijk moeilijk toepasbaar was. Hoe te beoordelen of een beding ten tijde van de contractssluiting een forfaitaire raming was van de potentiële schade?(111) In het verlengde hiervan werd de toegestane functie van het beding te beperkt geacht: het boetebeding zou ook een aansporingsfunctie mogen bekleden(112). Tenslotte werd de nietigheidssanctie door sommigen als te vergaand beschouwd(113).

Voor velen onverwacht(114) heeft het wetsvoorstel dat in januari 1997 werd ingediend in korte tijd en zonder veel parlementaire

(108) Cass. 1 februari 1974, *Pas.* 1974, I, 576. En zie WYMEERSCH, *o.c.*, 1982, 433 en 437.

(109) Zie Cass. 17 februari 1995, *R.W.*, 1995-96 (7), 237. Wel werd de nietigheidssanctie op een aantal manieren gerelativeerd, met name bij een gedeeltelijke nakoming over de band van art. 1231 B.W. en het leerstuk van misbruik van recht. Zie hiervoor nader P. WÉRY, „Du neuf en matière de clauses pénales”, in *La théorie générale des obligations (vol. XXVII)*, Luik, CUP, 1998, 171-191; A. VAN OEVELEN, noot onder Cass. 10 april 1997, *R.W.* 1998-1999 (34), 1247-1250; B. WYLLEMAN, „Matiging van schadebedingen bij gedeeltelijke uitvoering (art. 1231 BW): Toepasselijkheid op schadebedingen wegens vertraging in de uitvoering”, *R.G.D.C./T.B.B.R.* 97/6, 516-527.

(110) *Gedr. St. Kamer* 1980-81, nr. 782 (Voorstel tot erkenning van louter de schadefixeringsfunctie en een matigingsbevoegdheid met als toetsingsmoment het moment van contractsbreuk); *Gedr. St. Kamer* 1983-84, nr. 979 (Voorstel door Minister Gol van Justitie tot erkenning aansporingsfunctie, maar met een matigingsmogelijkheid met als toetsingsmoment de contractssluiting); *Gedr. St. Senaat* 1991-92, nr. 182 (erkenning duale functie van het beding en introductie matigingsbevoegdheid op verzoek van de schuldenaar, indien het bedrag hoger is dan het bedrag dat partijen als schadevergoeding of als straf konden voorstellen), *Gedr. St. Senaat* 1995-96, nr. 218 (gelijk aan voorstel 1991-92, nr. 182).

(111) Bijvoorbeeld WYMEERSCH, *o.c.*, 1982, 433; Toelichting wetsvoorstel WILLEMS, *Gedr. St. Kamer* 1997-98, 1373/1, 3; Toelichting wetsvoorstel GOL, *Gedr. St. Kamer* 1983-84, 979/1, 3.

(112) *Gedr. St. Kamer* 1983-84, nr. 979; *Gedr. St. Senaat* 1991-92, nr. 182; *Gedr. St. Senaat* 1995-96, nr. 218.

(113) Zie hiervoor reeds E. WYMEERSCH, „Toetsing van verhogingsbedingen”, *R.W.* 1976-77, de reactie van W. VAN GERVEN, „Matiging van verhogingsbedingen”, *R.W.* 1976-1977, 1379 en de dupliek van WYMEERSCH, *R.W.* 1976-77, 1381 e.v. Zie voorts het verslag bij de recente wetswijziging, *Gedr. St. Kamer* 1997-98, nr. 1373/4, 3; Toelichting wetsvoorstel CEREXHE en MILQUET, resp. *Gedr. St. Senaat* 1991-92, nr. 182/1 blz. 4 en *Gedr. St. Senaat* 1995-96, nr. 1-218, blz. 4.

(114) M. COIPEL, „Eléments de la théorie générale des contrats”, in *A la rencontre du droit*, Diegem, Kluwer, 1999, nr. 302: „Voici une loi qui semble tombée du ciel avec les pluies de juillet 1998”.

debatten tot een wetswijziging op het punt van het strafbeding en de moratoire interest geleid(115).

Zoals ik elders reeds heb betoogd, zal de wetswijziging naar mijn mening geen grote omslag voor het Belgische recht betekenen. In het navolgende zal ik deze stelling onderbouwen en aandacht besteden aan de wetswijziging(116).

B. DE NIEUWE WET

1. Algemeen

19. De nieuwe wet heeft twee belangrijke kenmerken. Ten eerste is het uitgangspunt dat enkel de schadefixerende functie van het boetebeding wordt erkend. Ten tweede wordt als sanctie op ongeldige boeteclausules voorzien in een matigingsbevoegdheid(117). De nieuwe wet laat overigens de speciale regelingen met betrekking tot strafbedingen voor consumenten in — onder meer — de Handelspraktijkenwet en de Wet op het Consumentenkrediet(118) onverlet. Hiermee is de nieuwe regeling in het B.W. enkel van toepassing op boeteclausules in contracten tussen professionele contractspartijen en tussen particulieren onderling. Ik kom later terug op de bijzondere wetten en vang aan met een analyse van de algemene regeling in het B.W.

2. Louter schadefixerende functie

20. Het is opvallend dat het wetsvoorstel nog voorzag in een radicale wijziging van het systeem, door anders dan onder het oude recht beide functies van het boetebeding als rechtsgeldig te erkennen. Dit heikele punt van de erkenning van de aansporingsfunctie van het strafbeding,

(115) *Gedr. St. Kamer* 1997-98, nr. 1373.

(116) Zie uitgebreider SCHELHAAS, *l.c.*, 2000, 295-326. Voor meer technische punten van de wetswijziging: C. BIQUET-MATHIEU, „La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clauses pénales”, *J.T.* 1999 (5943), 709 e.v.; COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 302-308; I. DEMUYNCK, „De nieuwe wet op de strafbedingen: het matigingsrecht gelegaliseerd”, *R.W.* 1999-2000 (4), 105 e.v.; P. WÉRY, *l.c.*, *T.B.B.R./R.G.D.C.* 99/4, 222-239 en zijn min of meer gelijklopende *Du neuf en matière de clauses pénales!*; WYLLEMAN, *o.c.*, 1999, 701-708.

(117) Overigens voorziet art. 1231 lid 2 BW net als onder het oude recht in de mogelijkheid, naast de matigingsmogelijkheid, de boete te verminderen indien de hoofdverbintenis gedeeltelijk is uitgevoerd en partijen de boete enkel stelden op volledige niet-nakoming van de verbintenis.

(118) Zie *infra* nr. 28.

wordt echter ter discussie gesteld in het amendement van Landuyt(119): onder verwijzing naar het Biljart-arrest wordt benadrukt dat een private straf ongeoorloofd is omdat enkel de overheid een straf kan opleggen, en het strafbeding speculatie op de wanprestatie van de tegenpartij in de hand werkt. Ondanks de voorzichtige tegenwerping van de minister dat de aansporingsfunctie toch volgt uit de redactie van art. 1226 B.W. („om de uitvoering te verzekeren”) en overigens ook inherent is aan de werking van een schadebeding omdat partijen tevoren weten wat hen boven het hoofd hangt, wordt het amendement zonder veel discussie aangenomen. De duale functie van het beding wordt niet erkend. Het nieuwe artikel 1226 B.W. luidt als volgt:

„Een strafbeding is een beding waarbij een persoon zich voor het geval van niet-uitvoering van de overeenkomst verbindt tot betaling van een forfaitaire vergoeding van de schade die kan worden geleden ten gevolge van de niet-uitvoering van de overeenkomst.”

Ergo: een boetebeding (of in de Belgische terminologie „strafbeding”(120)) mag enkel een schadefixeringsfunctie vervullen. Een strafbeding kan op basis van het nieuwe artikel 1226 B.W. immers enkel bestaan in een bedrag gelijk aan een forfaitaire vergoeding van de potentiële schade. Dit betekent dat elke clause die een forfaitaire schadevergoeding van de potentiële schade te boven gaat of *enkel* voorziet in een aansporing tot nakoming, ongeldig is. In de woorden van Landuyt:

„Het strafbeding is bijgevolg slechts geldig wanneer het de potentiële schade raamt. In tegenstelling tot het opzet van artikel 3 van het wetsvoorstel wensen wij niet de mogelijkheid in te voeren dat dergelijk beding daarenboven een straf zou opleggen om de nakoming van de verbintenis te verzekeren. In dergelijk geval zouden we te doen hebben met een private straf, waarvan tot nu toe werd aangenomen dat deze strijdig is met de openbare orde (...). De mogelijkheid van de rechter om het strafbeding te matigen (...) is niet van dien aard om aan deze fundamentele bezwaren tegemoet te komen”(121).

Alhoewel art. 1226 B.W. dus niet *expressis verbis* spreekt van de ongeldigheid van een beding dat niet — louter — een schadefixerende functie heeft, moet zulks naar mijn mening wel uit de totstandkomingsgeschiedenis en de formulering van de nieuwe bepaling worden

(119) *Gedr. St. Kamer* 1997-98, nr. 1373/2, 2.

(120) Het is even opvallend als verwarrend dat de wet blijft spreken van *strafbeding*, terwijl de aansporings- of bestraffingsfunctie van het beding nu juist niet toelaatbaar is.

(121) *Gedr. St. Kamer* 1997-98, nr. 1373/2, 2.

afgeleid. Uit de toelichting bij de wetswijziging, waar onder verwijzing naar het Biljartarrest de mogelijke aansporende functie van het beding nadrukkelijk is geschrapd, volgt immers dat een strafbeding in de aansporende hoedanigheid nog immer strijdig is met de openbare orde en deswege als ongeldig moet worden beschouwd(122). In zoverre brengt de wetswijziging derhalve geen nieuwe inzichten, en houdt het net als het Engelse recht vast aan een verbod van de aansporingsfunctie van het beding.

3. Een matigingsbevoegdheid

21. Alhoewel het uitgangspunt van het Engelse en Belgische recht derhalve gelijk is, is de sanctie op ontoelaatbare boeteclausules verschillend. Waar het Engelse recht een *penalty clause* ongeldig acht, dient de Belgische rechter zich te bedienen van een matigingsbevoegdheid. Deze matigingsbevoegdheid, die de rechter ambtshalve ter hand kan nemen, vormt het novum van de nieuwe wet inzake boeteclausules en is neergelegd in art. 1231 B.W.(123):

„De rechter kan, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, de straf die bestaat uit het betalen van een bepaalde geldsom verminderen wanneer die som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden.”(124)

Men kan zich afvragen hoe deze matigingsbevoegdheid zich verhoudt tot het uitgangspunt dat strafbedingen in de hoedanigheid van aansporing tot nakoming ongeoorloofd zijn. Naar mijn mening wringt hier iets, aangezien de thans geïntroduceerde sanctie op „ongeldige” strafbedingen rept van *vermindering* van de bedongen geldsom. Ik zou menen dat van een vermindering normaliter slechts sprake kan zijn indien de bedongen geldsom, ofwel het strafbeding, op zichzelf geldig kan worden geacht: matiging van een nietig beding is immers on-

(122) In gelijke zin DEMUYNCK, *l.c.*, 1999, 108, die aangeeft dat een contractspartij bij de sanctie van algehele nietigheid — in plaats van matiging — met name belang zal hebben, indien het strafbeding voorkomt in een duurovereenkomst: de contractspartij kan hiermee bereiken dat de contractsclausule in het geheel uit de overeenkomst wordt verbannen, zodat een volgende keer niet opnieuw met een hoog strafbeding kan worden gedreigd.

(123) Ook het wetsvoorstel voorzag in een matigingsbevoegdheid. De omstandigheid dat de rechter ook ambtshalve van de matigingsbevoegdheid gebruik kan maken, werd overigens nodig geacht in verband met het grote aantal verstekzaken op dit gebied: zie de toelichting op het amendement LANDUYT, *Gedr. St. Kamer 1997-98*, nr. 1373/2, blz. 4.

(124) Voor de werking van dit artikel moest art. 1152 BW (aan de crediteur kan geen grotere noch kleinere som worden toegekend) worden geschrapd.

mogelijk. Het is daarom de vraag op welke wijze deze matigingsbevoegdheid juridisch gekwalificeerd dient te worden.

