

Matiging van korting: Welke omstandigheden spelen een rol?

door mr. M.R. Lim¹

1. Inleiding

Indien schade is ontstaan door vertraging in de oplevering door de aannemer, kan de vaststelling van de precieze schade voor een opdrachtgever lastig en soms erg tijdrovend zijn. Daarbij kunnen tevens bewijstechnische problemen de kop opsteken. In verschillende standaardvoorwaarden is mede daarom gekozen voor een simpelere wijze voor de opdrachtgever om de geleden vertragingschade op de aannemer te verhalen. Dit gebeurt in de vorm van een boetebeding, in de bouw ook wel korting of boete genoemd. Veruit de meest bekende en meest voorkomende kortingsregeling is § 42 UAV 1989. Een andere reden waarom gekozen is voor het hanteren van een korting of boete voor een te late oplevering door de aannemer is – zoals het begrip boete reeds doet vermoeden – dat dit als de welbekende ‘stok achter de deur’ werkt. Kortom, de korting heeft naast een schadevergoedend karakter tevens een strafkarakter.

Zoals bekend, is het boetebeding onderhevig aan de bevoegdheid van de rechter om deze te matigen. Aanleiding voor dit artikel vormt met name de vraag welke invloed het vorig jaar verschenen arrest van de Hoge Raad² heeft op de beoordeling van rechters en arbiters bij een verzoek een opgelegde korting te matigen. Tevens zal ik aan de hand van jurisprudentie trachten te komen tot een antwoord op de vraag welke omstandigheden daadwerkelijk een rol spelen bij een verzoek om matiging van een opgelegde korting.

Eerst zal ik kort ingaan op de wettelijke matigingsbevoegdheid van de rechter. Vervolgens zal de jurisprudentie worden besproken, waarbij met name stil wordt gestaan bij de uitspraak van de Hoge Raad van vorig jaar. Ten slotte wordt in het

licht van deze uitspraak bekeken welke omstandigheden een essentiële rol spelen bij de beoordeling of er sprake zou moeten zijn van matiging van de opgelegde korting.

2. De wettelijke matigingsbevoegdheid van de rechter

De wettelijke bepalingen aangaande het boetebeding zijn terug te vinden in art. 6:91 BW e.v. Deze bepalingen bestaan uit zowel regelend als dwingend recht. Voor dit artikel is in het bijzonder art. 6:94 BW van belang, specifiek de leden 1 en 3. Dit artikel verwoordt de matigingsbevoegdheid van de rechter³ een bedongen boete te matigen. Hoewel de in de leden 1 en 3 van dit artikel opgenomen bepalingen kort en bondig zijn, vormen deze tegelijkertijd veel onderwerp voor discussie. Dit heeft dan ook geleid tot veel jurisprudentie.

2.1 Het karakter van het boetebeding

Het boetebeding ex art 6:91 BW kan zowel een schadevergoedend karakter als een strafkarakter hebben of een combinatie van beide (zoals de korting⁴). In beide gevallen kan overigens – in afwijking van art. 6:92 lid 2 BW – overeengekomen worden dat naast boete ook nog aanvullende of vervangende schadevergoeding kan worden gevorderd. Een bekend boetebeding, waarbij tevens het recht voorbehouden wordt om aanvullende schadevergoeding te vorderen, is bijvoorbeeld de boetebepaling uit de model-koopovereenkomst van de NVM.⁵

2.2 De matigingsbevoegdheid ex art. 6:94 BW

Art. 6:94 BW geeft in lid 1 aan wanneer en op welke grond de rechter de bedongen boete kan matigen. In lid 2 wordt de bevoegdheid van de rechter met betrekking tot een eventuele aanvulling van een bedongen boete geregeld. Lid 3 geeft vervolgens aan dat lid 1 van dwingendrechtelijke

1. Mr. M.R. Lim is advocaat bij CMS Derks Star Busman N.V. te Utrecht en werkzaam binnen de praktijkgroep Real Estate.

2. HR 27 april 2007, NJ 2007, 262.

3. Hoewel ik alleen spreek over de rechter, geldt dit in dezelfde mate voor de arbiter.

4. Zie daarover onder meer M.A.B. Chao-Duivis ‘UAV 1989 Toegelicht’, *AB&V-reeks*. Deel 2, 2005, p. 163.

5. Zie art. 10 lid 2 van de model-koopovereenkomst welke mede is opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Makelaars onroerend goed en vastgoeddeskundigen.

aard is, hetgeen impliceert dat lid 2 dat derhalve niet is.

Lid 1 bestaat uit een aantal elementen. Zo kan er alleen een matiging door de rechter plaatsvinden *op verlangen van de schuldenaar*. Er zal derhalve geen ambtshalve matiging kunnen plaatsvinden, ook niet indien de desbetreffende boete absurde proporties heeft aangenomen. Met andere woorden, de schuldenaar zal naast de grondslag ook altijd de hoogte van de boete willen aanvechten.

Een ander element van lid 1 vormt de benedengrens van de matiging. De rechter kan door matiging van de boete de schuldeiser niet minder toekennen dan deze op grond van schadevergoeding op grond van de wet⁶ zou toekomen. Blijkens de parlementaire geschiedenis⁷ kan, indien de boete niet in plaats van, maar geheel of ten dele naast een eventueel verschuldigde schadevergoeding is bedongen, de boete geheel worden 'weggematigd'. Dit lijkt het gevolg te zijn van de wettelijk bepaalde benedengrens. Overigens kan men zich afvragen of het 'wegmatigen' van een dergelijke boete juist is. Indien immers het boetebeding enkel en alleen als strafbeding (een extra aansporing tot nakoming) geldt en derhalve geen schadevergoedend karakter bezit, dan zal mijns inziens het 'wegmatigen' van de boete een te grote inbreuk vormen op de contractsvrijheid van partijen.

