

WPNR 2017/7136 De matiging van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken



Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	148
Publicatiedatum	04-02-2017
Afleveringsnummer	7136
Titel	De matiging van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken
Auteurs	Mr. P.T.J. Wolters, Universitair docent burgerlijk recht en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit. (p.wolters@jur.ru.nl) De auteur dankt dhr. K. Muijres voor zijn hulp bij de selectie en codering van de uitspraken.
Samenvatting	De rechter matigt de gebruikelijke boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken minder vaak en, gelet op de verhouding tussen schade en boete, minder snel dan andere boetes.
Paginanummers	122-128
Rubriek	Artikel

WPNR 2017(7136) De matiging van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken

De matiging van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken

Een empirische analyse van de invloed van het gebruikelijke karakter

1. Inleiding

Bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken is het gebruikelijk om een boetebeding in de zin van art. 6:91 BW op te nemen.¹ Bij de verkoop van bestaande woningen wordt bijvoorbeeld gebruik gemaakt van de door de Nederlandse Vereniging van Makelaars, VastgoedPRO, VBO Makelaar, de Consumentenbond en Vereniging Eigen Huis opgestelde standaardovereenkomst (het 'NVM-model').² De in dit model opgenomen 'NVM-boete' bepaalt dat een partij de overeenkomst kan ontbinden indien haar wederpartij, na in gebreke te zijn gesteld, acht dagen nalatig is of blijft in de nakoming van één of meer van haar uit de koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. De nalatige partij verbeurt in dat geval een boete van tien procent van de koopprijs. De schuldeiser kan er echter ook voor kiezen om geen gebruik te maken van zijn recht op ontbinding. Hij heeft in dat geval tot aan de dag van de nakoming recht op drie promille van de koopprijs per dag. Deze boete is in de versie van 2014, anders dan in de eerdere versies, gemaximeerd op tien procent van de koopprijs. Ook als de schuldeiser later alsnog ontbindt, is de totale boete nooit groter dan tien procent van de koopprijs.³

De rechter die moet oordelen over de eventuele matiging van deze standaardboete wordt geconfronteerd met een spanning. De NVM-boete is een 'gebruikelijke boete' of 'gewoonte'. Deze omstandigheid pleit tegen de toepassing van art. 6:94 lid 1 BW.⁴ Verschillende kenmerken van de standaardboete wijzen echter in de richting van matiging (§ 2). In dit artikel onderzoek ik de invloed van de gewoonte op de matiging van boetebedingen. Ik analyseer of, en in hoeverre, lagere rechters de gebruikelijke bedingen minder vaak matigen dan andere boetes. Hierbij ga ik in het bijzonder in op boetes bij

koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken. Ik beantwoord de volgende vraag: *In hoeverre oefent het gebruikelijke karakter van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken invloed uit op de matiging op grond van art. 6:94 BW?*

Het artikel is als volgt opgebouwd. Ik begin met een bespreking van het belang van het onderzoek (§ 2). Hierbij bespreek ik ook een casus die de problematiek illustreert. Vervolgens geef ik een nadere beschrijving van het gebruik van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken (§ 3). Hierna volgt de empirische analyse van de Nederlandse lagere rechtspraak. Paragraaf 4 beschrijft de gevolgde methode. Vervolgens geef (§ 5) en analyseer (§ 6) ik de belangrijkste resultaten. Paragraaf 7 plaatst de bevindingen in een breder kader. Het artikel eindigt met een conclusie (§ 8).

2. Het belang van het onderzoek

De beantwoording van de onderzoeksvraag is allereerst van belang voor de praktijk. De rechter moet regelmatig oordelen over een beroep op de matiging van boetebedingen. Hij wordt hierbij geconfronteerd met een spanning.

De casus van HR 13 juli 2012, *NJ* 2012, 459 (*Van de Zuidwind/Faase*) biedt een voorbeeld. Faase verkoopt zijn woning aan Van de Zuidwind voor € 210.000. Van de Zuidwind krijgt de financiering niet rond en kan de koopprijs niet betalen. Hij doet echter geen tijdig beroep op het in de overeenkomst opgenomen financieringsvoorbehoud. Faase maakt daarom aanspraak op de boete van € 21.000.

