

**Hoge Raad, 27 april, Intrahof v Bart Smit**



**OVEREENKOMSTENRECHT**

**Matiging boetebeding ex artikel 6:94 BW**

Rechter mag pas van zijn bevoegdheid tot matiging boete gebruik maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt

Middel II klaagt, in onderdeel 1, onder meer dat het hof met zijn oordeel dat de al te disproportionele discrepantie tussen de verbeurde boete (€ 100.739,21) en de op de wettelijke rente over het achterstallige bedrag te stellen schade als gevolg van de te late huurbetaling matiging rechtvaardigt, heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze klacht is gegrond, omdat het hof aldus oordelend de maatstaf van art. 6:94 BW heeft miskend. De in deze bepaling opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee 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. Daarbij zal de rechter 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. Nu onderdeel 1 slaagt behoeven de onderdelen 2 tot en met 5 van het middel geen behandeling.

Vindplaatsen: LJN: [AZ6638](#); NJ 2007, 262

**Hoge Raad, 27 april 2007**

(J.B. Fleers, E.J. Numann, A. Hammerstein, F.B. Bakels en W.D.H. Asser)

Arrest

in de zaak van:

INTRAHOF GOUDA B.V.,

gevestigd te Gouda,

EISERES tot cassatie, incidenteel verweerster in cassatie,

advocaat: mr. G. Snijders,

tegen

SPEELGOEDPALEIS BART SMIT B.V.,

gevestigd te Volendam,

VERWEERSTER in cassatie, incidenteel eiseres tot cassatie,

advocaat: mr. E. van Staden ten Brink.

**1. Het geding in feitelijke instanties**

Verweerster in cassatie - verder te noemen: Bart Smit - heeft bij exploit van 12 september 2001 eiseres tot cassatie - verder te noemen: Intrahof - gedagvaard voor de rechtbank, sector kanton, te Middelburg, en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, zakelijk weergegeven, te verklaren voor recht dat Intrahof wanprestatie heeft gepleegd, te bepalen dat de huurprijs zal worden verlaagd tot € 2.694,32 per maand, Intrahof te veroordelen tot vergoeding van de geleden en nog te lijden omzetschade en van de buitengerechtelijke kosten.

Intrahof heeft de vordering bestreden en in reconventie gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad Bart Smit te veroordelen om aan Intrahof te betalen een bedrag van € 142.645,63, te vermeerderen met rente.

De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 25 maart 2002 een comparitie van partijen gelast en bij eindvonnis van 24 februari 2003 zowel in conventie als in reconventie de vorderingen afgewezen.

Tegen het eindvonnis van de kantonrechter heeft Intrahof hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Bij memorie van grieven heeft Intrahof haar eis vermeerderd met een bedrag van € 3.884,--. Bart Smit heeft incidenteel hoger beroep ingesteld en bij memorie van antwoord tevens memorie van grieven in het incidenteel hoger beroep haar eis vermeerderd.

Bij arrest van 24 juni 2005 heeft het hof in het principaal en incidenteel hoger beroep het vonnis van de kantonrechter van 24 februari 2003 vernietigd en, op nieuw rechtdoende, in conventie de vorderingen afgewezen, in reconventie Bart Smit veroordeeld om aan Intrahof te betalen € 47.571,67 ter zake van contractuele boete, € 116,68 ter zake van wettelijke rente, beide bedragen vermeerderd met wettelijke rente en het meer of anders gevorderde in reconventie afgewezen. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

**2. Het geding in cassatie**

Tegen het arrest van het hof heeft Intrahof beroep in cassatie ingesteld. Bart Smit heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Lan-gemeijer strekt tot verwerping van het principaal en het incidenteel cassatieberoep.

De advocaten van Intrahof en Bart Smit hebben bij brief van 1 februari 2007 respectievelijk 2 februari 2007 op die conclusie gereageerd.

**3. Uitgangspunten in cassatie**

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bij schriftelijke huurovereenkomst heeft Intrahof met ingang van 1 maart 2000 tot en met 31 augustus 2011 aan Bart Smit winkelruimte verhuurd te [plaats]. Het betreft bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7:290 BW, voorheen art. 7A:1624 (oud) BW.

(ii) De huurprijs bedroeg bij aanvang f 35.625,- (€ 16.165,92) exclusief BTW, per periode van drie kalendermaanden. De huurprijs is bij vooruitbetaling verschuldigd.

(iii) Art. 10.5 van de huurovereenkomst bepaalt:

"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 1.000,- voor elke dag dat huurder nog ingebreke blijft aan zijn verplichting(en) te voldoen, onverminderd het recht van verhuurder daarnaast aanspraak te maken op vergoeding van schade, kosten en interessen 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."

(iv) Op grond van art. 2 van de huurovereenkomst maken de "Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte ex artikel 7A:1624 BW" (hierna: "Algemene bepalingen") deel uit van de huurovereenkomst, behoudens voor zover daarvan in die overeenkomst uitdrukkelijk is afgeweken. Art. 14 van de Algemene bepalingen houdt, voor zover thans van belang, het volgende in:

"14.1 De betaling van de huurprijs [...] zal uiterlijk op de vervaldag [...] - zonder enige korting, afrek of verrekening met een vordering welke huurder op verhuurder heeft of meent te hebben - geschieden door storting dan wel overschrijving op een door verhuurder op te geven rekening. [...] Verhuurder is gerechtigd te bepalen op welke openstaande vordering uit de overeenkomst een door hem van huurder ontvangen betaling in mindering komt, tenzij huurder bij de betaling uitdrukkelijk anders aangeeft. [...]

14.2 Telkens indien een uit hoofde van de huurovereenkomst door huurder verschuldigd bedrag niet prompt op de vervaldag is voldaan, verbeurt huurder aan verhuurder van rechtswege vanaf de vervaldag een direct opeisbare boete van 2% per maand van het verschuldigde met een minimum van f 250,- per kalendermaand, waarbij elke ingetreden maand als een volle maand geldt."

(v) Bij brief van 5 juni 2000 heeft de advocaat van Bart Smit bij Intrahof erover geklaagd dat een verzoek aan de gemeente om toestemming tot het aanbrengen van lichtreclame op de gevel van het winkelpand was afgewezen omdat de gevel niet was gebouwd in overeenstemming met de bouwvergunning. Intrahof werd in

de brief aansprakelijk gesteld voor de hierdoor te lijden schade.

(vi) Nadat Bart Smit in juni 2000 had geklaagd over wateroverlast bij de voorpui heeft Intrahof een sleuf laten aanbrengen. Nadat Bart Smit op 29 augustus 2000 had gemeld dat er nog steeds wateroverlast bestond, is in opdracht van Intrahof in november 2000 een nieuwe dorpel aangebracht. Na klachten in juni 2000 van Bart Smit over ontoereikende draagkracht van de vloer van de eerste verdieping, heeft Intrahof begin november 2000 een provisorische en in februari 2001 een permanente versteviging laten aanbrengen.

(vii) Bart Smit heeft bij brief van 15 december 2000 aan Intrahof medegedeeld dat zij met ingang van 1 mei 2000 een verlaging van de huurprijs wenste tot f 5.937,50 (€2.694,32) exclusief BTW per maand. Intrahof heeft met deze verlaging niet ingestemd. Met ingang van de maand juli 2001 heeft Bart Smit de huurbetalingen gestaakt.

(viii) Intrahof heeft Bart Smit op 19 juli 2001 onder meer het volgende geschreven:

"Ondanks onze aanmaning van 10 dezer staat de hieronder gespecificeerde vordering op u nog steeds open. [...]

Overeenkomstig het bepaalde in de met u gesloten huurovereenkomst bent u een boete-rente verschuldigd gelijk aan 2% per maand (of een gedeelte daarvan) over de te laat betaalde faktuurbedragen. Tevens wijzen wij u uitdrukkelijk op het gestelde in artikel 10 lid 5 van de onderhavige huurovereenkomst.

Wij verzoeken - voor zover nodig sommeren - u de huurachterstand binnen 5 dagen na heden telefonisch [...] te voldoen bij niet of niet tijdige voldoening waarvan wij u reeds nu voor alsdan in gebreke stellen."

(ix) Na aanvang van de onderhavige procedure heeft de advocaat van Intrahof op 24 oktober 2001 aan de advocaat van Bart Smit geschreven dat Intrahof aanspraak maakte op de op grond van art. 10.5 van de huurovereenkomst, verschuldigde boeten, die gerekend vanaf 28 juli 2001 een bedrag omvatten van in totaal f 89.000,-.

(x) De advocaat van Bart Smit heeft bij brief van 29 oktober 2001 geantwoord dat hij zijn cliënte heeft gevraagd de huur vanaf 1 juli 2001 te voldoen, met deze toevoeging:

"Cliënte gaat er wel vanuit, dat het bedrag op uw derdenrekening blijft staan totdat de rechter in deze kwestie uitspraak heeft gedaan. Op deze wijze is zekerheid dat, mocht de rechter mijn cliënte gelijk geven, uw cliënte in staat is de alsdan teveel betaalde huurpenningen per omgaande aan cliënte te retourneren."

(x) De advocaat van Intrahof heeft bij brief van 9 november 2001 aan de advocaat van Bart Smit medegedeeld dat het inmiddels op de derdenrekening ontvangen bedrag zal worden teruggestort, omdat een betaling waarover Intrahof niet de vrije beschikking krijgt niet door hem kan worden geaccepteerd, zodat nog steeds boeten door Bart Smit worden verbeurd. Het overgemaakte bedrag is daadwerkelijk teruggestort.