De kern van lid 1 wordt gevormd door de zinsnede dat de rechter de bedongen boete kan matigen 'indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist'. Hier dient de rechter dus een afweging te maken of hij wil ingrijpen in hetgeen partijen zijn overeengekomen. Hoofddregel is dat de rechter terughoudend gebruik dient te maken van zijn bevoegdheid tot matigen. Dit blijkt zowel uit de parlementaire geschiedenis⁸ als uit de jurisprudentie. Over het inbreuk maken op het beginsel dat de overeenkomst partijen tot wet strekt dient niet lichtzinnig gedacht te worden.⁹

Blijkens de parlementaire geschiedenis¹⁰ is aan de hiervoor genoemde zinsnede niet voldaan bij het enkel uiteenlopen van boete en werkelijke schade.

Dit leidt niet tot een situatie, waarin de billijkheid een ingrijpen door de rechter eist.

3. Jurisprudentie

De jurisprudentie over de matiging van een boetebeding is met name ontstaan naar aanleiding van de zinsnede 'indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist', zoals opgenomen in art. 6:94 lid 1 BW. Deze zinsnede geeft aan in welk geval de rechter gebruik kan maken van zijn bevoegdheid tot matiging. De tekst van deze zinsnede geeft geen duidelijk afgesloten kader of andere aanknopingspunten. Zoals aangegeven, blijft evenwel hoofdregel dat de rechter wel zeer terughoudend dient te zijn met zijn bevoegdheid tot matiging.

In april 2007 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de omstandigheden welke een rol dienen te spelen bij de vraag of de rechter gebruik mag maken van zijn bevoegdheid tot matiging. Dit arrest vormt, met betrekking tot de invulling van de omstandigheden welke een rol dienen te spelen bij de matigingsbevoegdheid van de rechter, een nieuw ijkpunt. Voordat dit arrest wordt behandeld, zal eerst de eerder tot stand gekomen jurisprudentie kort aan de orde komen. Daarna zal ik een paar recente uitspraken – van na april 2007 – van lagere rechters de revue laten passeren. Ten slotte zal ik nog een greep doen uit de rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

3.1 Eerdere uitspraken van de Hoge Raad

Bij het bestuderen van eerdere uitspraken, welke een rol spelen bij de invulling van de omstandigheden welke een rol dienen te spelen bij de matigingsbevoegdheid van de rechter, zijn met name drie uitspraken van de Hoge Raad van belang. Dit zijn *Monda/Hauer I*¹¹, *Monda/Hauer II*¹² en *Kok/Schoor*.¹³ In deze uitspraken heeft de Hoge Raad met betrekking tot art. 6:94 lid 1 BW een aantal zaken verduidelijkt.

Om te beginnen is in *Monda/Hauer I* en *Monda/Hauer II* door de Hoge Raad uitgemaakt dat één van de relevante omstandigheden voor matiging

6. Art. 6:74 BW e.v. en art. 6:95 BW e.v.

7. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, p. 326.

8. *Toelichting Meijers*, Parl. Gesch. Boek 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, p. 324 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, p. 325.

9. Hier verschildt art. 6:94 BW van art. 6:109 BW. Laatstgenoemd artikel ziet op matiging van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Hier geldt in beginsel niet die terughoudendheid die voor art. 6:94 BW wel geldt. Daarnaast worden in art. 6:109 BW expliciet de omstandigheden genoemd, welke een rol spelen bij het bepalen of er sprake is van onaanvaardbare gevolgen.

10. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, p. 325.

11. HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 725 (m.nt. JH).

12. HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 595 (m.nt. JH).

13. HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 277.

kan zijn dat in de desbetreffende overeenkomst sprake is van een boetebeding dat een uniforme boete stelt op velerlei mogelijke tekortkomingen. In een dergelijk geval – men spreekt ook wel van een generiek boetebeding – kan er aanleiding zijn om, mede afhankelijk van de concrete omstandigheden, het boetebeding te matigen. In *Monda/Hauer II* wordt deze regel genuanceerd en geeft de Hoge Raad aan dat een generieke boete niet altijd dient te worden gematigd.

Ook in *Kok/Schoor* komt ter sprake dat art. 6:94 lid 1 BW de rechter de bevoegdheid geeft een contractuele boete op verlangen van een schuldenaar te matigen, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Aan deze laatste voorwaarde kan volgens de Hoge Raad voldaan zijn in het, zich naar de stellingen van Kok ('een enorme discrepantie') voordoende, geval de bedongen boete in verhouding tot de schade als gevolg van de overtredingen buitensporig is. Tevens blijkt uit dit arrest dat het enkel toewijzen van een verzoek om matiging of aanvulling niet volstaat. De matigingsgronden moeten duidelijk gemotiveerd worden.¹⁴

In de lagere rechtspraak lopende tot het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2007 komen nog een aantal andere omstandigheden naar voren. Zo blijkt uit verschillende uitspraken dat ook de financiële positie van partijen van belang is¹⁵ alsmede de vraag of het boetebeding is overeengekomen in het bijzijn van advocaten.¹⁶ Ook het gegeven dat het desbetreffende boetebeding onopvallend is opgenomen in algemene voorwaarden¹⁷ zou conform de lagere rechtspraak dienen mee te spelen.