Het lijkt mij dat de uitvoering van het matigingsrecht als een toepassing van het leerstuk van de reductie of de *partiële* nietigheid van contractsbedingen moet worden aangemerkt. Niet in de zin van het afscheiden van het beding van de rest van een als geldig te beschouwen overeenkomst, maar in de zin van het niet geldig achten van een *gedeelte* van een clause als zodanig en het vervolgens reduceren van het ongeldig geachte bedongen bedrag tot een wél aanvaardbaar niveau(125). De matiging leidt aldus tot een herziening van een ongeldig beding tot de toelaatbare hoogte, dat wil zeggen tot het schadefixerend niveau. Naar mijn mening is slechts op deze wijze de geïntroduceerde matigingsbevoegdheid verenigbaar met art. 1226 B.W., waaruit volgt dat de aansporingsfunctie van het beding ontoelaatbaar is. Voor het belang van de matigingsbevoegdheid in deze constellatie moet worden onderscheiden naar twee situaties.

Ten eerste het geval dat een boetebeding wordt opgenomen, dat náást de schadevergoeding op grond van de wet komt. Analyseer ik de geïntroduceerde herzieningsmogelijkheid op een juiste wijze, dan zal de matiging van het beding hier geen rol spelen. De rechter zal deze clause namelijk *in zijn geheel* als ongeldig moeten beschouwen: het strafbeding bekleedt hier immers *per se* een condemnatoire functie en dat is op grond van het Belgische recht nog immer ontoelaatbaar. Matiging, ofwel reductie, van een bovenmatig segment van het bedrag lijkt hier dan ook niet aan de orde.

Ten tweede het geval dat een hoog bedrag ter vervanging van schadevergoeding op grond van de wet wordt bedongen, waarbij het bedrag ook is bedoeld als aansporing: het strafbeding heeft hier een gemengd karakter. De rechter zal het beroep op de algehele ongeldigheid van het beding als zodanig kunnen(126) beantwoorden met de reductie (of: partiële nietigheid) van het bedongen bedrag tot de ten tijde van

(125) In gelijke zin reeds VAN GERVEN, *o.c.*, 1976, 1379-1382. Zo ook voorzichtig WÉRY, *o.c.*, 1999, 229; WYLLEMAN, *o.c.*, 1999, 705. Anders voor het oude recht DE TEMMERMAN, „Overzicht van rechtspraak 1981-1992”, *T.P.R.* 1994, 670, die de indertijd gebezigde methode van impliciete vernietiging van het strafbeding door toekenning van wettelijke schadevergoeding onder de noemer matiging, afwijst. De term matiging versluiert naar zijn mening de toepassing van de nietigheidssanctie en maakt de toepassing van het gemeen recht inzake de schadevergoeding onduidelijk. Voor partiële nietigheid, conversie of reductie van een beding zie nader M.B.M. LOOS, „Partiële nietigheid van onredelijke bezwarende bedingen in algemene voorwaarden”, *W.P.N.R.* 97/6260, 156.

(126) Blijkens de tekst van het nieuwe art. 1231 B.W. komt de rechter een *discretionaire* bevoegdheid toe: hij *kan* de bedongen som matigen. Dit zou naar mijn mening betekenen dat hij, zo hij de matigingsbevoegdheid niet ter hand neemt, het beding als vanouds nietig moet verklaren: zie supra nr. 20.

de contractssluiting voorzienbare schade. In dit geval is het matigingsrecht ex art. 1231 B.W. derhalve wel degelijk aan de orde. Gebruikmaking van de matigingsbevoegdheid moet er dan toe leiden dat het bedrag wordt teruggebracht tot een wel toelaatbaar niveau.

Om goed te kunnen vergelijken tussen de onderscheidenlijke controlemechanismen op boeteclausules in het Engelse en Belgische recht, zal in het navolgende de uitoefening van de matigingsbevoegdheid aan een nadere blik worden onderworpen.

4. De uitoefening van de matigingsbevoegdheid

22. Bij de vraag naar de wijze van uitoefening van de matigingsbevoegdheid van een geldsom(127), is een drietal punten van belang: het toetsingsmoment, de vraag wanneer moet worden gematigd en de hoogte waartoe moet worden gematigd.

(a) Toetsingsmoment

23. Zowel uit de formulering van het strafbeding (forfaitaire schade die *kan* worden geleden) als uit de omschrijving van de matigingsbevoegdheid (wanneer die som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen *konden* vaststellen) blijkt dat het toetsingsmoment het tijdstip van de contractssluiting is(128). De omstandigheid dat de daadwerkelijk geleden schade *ex post* veel hoger of lager is, zal derhalve in principe geen rol spelen. De rechter moet, kortom, bij de uitoefening van zijn matigingsbevoegdheid bezien of partijen *ten tijde van de contractssluiting* een oprechte schatting maakten van de voorzienbare schade. Dit toetsingsmoment vloeit net als in het Engelse recht voort uit de ratio van het verbod van de aansporende functie, die gelegen is in de ongeoorloofdheid van private straffen *inter partes*. Hierbij moet worden bezien welke bedoeling partijen ten tijde van de contractssluiting met het boetebeding hadden. Later optredende omstandigheden zijn daarom niet van belang. Dit heeft tot gevolg dat een schadefixatie die ten tijde van de contractssluiting oprecht was, maar achteraf buitensporig blijkt te zijn omdat bijvoorbeeld de marktprijs van een gekocht product exceptioneel is gedaald, onverkort geldig is. Ofwel, uit de formulering van het nieuwe artikel 1231 B.W. is af te leiden dat de rechter een matigingsbevoegdheid ontbeert bij „geldige”

(127) Boeteclausules in andere vorm dan geld vallen derhalve buiten de matigingsbevoegdheid. In deze gevallen zal de rechter zich moeten behelpen met de sanctie van nietigheid. Zo ook BIQUET-MATHIEU, *o.c.*, 1999, 712; WÉRY, *o.c.*, 1999, 229.

(128) Zie ook expliciet BIQUET-MATHIEU, *o.c.*, 1999, 710.

schadefixaties die achteraf onjuist blijken. Overigens mag de rechter de daadwerkelijk geleden schade waarschijnlijk wel als bewijs betrekken in zijn oordeel of een geldsom correspondeert met de ten tijde van de contractssluiting voorzienbare schade(129).

Het is overigens merkwaardig dat matiging van clausules inzake moratoire interesten(130), die in feite als een gewoon boetebeding moeten worden beschouwd(131), op basis van een andere vooronderstelling moet geschieden. Hier is het niet de vraag wat op het moment van de contractssluiting de voorzienbare schade was, maar dient matiging plaats te vinden indien (art. 1153 B.W.) „(...) *de bedongen interest kennelijk de ten gevolge van de vertraging geleden schade te boven gaat*”.(132) De wettelijke rente fungeert hierbij als ondergrens: de rechter kan een hogere rentevoet bepalen.

(b) Matiging: wanneer?

24. Zoals uit het voorgaande volgt, komt de rechter een matigingsbevoegdheid(133) toe indien het bedongen bedrag kennelijk het bedrag te boven gaat dat partijen konden vaststellen. Met de term *kennelijk* is bedoeld aan te geven dat de rechter de hoogte van het overeengekomen bedrag marginaal moet toetsen. Hierbij moet volgens de toelichting in aanmerking worden genomen dat de schade die voortvloeit uit het niet-nakomen van de overeenkomst zeer moeilijk

(129) Dit volgt uit het arrest van het Hof van Cassatie, Cass. 29 februari 1996, *A.C.* 1996, 208. Alhoewel het arrest is gewezen onder oud recht, bestaat geen aanleiding te veronderstellen dat dit thans anders zou zijn. Het gaat immers om de invulling van het toetsingsmoment, dat gelijk is aan de situatie onder het oude recht. Deze regel vertoont overigens opvallende gelijkenis met de hierboven besproken Engelse uitspraak Philips Hong Kong.

(130) Zie over samenloop met een strafbeding en een beding ten aanzien van moratoire interest nader DEMUYNCK, *o.c.*, 1994, 11 e.v.; VAN OEVELEN, *o.c.*, 1994, 807; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, „Chronique de jurisprudence. Les obligations: les Sources (1985-1995)”, *J.T.* 1996, 736; WYMEERSCH, 1982, 436-441.

(131) De toelichting erkent ook dat een beding inzake moratoire interesten enkel een speciaal strafbeding is, maar acht het van belang dat het verschil tussen de wettelijke interestvoet en de reële rentevoet de houding van partijen beïnvloedt: *Gedr. St. Kamer* 1997-98, nr. 1373/4, blz. 3-5.

(132) Zie voor dit merkwaardige punt COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 306. Voor verwondering zie ook P. WÉRY, *Du neuf en matière de clauses pénales!*, *o.c.*, 185-186. Volgens hem kan de verwijzing naar de geleden schade slechts als een *inelegantia iuris* worden gekwalificeerd, die niet overeenkomt met de wil van de wetgever. De potentieel te lijden schade ten tijde van de contractssluiting moet daarom volgens WÉRY de norm blijven. Mij lijkt dat inderdaad de meest consequente visie. Niet goed valt in te zien waarom het toetsingsmoment bij bedingen inzake moratoire interesten plots anders is, vooral nu de toelichting geen enkele aandacht besteedt aan dit fundamenteel andere uitgangspunt.

(133) De rechter is blijkens de tekst niet *verplicht* hier gebruik van te maken, maar *kan* dit doen. Zie de mooie analyse van BIQUET-MATHIEU, *o.c.*, 1999, 712-713 die stelt dat de rechter in wezen geen discretionaire bevoegdheid meer heeft op het moment dat duidelijk is dat aan het matigingscriterium is voldaan.

vooraf kan worden beraamd(134). De rechter zal in zijn matigingsoordeel derhalve de nodige terughoudendheid moeten betrachten(135). De term „kennelijk” kan evenwel verwarring scheppen. Betekent dit dat het bedongen bedrag *substantieel* uit de pas moet lopen met een redelijke schatting van de potentiële schade alvorens het voor matiging in aanmerking komt? Of moet het *onbetwistbaar* zijn dat het bedongen bedrag niet overeenkomt met een redelijke schatting van de potentiële schade? Indachtig de expliciete afwijzing van een aansporend element in het strafbeding in art. 1226 B.W., lijkt het mij dat het zou moeten gaan om de laatste uitleg. Het substantieel divergeren van bedongen en voorzienbare schade, zou immers enige ruimte open laten voor een ontoelaatbaar aansporend element in de boete(136).

Deze uitleg van de term „kennelijk” leidt ertoe dat in het geval waar de schade op voorhand nauwkeurig is vast te stellen en het bedongen bedrag enigszins (maar niet noodzakelijk substantieel) afwijkt van de ten tijde van de contractssluiting voorzienbare schade, aanleiding bestaat voor matiging. In dit geval is immers onbetwistbaar dat het bedongen bedrag niet overeenkomt met de op het moment van contractssluiting voorzienbare schade. Een ruimere visie zou moeilijk te rijmen zijn met het verboden strafkarakter van het beding.

Indien de schade op voorhand evenwel moeilijk is vast te stellen, zal de geïntroduceerde marginale toetsing werkelijk betekenis hebben. Een marginale beoordeling is hier niet meer dan logisch, want op een andere wijze kan eenvoudigweg niet worden vastgesteld of partijen ten tijde van de contractssluiting redelijk te werk gingen. Waar de schade tevoren onzeker is, is het gerechtvaardigd partijen enige manoeuvreer ruimte te geven om de schade te schatten en enkel in te grijpen indien partijen duidelijk geen oprechte schatting van de schade maakten. Bij een tegengestelde visie zou het enige doel dat het Belgische strafbeding dient, schadefixatie vooraf, ondergraven worden.

Hoe logisch deze marginale „kennelijkheidstoets” ook moge lijken, een enkel letterlijke interpretatie van het artikel geeft ruimte voor een

(134) Verslag bij het wetsvoorstel, *Gedr. St. Kamer* 1997-98, nr. 1373/4, 3 en 11.