3.2 Bart Smit heeft in conventie een aantal, in hoger beroep gewijzigde, vorderingen tegen Intrahof ingesteld, zoals hiervoor in 1 weergegeven. Deze

vorderingen strekken onder meer tot vergoeding van schade en kosten wegens wanprestatie van Intrahof en tot verlaging van de huurprijs. Intrahof heeft in reconventie onder meer betaling gevorderd van achterstallige huur en verbeurde boeten, tot een bedrag van € 145.210,--. Bart Smit heeft, na een door de kantonrechter bevolen comparitie, op 12 juni 2002 de achterstallige huur tot een bedrag van € 80.073,55 voldaan. De kantonrechter heeft daarna de vorderingen van partijen over en weer afgewezen. Het hof heeft in conventie alle vorderingen van Bart Smit afgewezen en in reconventie Bart Smit veroordeeld tot betaling van € 47.571,67 ter zake van contractuele boete, vermeerderd met rente, en de vorderingen van Intrahof voor het overige afgewezen.

3.3 De overwegingen die het hof tot zijn beslissingen hebben geleid kunnen als volgt, kort, worden samengevat.

(a) Met betrekking tot de gestelde wanprestatie van Intrahof heeft Bart Smit haar stellingen dat Intrahof niet adequaat heeft gereageerd of anderszins tekortgeschoten is en dat zij als gevolg daarvan schade heeft geleden, onvoldoende onderbouwd.

(b) Wat de contractuele boete van f 1.000,-- per dag betreft heeft Intrahof bij brief van 19 juli 2001 voldaan aan het vereiste van een deugdelijke ingebrekestelling vanaf 28 juli 2001. Bart Smit is echter door de inhoud van deze brief zozeer op het verkeerde been gezet dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de weg staat aan het vanaf 28 juli 2001 vorderen van die in art. 10.5 van de huurovereenkomst bedoelde boete voor zover het daarbij gaat om een bedrag dat uitgaat boven de in art. 14.2 van de Algemene bepalingen genoemde 2% per maand van de niet tijdig voldane huur. In de brief wordt een uitvoerig beroep gedaan op art. 14.2 en wordt vervolgens verwezen naar art. 10.5 van de huurovereenkomst zonder de inhoud daarvan te verwoorden en zonder het woord boete zelfs maar te noemen. Nu het systeem van de huurovereenkomst en de Algemene bepalingen als gevolg van art. 2 van de huurovereenkomst aldus is dat het gaat om "óf, óf" en niet om "én, én" wordt door de inhoud van de brief de indruk gewekt dat - voorshands - aan boete niet meer dan vorenbedoelde 2% wordt gevorderd. Deze indruk is eerst weggenomen bij brief van 24 oktober 2001, zodat over de periode van 28 juli tot en met 1 november 2001 aan boete niet meer dan een bedrag dat overeenkomt met die 2% toewijsbaar is.

(c) Het verbeuren van de contractuele boete is niet geëindigd op het moment van betaling van de achterstallige huur op de derdenrekening van de advocaat van Intrahof omdat de daarbij uitdrukkelijk gestipuleerde beperking door Intrahof niet is aanvaard.

(d) Wat de matiging van de in beginsel verbeurde boetes van in totaal € 100.739,21 betreft, stelt het hof voorop dat het onderhavige boetebeding geldt als prikkel voor de schuldenaar tot nakoming, niet bedoeld is als een gefixeerde schadevergoeding, en één bedrag bevat voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen. Of grond bestaat voor matiging moet worden beoordeeld aan de hand van de door Bart Smit

aangevoerde omstandigheden, zulks in het licht van de overige omstandigheden van het onderhavige geval. De rechter dient ten aanzien van matiging terughoudend te zijn. Betaling van huur is een primaire verplichting en Bart Smit heeft over een periode van elf maanden in het geheel geen huur betaald. De huurachterstand is geleidelijk opgelopen naar vier kwartalen. Bart Smit moet - nu zij diverse winkels huurt en een vastgoedafdeling heeft - worden beschouwd als een aan Intrahof gelijkwaardige partij. Art. 10.5 is in de huurovereenkomst zelf opgenomen en bevat een evident zwaardere "straf" op niet tijdig betalen van huur dan uit de Algemene bepalingen voortvloeit. Bart Smit werd voorts bijgestaan door een advocaat. Er was geen basis voor opschorting van huur. Tegen deze achtergrond kunnen het niet meewerken door Intrahof aan een minnelijke regeling, het niet reageren op brieven en het niet aanvaarden van de betaling van de huur op de derdenrekening van haar advocaat, geen voldoende basis voor matiging opleveren. Daar staat tegenover dat het hof "een al te disproportionele discrepantie" ziet tussen de verbeurde boete van ruim € 100.000 en de schade die Intrahof lijdt ten gevolge van de te late betaling, welke schade kan worden gesteld op het bedrag van de wettelijke rente daarover.

(e) Met betrekking tot de gevorderde buitengerechtelijke kosten en proceskosten tot een totaal van f 3.884,-- is het hof van oordeel dat Intrahof onvoldoende heeft onderbouwd dat sprake is van andere werkzaamheden dan die waarvoor de proceskosten een vergoeding plegen in te sluiten.

#### **4. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep**

4.1 De onderdelen 1.1 tot en met 1.3 strekken ten betoeg dat het hof heeft miskend dat tussen partijen niet vaststond dat art. 10.5 van de huurovereenkomst van toepassing is op de verplichting van Bart Smit tot betaling van de huur, omdat zij hiertegen in eerste aanleg uitdrukkelijk verweer heeft gevoerd en dit verweer in hoger beroep niet heeft prijsgegeven. Het hof had daarom op dit verweer moeten ingaan en had niet zonder meer mogen aannemen dat niet (meer) ter discussie zou staan dat het slechts zou gaan om een keuze tussen "of, of" in plaats van "en, en".

4.2 Het hof heeft in het licht van het daarover tussen partijen gevoerde debat een uitleg gegeven aan de bepalingen van de huurovereenkomst en de Algemene bepalingen en de onderlinge verhouding tussen deze bepalingen vastgesteld met inachtneming van het bepaalde in art. 2 van de huurovereenkomst, waaraan het hof in het bijzonder betekenis heeft toegekend. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en kan voor het overige, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, niet op juistheid worden onderzocht.

4.3 Onderdeel 2 keert zich tegen het oordeel van het hof dat het verbeuren van de contractuele boete niet is geëindigd op het moment waarop eind oktober/begin november 2001 het gehele bedrag van de openstaande huur werd gestort op de derdenrekening van de advocaat van Intrahof. Onderdeel 2.1 betoogt dat het oordeel van het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting,

omdat in cassatie tot uitgangspunt dient te worden genomen dat de advocaat van Intrahof gerechtigd was deze betaling te ontvangen, zodat betaling rechtsgeldig heeft plaatsgevonden. Daaraan kan, aldus onderdeel 2.2, niet afdoen dat aan de betaling een restrictie was verbonden, omdat het niet aanvaarden ervan de betaling in stand laat. Voor zover dit laatste niet zonder meer het geval is doch afhankelijk is van de omstandigheden, had het hof volgens onderdeel 2.3 zijn oordeel nader moeten motiveren.

4.4 Onderdeel 2 faalt eveneens. Het hof heeft niet geoordeeld dat de advocaat van Intrahof bevoegd was deze betaling van de achterstallige huurpenningen te ontvangen en in cassatie kan daarvan ook niet veronderstellenderwijs worden uitgegaan, nu Bart Smit dit niet in feitelijke instanties heeft aangevoerd. Van een bevrijdende betaling aan Intrahof op de voet van art. 6:32 BW zou slechts sprake zijn geweest, als Intrahof deze wijze van betaling had bekrachtigd of erdoor was gebaat. Het een noch het ander is echter het geval geweest. De advocaat van Intrahof heeft het bedrag immers teruggestort omdat hij de daaraan verbonden restrictie niet heeft aanvaard. Het oordeel van het hof, dat kennelijk heeft aangenomen dat deze advocaat daarbij namens Intrahof heeft gehandeld, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde ook geen nadere motivering.

### 5. Beoordeling van het principale beroep

5.1 Middel I keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het hiervoor in 3 onder (b) vermelde oordeel van het hof. Daarbij neemt het middel - terecht - tot uitgangspunt dat Bart Smit wist of behoorde te weten wat de inhoud is van art. 10.5 van de huurovereenkomst. Onderdeel 1 van het middel strekt ten betoge dat aan Bart Smit op grond hiervan, mede in het licht van de overige in het onderdeel vermelde omstandigheden, duidelijk had moeten zijn dat Intrahof bij niet tijdige betaling van de huur zonder meer aanspraak maakte op betaling van de in deze bepaling bedoelde boete. Onderdeel 2 voegt daaraan toe dat deze boete ook zonder sommatie en door het enkele ingebreke blijven (gedurende acht dagen) verschuldigd was, zodat Intrahof alleen dan daarop geen aanspraak zou kunnen maken als deze aanspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Onderdeel 3 sluit hierbij aan in verband met de (afwijzing van de) gevorderde wettelijke rente.