3.2 HR 27 april 2007, NJ 2007, 262

De uitspraak van de Hoge Raad van 27 april 2007 is essentieel bij de beantwoording van de vraag, welke omstandigheden ertoe kunnen leiden dat de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging van een boetebeding gebruik mag maken. Zoals bepaald in eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad, kan er alleen sprake zijn van een eventuele matiging, indien de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt.

De van belang zijnde feiten van deze uitspraak zal ik hieronder kort bespreken.

Intrahof heeft bij schriftelijke huurovereenkomst voor de periode van 1 maart 2000 tot en met 31 augustus 2011 in Goes een winkelruimte verhuurd aan Bart Smit. In de huurovereenkomst is een boetebeding opgenomen, welke luidt:

'Indien huurder, na schriftelijke sommatie, gedurende acht dagen nalatig blijft, in de nakoming van enige verplichting welke ingevolge de Wet, de plaatselijke verordeningen en gebruiken en/of dit contract op hem rust, verbeurt huurder aan verhuurder zonder dat ingebrekestelling of rechterlijke tussenkomst is vereist, een niet voor matiging vatbare terstond opeisbare boete van f 1000 voor elke dag dat huurder nog in gebreke blijft aan zijn verplichting(en) te voldoen, onverminderd het recht van verhuurder daarnaast aanspraak te maken op vergoeding van schade, kosten en interesten en/of op nakoming van de betreffende verplichting. Deze aanzegging kan ook reeds voorwaardelijk plaatsvinden bij evenvermelde sommatie, namelijk voor geval aan deze geen gevolg gegeven wordt. De kosten van sommatie en aanzegging komen voor huurders rekening, de eerste ook wanneer na ontvangst derzelve de huurder alsnog aan zijn verplichtingen voldoet.'

De Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte ex art. 7A:1624 BW maken onderdeel uit van de huurovereenkomst. Hieruit volgt – kort gezegd – dat de huurder haar betalingsverplichting jegens de verhuurder strikt dient na te komen.

Onder opgave van een aantal redenen heeft Bart Smit haar betalingsverplichting van de huurpenningen opgeschort. Vast is komen te staan dat de door Bart Smit opgegeven redenen niet valide zijn, zodat er sprake is van een tekortkoming zoals bedoeld in het hierboven aangehaalde boetebeding. Er is door Intrahof schriftelijk gesommeerd.

In hoger beroep is door het hof vastgesteld dat Bart Smit in beginsel een boete verschuldigd is aan Intrahof op grond van het voornoemde boetebeding van € 100 739,21. Het hof heeft echter aanleiding gezien om de boete te matigen tot een bedrag van € 47 571,67. Het hof is hiertoe gekomen mede aan de hand van de overweging, dat de al te disproportionele discrepantie tussen de verbeurde boete en de op de wettelijke rente

14. Overigens wordt doorgaans aangenomen dat er ten aanzien van een motiveringsplicht zwaardere eisen gesteld dienen te worden, indien een rechter gebruik maakt van een bevoegdheid die hem slechts bij wijze van uitzondering toekomt. Een afwijzing van een matigingsverzoek behoeft in beginsel dus minder gemotiveerd te worden dan een honorering van dat verzoek.

15. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 11 oktober 1994, 19 en 25 maart 1997, NJ 1998, 921.

16. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 5 april 1995, BIE 1996, 116.

17. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 1 maart 1996, Prg. 1996, 4601.

over het achterstallige bedrag te stellen schade als gevolg van de te late huurbetaling, matiging rechtvaardigt.

De Hoge Raad heeft geoordeeld – in tegenstelling tot de conclusie van de A-G mr. Langemeijer¹⁸ – dat het hof hiermee blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft de maatstaf van art. 6:94 BW, dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, miskend. De Hoge Raad casseert aangezien het hof aan vorenbedoelde maatstaf niet heeft verbonden dat de rechter pas, als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Volgens de Hoge Raad had het hof niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.

Vaststaat dat het hof wel een aantal *overige omstandigheden* heeft besproken, welke in de ogen van de Hoge Raad evenwel onvoldoende basis voor de verzochte matiging opleveren.

Met het aandragen van de hierboven genoemde omstandigheden (de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen), lijkt het erop dat de Hoge Raad zich op het standpunt stelt dat de voor matiging vereiste buitensporigheid juist ook uit deze omstandigheden dient te blijken. De enkele wanverhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete kan op zichzelf genomen immers niet (meer) tot buitensporigheid leiden. Dit zal echter wel altijd de aanleiding vormen voor het verzoek tot matiging.

Door het noemen van deze overige omstandigheden, welke door de rechter dienen te worden meegewogen, werpt dit arrest een aantal extra barricades op om tot matiging over te gaan. Dit lijkt in lijn met de in acht te nemen terughoudendheid, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Ook de contractsvrijheid en de rechtszekerheid zijn hiermee gediend.

Desalniettemin zijn de in dit arrest aangedragen omstandigheden niet verder uitgewerkt. Daarmee is aan de lagere rechtspraak de schone taak weggelegd om concrete invulling te geven aan de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden.

