

VERBINTENISSENRECHT

mr. M.C. van Leyenhorst

Over de waarde van het boetebeding

In een recent arrest heeft de Hoge Raad een Gerechtshof teruggefloten dat niet wilde ingrijpen in een tussen partijen gesloten boetebeding. Deze beslissing van de Hoge Raad, indien zij op meer is gebaseerd dan op formele (motiverings)klachten, is naar de mening van de auteur te betreuren. Enkele aanwijzingen worden gegeven om de kans te verminderen dat de rechter ingrijpt in een tussen partijen overeengekomen boetebeding.

Een boetebeding (artt. 6:91-94 BW) is een beding op grond waarvan een schuldenaar, indien hij tekortschiet in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen, een tevoren vastgelegde prestatie moet verrichten. In de praktijk gaat het daarbij meestal om de betaling van een geldsom. De schuldenaar kan niet onder deze verplichting uitkomen door te stellen dat de schuldeiser geen, of slechts zeer beperkte, schade heeft geleden. Het boetebeding kan twee – deels overlappende – doelen hebben. Enerzijds kunnen partijen met een dergelijk beding discussies omtrent de omvang van de door een wanprestatie te leiden schade voorkomen. Het boetebeding stelt dan het bedrag vast dat verschuldigd is, welk bedrag in beginsel in de plaats treedt van de schadevergoeding op grond van de wet (zie artt. 6:92 lid 2 en 6:94 lid 2 BW). Deze variant zal ik hierna aanduiden als een "fixatiebeding". Anderzijds kan een boetebeding dienen ter aansporing om de primaire verbintenis na te komen; het "strafbeding".

Beide achterliggende motieven dienen ter vermindering van onzekerheid bij partijen omtrent de gevolgen van niet-nakoming van verplichtingen. Naar mijn mening bepaalt de wet dan ook terecht dat de rechter terughoudend moet zijn met het ingrijpen in die gewenste zekerheid. Dit ingrijpen kan gebeuren door matiging van de verschuldigde boete op grond van art. 6:94 BW of door het geheel buiten toepassing laten van het beding op grond van art. 6:248 lid 2 BW. Uit het hieronder te behandelen arrest van de Hoge Raad valt af te leiden dat de gewenste terughoudendheid niet voor alle rechters vanzelfsprekend is. Partijen kunnen echter zelf de kans verkleinen dat de rechter ingrijpt in hetgeen hen bij het aangaan van het boetebeding voor ogen stond. Enkele – mogelijke – oplossingen zullen hieronder aan de orde komen.

De casus

Het arrest betreft Hoge Raad 17 december 2004, C03/207HR (Ampatil), JOL 2004,674. De casus, enigszins vereenvoudigd weergegeven, was als volgt.

In 1991 koopt Ampatil B.V. ("Ampatil") alle aandelen in twee vennootschappen van Jowo Beheer B.V. ("Jowo"). Jowo bedingt in de koopovereenkomst dat Ampatil al het mogelijke zal doen, voor zover dit commercieel haalbaar is, om de onderneming van de vennootschappen te continueren. Verder bedingt Jowo dat, indien Ampatil op enig moment de aandelen in de twee vennootschappen weer wil verkopen, deze aandelen eerst schriftelijk moeten worden aangeboden aan de verkoper, Jowo. Op overtreding van deze verplichtingen zetten partijen een boete van NLG 1 miljoen. Deze boete is niet voor matiging vatbaar, komen partijen overeen (dit laatste is overigens een nietige bepaling; de matigingsbevoegdheid van de Nederlandse rechter kan blijkens art. 6:94 lid 3 BW niet weggecontracteerd worden).