5.2 Voor zover de klachten van het middel berusten op de veronderstelling dat het hof heeft geoordeeld dat Intrahof afstand van recht heeft gedaan, missen zij feitelijke grondslag. Het hof heeft dit immers niet zo beslist. Voor het overige falen zij, omdat het oordeel van het hof dat Intrahof voor de periode van 28 juli 2001 tot en met 1 november 2001 geen beroep meer mag doen op de in art. 10.5 bedoelde boete, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en voldoende is gemotiveerd. Het hof heeft met zijn oordeel dat Intrahof Bart Smit "op het verkeerde been heeft gezet" tot uitdrukking gebracht dat, óók als aan Bart Smit de inhoud en reikwijdte van art. 10.5 van de huurovereenkomst goed voor ogen hebben gestaan, zij de brief van 19 juli 2001

aldus heeft mogen opvatten dat Intrahof haar op dat moment vooralsnog niet meer dan de boete van art. 14.2 van de Algemene bepalingen in rekening wenste te brengen, en dat de verwijzing naar art. 10.5 van de huurovereenkomst (slechts een waarschuwing) inhield dat zij mogelijk later aanspraak zou kunnen maken op de daarin opgenomen, veel zwaardere boete. In dit oordeel ligt besloten dat Bart Smit zich vervolgens bij haar verdere handelen door de bij haar gewekte indruk heeft laten leiden, zodat het Intrahof ook daarom niet vrijstond voor de onderhavige periode alsnog de boete van art. 10.5 op te eisen.

5.3 Middel II klaagt, in onderdeel 1, onder meer dat het hof met zijn oordeel dat de al te disproportionele discrepantie tussen de verbeurde boete (€ 100.739,21) en de op de wettelijke rente over het achterstallige bedrag te stellen schade als gevolg van de te late huurbetaling matiging rechtvaardigt, heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze klacht is gegrond, omdat het hof aldus oordelend de maatstaf van art. 6:94 BW heeft miskend. De in deze bepaling opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee 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. Daarbij zal de rechter 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. Nu onderdeel 1 slaagt behoeven de onderdelen 2 tot en met 5 van het middel geen behandeling.

5.4 Middel III komt op tegen rov. 22 van het bestreden arrest, waarin het hof de vordering van Intrahof tot vergoeding van een bedrag van € 3.884,- aan buitengerechtelijke kosten en proceskosten afwijst met het argument dat Intrahof onvoldoende heeft onderbouwd dat sprake is van andere werkzaamheden dan die waarvoor de proceskosten een vergoeding plegen in te houden. Het strekt ten betoge, dat het hof heeft miskend dat partijen in art. 13 van de Algemene bepalingen integrale vergoeding van alle gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten zijn overeengekomen. Dit beding heeft tot gevolg, dat Intrahof ook aanspraak kan maken op integrale vergoeding van de kosten van werkzaamheden waarvoor de proceskosten een vergoeding plegen in te sluiten, aldus het middel.

5.5 Het middel faalt omdat het oordeel van het hof niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en voldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. In rov. 22 heeft het hof immers vastgesteld dat uit door Intrahof overgelegde facturen van haar advocaat blijkt dat de kosten waarvan zij vergoeding vordert, betrekking hebben op na de inleidende dagvaarding door haar advocaat verrichte werkzaamheden waarvoor de proceskosten een vergoeding plegen in te sluiten, en Intrahof onvoldoende heeft onderbouwd dat daarbij sprake is geweest van andere werkzaamheden. In dit oordeel van het hof ligt besloten dat de hier bedoelde kosten geheel in de be-

slissing van het hof tot compensatie van de proceskosten zijn verdisconteerd en op de voet van art. 242 lid 1 Rv. ambtshalve zijn gematigd. Hieruit volgt dat het hof niet heeft miskend dat dit gedeelte van de vordering door Intrahof was gebaseerd op art. 13 van de Algemene bepalingen.

## 6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 24 juni 2005;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Bart Smit in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Intrahof begroot op €444,11 aan verschotten en €2.600,- voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Bart Smit in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Intrahof begroot op €68,07 aan verschotten en €2.200,- voor salaris;

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren E.J. Numann, A. Hammerstein, F.B. Bakels en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.B. Bakels op 27 april 2007.

---

## Conclusie Advocaat-Generaal Langemeijer

Conclusie inzake:

Intrahof Gouda B.V.

tegen

Speelgoedpaleis Bart Smit B.V.

In deze zaak over verhuur van bedrijfsruimte gaat het hoofdzakelijk om een door de verhuurster gevorderde contractuele boete: is deze boete verschuldigd en, zo ja, heeft het hof deze boete op de in het arrest genoemde gronden mogen matigen?

### 1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die het hof in het bestreden arrest onder 1.1 - 1.16 heeft vastgesteld. Enigszins verkort weergegeven houden deze in:

1.1.1. Bij schriftelijke huurovereenkomst heeft eiseres tot cassatie (hierna: de verhuurster) voor de periode van 1 maart 2000 tot en met 31 november 2011(1) aan verweerster in cassatie (hierna: de huurster) winkelruimte aan de [a-straat 1] te [plaats] verhuurd. Het betreft bedrijfsruimte als bedoeld in art. 7A:1624 (oud) BW, thans art. 7:290 BW.

1.1.2. De huurprijs bedroeg bij aanvang f 35.625,- (€ 16.165,92) excl. BTW, per periode van drie kalendermaanden. De huurprijs wordt jaarlijks geïndexeerd en is bij vooruitbetaling verschuldigd.

1.1.3. Art. 10.5 van de huurovereenkomst bepaalt:

"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 1.000,- voor elke dag dat huurder nog ingebreke blijft aan zijn verplichting(en) te voldoen, onverminderd het recht van verhuurder daarnaast aanspraak te maken op vergoeding van schade, kosten en interesses 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."

1.1.4. Op grond van art. 2 van de huurovereenkomst maken de "Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte ex artikel 7A:1624 BW" (hierna kortweg: "Algemene bepalingen") deel uit van de huurovereenkomst, behoudens voor zover daarvan in die overeenkomst uitdrukkelijk is afgeweken. Art. 14 van de Algemene bepalingen houdt, voor zover thans van belang, het volgende in:

"14.1 De betaling van de huurprijs [...] zal uiterlijk op de vervaldata [...] - zonder enige korting, aftrek of verrekening met een vordering welke huurder op verhuurder heeft of meent te hebben - geschieden door storting dan wel overschrijving op een door verhuurder op te geven rekening. [...] Verhuurder is gerechtigd te bepalen op welke openstaande vordering uit de overeenkomst een door hem van huurder ontvangen betaling in mindering komt, tenzij huurder bij de betaling uitdrukkelijk anders aangeeft. [...]"

14.2 Telkens indien een uit hoofde van de huurovereenkomst door huurder verschuldigd bedrag niet prompt op de vervaldag is voldaan, verbeurt huurder aan verhuurder van rechtswege vanaf de vervaldag een direct opeisbare boete van 2% per maand van het verschuldigde met een minimum van f 250,- per kalendermaand, waarbij elke ingetreden maand als een volle maand geldt."

1.1.5. Bij brief van 5 juni 2000 heeft de (toenmalige) advocaat van de huurster bij de verhuurster geklaagd dat een verzoek aan de gemeente om toestemming tot het aanbrengen van lichtreclame op de gevel van het winkelpand was afgewezen omdat de gevel niet was gebouwd in overeenstemming met de bouwvergunning. De verhuurster werd in de brief aansprakelijk gesteld voor de door de huurster hierdoor te lijden schade(2).

1.1.6. Nadat de huurster in juni 2000 had geklaagd over wateroverlast bij de voorpui heeft de verhuurster een sleuf laten aanbrengen. Nadat de huurster op 29 augustus 2000 had gemeld dat er nog steeds wateroverlast bestond, is in opdracht van de verhuurster in november 2000 een nieuwe dorpel aangebracht.

1.1.7. Na klachten in juni 2000 van de huurster over ontoereikende draagkracht van de vloer van de eerste verdieping, heeft de verhuurster begin november 2000 een provisorische versteviging laten aanbrengen. In februari 2001 (na de uitverkoopperiode) is in opdracht

van de verhuurster een permanente versterking aangebracht.

1.1.8. De huurster heeft bij brief van 15 december 2000(3) aan de verhuurster medegedeeld dat zij met ingang van 1 mei 2000 een verlaging van de huurprijs wenste tot f 5.937,50 (€ 2.694,32) excl. BTW per maand. De verhuurster heeft met deze verlaging niet ingestemd. Met ingang van de maand juli 2001 heeft de huurster de huurbetalingen geheel gestaakt.

1.1.9. De verhuurster heeft de huurster op 19 juli 2001(4) onder meer het volgende geschreven:

"Ondanks onze aanmaning van 10 dezer staat de hieronder gespecificeerde vordering op u nog steeds open. [...]"

Overeenkomstig het bepaalde in de met u gesloten huurovereenkomst bent u een boeterente verschuldigd gelijk aan 2% per maand (of een gedeelte daarvan) over de te laat betaalde factuurbedragen. Tevens wijzen wij u uitdrukkelijk op het gestelde in artikel 10 lid 5 van de onderhavige huurovereenkomst.

Wij verzoeken - voor zover nodig sommen - u de huurachterstand binnen 5 dagen na heden telefonisch [...] te voldoen bij niet of niet tijdige voldoening waarvan wij u reeds nu voor alsdan in gebreke stellen."

1.1.10. Na aanvang van de onderhavige procedure heeft de (toenmalige) advocaat van de verhuurster op 24 oktober 2001 aan de (toenmalige) advocaat van de huurster geschreven dat de verhuurster aanspraak maakte op de contractuele boeten, verschuldigd op grond van artikel 10.5 van de huurovereenkomst, op dat moment een bedrag van in totaal f 89.000,- (5).