(135) Zoals WÉRY, *o.c.*, 1999, 231, dat zo mooi verwoordt: „*Lorsqu'il apprécie le montant de la clause pénale, le juge est donc invité à faire preuve de réserve, de circonspection: ce n'est que si le montant de la clause est, à l'évidence, sans rapport avec celui qu'aurait fixé tout homme raisonnable et équitable placé dans les mêmes circonstances, qu'il doit être modéré*”. Of Coipel, *o.c.*, 1999, nr. 305: „*(...) le montant prévu devait apparaître comme indiscutablement comminatoire aux yeux de tout contractant prudent et raisonnable (...) cette preuve découle sans discussion de la constatation que le montant est exorbitant ou énorme*”.

(136) Zo ook WYLLEMAN, *o.c.*, 1999, 704, die voorstelt de term *kennelijk* te verstaan als duidelijk, onbetwistbaar of zonder enige twijfel.

vrijer gebruik van de matigingsbevoegdheid dan uit art. 1226 B.W. zou moeten volgen. De vage terminologie van het matigingscriterium geeft de rechter naar mijn mening de mogelijkheid om pas in te grijpen indien de bedongen boete *substantieel* uit de pas loopt met de voorzienbare schade op het moment van de contractssluiting(137). Dit zou ertoe kunnen leiden dat strafclausules met een aansporende functie weliswaar niet zijn toegestaan, maar pas worden gesanctioneerd indien ze *manifest* het bedrag te boven gaan dat partijen tevoren konden vaststellen. Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke gebruikmaking van de matigingsbevoegdheid op gespannen voet staat met het verbod van de aansporingsfunctie van het beding ex art. 1226 B.W. en zeker niet conform de bedoeling van de wetgever is. Of hiermee inderdaad een aansporend element het Belgische recht insluit, zal afhangen van de vrijmoedigheid waarmee de rechter gebruik zal maken van dit matigingsrecht en tot op welke hoogte het bedongen bedrag wordt gereduceerd.

(c) Niveau van matiging

25. Wanneer vaststaat dat een boetebeding moet worden gematigd, is de daarop volgende vraag tot op welke hoogte de boete moet worden gematigd. Zoals ik in het voorgaande betoogde, volgt uit het feit dat de Belgische wetgever in art. 1226 B.W. de aansporingsfunctie van het boetebeding ontoelaatbaar acht, dat matiging dé manier is om de bestraffende functie van het beding te elimineren en het beding te reduceren tot een geldig schadefixerend beding. Dit zou moeten betekenen dat de rechter dient te matigen tot het niveau van de ten tijde van de contractssluiting voorzienbare schade. Eerst dan wordt immers zuiver de hand gehouden aan het bij voorbaat schadefixerend karakter van het beding(138). Het is dan ook opvallend dat ten aanzien van de ondergrens van de matiging wordt gerefereerd aan de *daadwerkelijk* verschuldigde schadevergoeding. Zou het dogmatisch niet zuiverder zijn om ook als ondergrens de potentieel te lijden schade te nemen? Wel als men strikt de hand houdt aan het ijkpunt van de voorzienbare potentiële schade. Niet als men bedenkt dat de crediteur bij gebreke van een — geldig — boetebeding zijn schade altijd nog op grond van het commune recht kan verhalen.

(137) Zo ook BIQUET-MATHIEU, *o.c.*, 1999, 711 die stelt dat dit een duidelijk overblijfsel is van de in het wetsvoorstel toegestane duale functie. Zie ook de toepassing van dit criterium door zowel WÉRY als COPEL, *o.c.*, noot 135.

(138) Zo ook WYLLEMAN, *o.c.*, 1999, 705.

Het vasthouden aan de louter schadefixerende functie moet er mijns inziens wel toe leiden dat *in principe* moet worden gematigd tot het voorzienbare bedrag(139). Is dit bedrag echter lager dan de reguliere schadevergoeding, dan heeft de schuldeiser recht op dit hogere bedrag.

De wetgever geeft enkel een ondergrens aan, zonder als basisprincipe de voorzienbare schade te noemen. Dit is opmerkelijk. Strikt grammaticaal geïnterpreteerd, geeft het de rechter namelijk toch de mogelijkheid te matigen tot een niveau dat zowel boven de reguliere schadevergoeding, als de ten tijde van de contractssluiting voorzienbare schade ligt. Indien dit inderdaad de praktijk zal blijken te zijn, dan zou dit de — voorzichtige — intrede van een door de wetgever zo verfoeid aansporend element kunnen betekenen. Het behoeft geen betoog dat dit niet de bedoeling van de wetgever zal zijn geweest.

5. Samenloop met andere rechtsmiddelen

26. De consequentie van de verboden aansporingsfunctie van het strafbeding is dat het vorderen van zowel het afgesproken bedrag uit het strafbeding, als het vorderen van schadevergoeding op grond van het gemene recht niet is toegestaan(140). In dit geval overstijgt het strafbeding immers per definitie de mogelijke schadevergoeding en is het beding *per se* als private straf te beschouwen. Op gelijke gronden is samenloop tussen het boetebeding en een vordering tot nakoming in principe evenmin toegestaan(141). Ook in dit geval zou de schuldeiser bij een strafbeding een voordeel verkrijgen dat hij op grond van het commune recht niet zou hebben: in plaats van enkel nakoming te vorderen, zou hij daarnaast aanspraak maken op een geldbedrag.

Samenloop met andere rechtsmiddelen wordt wél toelaatbaar geacht indien partijen in hun contract slechts een beding hebben opgenomen met betrekking tot de vertraging in de uitvoering van de overeenkomst. Immers, vertragingsschade is een bijkomende schadepost die naast de overige rechtsmiddelen (zoals een vordering tot nakoming of

(139) WYLLEMAN, *o.c.*, 1999, 705.

(140) Dit is een toepassing van de *non bis in idem*-regel. Zie WYMEERSCH, *o.c.*, 1982, 433. Menigeen leidt dit ook af uit art. 1229 B.W.: Het strafbeding vergoedt de schade die de schuldeiser lijdt ten gevolge van het niet nakomen van de hoofdverbintenis. Anderen hebben dit artikel gebruikt om aan te tonen dat het strafbeding enkel schadefixerend mag werken.

(141) Zie hiervoor ook art. 1228 B.W.: De schuldeiser kan, *in plaats van* de bedongen straf te vorderen nakoming van de hoofdverbintenis vorderen. En art. 1229 lid 2 B.W.: Hij kan niet tegelijk het nakomen van de hoofdverbintenis en de straf vorderen, tenzij deze voor de enkele vertraging bedongen is.

reguliere schadevergoeding) komt. Het cumuleren van een boetebeding dat slechts renteschade omvat met de normale rechtsmiddelen is derhalve heel wel toegestaan(142). Hetzelfde geldt naar mijn mening voor cumulatie van een ontbindingsvordering en een strafbeding dat betrekking heeft op typische ontbindingsschade: ook ontbindingsschade is een schadepost die normaliter naast een vordering tot ontbinding kan worden gevorderd(143). Cumulatie van beide vorderingen is derhalve mogelijk.

C. ONTSNAPPINGSCLAUSULES

27. Net als het Engelse recht, bestaat in België discussie over de reikwijdte van het recht inzake strafbedingen. Met name over de geldigheid van annuleringsclausules, of verbrekingsrechten, wordt in de doctrine gedelibereerd. Nochtans neemt de Belgische rechter eenzelfde formalistische houding in als zijn Engelse collega. Een eenzijdig verbrekingsrecht onder betaling van een forfaitaire vergoeding, is niet gelijk te stellen met een strafbeding omdat het niet gaat om een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting(144). Daarom kunnen annuleringsclausules, zo is de redenering, niet met dezelfde criteria als het strafbeding worden beoordeeld en zijn ze in beginsel geldig. Een groot deel van juridisch België is hier niet gelukkig mee(145). Een verbrekingsbeding en een schadebeding streven immers hetzelfde doel na. Beide clausules bevatten in wezen een contractuele vergoedingsregeling, waar in gelijke mate misbruik van kan worden gemaakt. Daarom bestaat geen rechtvaardiging voor het feit dat wél controle bestaat op een strafbeding en niet op een verbrekingsbeding. Bovendien kan zo op eenvoudige wijze het verbod van de aansporingsfunctie van het boetebeding worden omzeild(146).

(142) WYMEERSCH, *o.c.*, 1982, 429; L. CORNELIS, „Lief zijn voor het verbintenissenrecht (over het virtuele strafbeding)”, *R.D.C./T.B.H.* 2000/1, 12.

(143) Zie b.v. art. 1184 B.W.

(144) Zo Cass. 8 december 1988, *Pas.* 1989, 1, 389; *A.C.* 1988-89, 427; Cass. 6 december 1996, *A.C.* 1997-98, 27 en recenter nog Cass. 22 oktober 1999, *R.D.C./T.B.H.* 2000/3, 18. Voor meer jurisprudentie zie men het overzicht van STIJNS, VAN GERVEN en WÉRY, *o.c.*, 1996, 735.

(145) VAN OEVELEN, *o.c.*, 1995, 804; R. PASCARIELLO, „De verbrekingsvergoeding als tegenprestatie voor het eenzijdig beëindigingsrecht van de schuldenaar”, noot onder Cass. 6 december 1996, *A.C.* 1997-98, 27; K. VAN RAEMDONCK, noot onder Brussel 12 december 1995, *R.W.* 1996-97, 988; H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, „Overzicht van rechtspraak verbintenissenrecht (1981-1992)”, *T.P.R.* 1994, 684; W. GOOSSENS, noot onder Hof van Beroep Bergen 23 februari 1999, *RGDC/TBBR* 2000/7, 434-445.

(146) PASCARIELLO, *o.c.*, 1997, 105.

Om deze redenen wordt betoogd dat op opzegclausules een controle analoog aan dat van strafclausules moet plaatsvinden. Het Hof van Cassatie is tot dusver evenwel ongevoelig gebleken voor deze argumenten, evenals de wetgever(147). De enige grenzen die aan opzegclausules worden gesteld, zijn die van de algemene openbare orde en misbruik van recht(148). Dit is echter heel wat minder streng dan de huidige toets voor strafclausules(149).

D. BIJZONDERE WETTEN

28. In een aantal bijzondere wetten is een aparte regeling voor strafbedingen opgenomen, die inhoudelijk soms verschilt van de algemene regeling in het B.W.

Zo is bijvoorbeeld in de Handelspraktijkenwet(150), die betrekking heeft op koop- en dienstverleningsovereenkomsten tussen een professionele handelaar en een consument, een speciale regeling opgenomen(151). Art. 32, 21^o bepaalt dat clausules verboden zijn die ertoe strekken in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de koper, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die duidelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de verkoper kan worden geleden(152). Ondanks de niet geheel heldere formulering van dit artikel(153), was het de bedoeling van de wet-

(147) De artt. 1231 en 1226 BW vooronderstellen naar de heersende mening nog steeds een tekortkoming in de nakoming van contractuele verplichtingen. Zie b.v. WYLLEMAN, *o.c.*, 1999, 702; CORNELIS, *o.c.*, 2000, 10-11.

(148) Zie nader VAN RAEMDONCK, *o.c.*, 1997, 989.

(149) Zie PASCARIELLO, *o.c.*, 1997, 106. De toets van strafbedingen is thans op grond van art. 1226 B.W. een „*forfaitaire vergoeding van de schade die kan worden geleden ten gevolge van de niet-uitvoering van de overeenkomst*”. Overigens kan een clause die de naam opzegbeding draagt, maar in wezen wanprestatie sanctioneert, wel op basis van art. 1156 B.W. worden aangemerkt als strafbeding. In het merendeel van de gevallen, namelijk wanneer het opzegbeding duidelijk een opzeggingsbevoegdheid creëert, zal dit geen soelaas bieden. Zie voor nog een aantal andere opties VAN RAEMDONCK, *o.c.*, 1997, 988-989.

(150) Voluit: Wet op de Handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument. Hierna: WHPC.

(151) De WHPC regelt alle contractuele afspraken tussen een professionele wederpartij en een consument ten aanzien van een koop- of dienstverleningsovereenkomst en is derhalve niet beperkt tot algemene voorwaarden. Zie hiervoor o.m. M. FLAMÉE, „Onrechtmatige bedingen”, *T.B.H.* 1993 (360), 639 e.v.; E. DIRIX, „De bezwarende bedingen in de WHP”, *R.W.* 1991-92 (25), 564.