Ondanks de toezeggingen van Ampatil wordt enkele jaren later 60% van de aandelen in de twee vennootschappen voor NLG 2,= verkocht aan derden, zonder de aandelen eerst aan te bieden aan Jowo. Door deze transactie verkrijgt een voormalige zwager van de aandeelhouder in Jowo indirect de zeggenschap over de vennootschappen – iets wat Jowo volgens eigen zeggen nu juist door middel van het boetebeding had willen voorkomen. Jowo doet een beroep op het boetebeding en eist van Ampatil betaling van NLG 1.000.000,=. De Rechtbank meent echter dat dit beroep in de gegeven omstandigheden (waarop ik later terugkom) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en wijst de vordering af. Het Hof beslist daarentegen – m.i. terecht – dat het partijen vrij staat vergaande consequenties te verbinden aan de niet-nakoming door één van de partijen en dat de door Ampatil genoemde omstandigheden onvoldoende geacht worden om deze uitdrukkelijke afspraak opzij te zetten. In cassatie loopt de Hoge Raad de bijzondere omstandigheden van het geval na. Dit zijn achtereenvolgens:

- (a) Ampatil had al eerder een gedeelte van de aandelen in de vennootschappen verkocht zonder deze eerst aan Jowo aan te bieden. Jowo had in dat geval geen beroep gedaan op het boetebeding.
- (b) De vennootschappen verkeerden in financiële moeilijkheden en de bank eiste dat de ex-zwager van de aandeelhouder in Jowo bij de vennootschappen zou worden betrokken alvorens verdere financiering zou worden verstrekt. Zonder deze aanvullende financiering zouden de vennootschappen zijn gefailleerd (hetgeen in strijd zou kunnen zijn met de verplichting om al het mogelijke te doen om de onderneming van de vennootschappen te continueren). Jowo zou de door de bank gewenste impuls niet hebben kunnen geven.
- (c) Jowo bestond niet meer op het moment dat Ampatil de aandelen aan haar zou hebben moeten aanbieden, of in ieder geval was onduidelijk aan wie de aandelen moesten worden aangeboden, nu de aandeelhouder in Jowo zijn aandelen inmiddels had overgedragen.
- (d) Jowo zou de aandelen niet hebben kunnen of willen terugkopen en had daarom geen redelijk belang bij haar beroep op het boetebeding.

De Hoge Raad oordeelt dat deze omstandigheden, en in het bijzonder de omstandigheid onder (b), indien juist, kunnen meebrengen dat het vorderen van nakoming van het boetebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het Hof had daarom niet mogen volstaan met zijn overweging dat de door Ampatil genoemde omstandigheden onvoldoende waren om het boetebeding buiten toepassing te laten. Aanvullende motivering was volgens de Hoge Raad vereist.

Commentaar

Voor zover het arrest van de Hoge Raad zo begrepen moet worden dat het arrest van het Hof wordt vernietigd vanwege – uitsluitend – een motiveringsgebrek, dan valt daarmee wel te leven. Echter, uit het arrest lijkt naar voren te komen dat de Hoge Raad het inhoudelijk oneens is met het door het Gerechtshof ingenomen standpunt (hoewel de Hoge Raad als cassatierechter niet bevoegd is een dergelijk standpunt inhoudelijk te toetsen: art. 79 RO).

Hoe dit ook zij; ik ben het met de benadering van het Hof eens. Partijen zijn vrij een boetebeding af te spreken. Ampatil wist wat haar verplichtingen waren en wat de gevolgen zouden zijn bij niet-nakoming daarvan. De bank zal ook op de hoogte geweest (moeten) zijn. Uit de casus blijkt niet dat Ampatil zelfs maar geprobeerd heeft om de aandelen in de vennootschappen aan Jowo aan te bieden. Indien zij dat wel had gedaan (eventueel na navraag te hebben gedaan bij de oud-aandeelhouder van Jowo omtrent de rechtsopvolger van Jowo), dan had Jowo wellicht zelf wel

aangegeven dat zij de aandelen in de vennootschappen niet wilde of kon kopen. Ampatil had op deze wijze – zo lijkt het – redelijk eenvoudig aan haar contractuele verplichtingen kunnen voldoen. Dat zij dit niet heeft gedaan, ondanks het feit dat hierop een pittige boete stond, zou moeten betekenen dat de overeengekomen boete wordt verbeurd.