1.1.11. De advocaat van de huurster heeft bij brief van 29 oktober 2001(6) geantwoord dat hij zijn cliënte heeft gevraagd de huur vanaf 1 juli 2001 te voldoen. De brief vervolgt:

"Cliënte gaat er wel vanuit, dat het bedrag op uw derdenrekening blijft staan totdat de rechter in deze kwestie uitspraak heeft gedaan. Op deze wijze is zekerheid dat, mocht de rechter mijn cliënte gelijk geven, uw cliënte in staat is de alsdan teveel betaalde huurpenningen per omgaande aan cliënte te retourneren."

1.1.12. De advocaat van de verhuurster heeft bij brief van 9 november 2001(7) aan de advocaat van de huurster medegedeeld dat het inmiddels op de derdenrekening ontvangen bedrag zal worden teruggestort, omdat een betaling waarover de verhuurster niet de vrije beschikking krijgt niet door hem kan worden geaccepteerd, zodat nog steeds boeten door de huurster worden verbeurd. Het overgemaakte bedrag is daadwerkelijk teruggestort.

1.2. Bij inleidende dagvaarding van 12 september 2001 heeft de huurster de verhuurster gedagvaard voor de kantonrechter te Middelburg. De huurster heeft vorderingen ingesteld die kort samengevat inhielden: verklaringen voor recht m.b.t. door de verhuurster gepleegde wanprestaties; verlaging van de huurprijs tot f 5.937,50 (€ 2.694,32) excl. BTW per maand; vergoeding van door de huurster geleden en nog te lijden omzetschade en schade door extra transportkosten; vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Aan deze vorderingen heeft de huurster, kort gezegd, de hiervoor

onder 1.1.5 - 1.1.7 bedoelde tekortkomingen met betrekking tot de gehuurde bedrijfsruimte ten grondslag gelegd.

1.3. De verhuurster heeft verweer gevoerd en in reconventie betaling gevorderd van de achterstallige huur, de op grond van art. 10.5 van de huurovereenkomst verschuldigde dagboeten en vergoeding van buitengerechtelijke kosten.

1.4. De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 25 maart 2002 een comparitie van partijen gelast. Na de comparitie heeft de huurster op 12 juni 2002 de op dat moment openstaande huur, in totaal €80.073,55, aan de verhuurster voldaan(8). De verhuurster heeft haar vordering in reconventie dienovereenkomstig verminderd.

1.5. Bij vonnis van 24 februari 2003 heeft de kantonrechter zowel de vorderingen in conventie als de resterende vorderingen in reconventie afgewezen.

1.6. De verhuurster heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage en haar eis in reconventie vermeerderd met € 3.884,- ter zake van (buiten-)gerechtelijke kosten. De huurster heeft incidenteel hoger beroep ingesteld, eveneens met een vermeerdering van eis (zie voor de gewijzigde eis rov. 2.3; de eis in conventie is in cassatie niet meer van belang en blijft verder onbesproken).

1.7. Bij arrest van 24 juni 2005 heeft het hof het beroepen vonnis vernietigd. Het hof heeft alle klachten van de huurster over tekortkomingen met betrekking tot het gehuurde verworpen en beslist dat de huurster niet gerechtigd was de huurbetalingen te staken of op te schorten zoals zij heeft gedaan (rov. 14). Het hof heeft alle vorderingen van de huurster in conventie afgewezen. In reconventie heeft het hof de door de verhuurster gevorderde contractuele dagboeten gedeeltelijk niet toewijsbaar geacht en voor een ander gedeelte gematigd. Het hof heeft de huurster veroordeeld tot betaling van €47.571,67 ter zake van contractuele boeten en € 116,68 ter zake van wettelijke rente over de achterstallige huur, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente, en het meer of anders in reconventie gevorderde afgewezen.

1.8. De verhuurster heeft - tijdig - cassatieberoep ingesteld tegen de beslissing in reconventie. De huurster heeft geconcludeerd tot verwerping van dit beroep en heeft van haar kant incidenteel cassatieberoep ingesteld. Nadat de verhuurster had geconcludeerd tot verwerping daarvan, hebben partijen hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna de verhuurster nog heeft gerepliceerd.

## **2. Bespreking van het incidenteel cassatiemiddel**

2.1. Het hof heeft, in cassatie onbestreden, vastgesteld dat de huurster niet gerechtigd was de huurbetalingen te staken of op te schorten op grond van (de vermeende) tekortkomingen met betrekking tot de gehuurde bedrijfsruimte. Het principaal cassatieberoep is gericht tegen de beslissing van het hof in reconventie om het gevorderde bedrag aan verbeurde contractuele boeten niet geheel toe te wijzen. Het incidenteel cassatiemiddel stelt de vraag aan de orde, of de huurster wel enig bedrag aan boeten verschuldigd is op grond van art. 10.5 van de huurovereenkomst. Het incidenteel cassa-

tiemiddel heeft de verste strekking en wordt daarom eerst besproken.

2.2. Onderdeel 1 van het incidenteel middel is gericht tegen rov. 15. Daar heeft het hof overwogen dat de verhuurster in hoger beroep heeft gesteld dat art. 10.5 van de huurovereenkomst een uitdrukkelijke afwijking inhoudt van hetgeen in art. 14.2 van de Algemene bepalingen is bepaald en dat dit door de huurster vervolgens niet is weersproken, zodat het hof daarvan zal uitgaan. Om deze reden acht het hof het boetebeding in art. 14.2 van de Algemene bepalingen niet van toepassing. In zijn verdere overwegingen is het hof ervan uitgegaan dat het boetebeding in art. 10.5 van de huurovereenkomst (mede) betrekking heeft op de verplichting van de huurster tot het tijdig betalen van de huur.

2.3. Volgens onderdeel 1.1 heeft het hof hier miskend dat de huurster reeds in eerste aanleg in reconventie het verweer had gevoerd dat het boetebeding in art. 10.5 van de huurovereenkomst niet van toepassing is op de verplichting van de huurster tot (tijdige) betaling van de huur(9). Ook de verhuurster heeft het verweer van de huurster in reconventie in deze zin opgevat(10). Gelet op deze stellingname, die de huurster in hoger beroep niet heeft prijsgegeven, had het hof op het verweer behoren in te gaan. Indien het hof van oordeel is geweest dat de huurster dit verweer in hoger beroep heeft laten varen, acht het middelonderdeel dat oordeel onvoldoende gemotiveerd.

wordt in het middelonderdeel betoogd dat de door het hof aangenomen omstandigheid dat het boetebeding van art. 14.2 Algemene bepalingen niet van toepassing is, niet zonder meer meebrengt dat het boetebeding in art. 10.5 van de huurovereenkomst wél van toepassing is op de verplichting tot het (tijdig) betalen van de huur. Voor zover het hof het tegendeel afleidt uit de gedachte dat tussen partijen niet (meer) ter discussie zou staan dat het slechts kan gaan om (een keuze tussen) "óf óf", in plaats van "én én" (vgl. rov. 17), acht het middelonderdeel de beslissing ontoereikend gemotiveerd: een zo beperkte stellingname valt niet te lezen in het standpunt van de huurster. De onderdelen 1.2 (inhoudend dat het hof niet mocht voorbijgaan aan hetgeen de huurster in eerste aanleg had aangevoerd en in hoger beroep niet heeft prijsgegeven) en 1.3 (inhoudend dat de huurster haar betwisting in hoger beroep heeft herhaald) sluiten hierbij aan.

2.4. Het debat in reconventie hieromtrent kan als volgt worden samengevat:

- De verhuurster heeft gesteld dat de huurster heeft nagelaten de verschuldigde huur op tijd te voldoen en daarom de in art. 10.5 van de huurovereenkomst bedoelde boete van f 1000,- per dag verschuldigd is (CvA/CvE reconv. onder 9).

- Volgens de huurster berust deze vordering op een abuis van de verhuurster. Het boetebeding in art. 10.5 heeft betrekking op het verbod van wederverhuur in art. 10.1 van de huurovereenkomst en niet op het niet (tijdig) betalen van de huur. Voor het niet tijdig betalen van de huur is immers art. 14.2 van de Algemene bepalingen geschreven. Ook de verhuurster zelf heeft eerder

het standpunt ingenomen dat het boetebeding van art. 14.2 hier van toepassing is; zij heeft de huurster daarom een boete van 2 % per maand in rekening gebracht (CvR/CvA reconv. onder 29 en 30 jo. prod. 9 bij inl. dagv.).

- De verhuurster heeft aangevoerd dat het boetebeding in art. 10.5 van de huurovereenkomst mede betrekking heeft op het niet (tijdig) betalen van de huur. Omdat de verhuurster het boetebeding in de Algemene bepalingen niet toereikend achtte, heeft zij in de huurovereenkomst (art. 10.5) een naar haar mening wél passende boete bedongen. Art. 10.5 is opgenomen in het deel van de huurovereenkomst waarin toevoegingen en afwijkingen ten opzichte van de standaardtekst worden opgenomen (CvD/CvR reconv. onder 43).

- De huurster heeft herhaald dat het boetebeding in art. 10.5 van de huurovereenkomst geen betrekking heeft op het niet (tijdig) betalen van de huur en dat de verhuurster zelf op 19 juli 2001 nog van mening was dat de huurster wegens niet tijdige betaling van de huur boeten verschuldigd was op grond van het boetebeding in art. 14.2 van de Algemene bepalingen. Indien de verhuurster art. 14.2 Algemene bepalingen niet van toepassing had willen doen zijn, had zij de toepasselijkheid van deze bepaling uitdrukkelijk moeten uitsluiten. Nu dit niet is gebeurd, is volgens de huurster uitsluitend het boetebeding in art. 14.2 van toepassing (CvD reconv. onder 6.4 en 6.5).