(152) Bovendien moet o.g.v. art. 32, 15^o WHPC een schadebeding gelijkwaardig ten laste van zowel de consument als zijn wederpartij strekken. Zie uitgebreider over de WHPC: E. DIRIX, „Bezwarende bedingen en verzekeringscontracten”, in *Liber Amicorum Paul de Vroede*, Diegem, Kluwer, 1994; DIRIX, *o.c.*, 1991, FLAMÉE, *o.c.*, 1993, 630.

(153) DIRIX, *o.c.*, 1991, 569-570 en DE TEMMERMAN, *o.c.*, 1994, 665.

gever om hiermee de jurisprudentie van het Hof van Cassatie (en met name het Biljartarrest) aangaande strafbedingen te codificeren(154). Dit betekent dat ook hier een strikt onderscheid moet worden gemaakt naar functie van het beding. Enkel clausules die overeenkomen met een forfaitaire raming van de te verwachten schade op het moment van contractssluiting, zullen rechtsgeldig worden geacht. De toetsing van boeteclausules op grond van de Handelspraktijkenwet en de nieuwe regeling in art. 1153 e.v. B.W., is, als ik het goed zie, derhalve niet principieel uiteenlopend.

Bovendien bestaat een aparte regeling in de Wet op het Consumentenkrediet(155). Art. 28 van deze wet bepaalt dat de bedongen moratoire interest (ofwel verdragingsrente) niet hoger mag zijn dan het gemiddelde tussen de wettelijke rentevoet en het overeengekomen jaarlijkse kostenpercentage. Indien dit wel het geval is, komt de rechter een matigingsbevoegdheid toe. Op grond van art. 90 lid 2 Wet op het Consumentenkrediet kan de rechter boeteclausules bij niet-uitvoering van de overeenkomst ambtshalve verminderen of de consument er geheel van ontslaan, indien ze overdreven of onverantwoord zijn.

Ook in een aantal andere bijzondere wetten bestaan speciale voorzieningen voor strafbedingen(156).

E. OVERZICHT

29. Na analyse van de nieuwe wet inzake het strafbeding, blijkt dat onder het Belgische recht enkel de schadefixeringsfunctie van het boetebeding wordt erkend. Clausules met een aansporingsfunctie zijn niet geldig. De bijzondere wetten huldigen eenzelfde uitgangspunt. Met de matigingsmogelijkheid dienen ongeldige boeteclausules te worden herleid tot aanvaardbare schadefixatieclausules.

Desondanks geeft de Belgische wet naar mijn mening enige ruimte voor een minder strikte toepassing van het verbod van de aanspo-

(154) *Gedr. St. Senaat* 1990-91, nr. 1200/2, p. 39-41.

(155) Zie uitgebreider over de WCK: I. DEMUYNCK, „Conventionele (schade)vergoedingsregelingen en de wet op het consumentenkrediet”, *T. Vred.* 1994 (3), 4 e.v.; T. VANSWEEVELT, „Schadebedingen in enkele bijzondere wetten”, *Jura Falconis* 1984-1985, 368-401; E. WYMEERSCH, „Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten”, in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story Scientia, 1991, 921-938.

(156) Onder meer artt. 11 en 13 Wet inzake het Hypothecair Krediet, Art. 17 Wet inzake de landverzekeringsovereenkomst, Art. 10 van de Wet tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen.

ringsfunctie(157). De tekst van de wet, en met name de vage marginale toets en het enkel aangeven van een ondergrens voor de matiging, laat immers ruimte om het gefixeerde bedrag flexibeler aan te passen. Hiermee is het systeem en uitgangspunt van het Belgische recht gelijk aan dat van het Engelse recht: de aansporingsfunctie van het boetebeding wordt in beide stelsels principieel ontoelaatbaar geacht. De wijze waarop dit wordt vorm gegeven, verschilt evenwel. Onder het Belgische recht wordt dit over de band van een matigingsbevoegdheid bewerkstelligd. Het Engelse recht echter, acht een boetebeding met aansporingsfunctie ongeldig, waarna schadevergoeding op grond van het commune recht kan worden gevorderd. Verder komt de Belgische rechter een grotere vrijheid toe dan zijn Engelse collega en laat de (nieuwe) wettelijke regeling wellicht *de facto* meer ruimte voor de intrede van een bescheiden aansporend element in het boetebeding. Omdat het uitgangspunt van beide stelsels identiek is (slechts de schadefixatiefunctie van het boetebeding wordt als geldig aange-merkt), behandel ik ze in het vervolg onder één noemer.

VI. De „continentale” benadering: het Nederlandse systeem(158)

A. ALGEMEEN

30. Het Engelse en Belgische recht hebben dus één belangrijk kenmerk gemeen: beide erkennen slechts de schadefixatiefunctie van het boetebeding. In Europa bestaan echter ook rechtsstelsels met een ander uitgangspunt, die *a priori* beide functies van het boetebeding erkennen, en misbruik trachten tegen te gaan met een matigingsbevoegdheid.

Zo bijvoorbeeld het Nederlandse recht, dat ik als typisch voorbeeld van deze continentale (met uitzondering van België) methode zal hanteren, waar in art. 6:91 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) beide mogelijke functies van het boetebeding worden erkend:

(157) Het nieuwe Belgische recht is hiermee eigenlijk niet geheel consequent: enerzijds enkel de erkenning van een zuiver schadefixerende functie, terwijl het anderzijds voorzichtig ruimte open laat voor een aansporend element. Zie ook BIQUET-MATHIEU, *o.c.*, 1999, 716, die meent dat dit het gevolg is van het plots schrappen van de aansporingsfunctie van het beding. De incongruenties in de huidige wet zijn naar haar mening de overblijfselen van de aanvankelijke verdergaande bedoeling van het wetsvoorstel.

(158) De navolgende bespreking van het Nederlandse recht is gedeeltelijk rechtstreeks ontleend aan mijn eerdere bijdrage „Het boetebeding in Nederland en België”, in SMITS en STJNS (ed.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 2000, 295-326.

„Als boetebeding wordt aangemerkt 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”.

Of een beding nu strekt tot vergoeding van de schade bij wanprestatie van de hoofdverbintenis of tot aansporing om tot nakoming van de hoofdverbintenis over te gaan, beide varianten vallen expliciet onder hetzelfde regime en worden gezamenlijk aangeduid met de term „boetebeding”. Deze gezamenlijke behandeling van beide functies is, aldus de parlementaire geschiedenis(159), niet alleen gelegen in het feit dat de motieven in de praktijk dooreen lopen, maar ook in de gedachte dat het verschil in motief niet tot een verschil in rechtsgevolg behoeft te leiden.

Hiermee is overigens niet gezegd dat het onderscheid tussen beide functies van het beding zonder betekenis is. Weliswaar verbindt de wet gelijklopende rechtsgevolgen aan de beide verschijningsvormen van het boetebeding, maar de functie die het boetebeding bekleedt kan bijvoorbeeld nog een rol spelen bij de samenloop met andere rechtsmiddelen en bij de uitoefening van de hieronder te bespreken matigingsvraag.

B. MATIGING: WANNEER?

31. Weliswaar wordt de geldigheid van een boeteclausule in haar beide hoedanigheden erkend, maar deze geldigheid is niet grenzeloos. In excessieve gevallen kan de door partijen afgesproken boete door de rechter worden aangepast. Op basis van artikel 6:94 BW komt de rechter — op verzoek van schuldenaar respectievelijk schuldeiser — een matigings- en aanvullingsbevoegdheid toe indien de „billijkheid dit klaarblijkelijk eist”. De matigingsbevoegdheid is in tegenstelling tot de aanvullingsbevoegdheid van dwingend recht(160). Partijen mogen deze derhalve niet uitsluiten.

De wet geeft geen omstandigheden aan die van invloed kunnen zijn op het aanwenden van de matigingsbevoegdheid. Wel blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de rechter van zijn bevoegdheid om in te grijpen spaarzaam gebruik moet maken. Het enkele uiteenlopen van boete en werkelijk geleden schade is niet voldoende, maar er dient een

(159) TM, PG 6, blz. 321.

(160) Art. 6:94 lid 3 B.W.

belangenafweging plaats te vinden(161). De terughoudendheid wordt als volgt toegelicht:

„Dat een dergelijke bevoegdheid (tot matiging, HS) 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”.(162)

Het matigingscriterium is dan ook welbewust eng geformuleerd(163) en hiermee is het referentiekader voor de matiging gegeven: de afdwingbaarheid van een boetebeding is regel, matiging uitzondering. De factoren die een rol kunnen spelen bij de vraag naar matiging blijven in de wet onbenoemd. Maar met name de jurisprudentie die zich rond het leerstuk van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid heeft gevormd, is een bron van inspiratie. In het Nederlandse recht kunnen de gevolgen van contractuele afspraken immers op grond van art. 6:248 lid 2 BW terzijde worden geschoven, indien deze in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dit wordt het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid genoemd, waar de matigingsbevoegdheid een toepassing van is. Het arrest Saladin-HBU(164) markeerde het begin van vele uitspraken waarin de geldigheid van een contractsbeding werd getoetst aan de redelijkheid en billijkheid(165). In deze jurisprudentie heeft zich een groot aantal factoren ontwikkeld dat van belang is voor de vraag of een beding de toets der redelijkheid en billijkheid kan doorstaan. Deze zogenaamde Saladin-HBU-criteria, zullen ook hun invloed doen gelden bij de invulling van het matigingscriterium ex art. 6:94 BW. Zo zullen de volgende factoren van belang zijn(166):

(161) TM, PG 6, blz. 324 en MvA II, PG 6, blz. 325.

(162) TM, PG 6, blz. 324.

(163) MvA II, PG 6, blz. 325.

(164) HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261.

(165) Zie over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid nader ASSER-HARTKAMP 4-II, nr. 312-328.

(166) Voor meer voorbeelden raadplege men het mooie overzicht van ABAS (*Mon. Nieuw BW* A-16 (ABAS), blz. 4-5). Meer jurisprudentie treft men aan in *Verbintenissenrecht* (HOEKSTRA) art. 6:94 BW, aant. 4; *Contractenrecht 4* (VALK) nrs. 395-427.

- De wijze van totstandkoming van het beding. Zo zal de omstandigheid dat het beding is opgenomen in algemene voorwaarden, of is afgesloten in het bijzijn van advocaten, een rol spelen(167).
- De aard (opzet en schuld) van de gedraging die heeft geleid tot het inroepen van het boetebeding(168).
- De maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen. Zo zal een boetebeding dat is opgelegd door een gevestigde ondernemer en ten laste komt van een weinig ervaren startende ondernemer eerder aanleiding geven voor matiging(169).
- De aard en ernst van de voorzienbare schade.
- De verhouding tussen de werkelijk geleden schade en de gefixeerde schade. Alhoewel het uiteenlopen van boete en schade volgens de parlementaire geschiedenis niet beslissend is voor de vraag of tot matiging moet worden overgegaan, zal een *buitensporig* uiteenlopen ongetwijfeld een — ondersteunende — factor van belang mogen zijn(170).
- Het feit dat het een generiek boetebeding betreft dat verbeurd raakt bij verschillende tekortkomingen van uiteenlopende ernst. Volgens de Hoge Raad ligt matiging in dit geval „in beginsel” voor de hand en moet — kort gezegd — aan de hand van het matigingscriterium worden gedifferentieerd naar gelang van de ernst van de tekortkoming en van de schade die is veroorzaakt(171).

Uit deze omstandigheden blijkt dat de rechter zich bij zijn matigingsoordeel mag laten leiden door omstandigheden die zich *na* de contractsluiting hebben voorgedaan(172). Ten aanzien van het sluitstuk van de matigingsvraag, het *bedrag* waartoe moet worden gematigd,

(167) Zie b.v. Rb. Amsterdam 5 april 1995, *BIE* 1996, 116.

(168) Zie Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 1997, *NJ* 1998, 162 waarin een hoogleraar welbewust een geheimhoudingsplicht overtrad en daardoor een boete verbeurde. Toen hij vervolgens om matiging verzocht, werd dit kortaf afgewezen met het argument dat hiervoor geen plaats was omdat de debiteur weloverwogen en op ernstige wijze de overeenkomst had overtreden.

(169) Rb. Breda 22 november 1994, *Prg* 1995, 4374. Zie ook HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714, waar het ging om een gemeente versus een particulier.