Van de Zuidwind vordert matiging van de boete op grond van art. 6:94 lid 1 BW. Het Hof Amsterdam wijst het beroep echter af. Het stelt, met een verwijzing naar HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (*Intrahof/Bart Smit*), dat de bevoegdheid van 6:94 lid 1 BW terughoudend moet worden toegepast. Het benadrukt bovendien dat het gaat om een gebruikelijk beding dat deel uitmaakt van het NVM-model.

Er bestaan echter ook omstandigheden die voor de matiging van de NVM-boete pleiten. Van de Zuidwind wijst in de eerste plaats op het feit dat beide partijen, anders dan in *Intrahof/Bart Smit*, particulier zijn. De schuldenaar verdient daarom meer bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁵ Dit geldt in het bijzonder omdat de NVM-boete onwenselijke maatschappelijke gevolgen kan hebben. Het beding kan ertoe leiden dat particulieren met beperkte financiële middelen jaren vast blijven zitten aan afbetalingsverplichtingen die zijn veroorzaakt door een relatief onschuldige fout.⁶ De particulieren realiseren zich bovendien vaak niet welke plichten zij met de standaardovereenkomst op zich hebben genomen. Over de boete wordt in de meeste gevallen immers niet afzonderlijk onderhandeld.⁷ De clause bevat daarnaast een ‘eenheidsboete’. Zij bevat één bedrag voor verschillende mogelijke tekortkomingen.⁸ De standaardboete kan ten slotte leiden tot een grote discrepantie tussen de boete en de door de schuldeiser geleden schade. Dit geldt in het bijzonder als de verkoper zijn huis alsnog voor hetzelfde bedrag kan verkopen. De nalatige koper moet in dat geval een aanzienlijk bedrag betalen zonder dat er sprake is van nadeel aan de kant van de schuldeiser.⁹ Faase heeft zijn woning bijvoorbeeld alsnog voor € 210.000 kunnen verkopen aan een derde. Hij lijdt volgens Van de Zuidwind maximaal € 2.691 schade.

Van de Zuidwind pleit in cassatie voor een verfijning van de maatstaf van *Intrahof/Bart Smit*. Hij stelt dat de rechter bij de boete in het NVM-model juist minder terughoudend zou moeten omgaan met zijn matigingsbevoegdheid.¹⁰ De Hoge Raad verwerpt deze stelling. Hij oordeelt dat er geen grond bestaat voor een zodanige, ongewenste, nuancering.

Kennis over de rol van het gebruikelijke karakter stelt partijen in staat om de kans van een beroep op de matiging van de gebruikelijke boete bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken beter in te schatten. Zij kan hierdoor bijdragen aan een efficiëntere geschilbeslechting. De bestaande literatuur laat bovendien een wisselend beeld zien. Dammingh beweert dat de rechter, met name bij de boete in het NVM-model, geregeld gebruik maakt van zijn matigingsbevoegdheid.¹¹ Klomp en Schelhaas stellen echter dat een beroep op matiging van de NVM-boete in de meeste gevallen wordt afgewezen.¹² Klomp en Schelhaas lijken hierbij echter geen oog te hebben voor de complicatie dat de enkele omstandigheid dat de NVM-boete in vergelijking met andere boetes *minder vaak* wordt gematigd, op zichzelf niet

duidelijk maakt of de rechter deze boete ook *minder snel* matigt. Deze omstandigheid kan worden veroorzaakt doordat de rechters bij gebruikelijke boetes terughoudender zijn met de toepassing van hun matigingsbevoegdheid. Het is echter ook mogelijk dat zij simpelweg worden geconfronteerd met relatief veel kansloze beroepen op de matiging van de NVM-boete. De rechtspraak is immers afhankelijk van de conflicten die de partijen aan de rechter voorleggen. Deze selectie vormt geen perfecte afspiegeling van de werkelijkheid. Bovendien wordt niet iedere uitspraak gepubliceerd.¹³

De beantwoording van de onderzoeksvraag vereist daarom dat er ook aandacht wordt besteed aan een andere factor. Uit eerder onderzoek blijkt dat er een samenhang bestaat tussen de verhouding van de werkelijke schade en de hoogte van de boete en de matiging van de boetebedingen.¹⁴ De rechter matigt de boetes vaker als er een ‘wanverhouding’ tussen schade en boete bestaat. In deze bijdrage onderzoek ik of, en in hoeverre, deze samenhang anders is bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken.