- De kantonrechter heeft in rov. 7 van het eindvonnis de kwestie in het midden gelaten en de gevorderde dagboeten reeds afgewezen op de grond dat de verhuurster, na haar brief van 19 juli 2001 en een daarop gevolgd verzoek van de huurster om vooralsnog af te zien van een procedure, haar eventuele aanspraken op dagboeten heeft laten rusten totdat zij deze alsnog vorderde. Hierdoor is het aantal dagen waarover volgens de verhuurster boeten door de huurster verschuldigd zijn, buiten proportie opgelopen.

- Met grief I is de verhuurster opgekomen tegen de afwijzing van de op grond van art. 10.5 van de huurovereenkomst gevorderde boeten. De verhuurster heeft gesteld dat de bepalingen van par. 10 ("Bijzondere bepalingen") in de huurovereenkomst, waaronder art. 10.5, prevaleren boven andersluidende regels elders in de huurovereenkomst en boven de (standaard-)bepalingen in de Algemene bepalingen. Bij pleidooi heeft de verhuurster dit standpunt nader toegelicht aan de hand van de handleiding bij het ROZ-model van deze Algemene bepalingen (pleitnota onder 3.2). Volgens de verhuurster staat aan haar standpunt niet in de weg dat zij zich in haar brief van 19 juli 2001 (tevens) op het boetebeding in art. 14.2 van de Algemene bepalingen heeft beroepen (MvG onder 3.11 - 3.18).

- Bij memorie van antwoord (onder 8.1 en 8.2) heeft de huurster als volgt hierop gereageerd:

"Allereerst dient dan bezien te worden waar deze afwijking betrekking op heeft. Is dat de overeengekomen boeterente ex artikel 14.2 van de algemene voorwaarden? Zo ja, waarom is deze bepaling niet uitgesloten. Het kan niet zo zijn dat een verhuurder kan kiezen welke sanctie hij oplegt bij een gepretendeerd in gebreke

zijn van de huurder. Voor beide partijen dient duidelijk te zijn waaraan een partij toe is. [...]

De conclusie van [lees: de huurster, A-G] is dat geenszins vaststaat dat artikel 10 lid 5 prevaleert boven artikel 14 lid 2 van de algemene bepalingen."

2.5. De huurster betoogt, m.i. terecht, dat het hof bij de beoordeling van deze grief van de verhuurster óók diende te letten op hetgeen de huurster in eerste aanleg daartegen als verweer had ingebracht en in hoger beroep niet heeft prijsgegeven. Het hof diende een beslissing te nemen over het twistpunt of het boetebeding van art. 10.5 van de huurovereenkomst van toepassing is op de gestelde tekortkoming, bestaande in het niet tijdig betalen van de huur. Het hof heeft deze vraag onder ogen gezien en bevestigend beantwoord: de dagboete van art. 10.5 is in beginsel (d.w.z. afgezien van het beroep op matiging) door de huurster verschuldigd omdat zij de huur niet op tijd heeft betaald. Indien twee partijen het niet met elkaar eens zijn over de juiste uitleg van een tussen hen gesloten overeenkomst, past de rechter de zgn. Haviltexmaatstaf toe(11). Dat was in dit geval niet zo gemakkelijk, omdat geen van beide partijen heeft beweerd dat de vraag welk boetebeding zou gelden in geval van niet tijdige betaling van de huur, tijdens de onderhandelingen over het sluiten van de huurovereenkomst voorwerp van bespreking tussen partijen is geweest. Beide partijen hebben hun standpunt toegelicht met argumenten, ontleend aan de tekst en aan de plaats in het contract van de desbetreffende bepalingen, gepaard aan de notie dat een algemene regel opzij kan worden gezet door een bijzondere regel.

2.6. In feite verkeerde het debat in een impasse: in de zienswijze van de huurster vormde art. 14.2 van de Algemene bepalingen hier de bijzondere regel, omdat dit artikel ziet op niet tijdige betaling van de huur. In de zienswijze van de verhuurster vormde art. 10.5 van de huurovereenkomst hier de bijzondere regel, omdat de Algemene bepalingen slechts standaardvoorwaarden inhouden en het partijen vrijstond een daarvan afwijkend boetebeding op te nemen in de (bijzondere bepalingen van de) individuele huurovereenkomst(12). Voor het hof heeft klaarblijkelijk de doorslag gegeven het contractssystematische argument dat de verhuurster bij memorie van grieven en bij pleidooi in appel heeft aangevoerd, namelijk dat het boetebeding in art. 10.5 behoort tot de als zodanig aangeduide "bijzondere bepalingen" in de huurovereenkomst. Dit laatste argument is vervolgens door de huurster niet meer tegengesproken, anders dan met hetgeen hiervoor reeds is aangehaald uit de memorie van antwoord. Het hof is blijikbaar van oordeel dat de huurster onvoldoende weerwerk heeft geleverd tegen het contractssystematische argument dat de verhuurster in hoger beroep had aangevoerd. Het oordeel is m.i. te zeer verweven met de vaststelling en waardering van de feiten om in cassatie op juistheid te worden getoetst. Mede beschouwd in het licht van de gedingstukken, acht ik het oordeel naar behoren gemotiveerd. Het oordeel berust in elk geval niet op de gedachte dat de huurster haar verweer in conventie geheel of gedeeltelijk zou hebben prijsgegeven.

2.7. Onderdeel 2 van het incidenteel middel heeft betrekking op het verweer van de huurster dat zij eind oktober 2001 de gehele op dat moment openstaande huur heeft voldaan aan de (toenmalige) advocaat van de verhuurster; zie de alinea's 1.1.11 en 1.1.12 hiervoor. Het hof heeft dit verweer verworpen in rov. 18. Onderdeel 2.1 klaagt dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting: voor de geldigheid van een betaling is immers niet vereist dat de schuldeiser de betaling aanvaardt. Een betaling kan worden gedaan aan de schuldeiser of aan iemand die bevoegd is namens de schuldeiser betalingen in ontvangst te nemen, zoals in dit geval de toenmalige advocaat van de verhuurster. De betaling is een feit en de schuldenaar is bevrijd zodra de bijschrijving heeft plaatsgevonden op een (niet op de voet van art. 6:114 lid 1 BW uitgesloten) bankrekening van de schuldeiser of van iemand die gerechtigd is voor de schuldeiser betalingen te ontvangen. De klacht onder 2.2 en de motiveringsklacht onder 2.3 sluiten hierbij aan.

2.8. Een betaling is niet een tweezijdige rechtshandeling. Betaling van een schuld kan derhalve plaatsvinden zonder toestemming van de schuldeiser(13). Daarmee is niet gezegd dat iedere overboeking aan de schuldeiser of diens gemachtigde door de rechter moet worden aangemerkt als een betaling van de openstaande huurschuld. Uit het arrest maak ik op dat het hof van oordeel is dat de overboeking op de derdenrekening van de advocaat onder voorwaarden, zoals vermeld in alinea 1.1.12 hiervoor, niet méér inhield dan (een poging van de schuldenaar tot) het stellen van zekerheid van betaling. Anders gezegd, de animus solvendi ontbrak. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk(14). De verhuurster mocht betaling van de huur verlangen en behoefde geen genoegen te nemen met het stellen van zekerheid.

2.9. Voor zover het middelonderdeel berust op de opvatting dat de verhuurster vrij kon beschikken over het bedrag dat de huurster had gestort op de derdenrekening van de advocaat van de verhuurster, treft de klacht evenmin doel. Gelet op de voorwaarden die de huurster eenzijdig aan de overmaking had verbonden, heeft de advocaat van de verhuurster begrijpelijkerwijs zich niet bevoegd geacht het bedrag aan zijn cliënte door te betalen. Dat het hof de overmaking onder deze voorwaarden niet heeft beschouwd als betaling van de verschuldigde huur, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De motivering van de beslissing voldoet op dit punt aan de daaraan te stellen eisen.

2.10. De slotsom is dat het incidenteel middel niet tot cassatie leidt.

### **3. Bespreking van de middelen in het principaal cassatieberoep**

3.1. Middel I gaat over de vraag of de in art. 10.5 van de huurovereenkomst bedoelde dagboete verschuldigd is in het tijdvak tussen 28 juli 2001 en 1 november 2001 (8 dagen na de sommatie van 24 oktober 2001). Middel II is gericht tegen de matiging van de boeten die het hof op grond van art. 6:94 BW heeft toegepast. Middel III heeft betrekking op de incassokosten.

3.2. Onderdeel I.1 bestrijdt het oordeel in rov. 17, dat de huurster als gevolg van de brief van 19 juli 2001 door de verhuurster zozeer op het verkeerde been is gezet, dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aan het vorderen van de in art. 10.5 bedoelde dagboete met ingang van 28 juli 2001 in de weg staat, voor zover de boete uitgaat boven 2 % per maand. Volgens het middelonderdeel dient in cassatie ervan te worden uitgegaan dat de in art. 10.5 bedoelde boete per dag verschuldigd is wanneer de huurster acht dagen na de sommatie nog steeds nalatig is in de nakoming van haar betalingsverplichting. De verhuurster noteert dat zij in de brief van 19 juli 2001 de huurster heeft gewezen op (het bestaan van) het boetebeding in art. 10.5 van de huurovereenkomst.