3.3 *Recente uitspraken na het Hoge Raad-arrest van 27 april 2007*

Uit de lagere rechtspraak van na 27 april 2007 blijkt dat de meeste rechters de desbetreffende overweging van de Hoge Raad noemen. Veelal wordt de letterlijke tekst overgenomen. Interessant is op welke wijze de verschillende (lagere) rechters invulling geven aan de door de Hoge Raad specifiek genoemde omstandigheden. Ik zal een paar willekeurige uitspraken hieronder kort de revue laten passeren.

In een uitspraak van de Rechtbank Haarlem, sector kanton, van 12 maart 2008¹⁹ wordt bij de bespreking van het beroep op matiging van het boetebeding allereerst de overweging van de Hoge Raad overgenomen. De kantonrechter vervolgt met het behandelen van een aantal omstandigheden. De kantonrechter begint met het vaststellen dat de strekking van het boetebeding – in dit geval een forse boeterente – voor beide partijen duidelijk was, althans had moeten zijn. Daarbij oordeelt de kantonrechter dat door het willens en wetens niet tijdig betalen van de facturen, de betrokken partij het risico van verschuldigdheid van die boeterente heeft aanvaard. Dit oordeel lijkt te zien op de omstandigheden waaronder het boetebeding is ingeroepen. Volgens de kantonrechter kunnen deze omstandigheden niet leiden tot de verzochte matiging van de boete. Wat naar het oordeel van de kantonrechter wel meeweegt zijn de concrete omstandigheden waaronder de tekortkoming tot stand is gekomen. Aangezien de tot betaling verplichte partij zich hiervoor nimmer aan de betalingstermijn heeft gehouden en de wederpartij haar in het verleden nimmer daarvoor heeft beboet, had het op de weg van laatstgenoemde gelegen om op deze beleidswijziging (het wel strikt hanteren van het boetebeding) te wijzen. De kantonrechter matigt de boete tot de wettelijke (handels)rente over het verschuldigde factuurbedrag, hetgeen neerkomt op een matiging van maar liefst zo'n 40%.

18. Blijkens overweging 3.18 e.v. van de conclusie van de A-G mr. Langemeijer heeft het hof in zijn ogen wel rekening gehouden met de overige omstandigheden. Zo bespreekt het hof het feit dat er één uniforme boete bestaat voor velerlei soorten tekortkomingen alsmede de door Bart Smit voor matiging aangevoerde argumenten. Deze argumenten kunnen echter volgens het hof op zichzelf niet leiden tot de verzochte matiging. Volgens de A-G geeft dit op de omstandigheden van het geval gebaseerde oordeel niet blijk van een onjuiste opvatting van de bevoegdheid tot matiging van contractuele boeten en is ruim voldoende gemotiveerd.

19. *LJN BC7074*, Rechtbank Haarlem, sector kanton, 363724/CV EXPL 07-10205.

Ook in het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 14 november 2007²⁰ komt een beroep op matiging van een boetebeding aan de orde. Dit betreft het hiervoor reeds genoemde boetebeding in de model-koopovereenkomst van de NVM. In deze kwestie vordert de verkoper het volledige boetebedrag van € 20 000. De rechtbank neemt het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad niet als uitgangspunt. De rechtbank oordeelt dat de boete in plaats van schadevergoeding treedt, zodat er naast de boete geen schadevergoeding zal worden toegewezen. Onder verwijzing naar de art. 6:91 en 6:94 BW oordeelt de rechtbank dat de gevorderde boete buitensporig hoog is in verhouding tot de daadwerkelijk geleden schade van circa € 3 000. De rechtbank heeft laten meewegen dat de verkoper de woning voor dezelfde koopprijs heeft verkocht en dat de kopers, afkomstig uit Macedonië met onvoldoende kennis van de Nederlandse taal en regelgeving, onbedoeld en ongewenst in de situatie zijn beland dat zij de woning niet kunnen afnemen. De rechtbank matigt de boete tot € 5 000, hetgeen neerkomt op een matiging van maar liefst 75%.

In een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 17 juli 2007²¹ wordt in overweging 8.5.4 de letterlijke tekst uit het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2007 overgenomen. Vervolgens komt het hof tot de bespreking van de omstandigheden. Daarbij komt het hof tot de conclusie dat de boete betrekking heeft op verschillende verzuimen, waaronder de hoofdverplichting uit de koopovereenkomst. Deze hoofdverplichting ziet op het meewerken aan de levering van de woning. Aangezien de tekortschietende partij niets heeft gesteld over de reden waarom er niet aan de hoofdverplichting werd voldaan, bestaat er voor het hof geen aanleiding de boete te matigen.

Net als de hiervoor genoemde uitspraak wordt ook in een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 8 augustus 2007²² geoordeeld dat naast de in de uitspraak van de Hoge Raad genoemde omstandigheden ook gelet moet worden op de concrete omstandigheden van het geval, met name die waaronder de tekortkoming is tot stand gekomen. De rechtbank bespreekt in haar vonnis dat het een koopovereenkomst betreft en dat de werkelijke schade niet omvangrijk zal zijn geweest in tegenstelling tot de hoogte van de boete. Aan de andere kant stelt de rechtbank vast dat de tekortschietende partij bestaat uit beleggers, die

niet aan te merken zijn als particulieren die naar verkeersopvatting extra bescherming behoeven. Dit in onderlinge samenhang beschouwd geeft voor de rechtbank voldoende aanleiding tot het oordeel dat onverkorte toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarmee onaanvaardbaar resultaat leidt. De rechtbank gaat over tot matiging van de boete met meer dan 50%.