(170) Zie recentelijk nog HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 277 (Kok/Schoor), met noot P. ABAS, *NTBR* 2000/6, 249-250 alsmede kort H. SCHELHAAS, *NTBR* 2000/5, 216-217. Volgens de Hoge Raad kan aan het matigingscriterium zijn voldaan indien de bedongen boete (hier *f* 50.000) buitensporig is in verhouding tot de geleden schade (ongeveer *f* 210).

(171) HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 725 (Monda/Hauer) met noot HJMA. Zie voor een commentaar op dit arrest ook J.M. HOEKSTRA, *Bb* 1998/11, 197-108; G.J. KNIJP, *NbbW* 1998/5, 59-61 en H.N. SCHELHAAS, „De gebrekkige camping en de onwillige professor Matiging van boete”, *NTBR* 1998/8, 300-305.

(172) Dit hangt samen met de ratio voor matiging, namelijk het voorkomen van — klaarblijkelijk — onbillijke gevolgen.

wordt als ondergrens de schadevergoeding op grond van de wet aangegeven. Dit is slechts een minimum. Het staat de rechter derhalve vrij te matigen tot een bedrag dat boven de geleden schade ligt, zodat hij een aansporend element intact laat.

C. SAMENLOOP MET ANDERE RECHTSMIDDELEN

32. Het feit dat het in het Nederlandse recht geoorloofd is het boetebeding te doen functioneren als aansporing tot nakoming, heeft consequenties voor de samenloop van het boetebeding met andere rechtsmiddelen. Laten contractspartijen zich niet uit over de verhouding van het boetebeding met de reguliere rechtsmiddelen, dan voorziet de wet in een tweetal uitlegbepalingen. Ten eerste bepaalt art. 6:92 lid 1 BW dat een schuldeiser in principe geen gelijktijdige nakoming kan vorderen van zowel het boetebeding als van de primaire verbintenis waaraan het boetebeding verbonden is: de crediteur moet derhalve een keuze maken. Het tweede lid van hetzelfde artikel stipuleert dat hetgeen ingevolge een boetebeding verschuldigd is, in de plaats treedt van de schadevergoeding op grond van de wet(173). Dit betekent dat de schuldeiser niet in plaats van het boetebeding kan opteren voor schadevergoeding op grond van de wet, en evenmin *naast* de overeengekomen boete wettelijke schadevergoeding vorderen.

Beide bepalingen zijn evenwel van aanvullend recht, zodat contractspartijen een andere voorziening kunnen treffen. Dit leidt er bijvoorbeeld toe dat partijen de vrijheid hebben het boetebeding niet in de plaats te doen treden van de in totaal verschuldigde schadevergoeding, maar het een zelfstandige rol te geven náást de reguliere schadevergoedingsvordering. In deze situatie werkt het beding *zuiver* aansporend en laat het de mogelijkheid schadevergoeding op grond van de wet te vorderen onverlet. Dit komt in de rechtspraak geregeld voor en een dergelijk beding wordt ook wel een zuiver boetebeding genoemd(174). Vaak zal het boetebeding echter een gemengd karakter hebben en bekleedt het zowel een schadefixerende als een aansporende functie. In dit geval zal het bedongen bedrag hoger zijn dan de schade die op grond van het commune recht kan worden gevorderd en

(173) De wettelijke verplichting tot schadevergoeding bij wanprestatie volgt uit art. 6:74 jo. 6:98 e.v. BW.

(174) Zie bijvoorbeeld art. 38 van de algemene voorwaarden van de Nederlandse Spoorwegen: „In geval van misbruik van de noodrem is de reiziger een onmiddellijk opeisbare boete aan NS verschuldigd van f 250, onverlet de verplichting van de reiziger de volledige schade die NS dientengevolge lijdt te vergoeden”.

treedt het wel degelijk in de plaats van de wettelijke schadevergoeding.

Hetzelfde geldt voor een vordering tot nakoming. Indien partijen zulks overeenkomen, behoeft het vorderen van een overeengekomen boete niet in de weg te staan aan een vordering tot nakoming. Ook in dit geval heeft het boetebeding een zuiver aansporende functie.

Een speciale opmerking verdienen boeteclausules die enkel een bepaald *soort* schade omvatten, zoals louter ontbindingsschade of verdragingschade. Alhoewel het BW een expliciete regel dienaangaande ontbeert(175), kan worden aangenomen dat het mogelijk is náást het boetebeding dat expliciet enkel verdragingschade omvat, een vordering tot nakoming of tot *bijkomende* schade in te stellen(176). De crediteur kan normaliter, bij afwezigheid van een boetebeding, naast nakoming of vervangende schadevergoeding immers ook altijd nog aanvullende schadevergoeding vorderen(177). Het boetebeding komt in een dergelijk geval niet in de plaats van de volledige schadevergoeding, maar slechts in plaats van de bijkomende verdragingschade(178). Ook indien partijen overeenkomen dat het boetebeding enkel zuivere ontbindingsschade(179) omvat, dan laat het vorderen van de overeengekomen boete op gelijke gronden de mogelijkheid de overeenkomst te ontbinden onverlet. Wanneer echter niet duidelijk is dat het boetebeding slechts een bepaalde schadepost beoogt te omvatten, dan geldt de hoofdregel van art. 6:92 BW en komt de overeengekomen boete in de plaats van de volledige wettelijke schadevergoeding. Een en ander hangt derhalve in sterke mate af van de formulering van het boetebeding(180).

(175) Anders dan het oud BW, waar art. 1343 lid 2 OBW het volgende bepaalde: „Hij kan niet tegelijk de hoofdschuld en de straf vorderen, ten ware de laatstgenoemde enkel op de eenvoudige vertraging mogt gesteld zijn”.

(176) Zie TM, PG boek 6, blz. 322: „Volgens het eerste lid (van art. 6:92 BW, HS), dat in de plaats treedt van artikel 1343 lid 2 BW, moet de schuldeiser bij niet-nakoming door de schuldenaar kiezen tussen het vorderen van nakoming en het vorderen van de bedongen boete, tenzij anders is bepaald: zo kan het zijn dat de boete is gesteld op de enkele vertraging, zodat hij beide vorderingen naast elkaar kan instellen”.

(177) Artt. 6:85 en 6:87 BW.

(178) In deze situatie moet dan worden aangenomen dat partijen met zoveel woorden afwijken van het uitgangspunt van art. 6:92 BW.

(179) Op basis van art. 6:277 jo 6:74 BW.

(180) Zie hiervoor ASSER-HARTKAMP 4-I, nr. 397.

D. ONTSNAPPINGSCLAUSULES?

33. Ook het Nederlandse recht gaat ervan uit dat de specifieke controle op boeteclausules zich enkel uitstrekt tot afspraken waarbij een boete moet worden betaald indien sprake is van een tekortkoming. Anders dan onder het Engelse en Belgische recht heeft het gebruik van anders geformuleerde clausules om de matigingsmogelijkheid te ontvluchten, geen grote vlucht genomen. Onder het Nederlandse recht zal dit de crediteur namelijk niet veel soelaas bieden. Want ook anderssoortige onredelijke clausules, die een vergelijkbaar doel als een boetebeding nastreven, staan onder rechterlijk toezicht. De redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW kunnen een onaanvaardbaar contractsbeding immers terzijde schuiven. De parlementaire geschiedenis suggereert dan ook expliciet dat de matigingsbevoegdheid op anderssoortige clausules analoge gelding zou kunnen vinden⁽¹⁸¹⁾. Door het algemene vangnet van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, zal van een „alles- of niets-methode” in het Nederlandse recht veel minder sprake zijn. Mede gezien de opmerkingen in de parlementaire geschiedenis in dit verband, zal het gebruik van clausules om aan de matigingsmogelijkheid te ontsnappen, dan ook slechts een beperkt nut hebben.

E. BIJZONDERE REGELINGEN

34. Indien een boetebeding is opgenomen in algemene voorwaarden, dan valt het onder afd. 6.5.3 van het BW. In deze afdeling worden speciale voorzieningen getroffen voor algemene voorwaarden. Art. 6:233 sub a BW bepaalt dat clausules uit algemene voorwaarden die onredelijk bezwarend zijn, vernietigbaar zijn. Art. 6:236 BW somt vervolgens een aantal soorten clausules op die tegenover consumenten onredelijk bezwarend zijn, terwijl art. 6:237 BW clausules noemt die ten aanzien van consumenten *vermoed* worden onredelijk bezwarend te zijn. Art. 6:236 BW wordt ook wel de zwarte lijst genoemd, art. 6:237 BW de grijze lijst. Het boetebeding komt op geen der beide lijsten voor, zodat moet worden bezien of het beding onredelijk bezwarend, en dus vernietigbaar, is in de zin van de algemene norm

(181) TM, PG 6, blz. 321, waar expliciet clausules worden genoemd die aan de wanprestatie van de schuldenaar andere nadelige gevolgen verbinden dan het ontstaan van een nieuwe verplichting te zijnen laste, of die een persoon tot een zekere prestatie verbinden voor geval hij een andere prestatie niet zal verrichten zonder dat hij zich tot die andere prestatie verplicht. Onder deze clausules zullen bijvoorbeeld waarborgsommen of verbeurde aanbatalingen kunnen worden verstaan.

uit art. 6:233 sub a BW(182). Bij de beoordeling zal, aldus de parlementaire geschiedenis expliciet, rekening moeten worden gehouden met de matigingsbevoegdheid die de rechter ex art. 6:94 BW toekomt(183). De wetgever lijkt zodoende de voorkeur te willen geven aan de — niet ambtshalve —(184) matigingsbevoegdheid om zo een onredelijk boetebeding te herleiden tot normale proporties, in plaats van deze op grond van art. 6:233 sub a BW te vernietigen. Of deze benadering overeenkomt met de visie van de Europese wetgever, valt overigens nog maar te bezien. Een „disproportioneel” boetebeding komt namelijk wél op de Europese „grijze” lijst voor(185). Volgens de Europese benadering zal een „onredelijke” boeteclausule derhalve in principe ongeldig zijn, waarna schadevergoeding op de reguliere wijze moet worden vastgesteld. Komt matiging dan niet op hetzelfde neer? Niet automatisch, omdat de Nederlandse rechter die gebruik maakt van zijn matigingsbevoegdheid, altijd nog een aansporend element in de boete kan laten bestaan. Dat lijkt mij onverenigbaar met het door de Europese richtlijn beoogde resultaat. Gebruikmaking van de matigingsmogelijkheid zal naar mijn mening enkel in de pas lopen met het doel van de richtlijn, indien de boete bij de door de richtlijn bestreken gevallen altijd wordt gematigd tot de in de werkelijkheid geleden schade(186). Omdat de richtlijn niet élk boetebeding ongeldig acht, maar enkel indien het een „disproportioneel” hoog bedrag bevat, blijft overigens nog wel een bescheiden aansporend element in het boetebeding bestaan.

(182) Anders dan het annuleringsbeding (zie art. 6:237 sub i BW) is het boetebeding uiteindelijk niet opgenomen in de grijze lijst. Zie O.Inv. en M.v.T. Inv., PG 6, 1739-1740.

(183) M.v.A. II Inv., PG boek 6, p. 1743.

(184) H.v.J. 27 juni 2000 C-240/98 tot en met C-244/98 (Océano) zal het verbod van ambtshalve toetsing overigens nog kunnen beïnvloeden (zie hierover E.H. HONDIUS in *WPNR* 00/6417, 651-652 en N.M.B. Loos in *NTBR* 2001/2, 90-102). Een aantal Nederlandse auteurs keert zich overigens tegen het verbod van ambtshalve matiging, door zich te beroepen op het *lex suppleta*-karakter van art. 6:94 BW ten aanzien van art. 6:248 BW. Zie bijvoorbeeld J. HIJMA, *Het constitutionele wijzigingsvonnis in het licht van de algemene werking van de redelijkheid en billijkheid*, oratie RU Leiden, Zoeterwoude, 1989. Anders: W.L. VALK, „Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijke wetboek *Lex specialis derogat legi generali?*”, in *Eruditia Ignorantia*, Arnhem, 1992 en P. ABAS, „Boekbeschuwing Hijma”, *RM Temis* 1990/9, 435. Zie echter laatstgenoemde auteurs n.a.v. HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 602 over de verhouding tussen 6:248 en 6:258 BW bij opzegging, in resp. *WPNR* 99/6382, 917 en *WPNR* 00/6397, 249 e.v.