3.3. Het onderdeel klaagt onder a dat het hof niet, althans niet op een begrijpelijke wijze, heeft vastgesteld dat de huurster niet heeft geweten noch behoefde te weten wat de inhoud en betekenis van art. 10.5 was. Volgens het onderdeel moet de huurster dit hebben begrepen. Het onderdeel acht daarbij van belang: (i) dat de verhuurster onweersproken had aangevoerd dat de huurster deel uitmaakt van een omvangrijk concern dat exploitant is van een van de meest omvangrijke winkelketens van Nederland en uit dien hoofde beschikte over kennis van contracten als de onderhavige, (ii) dat de verhuurster onweersproken heeft aangevoerd dat partijen het onderhavige boetebeding over en weer desbewust zijn overeengekomen, (iii) dat de huurster bij de totstandkoming van de huurovereenkomst werd bijgestaan door een advocaat en (iv) dat de brief van 19 juli 2001 op 20 juli 2001 is ontvangen door de (toenmalige) advocaat van de huurster. Gelet op al deze omstandigheden is volgens het middelonderdeel geen andere conclusie mogelijk dan dat de inhoud en betekenis van het boetebeding in art. 10.5 van de huurovereenkomst voor de huurster duidelijk waren.

3.4. Ook indien de in dit onderdeel onder (i) - (iv) genoemde omstandigheden in de beschouwing worden betrokken, mocht het hof tot de gevolgtrekking komen die het hof in rov. 17 heeft gemaakt. Het hof bedoelt met de term 'op het verkeerde been zetten' kennelijk dat, óók indien voor de huurster duidelijk moet zijn geweest dat het boetebeding in art. 10.5 van de huurovereenkomst van toepassing was in het geval van niet tijdig betalen van de huur, de brief van 19 juli 2001 met de daarbij gevoegde factuur bij de huurster en haar advocaat de indruk heeft doen postvatten - en kon doen postvatten - dat de verhuurster het voor de huurster gunstiger boetebeding in art. 14.2 van de Algemene bepalingen van toepassing achtte en daarom (slechts) 2 % per maand boete in rekening bracht. In de redenering van het hof mocht de verhuurster weliswaar hierop terugkomen en mocht zij in het schrijven van 24 oktober 2001 alsnog de dagboete van art. 10.5 van de huurovereenkomst vorderen, maar niet meer over het tijdvak tussen 28 juli en 1 november 2001.

3.5. Onder b richt het onderdeel een klacht tegen de gevolgtrekking dat bij de huurster de indruk is gewekt dat - voorshands - aan boete niet meer dan 2% per maand wordt gevorderd. Volgens het onderdeel heeft de ver-

huurster in haar brief van 19 juli 2001 geen afstand gedaan van haar recht op de boete die de huurster op grond van art. 10.5 van de huurovereenkomst verschuldigd was. De verwijzing in deze brief naar de op grond van art. 14.2 Algemene bepalingen verschuldigde boete van 2% per maand en de nadruk die volgens het hof in de brief daarop valt, kunnen volgens het middelonderdeel het oordeel niet dragen.

3.6. Het hof heeft niet beslist dat de verhuurster in de brief van 19 juli 2001 afstand van recht heeft gedaan. Voor zover de klacht op die veronderstelling berust, mist zij feitelijke grondslag. Anders dan in het middel is betoogd, kan de motivering, en in het bijzonder de verwijzing naar de inhoud van de brief van 19 juli 2001, heel wel het oordeel dragen dat de verhuurster de huurster in dit opzicht op het verkeerde been heeft gezet.

3.7. De klacht onder c bouwt voort op de vorige klacht. Het hof zou niet, althans niet op een begrijpelijke wijze, omstandigheden hebben vastgesteld waaruit volgt dat de huurster in dit opzicht op het verkeerde been is gezet.

3.8. Mijns inziens is hier geen sprake van een lacune in de motivering die 's hofs beslissing onbegrijpelijk maakt. Het debat in hoger beroep ging hoofdzakelijk over de vraag of de gevorderde dagboeten, indien verschuldigd, buiten proportie zijn opgelopen, zoals de kantonrechter had geoordeeld. In dit verband mocht het hof betekenis toekennen aan één van de argumenten die de huurster hiertoe had aangevoerd, te weten dat de verhuurster op 19 juli 2001 het standpunt had ingenomen dat de huurster op grond van art. 14.2 van de Algemene bepalingen een boete van 2 % per maand verschuldigd was. De motiveringseis gaat niet zo ver dat het hof uitdrukkelijk had moeten vaststellen of voor (de betalingsbereidheid van) de huurster verschil had gemaakt of het ene boetebeding dan wel het andere boetebeding van toepassing was; het debat in de feitelijke instanties gaf daartoe geen aanleiding.

3.9. Onder d wordt geklaagd over een ontoelaatbare aanvulling van de feiten dan wel een onbegrijpelijk ruime uitleg van de stellingen van de huurster: volgens het middelonderdeel heeft de huurster nooit aangevoerd dat zij door de brief van de verhuurster van 19 juli 2001 op het verkeerde been is gezet.

3.10. Het verweer van de huurster is hiervoor al weergegeven. De kantonrechter heeft dit verweer kennelijk opgevat als een beroep op rechtsverwerking; in ieder geval heeft de verhuurster het verweer zo begrepen (vgl. MvG blz. 13). De verhuurster voerde, als een van haar grieven, aan dat op grond van de jurisprudentie(15) louter stilzitten van de schuldeiser nog geen rechtsverwerking meebrengt. De huurster heeft hierop geantwoord dat zij zich niet baseert op een louter stilzitten van de verhuurster, maar op de houding die de verhuurster had ingenomen in haar brief en factuur van 19 juli 2001(16). Het hof heeft dit standpunt van de huurster aldus mogen parafraseren dat de huurster stelde dat zij door de verhuurster 'op het verkeerde been is gezet' ten aanzien van de vraag of de verhuurster recht wilde doen gelden op de boete ingevolge art. 10.5 van

de huurovereenkomst. Onder e is slechts een samenvattende motiveringsklacht voorgesteld, die na het voorgaande geen afzonderlijke bespreking behoeft.

3.11. Onderdeel I.2 klaagt dat het hof in rov. 17 een te ruime maatstaf heeft gehanteerd: waar de huurster de dagboete ingevolge art. 10.5 van de huurovereenkomst verschuldigd is, zou de brief van 19 juli 2001 alleen dan aan de aanspraak van de verhuurster in de weg kunnen staan indien de uitoefening van die aanspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.12. De steller van het middel heeft kennelijk het oog op de jurisprudentie van de Hoge Raad over art. 6:248 lid 2 BW(17). In dit geval gaat het om een beroep op rechtsverwerking. Van rechtsverwerking kan sprake zijn wanneer het beroep van een partij op een haar toekomend contractueel recht, gelet op haar eigen voorafgaande houding of gedraging, in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht. Bij een beroep op rechtsverwerking staat centraal het door die houding of gedraging bij de wederpartij opgewekte vertrouwen(18). Mede gelet op het debat in hoger beroep, is duidelijk dat het hof hier de maatstaf heeft toegepast voor de beoordeling van een beroep op rechtsverwerking. Hierop stuit deze klacht af.

3.13. Onderdeel I.3 komt op tegen de beoordeling, in rov. 20.2, van de in hoger beroep alsnog over de periode 28 juli - 24 oktober 2001 gevorderde wettelijke rente. Het onderdeel klaagt dat uit de enkele omstandigheid dat in de brief van 19 juli 2001 geen aanspraak is gemaakt op wettelijke rente, niet kan worden afgeleid dat de verhuurster heeft afgezien van haar aanspraak op de wettelijke rente, noch dat de huurster te dien aanzien op het verkeerde been is gezet. Zoals het hof in rov. 20 heeft vastgesteld, was de huurster vanaf de vervaldatum van de huurtermijnen in verzuim en was de wettelijke rente vanaf dat moment verschuldigd. Volgens het onderdeel valt daarom niet in te zien waarom de verhuurster, teneinde haar aanspraak op wettelijke rente te behouden, de verschuldigdheid van wettelijke rente had moeten aanzeggen.

3.14. Het hof heeft inderdaad in rov. 20 tot uitgangspunt genomen dat de huurster in verzuim was vanaf de dag waarop zij telkens de vervaldatum voor het betalen van de huur overschreed. Wettelijke rente is verschuldigd over de tijd dat de schuldenaar in verzuim is (art. 6:119 BW). In rov. 20.2 heeft het hof van overeenkomstige toepassing geacht hetgeen in rov. 17 is overwogen. Daarmee moet het hof hebben bedoeld dat de verhuurster door haar brief van 19 juli 2001 bij de huurster het vertrouwen heeft doen postvatten dat zij ter zake van het niet tijdig betalen van de huur niet méér verschuldigd was dan (de in art. 14.2 van de Algemene bepalingen vastgestelde boete van) 2 % per maand. Mede beschouwd tegen de achtergrond van de hoofdregel in art. 6:92 lid 2 BW ("Hetgeen ingevolge een boetebeding verschuldigd is treedt in de plaats van de schadevergoeding op grond van de wet"), geeft dit onderdeel m.i. niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De slotsom is dat middel I niet tot cassatie leidt.