Een contractpartij die de kans wil verkleinen dat een rechter in de toekomst ook een door haar bedongen boetebeding opzij zet, zou de volgende punten voor ogen moeten houden.

Ten eerste dient een partij, die een boetebeding wil opnemen in een internationaal contract, te beseffen dat een strafbeding (een "*penalty clause*") niet in alle jurisdicties met succes kan worden ingeroepen. Dit geldt bijvoorbeeld voor Engeland, de Verenigde Staten en België. Wat in deze landen wel mag is het overeenkomen en inroepen van een fixatiebeding ("*liquidated damages clause*"). In de uitwerking kan zo'n fixatiebeding overigens vergelijkbaar zijn met een strafbeding. Het verschil zit hem erin dat een fixatiebeding volgens concrete en redelijke criteria vastlegt hoe de omvang van de te vergoeden schade berekend moet worden, terwijl bij een strafbeding de relatie tussen de geleden schade en de bedongen geldsom soms ver te zoeken is. Bij het overeenkomen en opstellen van boetebedingen in internationale contracten dient men dus goed op de bewoordingen te letten. Overigens: volgens de *Principles of European Contract Law* en de *UNIDROIT Principles*, waarin algemene beginselen van contractenrecht zijn vastgelegd, zijn beide vormen van boetebedingen geldig (zie art. 4.508 respectievelijk art. 7.4.13).

Ook in Nederland kan de kans op ingrijpen door de rechter worden beperkt door nauwkeurig te formuleren. Het is zaak om in het boetebeding duidelijk op te nemen wat de bedoeling van partijen met het beding is. In de hierboven beschreven casus hadden partijen dat niet gedaan. Volgens Ampatil was het boetebeding uitsluitend een anti-speculatiebeding, bedoeld om te voorkomen dat Ampatil de vennootschappen op korte termijn met veel winst zou doorverkopen. Volgens de aandeelhouder in Jowo daarentegen was het beding mede bedoeld om te voorkomen dat zijn ex-zwager op enig moment de zeggenschap over de vennootschappen zou verkrijgen; precies wat in casu gebeurde. Los van de overige omstandigheden van het geval kan worden aangenomen dat de rechter minder snel geneigd zal zijn om op grond van de redelijkheid en billijkheid in te grijpen, indien duidelijk is dat de aangevoerde omstandigheden juist de omstandigheden zijn die partijen bij het aangaan van het beding voor ogen hadden. Indien Ampatil en Jowo uitdrukkelijk hadden opgenomen dat het boetebeding, zowel ten aanzien van de continuering van de vennootschappen als ten aanzien van de doorverkoop, primair ten doel had te voorkomen dat de ex-zwager de onderneming van de vennootschappen zou kunnen voortzetten, zou de kans naar mijn mening kleiner zijn geweest dat de rechter had ingegrepen. Zoals zo vaak bij het opstellen van contracten geldt dus: hoe duidelijker partijen hun bedoelingen vastleggen, des te zekerder kunnen zij zijn dat de rechter het contract toepast in plaats van 'aanpast'.

Een laatste mogelijkheid die partijen kunnen aangrijpen om te proberen de kans te verkleinen dat de rechter ingrijpt in de overeengekomen clause, is het aanmerken van de bewuste clause als een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900-906 BW). Het is overigens verdedigbaar dat een boetebeding reeds per definitie een vorm van een vaststellingsovereenkomst is (immers; het dient ter voorkoming van onzekerheid of geschil over de gevolgen van wanprestatie). Hoewel de matigingsbevoegdheid van de rechter op deze wijze niet opzij wordt gezet, is het niet ondenkbaar dat een rechter extra terughoudend zal zijn indien hij bemerkt dat partijen het boetebeding hebben opgenomen met de uitdrukkelijke bedoeling om een geschil over de gevolgen van wanprestatie te voorkomen.