(185) Ri. 93/13, art. 1 (e).

(186) Ook dit zou dan, net als de Belgische methode, als een soort conversie of reductie van een ongeldig beding moeten worden beschouwd. Of de artt. 3:41 en 42 BW daar een geldige basis voor geven is twijfelachtig. Zie LOOS, *o.c.*, 1997 en van dezelfde auteur *De energieleveringsovereenkomst*, diss. UU, Deventer, Kluwer, 1998, 208-220. Zie eveneens A.C. VAN SCHAICK, *Contractsvrijheid en Nietigheid*, diss. KUB 1994, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 262-276.

Naast de regeling voor algemene voorwaarden, bestaan ook bijzondere regels in onder meer de Wet op het Consumentenkrediet(187), het arbeidsrecht (art. 7:650 BW), en in de regeling voor de koop op afbetaling (art. 7A:1576b BW). Afgezien van een aantal aanvullende — veelal formele — vereisten, huldigen de laatste twee regelingen een identiek principe als de algemene regeling uit art. 6:91 BW e.v.: het boetebeding is in alle hoedanigheden toelaatbaar, maar is onderhevig aan een rechterlijke matigingsbevoegdheid.

Overigens bestaat ten aanzien van een bedongen vertragsrente, anders dan bijvoorbeeld in het Belgische recht, geen speciale regeling(188). Een dergelijk beding, dat voorziet in de betaling van een geldsom indien een contractspartij tekort schiet in de tijdige betaling, moet naar mijn mening als een normaal boetebeding in de zin van art. 6:91 BW worden aangezien. Het kan derhalve overeenkomstig art. 6:94 BW worden gematigd of aangevuld.

VII. De regeling in de PECL

A. UITGANGSPUNT

35. In de *Principles of European Contract Law* (hierna: PECL) is in art. 9:509 een voorziening ten aanzien van boeteclausules getroffen(189). Het uitgangspunt is gelijk aan dat van het Nederlandse recht, zo volgt uit het eerste lid:(190)

Where the contract provides that a party which fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss.

(187) N.J.H. HULS, *Wet op het Consumentenkrediet*, Deventer, Kluwer, 1993, 143. De vertragsrente is aan een bepaald maximum gebonden.

(188) Hebben partijen geen eigen voorziening ten aanzien van de rente bij vertraagde betaling van een geldsom getroffen, dan wordt op grond van art. 6:119 BW de schade wettelijk gefixeerd op de wettelijke rentevoet. Dit artikel is evenwel van regeland recht: partijen mogen een hogere rente bedingen: zie H.B. KRANS, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss. UL, Deventer, Kluwer, 1999, 82-84 en ASSER-HARTKAMP 4-I, nr. 526.

(189) O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000 en zie <http://www.jus.uio.no/lm/eu.-contract.principles.1998/index.html>. Voor een aantal belangrijke punten: D. BUSCH en E.H. HONDIUS, „Een nieuw contractenrecht voor Europa: de Principles of European Contract Law vanuit Nederlands Perspectief”, *NJB* 2000, 837-848 alsmede de NTBR-special: *NTBR* 2000/9-10, 427-482.

(190) De Unidroit Principles for International Commercial Contracts hebben in art. 7.4.13 eenzelfde uitgangspunt.

Onverschillig de functie die de clause bekleedt (aansporing tot nakoming of veeleer schadefixatie) en onafhankelijk van de geleden schade, dient de afgesproken geldsom te worden betaald. Het feit dat de PECL evenmin als het Nederlandse recht voor de rechtsgeldigheid van boeteclausules onderscheid maken tussen de schadefixatie- en de aansporingsfunctie, wordt eens te meer duidelijk in de toelichting bij dit artikel:

It is common for the parties to a contract to specify a sum to be paid for non-performance, with a view to avoiding the difficulty, delay and expense involved in proving the amount of loss in a claim for unliquidated damages. Such a clause may also prompt the debtor to perform voluntary, when the penalty is heavy. (...) Paragraph (1) gives effect to such a provision, so that (...) the court must disregard the loss actually suffered by the aggrieved party and must award it neither more nor less than the sum fixed by the contract.(191).

De PECL hanteren als uitgangspunt dat de crediteur aanspraak zou moeten maken op het door partijen afgesproken bedrag, waarbij hij niet hoeft te bewijzen dat hij enige schade heeft geleden. De PECL zien geen bezwaren tegen een aansporend of bestraffend element in het boetebeding. Dit betekent een breuk met het Engelse en Belgische recht, die zoals besproken de aansporende functie van het boetebeding *a priori* ongeldig achten.

B. MATIGING

36. Het tweede lid van art. 9:509 PECL maakt evenwel duidelijk dat ook de PECL het gevaar van misbruik van het boetebeding erkennen en overtuigd zijn van de noodzaak het gebruik ervan binnen bepaalde grenzen te houden. Net als in het Nederlandse recht wordt hiervoor een matigingsbevoegdheid bedacht(192):

However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances.

De rechter mag de matigingsbevoegdheid enkel ter hand nemen indien de afgesproken geldsom geheel buitensporig, ofwel „*grossly excessive*” is in verhouding tot de daadwerkelijk geleden schade en gezien

(191) LANDO/BEALE, Commentaar bij art. 9:509 PECL, blz. 454.

(192) Ook dit is bijna identiek aan de regeling in de Unidroit-regels, zie art. 7.4.13 tweede lid Unidroit.

andere omstandigheden van het geval(193). Het referentiepunt moet hierbij niet de *de iure* verhaalbare schade, maar de daadwerkelijk geleden schade zijn(194). Het toetsingsmoment is net als in de Nederlandse benadering *ex post*, dus niet ten tijde van de contractssluiting, maar na de tekortkoming van de debiteur. Ook in de PECL wordt gehecht aan terughoudendheid bij de gebruikmaking van de matigingsbevoegdheid:

„*Since the purpose is to control only those stipulations which are abusive in their effect, the court's reducing power is exercisable only where it is clear that the stipulated sum substantially exceeds the actual loss*”.(195)

Volgens de toelichting zou in eerste instantie beslissend moeten zijn wat partijen bedoeld hebben, waarbij uitdrukkelijk wordt gewezen op de bedoeling van partijen om een tekortkoming van de wederpartij te voorkomen door een hoge boete overeen te komen. Daarom wordt benadrukt dat de hoogte waartoe moet worden gematigd, niet de daadwerkelijk geleden schade moet zijn maar een hoger bedrag dat rekening houdt met het aansporende element in de boete. Dit is anders dan in het Nederlandse recht, waar de wet uitdrukkelijk de mogelijkheid open laat dat wordt gematigd tot het niveau van de daadwerkelijk geleden schade. Dit is evenwel een ondergrens, zodat de Nederlandse rechter de mogelijkheid heeft de boete op een hoger bedrag vast te stellen. Een ander verschil met het Nederlandse recht is gelegen in de uitoefening van de matigingsbevoegdheid: waar in de Nederlandse benadering een verzoek van de debiteur nodig is, lijken de PECL te voorzien in een ambtshalve matigingsmogelijkheid. Voorts kennen de PECL geen aanvullingsbevoegdheid van onredelijk *lage* boeteclausules, terwijl het Nederlandse recht deze mogelijkheid expliciet vastlegt in art. 6:94 lid 3 BW. Voor wat de hoofdlijnen betreft, zijn de matigingsmogelijkheden in hoge mate vergelijkbaar. In beide gevallen is het toetsingsmoment *ex post*, dienen alle omstandigheden van het geval betrokken te worden en is terughoudendheid geboden. Ook het matigingscriterium is gelijkend: *grossly excessive* van de PECL versus „klaarblijkelijke onbillijkheid” van het BW. Wel lijken de PECL zich, gezien de formulering, primair te concentreren op het uiteenlopen van daadwerkelijk geleden schade en boete, waar de

(193) Volgens de toelichting moet in dit verband met name rekening worden gehouden met het gedrag van de debiteur: indien deze voor een deel de schade zelf heeft veroorzaakt door bijvoorbeeld de schade niet te beperken, dan is dit een factor die tegen matiging pleit.

(194) Zo kan bijvoorbeeld contractueel een vergoeding worden verkregen voor de in rechte niet verhaalbare schadeposten.

(195) LANDO/BEALE, Commentaar bij art. 9:509 PECL, blz. 454.

Nederlandse tekst, die van „billijkheid” spreekt, meer waarde lijkt te hechten aan andere omstandigheden.

C. SAMENLOOP MET ANDERE RECHTSMIDDELEN

37. De regeling in de PECL is teleurstellend stil over de belangrijke vraag naar de samenloop van het boetebeding met andere rechtsmiddelen.

Voor wat betreft de samenloop met de wettelijke schadevergoeding, kan uit de imperatieve tekst van het artikel (*shall be awarded that sum irrespective of its actual loss*) en uit de toelichting worden afgeleid, dat de PECL de crediteur niet de keuze gunnen tussen de afgesproken boete en de schadevergoeding op grond van de wet: hem moet automatisch het afgesproken bedrag toekomen. Geen melding wordt evenwel gemaakt van de situatie waarin de boete enkel een bepaalde schadesoort omvat, zoals vertragingsschade. Het lijkt logisch dat de boete enkel in de plaats treedt van deze schadesoort, zodat hiernaast nog aanvullende wettelijke schadevergoeding kan worden gevorderd. Maar zou het partijen volgens de PECL vrij moeten staan te bepalen dat het boetebeding in alle gevallen náást de wettelijke schadevergoeding komt? Aangezien de aansporingsfunctie van het boetebeding wordt erkend, zou dit logisch zijn.

Evenmin voorzien de PECL in regels over de verhouding tussen een vordering tot nakoming en de overeengekomen boete: treedt de boete ook — automatisch — in de plaats van een nakomingsvordering? Of kan de crediteur kiezen? Kunnen partijen afspreken dat de boete náást een vordering tot nakoming staat? Een zuiver boetebeding, dat naast een vordering tot nakoming wordt ingeroepen, zou op de hiervoor vermelde gronden mogelijk moeten zijn. Ook de verhouding van een boetebeding met bijvoorbeeld de ontbindingsvordering is onduidelijk. De PECL laten de vraag naar samenloop van het boetebeding met andere rechtsmiddelen dus geheel onbeantwoord. Dit is naar mijn mening een belangrijk gemis in de voorgestelde regeling(196).

(196) Resolutie (78) 3 van de Raad van Europa, dat hetzelfde uitgangspunt kent als de PECL, heeft wél een voorziening voor de samenloop met andere rechtsmiddelen. Verrassend is dat een zuiver boetebeding volgens art. 2-5 niet toelaatbaar is. Wel kan de crediteur in plaats van het boetebeding kiezen voor nakoming. Deze keuzemogelijkheid geldt niet voor de schadevergoeding: de overeengekomen boete treedt hiervoor in de plaats.

D. ONTSNAPPINGSCLAUSULES

38. Uit de toelichting bij art. 9:509 PECL blijkt dat ook een *deposit*, ofwel een waarborgsom(197), onder de regeling wordt begrepen. De toelichting noemt het voorbeeld van een *deposit* van 20% van de koopprijs om de wederpartij aan te sporen zijn contractuele verplichtingen na te komen. Ook dergelijke afspraken moeten volgens de PECL in principe geldig worden geacht, maar zouden nadien gematigd kunnen worden. Dit is een handzame uitbreiding van de controle op boeteclausules en verdient navolging, want op deze wijze kan het toezicht op boeteclausules minder eenvoudig worden omzeild.

De afspraak op grond waarvan de debiteur de mogelijkheid krijgt een tevoren gefixeerde geldsom te betalen in plaats van de primaire verbintenis te verrichten wordt echter, zo blijkt uit de toelichting(198), niet onder de regeling begrepen. Hier wordt waarschijnlijk ook een annuleringsclausule onder verstaan(199). Dit lijkt mij niet aanbevelenswaardig, omdat deze clausule bijzonder lijkt op een boeteclausule en eenvoudig zou kunnen worden aangewend om een matigingsmogelijkheid van boeteclausules te omzeilen.