De beantwoording van de onderzoeksvraag is daarnaast van belang vanuit een theoretisch perspectief. De invloed van de gewoonte op de toepassing van art. 6:94 lid 1 BW past bij het systeem van het Nederlandse vermogensrecht. De eisen van de redelijkheid en billijkheid zijn onder andere afhankelijk van gewoonten en andere gedeelde opvattingen zoals in Nederland levende rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen.¹⁵ Een rechtsbetrekking is minder snel onaanvaardbaar als zij aansluit bij de gewoonte. Dit betekent echter niet dat de redelijkheid en billijkheid nooit kan leiden tot een resultaat dat afwijkt van de gedeelde opvattingen. De gewoonte is slechts een van de relevante omstandigheden. Een onredelijk beding wordt niet redelijk omdat iedereen het gebruikt.¹⁶ De conclusie dat een boetebeding gebruikelijk is, leidt bovendien niet automatisch tot de gevolgtrekking dat ook de onverkorte toepassing in het concrete geval redelijk is.¹⁷

Gewoonten kunnen leiden tot eisen van de redelijkheid en billijkheid die afwijken van de ‘algemene’ invulling van de open norm. De beantwoording van de onderzoeksvraag vergroot het inzicht in de verhouding tussen deze ‘algemene redelijkheid en billijkheid’ en de gebruiken.

3. Boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken

Het NVM-model is geschreven voor koopovereenkomsten die zien op bestaande woningen. De in dit model opgenomen boetes zijn echter ook gebruikelijk bij andere vastgoedtransacties. Het ‘Model koopovereenkomst voor een bestaand appartementsrecht’ hanteert bijvoorbeeld dezelfde boeteclausule.¹⁸ Het bedrag van tien procent van de koopprijs wordt daarnaast gebruikt in het ‘Standaardmodel voor koop-/aannemingsovereenkomsten voor eengezinswoningen 2014’ (het ‘GIW-model’).¹⁹ De boete is onder andere verschuldigd als de afnemer zich onvoldoende inspant bij het verkrijgen van een financiering of als een van de partijen niet meewerkt aan de levering.²⁰ Ten slotte zijn de boetes ook gebruikelijk in vastgoedtransacties tussen professionele partijen. Ook bij deze boetes pleit het gebruikelijke karakter van de bedingen tegen matiging.²¹

Het tegenovergestelde geldt ook. De omstandigheid dat de overeengekomen boete groter is dan de gebruikelijke sanctie, vormt een argument om het bedrag te matigen. In Rb. ’s-Gravenhage 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10529 concludeerde de rechter bijvoorbeeld dat de overeengekomen boete van tien procent van de koopprijs *per dag* een evidente vergissing was. Hij matigde de boete tot de gebruikelijke drie promille. In Rb. Rotterdam 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9580 waren de partijen een boete van 30 procent van de koopprijs overeengekomen. De rechter overwoog dat dit afwijkt van de gangbare 10 procent en matigde de boete tot 20 procent.

4. Het onderzoek

In dit onderzoek analyseer ik gepubliceerde uitspraken waarin feitenrechters art. 6:94 lid 1 BW toepassen. De gevolgde methode is uitgebreider beschreven op <http://dx.doi.org/10.17026/dans-z7u-xrbj>. De uitspraken zijn in twee stappen geselecteerd. Eerst is gebruik gemaakt van de zoekopdracht ‘6:94 BW matiging’.²² Ik ben de gevonden uitspraken uit 2013, 2014 en 2015 een voor een nagegaan. Zaken waarin de rechter geen beslissing neemt over de toepassing van art. 6:94 lid 1 BW, zijn niet geselecteerd. De zoekopdracht leverde een grote hoeveelheid jurisprudentie op waarin *geen* sprake was van een

gebruikelijk boetebeding. Ik vond echter onvoldoende uitspraken waarin de rechter oordeelde over de matiging van de gebruikelijke boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken. Ik heb daarom andere zoekopdrachten gebruikt om extra zaken uit de periode 2008-2012 te vinden waarin werd getwist over deze bedingen.²³

Ik heb per uitspraak aangegeven of de rechter de verbeurde boete matigt. Daarnaast heb ik de hoogte van de boete, het totale toewijsbare bedrag en de werkelijke schade genoteerd. Het gaat hierbij telkens slechts om de bedragen die in verband staan met de tekortkoming die tot het verbeuren van de boete heeft geleid. Ik ben steeds uitgegaan van de bedragen zoals zij *door de rechter* zijn vastgesteld. In verschillende uitspraken stelt de rechter de precieze schade niet vast, maar maakt hij wel een opmerking over de omvang van de schade van de schuldeiser. Deze opmerkingen zijn ook genoteerd.