Blijkens deze uitspraken vindt er geen eenduidige toets plaats van de door de Hoge Raad aangegeven omstandigheden. Het is derhalve lastig om tot een specifieke invulling te komen van deze omstandigheden.

3.4 Uitspraken van de Raad van Arbitrage voor de Bouw

De uitspraken van de Raad van Arbitrage voor de Bouw op het gebied van boetematiging zien vooral op de korting ex § 42 UAV 1989 en kenmerken zich door een grote verscheidenheid in de mate van terughoudendheid. Ook met betrekking tot de onderbouwing om al dan niet tot matiging over te gaan bestaat er een grote diversiteit.

Om een beeld te krijgen van de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw zal ik hieronder een paar willekeurige uitspraken kort en kernachtig behandelen.

Blijkens de noot van J. Rozenmond onder een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw van 15 februari 1995²³ wordt in die uitspraak voor de eerste keer een korting wegens te late oplevering door de Raad gematigd. In deze uitspraak achtte de arbiter een korting van f 2 000 per dag 'extreem' in verhouding tot de omvang van het werk (een woonhuis voor een aanneemsom van f 473 000) en mitsdien in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De arbiter komt zonder verdere onderbouwing tot zijn oordeel dat matiging op zijn plaats is en matigt de korting tot een bedrag van f 400 per dag. Enig inzicht in de gedachtegang van de arbiter ontbreekt. Dit geldt evenzeer voor de hoogte van de matiging.

Anders verging het partijen in een uitspraak in hoger beroep van 22 april 2002.²⁴ Arbiters stellen voorop dat zij met de nodige terughoudendheid om dienen te gaan met hun matigingsbevoegdheid. Vervolgens bespreken arbiters een aantal omstandigheden, waaronder de voorzienbaar-

20. L/JN BB7951, Rechtbank Utrecht, 223491/ HA ZA 06-2877.

21. L/JN BB1662, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, C0601038.

22. L/JN BB1999, Rechtbank Arnhem, 149334.

23. RvA 15 februari 1995, no. 16.931, BR 1995, p. 522 (m.nt. J. Rozenmond).

24. RvA 22 april 2002, no. 70.566, BR 2002, p. 181.

heid van partijen dat de werkelijke schade mogelijk lager uitvalt dan de boete, het feit dat de aannemer zelf heeft gekozen voor de algemene voorwaarden waar het boetebeding deel van uitmaakt en de gangbaarheid van het boetebeding. Daarnaast overwegen arbiters nog dat zij een grond voor matiging zouden kunnen aannemen, indien zou komen vast te staan dat een tijdige oplevering geleet op de korte bouwtijd naar objectieve maatstaven onmogelijk zou zijn. Nu dit niet is gebleken, gaan arbiters niet over tot matiging van de boete. Deze uitspraak laat nu juist zien dat arbiters terughoudendheid betrachten en de aangedragen omstandigheden bespreken.

In een uitspraak van 4 augustus 2005²⁵ wordt door arbiters op zeer beknopte wijze het verzoek tot matiging afgewezen. Een aantal door de aannemer aangevoerde omstandigheden wordt zeer kort besproken, zoals het onverplicht inspanningen verrichten en open communiceren door de aannemer, waarna arbiters concluderen dat aannemer geen argumenten heeft aangedragen op grond waarvan de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de boete gematigd wordt. Zonder het in het vonnis te noemen lijkt het erop dat arbiters impliciet terughoudendheid betrachten in het kader van hun matigingsbevoegdheid.

Ook in de uitspraak van 10 maart 2006²⁶ wordt door arbiter ingegaan op het verzoek van de aannemer om de korting te matigen. Arbiter overweegt dat de aannemer onvoldoende heeft onderbouwd waarom onder de gegeven omstandigheden op grond van de billijkheid de korting dient te worden gematigd. Arbiter acht het argument, dat noch de ernst van de tekortkoming noch de schade die daardoor is veroorzaakt de hoogte van de boete rechtvaardigen, onvoldoende. Ook de stelling van aannemer, dat opdrachtgevers niet hebben aangetoond dat zij schade hebben geleden, acht arbiter onvoldoende voor matiging. Ook in deze uitspraak wordt niet lang stilgestaan bij de afweging of matiging op zijn plaats is, hetgeen eveneens zou kunnen duiden op een vorm van terughoudendheid.

Wel werd gebruik gemaakt van de bevoegdheid om tot matiging over te gaan in een uitspraak van 20 april 2007.²⁷ Arbiter oordeelde dat hier sprake was van een zeer uitzonderlijk geval, in welke situatie matiging van korting wegens te late oplevering op zijn plaats is. Reden vormde het ge-

ven dat het opdrachtgever reeds was toegestaan vóór de oplevering over te gaan tot het begin van de inrichting van het appartement. Volgens arbiter levert dit een zeer beperkte grond voor matiging op. In plaats van de gevorderde korting over 78 kalenderdagen werd korting over 73 kalenderdagen toegewezen. Bij deze uitspraak kunnen om verschillende redenen vraagtekens gezet worden. De matiging van korting heeft naar mijn weten niets van doen met de bepaling van de periode waarover korting is verschuldigd. Dit laatste ziet immers niet op de hoogte van de korting, maar gaat over de vraag over welke periode korting is verschuldigd. Even curieus is dat arbiter in de stelling van aannemer, dat opdrachtgever reeds eerder kon beginnen met de inrichting van het appartement, leest dat de aannemer hier kennelijk een beroep op matiging wenst te doen.