VIII. De overeenkomsten en verschillen

A. DE FUNCTIE EN HET CORRECTIEF

39. In de beide systemen, het Engels/Belgische en het continentale, bestaat *communis opinio* over de idee dat niet elke boeteclausule rechtens toelaatbaar is, maar de manier waarop het gebruik van boeteclausules wordt beperkt verschilt aanzienlijk.

Engeland en België trachten het gebruik van boeteclausule binnen de perken te houden door enkel de schadefixeringsfunctie van het beding als geldig erkennen. Een aansporingselement in het boetebeding is in beide systemen verboden. Waar Engeland een dergelijke clausule als ongeldig aanmerkt, wordt in België bijkans hetzelfde resultaat bereikt

(197) Het is de vraag of dit ook op aanbetalingen ziet. Onder het Engelse recht moet immers onderscheid worden gemaakt tussen waarborgsommen (die verbeurd raken bij het plaatsvinden van een bepaalde gebeurtenis) en aanbetalingen, die na de contractsbeëindiging automatisch terug moeten vloeien naar de betalende.

(198) Zie Comment D, p. 455.

(199) Want ook deze clausules geven de mogelijkheid om in plaats van te presteren een geldsom te betalen. De toelichting verwijst ook naar de *clause de dédit*, het Franse equivalent voor annuleringsclausules.

met een verkapte ongeldigheid in de vorm van een matigingsmogelijkheid(200). In beide stelsels is het toetsingsmoment het tijdstip van de contractssluiting. Overigens lijkt de Belgische wet met de vage formulering van de matigingsbevoegdheid evenwel een iets ruimer systeem te huldigen dan het Engelse systeem.

Aan de andere kant staat het Nederlandse recht, grosso modo nagevolgd door de regeling in de PECL en het voorstel van de Schotse *Law Commission*. Het heeft een fundamenteel ander uitgangspunt door zowel de aansporingsfunctie als de schadefixeringsfunctie van het beding *a priori* te erkennen. Ook het Nederlandse recht erkent dat het boetebeding niet grenzeloos toelaatbaar moet worden geacht en kent als correctief van „klaarblijkelijk onbillijke” boeteclausules een matigings- en aanvullingsbevoegdheid ex art. 6:94 BW.

B. CUMULATIE VAN RECHTSMIDDELEN

40. De functie die het beding bekleedt, wordt gereflecteerd in de vraag naar de verhouding met andere rechtsmiddelen. Uit de aard van het systeem vloeit voort dat cumulatie van de Engelse *liquidated damages* clause of het Belgische strafbeding, met een vordering tot nakoming of schadevergoeding in beginsel onmogelijk is. In dit geval zal de clause in kwestie immers naar haar aard (enkel) een bestraffende of aansporende functie bekleden. Samenloop is enkel in die gevallen denkbaar waar het boetebeding slechts een voorziening treft voor een bepaalde schadesoort. Het boetebeding treedt hier louter in de plaats van die bepaalde schadesoort (bijvoorbeeld vertragschade), zodat de crediteur voor het restant nog wel een nakomings- of schadevergoedingsvordering toekomt.

In het Nederlandse recht is een zuiver boetebeding, dat naast een vordering tot schadevergoeding of nakoming inroepbaar is, echter wel toelaatbaar. Partijen moeten dit wel expliciet overeenkomen, anders gelden de regels van art. 6:92 BW(201). Bij een zuiver boetebeding zal wel eerder aanleiding bestaan voor matiging.

(200) Want, zoals ik voor wat betreft het Belgische recht concludeerde, ook in België is in wezen sprake van een vorm van nietigheid als wordt gesproken van matiging.

(201) Slechts indien het contract geen speciale voorziening hiervoor treft, zal de boete in de plaats treden van schadevergoeding, en kan een boetebeding niet gecumuleerd worden met een vordering tot nakoming; zie art. 6:92 BW.

C. PRAKTISCHE OVEREENKOMSTEN?

41. Theoretisch verschillen de beide systemen substantieel. Toch zouden de uitkomsten van de systemen elkaar in de praktijk ogenschijnlijk dicht kunnen naderen. Zo zien zowel het Engelse als het Nederlandse recht bezwaren tegen een generiek boetebeding dat ziet op meerdere tekortkomingen van uiteenlopende ernst(202). Beide systemen leggen een dergelijke clause aan banden, maar de manier waarop verschilt. Waar deze clause onder het Engelse recht als een ongeldige *penalty clause* wordt aangemerkt waarna op reguliere wijze schadevergoeding kan worden gevraagd, zal de Nederlandse rechter de overeengekomen boete „slechts” matigen. Omdat een aansporend element in de boete in Nederland toelaatbaar is, zal het na matiging resterende bedrag in de regel de wettelijke schadevergoeding overstijgen. Bovendien zal naar verwachting enkel worden gematigd indien de tekortkoming in kwestie daadwerkelijk leidt tot een lagere schade dan de overeengekomen boete, terwijl het Engelse recht een clause in principe al ongeldig acht wanneer de enkele *mogelijkheid* bestaat dat de overeengekomen som de schade zal overstijgen.

Voorts zullen de resultaten van beide systemen in situaties waar de schade moeilijk is vast te stellen elkaar dicht naderen. In zowel het Engels/Belgische als het Nederlandse systeem lijkt het erop dat in deze gevallen met een onzeker schadeverloop pas zal worden ingegrepen indien de overeengekomen boete in een wanverhouding staat met de schade. Slechts dan zal het in de visie van de Engelse en Belgische rechter immers onbetwistbaar zijn dat partijen in wezen bedoelden de ander aan te sporen zijn contractuele verplichtingen na te komen door wanprestatie te bestraffen. Dit betekent echter niet dat hiermee toch een aansporend element het Engelse en Belgische boetebeding binnensluipt. De verschillen tussen het Engels/Belgische systeem aan de ene kant en het continentale systeem aan de andere kant blijven bestaan, ook in de praktijk. Ten eerste is het referentiepunt in beide systemen anders. Vergelijkt de Nederlandse rechter *ex post* met de daadwerkelijk geleden schade, zijn Belgische en Engelse collega zetten de overeengekomen schade af tegen de op het moment van de contractssluiting globaal te schatten schade. Daar komt bij dat het de Nederlandse rechter vrij staat ook op andere omstandigheden dan het enkel divergeren van boete en schade acht te slaan. De matigingsbe-

(202) Zie hiervoor de derde deelregel van Lord DUNEDIN in de Dunlop-zaak en de Nederlandse uitspraak Monda/Hauer, HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 725.

voegdheid is hierbij uitdrukkelijk een terughoudende toets. Het komt mij daarom voor dat de Nederlandse rechter minder spoedig op een contractuele boete zal ingrijpen dan in Engeland of België het geval zal zijn, óók wanneer de schade op voorhand moeilijk is vast te stellen. Mocht de Nederlandse rechter gronden zien om de boete te matigen, dan zal hij in de regel ook op een hoger niveau uitkomen dan de Belgische en Engelse rechter die een clause als een ongeldige *penalty* respectievelijk strafbeding aanmerken. Het Nederlandse recht erkent immers de geldigheid van een aansporend element in een boete.

D. OVERIG

42. Ook op een aantal minder principiële punten verschillen de beide systemen van elkaar. En alhoewel ik de systemen gemakshalve in twee groepen heb verdeeld, bestaan ook tussen de representanten van elk systeem kleine divergenties. Omdat het mij enkel om de bespreking van de hoofdlijn te doen is, zal ik hier verder niet op in gaan(203).

IX. Analyse: de voor- en nadelen van beide systemen

A. STRAF EN BOETE

43. Het principiële verschil tussen de beide benaderingswijzen is zoals besproken de functie die de systemen aan het boetebeding toedichten. Moet het toelaatbaar worden geacht dat partijen elkaar door een hoge boete aansporen hun contractuele verplichtingen na te komen? Neen, zeggen de meeste Britten en Belgen, dit leidt tot een ontoelaatbare private straf *inter partes* en daarvoor is het compensatoire schadevergoedingsrecht niet bedoeld. Ja, zeggen de meeste andere Europese juristen. En ik schaar mij bij deze laatsten. Naar mijn mening behoeven geen substantiële bezwaren tegen de aansporende functie van het beding te bestaan.

Om te beginnen, het is misschien een spel van woorden, lijkt mij de benaming *bestrafing* of *private straf* te beladen en wordt hiermee ten onrechte een link met het strafrecht gelegd. Waar het in het strafrecht

(203) Voor de precieze verschillen tussen het Belgische en Nederlandse recht moge ik verwijzen naar mijn eerdere bijdrage, „Het boetebeding in Nederland en België”, *o.c.*, 319-321.

gaat om het bestraffen van moreel verwerpelijk gedrag, beoogt het boetebeding enkel de wederpartij aan te sporen te doen wat hij heeft beloofd. Van het bestraffen van maatschappelijk onbetamelijk gedrag, waar inderdaad primair het strafrecht voor is bedoeld, is in het geheel geen sprake(204). De gekozen terminologie maakt de functie van het boetebeding mijns inziens te beladen.

Ten tweede lijkt het mij beslist niet onwenselijk dat contractspartijen elkaar door middel van een financiële prikkel aansporen tot contractconform gedrag. Sterker nog, ik zou het eerder een verworvenheid van de continentale methode willen noemen. Het vormt immers niets meer dan zelfregulering van contractuele afspraken, hetgeen de efficiëntie in het rechtsverkeer bevordert. Met de erkenning van het aansporingsmechanisme worden belangrijke uitgangspunten van het contractenrecht, partijautonomie en contractvrijheid, gewaarborgd. Indien partijen daar om welke subjectieve reden dan ook aan hechten, lijkt het mij prima dat een contractant wordt aangespoord te doen wat hij toch al beloofd had(205). Zeker, daar staat een bepaalde prijs tegenover, maar dat is inherent aan een doelmatig aansporingsmechanisme. Indien een contractspartij bijvoorbeeld zoveel waarde hecht aan een familiestuk dat hij het koste wat het kost onbeschadigd naar zijn nieuwe woonplek bezorgd wil hebben, dan mag hij wat mij betreft een flinke boete op een tekortkoming bedingen, om de wederpartij tot extra voorzichtigheid in de nakoming te bewegen. Ook in gevallen van opzettelijke niet-nakoming, omdat niet-nakoming bijvoorbeeld goedkoper is dan correcte en tijdige nakoming, zal een aansporingselement een nuttige aanvulling op het civiele sanctiearsenaal zijn(206). Het nut van een aansporingsfunctie geldt te meer wanneer het min of meer gelijkwaardige contractspartijen betreft. Want tegen dreigend misbruik van vooral de zwakkere contractspartner moeten uiteraard wel waarborgen bestaan, zoals de bevoegdheid de boete *ex post* te matigen.

(204) Zo ook COLLINS, *o.c.*, 1993, 345: „*The deterrent function of penalty clauses is, however, only objectionable if they induce undesirable behaviour, and performance of the primary obligations under a contract or payment of a fixed sum of money hardly falls into that category*”. Evenzeer DOWNES, *o.c.*, 1996, 266.

(205) Zie voor wat betreft het Belgische recht ook CORNELIS, *o.c.*, 2000, 14, die de uitdrijving van echte strafclausules betreurt en het een verarming van het verbintenissenrecht noemt: hiermee wordt het recht op nakoming aangetast.

(206) Zo zal het met name bij aannemers, die te veel bouwcontracten hebben gesloten, geregeld voorkomen dat een kosten-batenanalyse wordt gemaakt indien bij een aantal contracten niet-tijdige nakoming dreigt. Het contract dat het minste waard is, en waar een eventuele schadevergoedingsvordering het laagste zal zijn, zal bewust de wacht aan worden gezegd. Voor de particuliere afnemer van het contract zal dit bijzonder vervelend kunnen zijn. Een aansporing tot nakoming zal voor hem goede diensten kunnen bewijzen.

Hier komt bij dat het bestaan van aansporingsmechanismen in het civiele recht van de diverse Europese landen bepaald niet vreemd is. In dit verband kan worden gedacht aan de dwangsom, de Engelse *injunctons* en de *Contempt of Court*(207). Ook de in het voorgaande besproken ontsnappingsclausules sporen aan tot nakoming, zelfs *inter partes*, zonder dat ze gesanctioneerd worden. Een aansporend element is dus echt niet zo schokkend(208).