In dit onderzoek heb ik daarnaast genoteerd of er sprake is van een ‘gewoonte’ of ‘gebruikelijke boete’. De *boete* staat hierbij centraal. Een boete van 10 procent, of drie promille per dag, van de koopprijs bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken is genoteerd als gebruikelijke boete. Hierbij is het niet van belang of uit de uitspraak blijkt of de partijen het NVM-model hebben gebruikt. De boete is immers ook op zichzelf, onafhankelijk van het model, gebruikelijk. Als de rechter oordeelt over de matiging van een ander gebruikelijk boetebeding is dit ook genoteerd. Deze uitspraken zijn echter niet meegenomen in de hierna uitgevoerde analyses.²⁴

Ten slotte is de hoedanigheid (overheid, particulier of professioneel) van de schuldeiser en de schuldenaar genoteerd. Uit dit onderzoek blijkt echter niet dat er een significante correlatie bestaat tussen de hoedanigheid van de partijen en de matiging van de boete of de verhouding tussen schade en boete. De zoekopdrachten leverden bovendien te weinig uitspraken op waarin een professionele partij de standaardboete verschuldigd is.²⁵ Dit artikel gaat hier daarom verder niet op in.

5. De resultaten

De volledige gegevens zijn beschikbaar op <http://dx.doi.org/10.17026/dans-z7u-xrbj>. Op deze plek zijn ook enkele extra tabellen toegevoegd die hier omwille van de ruimte zijn weggelaten. De zoekopdrachten hebben geleid tot 165 relevante uitspraken. De rechter matigde de boete 66 keer (40%). Er waren in totaal 89 uitspraken over de matiging van de gebruikelijke boete bij onroerende zaken. Hiervan gingen er 74 over de verkoop van een woning waarbij ten minste een particulier (koper of verkoper) was betrokken. Bij de andere vijftien zaken handelden twee professionele partijen met elkaar.

Tabel 1 geeft een overzicht van de frequenties waarin de rechter de werkelijke schade vaststelt of een opmerking maakt over de schade. De tabel laat daarnaast zien in hoeveel uitspraken de rechter de boete matigde. Ik presenteer de gegevens in sterk geconsolideerde vorm. Uit eerder onderzoek blijkt dat de rechter de boete significant vaker matigt als het totale toewijsbare bedrag meer dan twee keer zo hoog is als de werkelijke schade.²⁶ Hetzelfde geldt als de rechter expliciet overweegt dat de werkelijke schade, al dan niet in verhouding tot de boete, beperkt is. Dit geldt zowel ten opzichte van de uitspraken waarin de boete en de schade minder sterk uiteenlopen als ten opzichte van de uitspraken waarin niets is vastgesteld over de werkelijke schade. De tabel verdeelt de jurisprudentie daarnaast in twee groepen: de uitspraken zonder gebruikelijk boetebeding (paneel a) en de uitspraken waarin de rechter oordeelt over de eventuele matiging van de standaardboete bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken (paneel b).

Tabel 1. De opmerkingen over of vaststelling van de werkelijke schade

Aantal	% van uitspraken binnen de groep	Aantal gematigd	% gematigd
Groep A. Geen gewoonte			

Verhouding < 0.5 ²⁷ of een opmerking die benadrukt dat de schade laag is ('wanverhouding')	39	51	34	87
Verhouding > 0.5 of andere opmerking ²⁸	19	25	0	0
Geen informatie over werkelijke schade	18	24	4	22
Totaal	76	100	38	50
Groep B. Gebruikelijke boete koop onroerende zaak				
Verhouding < 0.5 of een opmerking die benadrukt dat de schade laag is	33	37	22	67
Verhouding > 0.5 of andere opmerking	37	42	4 ²⁹	11
Geen informatie over werkelijke schade	19	21	2	11
Totaal	89	100	28	21