Een geheel andere invalshoek wordt gekozen in de uitspraak van 25 april 2007.²⁸ Dit heeft mede te maken met het gedane verzoek tot matiging door ondernemer. Arbiter begint met de stelling dat het enkel uiteenlopen van boete en (financiële) schade volgens de parlementaire geschiedenis geen reden voor matiging is. Vervolgens overweegt arbiter dat bij de aanschaf van een woning – met name voor eigen gebruik – tevens persoonlijke smaak en andere, niet op geld waardeerbare belangen een rol spelen en dat de niet-nakoming van de overeenkomst daardoor mede niet op geld waardeerbare schade veroorzaakt. In dat licht acht arbiter de overeengekomen boete van € 13 900 ten opzichte van de geleden schade niet zodanig hoog dat de billijkheid klaarblijkelijk eist dat deze wordt gematigd.

Als laatste bespreek ik hier een uitspraak van 11 oktober 2007²⁹, welke interessant is aangezien deze uitspraak van latere datum is dan de hiervoor besproken uitspraak van de Hoge Raad van 27 april 2007. In de desbetreffende kwestie doet de aannemer (subsidiar) een beroep op matiging van de gevorderde boete. Reden hiervoor is dat de gevorderde boete niet in verhouding staat tot de reële schade, die opdrachtgevers zouden kunnen lijden, en dat toewijzing van de boete zou leiden tot een volstrekt onbillijk resultaat.

Partijen gaan uit van verschillende boetebepalingen. De aannemer gaat uit van de kortingsregeling ex § 42 UAV 1989 (het ongewijzigde bedrag van f 75 per dag), terwijl opdrachtgevers uitgaan

25. RvA 4 augustus 2005, no. 27.123.

26. RvA 10 maart 2006, no. 27.395.

27. RvA 20 april 2007, no. 28.208.

28. RvA 25 april 2007, no. 28.685.

29. RvA 11 oktober 2007, no. 28.447.

van het in de overeenkomst opgenomen boetebeding van drie promille van de koop-/aanneemsom (€ 5175 per dag). Arbiters overwegen dat beide stellingen juist zouden kunnen zijn, maar dat in beide gevallen er sprake zou zijn van een onredelijke uitkomst. Op grond van de korting zou in de ogen van arbiters een te laag bedrag verschuldigd zijn. Bij toepassing van het boetebeding uit de koop-/aannemingsovereenkomst zou het verschuldigde bedrag onbillijk hoog zijn. Arbiters oordelen vervolgens dat de regeling van § 42 UAV 1989 terzijde dient te worden gesteld en dat de boete uit hoofde van de koop-/aannemingsovereenkomst van drie promille dient te worden gematigd tot € 900 per dag.

In deze uitspraak worden de in de uitspraak van de Hoge Raad van 27 april 2007 aangehaalde omstandigheden niet besproken. Arbiters gaan slechts uit van de onredelijke uitkomst bij toepassing van de boete van drie promille van de koop-/aanneemsom. Met deze enkele overweging gaan arbiters in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad van 27 april 2007 te kort door de bocht.

Uit de hierboven behandelde uitspraken van de Raad van Arbitrage voor de Bouw blijkt dat er geen duidelijke lijn valt te ontwaren en dat, waar arbiters overgaan tot matiging, zij geneigd zijn om hun oordeel in feite alleen te laten afhangen van de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete. Het feit dat arbiters recht spreken 'als goede mannen naar billijkheid' speelt hier vanzelfsprekend ook mee.

4. Matiging van het kortingsbeding ex § 42 UAV 1989

Zoals ik hiervoor bij de bespreking van de jurisprudentie reeds uiteen heb gezet, dienen bij een succesvol beroep op matiging van een boetebeding gronden te worden aangevoerd die maken dat de toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. De daarvoor aan te dragen omstandigheden zijn terug te vinden in het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad van 27 april 2007.

Aangezien de kortingsregeling ex § 42 UAV 1989 volgens de wettelijke bepalingen ook onder het boetebeding valt, zullen de hiervoor besproken

omstandigheden, die een rol dienen te spelen bij de beoordeling of er sprake is van buitensporigheid, ook bij de beoordeling van de kortingsregeling moeten worden betrokken.

De specifieke kenmerken van de kortingsregeling geven – op zich genomen – al grotendeels een invulling aan de te beoordelen omstandigheden, op basis waarvan eventueel tot matiging kan worden overgegaan. Ik zal de in het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2007 genoemde omstandigheden hierna één voor één betrekken op de kortingsregeling.

4.1 *De verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete*

Deze in eerdere uitspraken van de Hoge Raad genoemde omstandigheid vormt de basis voor het verzoek om matiging van de korting. Aan het verzoek tot matiging zal de aannemer namelijk ten grondslag leggen dat het verschil tussen de hoogte van de boete en de werkelijke schade buitenproportioneel is en dat de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de boete gematigd dient te worden.

De omstandigheid dat de boete veel hoger is dan de werkelijke schade maakt evenwel nog niet dat er sprake is van een buitensporige boete.³⁰ Deze buitensporigheid is echter wel vereist om tot matiging te kunnen overgaan. Deze buitensporigheid dient volgens de Hoge Raad gevonden te worden in de hierna te behandelen omstandigheden. De rechter zal dan de door de om matiging verzoekende partij aangedragen feitelijke omstandigheden dienen te wegen, waarbij uitgangspunt zou moeten zijn dat de aannemer aan de hand van de door hem aangedragen omstandigheden dient aan te tonen dat er sprake is van buitensporigheid.