3.15. Middel II is gericht tegen rov. 19.3 en 19.4, waar het hof heeft besloten tot matiging van de op grond van art. 10.5 van de huurovereenkomst verschuldigde boeten, en tegen rov. 20.3, waarin de consequenties van dit oordeel voor de wettelijke rente worden besproken. Onderdeel II.1 gaat ervan uit dat de matiging berust op het oordeel (in rov. 19.3) dat een "al te disproportionele discrepantie" bestaat tussen enerzijds de hoogte van de in totaal verschuldigde boeten en anderzijds de schade die de verhuurster ten gevolge van de te late huurbetalingen heeft geleden. Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de bevoegdheid tot matiging. De huurster voert daartoe drie argumenten aan. In de eerste plaats, onder a, wordt betoogd dat voor een dergelijke matiging eerst plaats is wanneer de boete in verhouding tot de schade buitensporig hoog is(19), hetgeen het hof hier niet heeft vastgesteld.

3.16. Art. 6:94 lid 1 BW verleent de rechter de bevoegdheid om, op verlangen van de schuldenaar, een bedongen boete te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, evenwel met dien verstande dat de rechter ter zake van de tekortkoming aan de schuldeiser niet minder mag toekennen dan de schadevergoeding die op grond van de wet verschuldigd is. In de MvA II is hieromtrent opgemerkt:

"In beginsel is het toegelaten een boetebeding de functie te geven van een extra aansporing tot nakoming door de schuldenaar door hem ter zake van een eventuele tekortkoming te verplichten tot betaling van een hoger bedrag dan de door de schuldeiser geleden schade. Ook is in beginsel niet uitgesloten de schadevergoeding door middel van een boetebeding op een lager bedrag dan de werkelijke schade te fixeren. De rechter behoort in de aldus aan partijen gelaten contractsvrijheid pas te kunnen ingrijpen indien de billijkheid het klaarblijkelijk eist, waartoe het enkele uiteenlopen van boete en werkelijke schade niet voldoende is. De ondergetekende meent dat de voormelde maatstaf op aanvaardbare wijze aangeeft, wat de aard van de belangenafweging is, die hier van de rechter wordt verlangd." (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 325)

Van belang zijn de concrete omstandigheden van het geval(20). Eén van de relevante omstandigheden kan zijn dat in de desbetreffende overeenkomst sprake is van een boetebeding dat een uniforme boete stelt op velerlei mogelijke tekortkomingen(21).

3.17. Het hof heeft zich niet beperkt tot een beantwoording van de vraag of het bedrag van de verbeurde boeten het bedrag van de schade overschrijdt. Het hof heeft in rov. 19.3 overwogen dat een "al te disproportionele discrepantie" bestaat tussen enerzijds de verbeurde boeten en anderzijds de schade die de verhuurster ten gevolge van de te late betaling lijdt (te stellen op de wettelijke rente over de te laat betaalde huur). Met de woorden "al te disproportionele discrepantie" heeft het hof klaarblijkelijk tot uitdrukking willen brengen dat het totaal van de aldus verbeurde boeten buitensporig is in verhouding tot de geleden schade. Een extra aanwijzing hiervoor is, dat het hof in rov. 19.1 terughoudendheid van de rechter bij matiging van contractuele boeten voorop heeft gesteld.

3.18. Onder b wordt in het middelonderdeel aangevoerd dat een matiging alleen kan plaatsvinden in samenhang met de beoordeling van de overige omstandigheden van het geval. Het hof heeft dit in rov. 19.1 weliswaar vooropgesteld, maar uit zijn verdere overwegingen blijkt niet dat het hof dit heeft gedaan; het hof verwijst in rov. 19.3 slechts naar een "al te disproportionele discrepantie". Zo dit al geen blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, dan is het volgens het middel in ieder geval niet naar behoren gemotiveerd.

3.19. Deze klachten acht ik niet terecht. Het hof heeft allereerst van belang geacht dat het hier gaat om een beding met één uniforme boete voor velerlei soorten tekortkomingen; zie rov. 19.1). Dit oordeel is in cassatie niet bestreden. In rov. 19.2 en 19.3 heeft het hof de door de huurster voor matiging aangevoerde argumenten onderzocht. Het hof is van oordeel dat deze argumenten op zichzelf onvoldoende basis voor de verzochte matiging opleveren. Anderzijds noemt het hof de "al te disproportionele discrepantie". In rov. 19.4 besluit het hof om, "alles in aanmerking genomen", een beperkte matiging toe te passen. Uit deze opbouw van het arrest volgt dat het hof het niet door de verhuurster willen meewerken aan een minnelijke regeling nadat de huurster zich op een opschortingsrecht had beroepen, het niet door de verhuurster reageren op brieven van de huurster en het niet aanvaarden door de verhuurster van het aanbod van de huurster om zekerheid van betaling te stellen, heeft beschouwd in combinatie met de wanverhouding tussen het totaal van de verbeurde boeten en de geleden (vertrags-)schade en op die grond tot het oordeel is gekomen dat de discrepantie buitensporig is. Dit, op de omstandigheden van het geval gebaseerde oordeel geeft niet blijkt van een onjuiste opvatting van de bevoegdheid tot matiging van contractuele boeten en is ruim voldoende gemotiveerd.

3.20. Onder c wordt aangevoerd dat niet mag worden geabstraheerd van de inhoud en strekking van het boetebeding, de wijze van totstandkomen van het beding, de aard van de overtreding en de omstandigheden waaronder deze heeft plaatsgevonden. De klacht houdt in dat het hof hieromtrent te weinig heeft vastgesteld om de lezer inzicht te geven in de gronden waarop zijn beslissing berust, althans dat het hof onvoldoende is ingegaan op de (in onderdeel II.2 hierna bedoelde) stellingen van de verhuurster.

3.21. Naar ik aanneem, doelt het middel hier op de afschrikwekkende werking welke van een contractuele boete moet uitgaan. Zoals in de parlementaire geschiedenis is vastgelegd, kan een contractuele boete dienen als een krachtige prikkel tot nakoming van een contractuele verplichting. Dit noopt de rechter tot terughoudendheid bij het gebruikmaken van zijn bevoegdheid tot matiging; anders wordt de prikkel weggenomen.

Het hof heeft dit karakter van de overeengekomen boete niet miskend, doch zelfs tot uitgangspunt genomen; zie rov. 19.1. Hieruit kan de lezer opmaken dat het hof ook oog heeft gehad voor de in dit middelonderdeel genoemde aspecten. Met betrekking tot de wijze van totstandkomen van het beding hebben partijen in de fei-

telijke instanties het hof weinig of geen aanknopingspunten verschaft voor een verdergaande motivering dan het hof heeft gegeven.

3.22. Onderdeel II.2 klaagt dat de beslissing tot matiging van de boeten blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel onvoldoende is gemotiveerd in het licht van de door het hof vastgestelde respectievelijk door de verhuurster ingeroepen omstandigheden die in het middelonderdeel onder a t/m h zijn samengevat. De toelichting houdt in dat de in art. 10.5 van de huurovereenkomst bedongen boete bij uitstek is bedoeld voor een geval als het onderhavige: volgens het middel een flagrante schending van de meest essentiële verplichting van een huurder. De matiging komt volgens het middel erop neer dat de beoogde werking van het boetebeding terzijde wordt gesteld, terwijl noch de omstandigheden waaronder het beding tot stand is gekomen noch de omstandigheden waaronder de overtreding van het beding heeft plaatsgevonden daartoe aanleiding geven. In de gedingstukken klinkt een verontwaardiging van de verhuurster door over het door haar veronderstelde feit dat deze grote bedrijfsmatige huurster van haar een verlaging van de huurprijs heeft willen afdwingen door de huurbetalingen geheel stop te zetten.

3.23. Bij de beoordeling van deze klacht moet worden vooropgesteld dat het hof de boete niet heeft gematigd tot nihil of tot een symbolisch bedrag. Integendeel, het hof heeft zich in rov. 19.1 bewust getoond van het belang dat het boetebeding een prikkel tot nakoming door de huurster van haar verplichtingen is. Na matiging is een serieus te nemen boetebedrag overgebleven. In de omstandigheid dat de rechter op grond van art. 6:94 BW een bedongen boete mag matigen, ligt besloten dat kan worden afgeweken van hetgeen tussen partijen desbewust als boete overeengekomen is. Zoals gezegd, heeft het hof van belang geacht dat het in art. 10.5 gaat om een uniforme boete voor allerlei typen tekortkomingen; dat oordeel staat geenszins dwars op de omstandigheden die de verhuurster naar voren had gebracht. Daarenboven is de beslissing van het hof mede gebaseerd op omstandigheden die zijn ontstaan nadat het conflict over de (volgens de verhuurster: vermeende) tekortkomingen van het gehuurde was gerezen en die in de redenering van het hof ook aan de verhuurster kunnen worden toegerekend, zoals het niet reageren op brieven e.d. Tegen deze achtergrond falen zowel de rechtsklacht als de motiveringsklacht.

3.24. Onderdeel II.3 voegt hieraan toe dat het hof ten onrechte het belang van de verhuurster dat gelegen is in een prompte betaling van de huur buiten beschouwing heeft gelaten: voor een bedrijfsmatige exploitatie van verhuurbare ruimte is een prompte betaling van de huur door de huurder essentieel, zowel voor de bedrijfsvoering als voor het voortbestaan van de onderneming van de verhuurster. Het gaat niet alleen om vertragschade, die achteraf kan worden gesteld op de wettelijke rente, maar ook om het belang dat de verhuurster niet bedreigd wordt door een ongerechtvaardigde stopzetting van de huurbetalingen.