B. DE SANCTIE

44. Beide systemen stellen een grens aan het gebruik van boeteclausules. En dat is maar goed ook, want ze herbergen een inherente hard van misbruik. De techniek of de sanctie waarmee boeteclausules worden tegengegaan is, nog afgezien van de uiteenlopende reden waarom wordt ingegrepen op boeteclausules, evenzeer opmerkelijk. In België en Engeland wordt bezien of de clause op het moment van de contractssluiting toelaatbaar was. In het Nederlandse systeem staat de rechter een matigingsbevoegdheid *ex post* ten dienste.

In de praktijk lijkt mij een matigingsbevoegdheid *ex post*, waarbij acht kan worden geslagen op alle feiten en omstandigheden van het geval, een beter werkbare methode dan de in Engeland en België vigerende *ex ante* toetsing. Vooral de tournure van het toetsingsmoment ten tijde van de contractssluiting komt mij kunstmatig voor. Het lijkt mij voor een rechter onmogelijk om zich te verplaatsen naar de situatie van de contractssluiting, hierbij latere omstandigheden negerend, en dan te bezien wat de werkelijke bedoeling van partijen was. Vooral wanneer de schade op voorhand moeilijk is in te schatten, zal het niet eenvoudig zijn het karakter van een clause te determineren(209). Een matigingsbevoegdheid *ex post* lijkt mij veel logischer en eenvoudiger toepasbaar. Hierbij kunnen alle omstandigheden in de beoordeling worden betrokken en kan beter worden bezien of een clause een contractspartij onevenredig heeft benadeeld. Want dat is waar het naar mijn mening om gaat of zou moeten gaan.

(207) Alhoewel deze figuren niet geheel gelijk zijn te stellen met een boetebeding omdat ze door de rechter worden aangewend, demonstreren ze in zekere zin wel het belang van een aansporingsmechanisme in het civiele recht.

(208) Zie over het Engelse recht heel mooi D. HARRIS, „Incentives to perform, or break contracts”, *CLP* 1992 (29), 38. Hij pleit in dit verband voor een algemeen beginsel van redelijkheid: „(...) it should be attacked directly by a principle which aims at any manifestation of the abuse, instead of one which aims selectively at agreed damages clauses and ignores other types of clauses”. En op blz. 47: „(...) the incentives permitted by the law on penalties are out of line with those arising from termination or forfeiture clauses”.

(209) Zie ook WHINCUP, *o.c.*, 1992, 260.

Op deze — continentale — wijze kan een meer afgewogen oordeel worden gevormd over de gerechtvaardigheid van rechterlijk ingrijpen. Een flexibele oplossing op maat wordt hiermee mogelijk.

C. RECHTSZEKERHEID

45. De hiervoor geroemde flexibiliteit van de matigingsbevoegdheid, herbergt echter ook een gevaar. Dit schuilt in het mogelijk te ver doorschieten van de matigingsbevoegdheid, hetgeen tot rechtsonzekerheid leidt. Van de verbindende kracht van overeenkomsten blijft op deze wijze, zo is de vrees, immers niet veel heel en partijen weten nooit waar ze aan toe zijn(210).

Dat is inderdaad een nadeel van de matigingsbevoegdheid zoals ook het Nederlandse recht dat kent. Het matigingscriterium is enkel in algemene bewoordingen gesteld („wanneer de billijkheid dit klaarblijkelijk eist”), zodat de rechter een grote vrijheid toekomt in zijn matigingsoordeel. Het Engelse en Belgische recht houden op dit punt beter het slot op de deur, omdat het toetsingsmoment erin resulteert dat niet elke toevallige later optredende omstandigheid kan leiden tot matiging. Dit komt in zekere zin de rechtszekerheid inderdaad ten goede(211).

Anderzijds kan worden betoogd dat de rechtszekerheid nog veel minder wordt gediend met het Engelse systeem dat een beding met aansporingsfunctie rigoureus ongeldig verklaart. In de woorden van de Schotse *Law Commission*: (212)

„Arguably, the uncertainty is greater when there is no power to modify because the possible variation in result is likely to be greater. There is more of a gamble involved”.

Bovendien is het zeker niet de bedoeling dat het matigingsrecht te zeer uitdijt: het moet met terughoudendheid worden aangewend. De matigingsbevoegdheid is enkel gecreëerd om excessen te voorkomen, en zo moet dat naar mijn mening blijven. Anders ondergraaft de matigingsbevoegdheid de verbindende kracht van afspraken en heeft het

(210) Zie hiervoor reeds BENJAMIN, *o.c.*, 1960, 600.

(211) MCKENDRICK, *o.c.*, 1998, 959.

(212) Pagina 72 van de Discussion Paper. Ook COLLINS, *o.c.*, 1996 vindt het nadeel van een matigingsbevoegdheid niet opwegen tegen de rechtsonzekerheid die het Engelse systeem met zich brengt: *„In this particular case of agreed remedies, it seems to me that English rule provokes greater uncertainty about the validity of agreed measures of compensation than a retrospective test of fairness”.* In gelijke zin P.R. KAPLAN, *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*, 1977, 50 SoCal. LR, 1055

boetebeding als pleitbezorger van de rechtszekerheid geen bestaansrecht meer. Een terughoudende matigingsbevoegdheid dient de rechtszekerheid, voorkomt excessen en leidt er tegelijkertijd toe dat de partijbedoeling het beste wordt gewaarborgd. De Schotse *Law Commission* onderschrijft dit, waar het stelt dat de principiële erkenning van een aansporingsfunctie ertoe zal leiden dat partijen eerder doen wat ze gezegd hebben(213). Bovendien, aldus de *Law Commission*, leidt matiging slechts tot een kleine aanpassing, slechts voor zover het gaat om „*oppression*”: „*In general, it would introduce an element of moderation and flexibility into the enforcement of penalty clauses*”.

D. DE KWAADWILLENDEN SCHULDEISER

46. Een ander nadeel dat aan de continentale methode kleeft, is gelegen in de omstandigheid dat het de kwaadwillende — en veelal sterkere — schuldeiser het meest gunstig is gezind. Hierdoor zal het gebruik van *penalty clauses*, zo wordt betoogd, worden aangemoedigd(214). Inderdaad verkeert de machtiger crediteur in de positie een hoge boete te bedingen, waarna hij kan afwachten of de debiteur dit bij de rechter betwist. De crediteur heeft hierbij niet veel te verliezen, omdat het ergste dat hem kan overkomen matiging van de bedongen geldsom is, waarschijnlijk zelfs nog tot boven het niveau van de daadwerkelijk geleden schade. Dit kan weliswaar een nadeel van het continentale systeem zijn, maar hier staat tegenover dat het risico voor de crediteur in de Engels/Belgische methode evenmin groot is: hij maakt altijd nog aanspraak op de reguliere schadevergoeding(215). Wel legt deze kritiek een teer punt bloot. Juist voor de zwakkere contractspartner kan een boeteclausule onredelijk uitwerken. Dit dreigt het meest indien een boetebeding onopvallend is opgenomen in algemene voorwaarden en vervolgens tegen een onkundige consument wordt ingeroepen. Met name in deze situatie moet voorzichtigheid worden betracht in de toelaatbaarheid van clausules(216). De Europese wetgever heeft dit gelukkig reeds erkend en heeft het

(213) Discussion Paper, p. 73.

(214) Zie voor het Belgische recht COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 305 en WÉRY, *o.c.*, 1999, 229.

(215) Zie ook Discussion Paper Schotse Law Commission op p. 72 en het Report op p. 24.

(216) Zie voor het Engelse recht in min of meer gelijkende zin DOWNES, *o.c.*, 1996, 269, die van oordeel is dat de *rule against penalty clauses* moet worden gebaseerd op onredelijkheid. Hierbij is het punt van de *inequality of bargaining power* zeer belangrijk. Wanneer geen sprake is van *free negotiations* en de boeteclausule is onredelijk, dan moet de clausule ongeldig zijn.

boetebeding opgenomen in de „grijze lijst” van bedingen die *vermoed* worden onredelijk bezwarend te zijn(217). Dat is een goede zaak.

E. OVERIG

47. Een nadeel van de Engels/Belgische methode is gelegen in het gebruik van ontsnappingsclausules, zodat de (partiële) nietigheids-sancie van strafclausules wordt omzeild. Het succes van deze clausules leidt tot een alles- of nietsbehandeling van contractuele afspraken, waarbij een boetebeding ongeldig is, terwijl een anders geformuleerd beding met eenzelfde functie ongestoord haar werk kan doen(218). Dit komt mij onwenselijk voor en ik zie hiervoor geen rechtvaardiging.

Overigens wordt ook in rechtseconomische hoek gediscussieerd over de toelaatbaarheid van boeteclausules. Een aantal rechtseconomen is niet enthousiast over de Engels/Belgische methode, onder meer omdat deze economisch inefficiënt zou zijn en de facto meer zou aanzetten tot contractbreuk(219). De discussie vanuit het economisch gezichtspunt laat ik graag over aan deze rechtseconomen.

X. Besluit

48. De in het voorgaande behandelde voor- en nadelen tegen elkaar afwegend, geef ik de voorkeur aan het continentale systeem, dat ik in dit artikel aan de hand van het Nederlandse recht heb geanalyseerd. Volgens mij is dit systeem in de praktijk het best werkbaar. Het erkent de in mijn ogen gerechtvaardigde aansporingsfunctie van het boetebeding en hanteert een logisch toetsingsmoment om excessen tegen te gaan. Onredelijke clausules kunnen achteraf op maat worden aangepast.

(217) Zie mijn bespreking van het problematische Nederlandse recht op dit punt in nr. 34 e.v.

(218) Maar misschien is dat wel min of meer inherent aan het Engelse recht, die een algemene doctrine van „*good faith*” missen. Zie BINGHAM LJ in *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd*, 1929, QB, op blz. 439, die spreekt van „*piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness*”.

(219) Zie bijvoorbeeld U. MATTEI, „The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts”, *Am.J.Comp Law* 1995, 441. Zie ook C.J. GOETZ en R.E. SCOTT, „Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach”, *Columbia Law Review*, vol. 77 (1977), 554-594. Anders J. REA, *Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages*, 1984, 13 *JLS*, 147.

Het Engels/Belgische systeem is ondertussen niet zo erg als Treitel het zich voorstelt:(220)

„The common law rules for distinguishing between penalties and liquidated damages manage to get the worst of both worlds. They achieve neither the certainty of the principle of literal enforcement, since there is always some doubt as to the category into which the clause will fall, nor the flexibility of the [civil law] principle of enforcement subject to reduction, since there is no judicial power of reduction. On the other hand, they place an undue premium on draftmanship. The chief danger is to ‘home-made’ clauses which may be invalidated even though they are not intrinsically unfair”.

Want ook de continentale methode heeft zeker haar nadelen, die met name verband houden met de kwestie van de bescherming van de ongelijke in het recht en de vrijheid in de gebruikmaking van de matigingsbevoegdheid. Wat dit laatste betreft, moet in het oog worden gehouden dat het boetebeding een praktische rol vervult en er idealiter op is gericht gerechtelijke procedures te voorkomen. Deze waarde van het beding moet niet ongedaan worden gemaakt door te veel onzekerheid te creëren bij het toezicht op boeteclausules. Als uitgangspunt zou nog immer moeten gelden: *pacta sunt servanda*. Slechts bij wijze van uitzondering, namelijk daar waar zeer onbillijke gevolgen dreigen, moet de continentale matigingsbevoegdheid ter hand worden genomen(221).

In het licht van een eventueel geharmoniseerd Europees contractenrecht, zou ik daarom de invoering van een Europees boetebeding naar het „continentale” model willen bepleiten, mits de matigingsbevoegdheid met de nodige terughoudendheid ter hand wordt genomen. Slechts dan behoudt het boetebeding haar praktisch nut.

(220) G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A comparative Account*, Oxford, CP, 1988, 233.

(221) Een speciale positie moet het boetebeding in algemene voorwaarden innemen, dat tegenover een consument wordt ingeroepen. Vanwege het gevaar van misbruik van het boetebeding in juist deze situatie, behoeft de consument hier naar mijn mening extra bescherming. De Europese wetgever heeft hierin voorzien: zie nr. 46.