4.2 *De aard van de overeenkomst*

De kortingsregeling heeft gezien zijn inhoud alleen betrekking op overeenkomsten uit hoofde van aanneming van werk.³¹ De UAV 1989, waar de kortingsregeling onderdeel van uit maakt, zijn veruit de meest gehanteerde standaardvoorwaarden in de bouw en worden door de gehele bouwwereld gebruikt. De UAV 1989 gaan in beginsel uit van professionele partijen.

In de aannemingsovereenkomst verplicht de aannemer zich tot het bereiken van een bepaald

30. In mijn praktijk ben ik onlangs nog een bestek tegengekomen met een kortingsbedrag, welke per kalenderdag bestond uit 5% van de aanneemsom. In dit geval kwam de aanneemsom neer op een bedrag van circa € 1 000 000 zodat per kalenderdag maar liefst een bedrag van circa € 50 000 kon worden ingehouden. Hoewel er misschien sprake is geweest van een verschrijving, blijft dit overeengekomen kortingsbedrag in beginsel uitgangspunt.

31. Art. 7:750 BW.

resultaat. Er is zodoende sprake van een resultaatsverplichting en doorgaans niet van een inspanningsverplichting. Er kan derhalve vrij gemakkelijk beoordeeld worden – zeker in geval van een standaardbestek – of de aannemer het overeengekomen bouwwerk heeft gerealiseerd. Naarmate de resultaatsverplichting van de aannemer duidelijker is omschreven, zal er mijns inziens minder snel aanleiding zijn om in geval van een te late oplevering de korting te matigen.

Ervan uitgaande dat de opdrachtgever het bestek laat opstellen, waarin én de UAV 1989 van toepassing wordt verklaard én de hoogte van de korting wordt aangegeven, en de aannemer in het algemeen slechts het bestek kan aannemen of niet, kan aangenomen worden dat de opdrachtgever in beginsel de inhoud van de overeenkomst dicteert.

Of dit daadwerkelijk ook zo is, is mede afhankelijk van de marktomstandigheden. In een overspannen marktsituatie, waarin het werkaanbod de vraag naar werk ruim overstijgt, zal de opdrachtgever minder snel geneigd zijn om stringente eisen te stellen en aannemeronvriendelijke bepalingen op te nemen. Dit zou er immers toe kunnen leiden dat geen of slechts een enkele aannemer het werk wenst uit te voeren. In een situatie waar de aannemerswereld zit te springen om werk, zal de opdrachtgever de teugels wat strakker kunnen aantrekken.

Ook de hoedanigheid van de opdrachtgever en van de aannemer kunnen een rol spelen bij de aard van de overeenkomst, alsmede de te vergeven opdracht. Een particuliere opdrachtgever, die een opdracht om zijn huis te bouwen te vergeven heeft, zal – weer mede afhankelijk van de marktsituatie – in het bestek minder veeleisend kunnen zijn naar zijn aannemer toe, dan een overheid of internationaal opererend bedrijf welke een prestigieus project aan te besteden heeft.

De aard van de overeenkomst wordt bepaald door verschillende factoren. De invulling van de rol die de aard van de overeenkomst zou moeten spelen bij het bepalen of het verschil tussen de hoogte van de boete en de geleden schade buitensporig is, blijft met deze uitspraak van de Hoge Raad vooralsnog weinig concreet. Rekening houdend met de hierboven omschreven factoren, zou daarmee ‘de aard van de overeenkomst’ – uitgaande van niet al te extreme marktomstandigheden – naar mijn inschatting niet snel een aanvullend argument opleveren om tot matiging van de opgelegde korting over te gaan.

4.3 De inhoud en strekking van het beding

De inhoud van § 42 UAV 1989 is in de kern genomen kort en bondig. Indien de aannemer te laat oplevert, is hij voor elke werkdag dat hij te laat oplevert een bedrag verschuldigd. Uitzondering vormt het geval dat de overschrijding van de overeengekomen bouwtijd voortvloeit uit omstandigheden, welke in de risicosfeer van de opdrachtgever vallen of die overmacht opleveren. Er is dan geen korting verschuldigd. De korting is daarmee een heel specifiek omschreven boetebeding. Dit in tegenstelling tot een generiek boetebeding, zoals de reeds aangehaalde boete uit de model-koopovereenkomst van de NVM.

Zoals hiervoor besproken betreft de kortingsregeling zowel een schadevergoedingsbeding als een strafbeding. De mogelijkheid om naast de korting schadevergoeding te vorderen is niet in de kortingsregeling opgenomen. Het komt – zoals hiervoor besproken – echter regelmatig voor dat er een afwijking c.q. een aanvulling ten aanzien van § 42 UAV 1989 in het bestek staat opgenomen. De meest voorkomende is de variant dat er naast het kortingsbedrag tevens schadevergoeding kan worden gevorderd. Indien er schadevergoeding gevorderd kan worden *naast* de korting, dan wordt hiermee in feite aangegeven dat de korting enkel als een aansporing tot nakoming dient te worden opgevat.