3.25. Zoals gezegd, heeft het hof als uitgangspunt genomen dat het onderhavige boetebeding was bedoeld als prikkel tot tijdige betaling. De klacht stuit hierop af. Overigens blijkt niet, en wordt in het onderdeel ook niet gesteld, dat de verhuurster in de feitelijke instanties het belang van het voortbestaan van haar onderneming als een mee te wegen belang naar voren heeft gebracht. Derhalve kan ook niet de eis worden gesteld dat het hof in zijn motivering uitdrukkelijk ook op dat belang ingaat.

3.26. Onderdeel II.4 is slechts voorgedragen voor het geval dat het oordeel van het hof (mede) berust op andere gronden dan de "al te disproportionele discrepantie". Deze klacht mist feitelijke grondslag en behoeft geen bespreking. Onderdeel II.5 bouwt voort op de voorgaande klachten en deelt het lot daarvan. De slotsom is dat middel II niet tot cassatie leidt.

3.27. Middel III is gericht tegen rov. 22, waarin het hof de door de verhuurster gevorderde buitengerechtelijke kosten en proceskosten ten bedrage van €3.884,- heeft afgewezen op de grond dat de verhuurster onvoldoende heeft onderbouwd dat sprake is van andere werkzaamheden dan die waarvoor de proceskosten een vergoeding plegen in te sluiten. Dit oordeel is volgens het middel onvoldoende gemotiveerd of geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit gedeelte van haar vordering was immers gebaseerd op het feit dat partijen in art. 13 van de Algemene bepalingen een volledige vergoeding van de door de verhuurster te maken gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten waren overeengekomen(22). Hieruit volgt dat de verhuurster (in beginsel) aanspraak heeft op vergoeding door de huurster van deze kosten.

3.28. In eerste aanleg heeft de verhuurster in reconventie aanspraak gemaakt op vergoeding van buitengerechtelijke kosten ten bedrag van f 6.000,- (CvA/CvE reconv. onder 12). De huurster heeft hiertegen het verweer gevoerd dat de verhuurster heeft nagelaten een onderbouwing te geven van de door haar gemachtigde verrichte buitengerechtelijke werkzaamheden. De huurster ging er dan ook van uit, dat vóór de aanvang van het geding door de verhuurster geen andere kosten zijn gemaakt dan die, welke ter voorbereiding van een geding in het algemeen redelijk en noodzakelijk zijn en waarvoor art. 237 e.v. Rv een vergoeding plegen in te sluiten (dit is de maatstaf van - thans - art. 241 Rv; zie CvD reconv. onder 7.4). In hoger beroep (grief 3) heeft de verhuurster aangegeven dat zij op grond van art. 13 van de Algemene bepalingen aanspraak maakt op vergoeding van een evenredig deel, namelijk 25 %, van alle kosten die haar (toenmalige) advocaat haar in verband met dit geschil in rekening heeft gebracht. Dit resulteerde in een vordering van € 3.884,-. De huurster heeft deze gewijzigde vordering bij MvA (11.1 - 11.7) betwist.

3.29. Art. 13 van de Algemene bepalingen luidt als volgt:

"In alle gevallen waarin verhuurder een sommatie, een ingebrekestelling of een exploit aan huurder doet uitbrengen, of in geval van procedures tegen huurder om deze tot nakoming van de overeenkomst of tot ontrui-

ming te dwingen, is huurder verplicht alle daarvoor gemaakte kosten, zowel in als buiten rechte - met uitzondering van de ingevolge een definitieve rechterlijke beslissing door verhuurder te betalen proceskosten - aan verhuurder te voldoen.

De gemaakte kosten worden tussen partijen bij voorbaat vastgesteld op een bedrag dat niet lager is dan het gebruikelijke tarief dat door gerechtsdeurwaarders wordt gehanteerd."

3.30. Het hof heeft overwogen dat de verhuurster het in appel gevorderde bedrag heeft onderbouwd door overlegging van facturen van haar advocaat. Uit deze facturen blijkt dat zij betrekking hebben op werkzaamheden in het vierde kwartaal van 2001 en tijdvakken daarna. Aangezien de inleidende dagvaarding is uitgebracht op 12 september 2001 en de eis in reconventie dateert van 19 november 2001 heeft de verhuurster naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd dat sprake is van andere werkzaamheden dan die waarvoor de (door de rechter vastgestelde) proceskosten een vergoeding plegen in te sluiten. Het hof heeft de kosten van het geding in eerste aanleg in reconventie gecompenseerd. Daarnaast heeft het hof de kosten van het geding in het principaal hoger beroep gecompenseerd en de huurster veroordeeld in de kosten van het incidenteel hoger beroep (rov. 13, 23 en 24).

3.31. Hieruit volgt m.i. niet dat het hof heeft miskend dat dit gedeelte van de vordering door de verhuurster was gebaseerd op art. 13 van de Algemene bepalingen. Veeleer kan hieruit worden opgemaakt dat het hof van oordeel is dat genoemd artikel 13 aldus moet worden verstaan dat het uitsluitend betrekking heeft op andere kosten dan die waarvoor de proceskosten (als bedoeld in art. 237 e.v. Rv) een vergoeding plegen in te sluiten(23). Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde in het licht van het summiere partijdebat geen nadere motivering. Middel III faalt.

3.32. Volledigheidshalve wijs ik nog op een andere mogelijkheid. Bij memorie van antwoord, blz. 16-17, heeft de huurster in reactie op deze grief van de verhuurster gewezen op Aanbeveling I van het rapport van de Commissie Voorwerk uit 2002 en aangevoerd dat gebruikelijk is dat - ook bedongen - proceskosten worden gematigd tot het liquidatietarief(24). Voor zover het hof al niet rechtstreeks toepassing heeft gegeven aan art. 242 Rv, zoals de s.t. namens de huurster veronderstelt, kan het hof van oordeel zijn geweest dat de verdeling die de verhuurster had gemaakt (25 % van het totaalbedrag van de facturen van haar advocaat toerekenen aan diens activiteiten ter incasso van de huurpenningen) zo willekeurig is, dat het beter is de door de huurster te vergoeden kosten te verdisconteren in de proceskostenbeslissing.

#### **4. Conclusie**

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal en het incidenteel cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

- 1 Met de verhuurster (s.t. blz. 2) ga ik ervan uit dat dit een verschrijving is. Het huurcontract, overgelegd bij de inleidende dagvaarding, vermeldt als einddatum 31 augustus 2011 en deze datum is nimmer punt van geschil geweest.
- 2 De brief is overgelegd als productie 4 bij de inleidende dagvaarding en is door het hof geciteerd in rov. 1.5.
- 3 Overgelegd als productie 2 bij MvA.
- 4 Overgelegd als productie 9 bij de inleidende dagvaarding.
- 5 De brief is overgelegd als productie 3 bij MvG en is door het hof geciteerd in rov. 1.11.
- 6 Overgelegd als productie 7 bij MvA en door het hof geciteerd in rov. 1.14.
- 7 Overgelegd als productie 4 bij MvG.
- 8 Zie de vaststelling in rov. 1.16 van het bestreden arrest.
- 9 Verwezen wordt naar de CvR/CvA in reconventie, onder 29, en naar de CvD in reconventie, onder 6.4.
- 10 Verwezen wordt naar de MvG onder 3.11.
- 11 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.
- 12 MvG onder 3.13 - 3.16. Overigens: de regel waarop de verhuurster doelt, te weten dat een specifieke bepaling in een overeenkomst gaat boven een bepaling in algemene voorwaarden, is geen (ongeschreven) rechtsregel, doch kan hooguit gelden als een gezichtspunt, dat bij de uitleg van de overeenkomst met behulp van het Haviltex-criterium in aanmerking kan worden genomen (HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506).
- 13 Asser-Hartkamp 4-1, 2004, nr. 186. Het oude B.W. kende in art. 1440 nog het aanbod van gerede betaling, gevolgd door consignatie of bewaargeving.
- 14 Bij MvA onder 9.1 heeft de huurster gesteld dat zij het bedrag heeft overgemaakt "als zekerheidstelling van het eventueel door haar verschuldigde".
- 15 Bedoeld is: HR 1 februari 2002, NJ 2002, 120.
- 16 Zie de MvA, in het bijzonder onder 7.1.
- 17 Zie bijv. HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471 m.nt. ARB; HR 8 februari 2002, NJ 2002, 284; HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141.
- 18 Asser-Hartkamp, 4-II, 2005, nrs. 320-322.
- 19 Vgl. HR 11 februari 2000, NJ 2000, 277, waarin beroep werd gedaan op "een enorme discrepantie".
- 20 HR 4 november 1988, NJ 1989, 244 m.nt. MMM. Zie voor een uitvoerige beschouwing, ook met rechtsvergelijkende gegevens: H.N. Schelhaas, Het boetebeding in het Europese contractenrecht, diss. 2004, i.h.b. blz. 452-463.
- 21 HR 13 februari 1998, NJ 1998, 725 m.nt. JH en HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 595 m.nt. JH.
- 22 Verwezen wordt naar MvG, onder 6.1-6.3.
- 23 Vgl. HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566, rov. 3.3.
- 24 Het rapport is te raadplegen via [www.nvvv.org](http://www.nvvv.org). Over de desbetreffende aanbeveling is het een en ander te doen geweest; zie daarover de conclusie van mijn ambtgenoot Huydecoper voor HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566. Het Rapport Voorwerk kwam nadien nog ter sprake in HR 18 februari 2005, JBPr 2005, 36 m.nt. M.R. Ruygvoorn.