6. Analyse. Het gebruikelijke karakter beïnvloedt de matiging

Tabel 1 laat zien dat de gebruikelijke boetes bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken significant minder vaak worden gematigd.³⁰ Dit maakt op zichzelf niet duidelijk of de rechter deze bedingen ook *minder snel* matigt (§ 2). De tabel laat immers ook zien dat er bij de standaardboetes bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken minder vaak sprake is van een wanverhouding tussen schade en boete. Deze samenhang is echter niet significant.³¹

De belangrijke rol van de verhouding tussen schade en boete wordt hiermee bevestigd. Tabel 1 laat zien dat er zowel bij uitspraken zonder gebruikelijk boetebeding als bij de gebruikelijke boetes bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken een significante samenhang bestaat tussen de verhouding van schade en boete en de matiging van de boetebedingen. Wel is dit verband sterker bij uitspraken zonder gebruikelijk beding.³² Deze samenhang tussen het gebruikelijke karakter van de boete, de verhouding tussen schade en boete en de matiging is significant.³³ Ook als er rekening wordt gehouden met de verhouding tussen schade en boete, matigt de rechter de gebruikelijke boetes bij koopovereenkomsten minder vaak.

Er bestaat een sterke samenhang tussen de verhouding van schade en boete en de matiging op grond van art. 6:94 lid 1 BW. De samenhang tussen het gebruikelijke karakter en de matiging is lang niet zo krachtig.³⁴ De gewoonte is dus niet allesbepalend. Zij is echter wel degelijk relevant. Dit blijkt bijvoorbeeld als er een wanverhouding tussen schade en boete bestaat. In de uitspraken zonder gebruikelijk beding matigde de rechter de boete in 34 van de 39 gevallen (87%). In de uitspraken met gebruikelijk beding werd art. 6:94 lid 1 BW slechts in 22 van de 33 gevallen (67%) toegepast. De kans dat de rechter een standaardboete ondanks een wanverhouding niet matigt, is meer dan dubbel zo groot als de kans dat de rechter een andere boete onverminderd toewijst. Dat dit verschil in verband staat met het gebruikelijke karakter van de boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken, blijkt ook uit de uitspraken waarin de rechter de boete ondanks de wanverhouding niet matigt. Bij vijf van de elf uitspraken (45%) verwijst de rechter expliciet naar het gebruikelijke karakter van de boete.³⁵ In vijf andere uitspraken benadrukt de rechter dat de enkele wanverhouding tussen schade en boete onvoldoende is om de matiging te rechtvaardigen of dat de schuldenaar het beroep op matiging onvoldoende heeft onderbouwd.³⁶

7. Implicaties buiten de context van koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken

Er bestaat een significante samenhang tussen het gebruikelijke karakter van de boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken, de verhouding tussen schade en boete en de matiging van boetebedingen. De rechter matigt de gebruikelijke boetes, gelet op de verhouding tussen schade en boete, minder snel. Deze conclusie is ook van belang buiten de context van koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken. Zij is tevens relevant voor andere gebruikelijke boetebedingen (§ 7.1), andere gewoonten (§ 7.2) en voor de verhouding tussen gewoonten en de rechtszekerheid (§ 7.3).

7.1. Andere gebruikelijke boetebedingen

Er bestaat een grote hoeveelheid jurisprudentie over de matiging van de standaardboetes bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken. Andere gebruikelijke boetebedingen hebben niet tot voldoende gepubliceerde uitspraken geleid om de invloed van het gebruikelijke karakter kwantitatief te analyseren.³⁷ Er is echter geen reden om aan te nemen dat de gewoonte alleen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken van belang is voor de toepassing van art. 6:94 lid 1 BW.