De kortingsregeling maakt deel uit van de meest voorkomende standaardvoorwaarden in de bouw. Dit leidt er mijns inziens toe dat ervan uit mag worden gegaan dat professionele partijen bij het sluiten van de overeenkomst (het aannemen van een bestek) goed op de hoogte zijn van de kortingsregeling.

Bij het bepalen van het kortingsbedrag zal de opdrachtgever c.q. bestekschrijver moeten bedenken dat zijn schade als gevolg van de te late oplevering vergoed moet kunnen worden uit de korting. Met andere woorden, er zal een weloverwogen inschatting gemaakt moeten worden van de te verwachten schade bij een uitloop van de werkzaamheden. Mocht er dan sprake zijn van een te late oplevering, waarvoor de aannemer verantwoordelijk is, dan zal door inhouding van de korting in beginsel de schade van de opdrachtgever vergoed kunnen worden. Nu zijn opdrachtgevers geneigd om het kortingsbedrag in het bestek naar boven toe ‘af te ronden’, in die zin dat dan *in ieder geval* de schade vergoed wordt en wellicht nog een extra bedrag geïncasseerd kan worden. Dit laatste is in het kader van het aansporen tot nakoming niet alleen toelaatbaar, maar tevens volstrekt logisch. Overigens zal – zoals ik hiervoor al even aanhaalde – het op-

nemen van een te hoog kortingsbedrag er in beginsel toe leiden dat er minder aannemers zullen inschrijven of dat de inschrijvende aannemers met hogere bedragen inschrijven, aangezien het risico van de hoge korting zal worden ingecalculeerd. Dit is vanzelfsprekend niet wenselijk voor de opdrachtgever.

Ook de inhoud en strekking van de kortingsregeling vormen mijns inziens op het eerste oog, uitzonderingen daargelaten, geen aanknopingspunt bij het bepalen of er sprake is van buitensporigheid.

4.4 De omstandigheden waaronder het kortingsbeding is ingeroepen

Ook deze grond wordt in feite reeds ingevuld door de kortingsregeling. Aangezien er alleen korting is verschuldigd, indien het werk te laat wordt opgeleverd, zijn hiermee de omstandigheden reeds ingevuld.

Vanzelfsprekend kunnen partijen van mening verschillen over de vraag wie verantwoordelijk is voor de te late oplevering. Deze discussie ziet op de vraag of het toepassen van de korting al dan niet terecht is, niet op de hoogte van de korting. Maar al te vaak worden deze los van elkaar staande discussies door elkaar heen gevoerd. Indien blijkt dat over een periode de korting terecht is opgelegd, zullen bij de beoordeling van de hoogte van de korting geen omstandigheden mogen meespelen, die betrekking hebben op de mate van schuld aan de te late oplevering.

5. Slot

Aanleiding voor het schrijven van dit artikel vormen de uiteenlopende uitspraken op het gebied van boetematiging alsmede de uitspraak van de Hoge Raad van 27 april 2007. Een kort onderzoek naar de voor het toepassen van matiging van belang zijnde omstandigheden levert echter nog steeds veel vragen op.

Ronduit verbazingwekkend is dat er in een groot aantal gevallen van enige terughoudendheid, zoals in de parlementaire geschiedenis expliciet wordt voorgeschreven, geen enkele sprake lijkt te zijn. Is de contractsvrijheid van partijen en de

rechtszekerheid in het algemeen dan een minder groot goed dan gedacht?

Tevens schort het maar al te vaak aan een duidelijke onderbouwing waarom er wordt overgegaan tot gebruikmaking van de matigingsbevoegdheid, om nog maar te zwijgen over de onderbouwing van de uiteindelijke hoogte van het bedrag van de matiging. Bij de matiging van korting geldt bovendien nog dat de Raad van Arbitrage voor de Bouw in meerdere gevallen graag gebruik lijkt te maken van het feit dat er rechtgesproken wordt 'als goede mannen naar billijkheid'. Rechtspraak naar 'de regelen des rechts' zou mijns inziens een andere uitkomst en onderbouwing moeten opleveren.

Met het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2007 is mijns inziens nog niet die duidelijkheid gegeven, die op het gebied van de matigingsbevoegdheid van de rechter zo gewenst is. Toegegeven, er wordt een viertal omstandigheden genoemd waar de rechter op moet letten bij de beoordeling of er sprake is van buitensporigheid. Dit leidt in de praktijk helaas (nog) niet tot het eenduidig uitvoeren van eenzelfde soort toets.

Indien bij een verzoek tot matiging van een opgelegde korting de kortingsregeling aan de hand van deze vier omstandigheden wordt getoetst, zal mijns inziens naast de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete alleen 'de aard van de overeenkomst' nog een rol kunnen spelen. Waarbij ten aanzien van deze zeer breed geformuleerde omstandigheid met name de machtsverhouding tussen partijen wel eens doorslaggevend zou kunnen zijn. De andere omstandigheden worden tot op zekere hoogte reeds ingevuld door de kortingsregeling zelf. Deze invulling geeft zonder meer aanleiding tot een terughoudendheid om te matigen, zodat – mocht reeds komen vast te staan dat er sprake is van een wanverhouding tussen werkelijke schade en korting – alleen argumenten ontleend aan 'de aard van de overeenkomst' nog van invloed kunnen zijn. Ten aanzien hiervan stel ik ten slotte vast dat, gelet op het professionele kader waarin de UAV 1989 doorgaans van toepassing wordt verklaard, ook dit niet snel een aanvullend argument zal kunnen opleveren om tot matiging van de opgelegde korting over te gaan.