In verschillende zaken overweegt de rechter dat het gebruikelijke karakter van de boetes uit de ‘Model huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:290 BW’ en de ‘Model huurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van artikel 7:230a BW’ (de ‘ROZ-modellen’) de eventuele matiging beïnvloedt.³⁸ Hetzelfde geldt voor boetes bij veilingen, vanwege het niet vervullen van een bebouwingsplicht en in de groente-en-fruitbranche.³⁹ Hoewel de uitspraken niet duidelijk maken of er ook een ‘meetbare’, significante samenhang bestaat tussen het gebruikelijke karakter en de matiging van deze boetebedingen, suggereren zij dat de conclusies over boetes bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken ook van belang zijn voor andere bedrijfstakken. Waarschijnlijk matigt de rechter ook andere gebruikelijke boetebedingen minder snel.

7.2. Andere gewoonten

Dit artikel bevestigt dat de gewoonte de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.⁴⁰ Het laat bovendien zien dat de relevantie in de context van de matiging van boetebedingen significant en meetbaar is. Tegelijkertijd blijkt echter dat de gewoonte ook in deze context niet de belangrijkste omstandigheid is. De verhouding tussen schade en boete is van groter belang. Het gebruikelijke karakter van de boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken is een belangrijke, maar geen allesbepalende, omstandigheid.

De vraag rijst of deze conclusie ook geldt voor andere gewoonten en bij andere rechtsfiguren. Niet ieder leerstuk leent zich echter voor een kwantitatieve analyse. Paragraaf 7.1 illustreert dat er niet altijd voldoende gepubliceerde jurisprudentie bestaat. In veel gevallen zal er bovendien geen andere significante factor, zoals de verhouding tussen schade en boete, bestaan waartegen de invloed van de gewoonte kan worden afgezet. Het is daarom niet eenvoudig om te bepalen in hoeverre de conclusies over de relevantie van het gebruikelijke karakter van de boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken ook gelden voor andere gewoonten en bij andere rechtsfiguren. Nader onderzoek zal dit moeten uitwijzen.

7.3. Rechtszekerheid en gebruikelijke boetebedingen

Standaardisatie en gewoonten zorgen voor ordening. Zij maken een resultaat herhaalbaar en voorspelbaar.⁴¹ Uit deze bijdrage blijkt echter dat het NVM-model bij een procedure over de toepassing van art. 6:94 lid 1 BW, juist omdat het gaat om een standaardbeding,⁴² tot het tegenovergestelde resultaat leidt. De verhouding tussen schade en boete heeft een grote invloed op de matiging van boetebedingen. Het gebruikelijke karakter verkleint de voorspellende waarde van deze verhouding echter. Bij

standaardboetes bestaat er een grotere kans dat de rechter ondanks een wanverhouding tussen schade en boete geen gebruik maakt van zijn matigingsbevoegdheid.

Het gebruikelijke karakter stelt hier geen andere omstandigheid met een vergelijkbare duidende kracht tegenover. De samenhang tussen de gewoonte en de matiging van deze boetebedingen is immers lang niet zo sterk. De toepassing van de matigingsbevoegdheid is hierdoor minder goed te voorspellen bij standaardboetes in koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken.

De relevantie van het gebruikelijke karakter leidt ook tot een *toename* van de partijautonomie. De rechter matigt de standaardboetes bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken minder snel. Hoewel de boete nog steeds kan worden gematigd, is de kans dat de rechter afwijkt van de door de partijen gemaakte afspraak kleiner.

Het gebruikelijke karakter van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken heeft een paradoxaal effect op de rechtszekerheid. Aan de ene kant vergroot het de partijautonomie.⁴³ De partijen bij de overeenkomst kunnen *ten tijde van het sluiten van de overeenkomst* kiezen voor een boetebeding dat minder snel zal worden gematigd. Aan de andere kant verkleint het gebruikelijke karakter de voorspelbaarheid *nadat de werkelijke schade bekend is geworden*. De partijen zijn bij standaardboetes minder goed in staat om aan de hand van de werkelijke schade te voorspellen of de rechter een beroep op art. 6:94 lid 1 BW zal honoreren.

8. Conclusie

In deze bijdrage beantwoord ik de volgende vraag: *In hoeverre oefent het gebruikelijke karakter van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken invloed uit op de matiging op grond van art. 6:94 BW?* Dit artikel laat zien dat er een significante samenhang bestaat tussen het gebruikelijke karakter van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken en de matiging van de boetebedingen op grond van art. 6:94 lid 1 BW. De rechter matigt de gebruikelijke boetes minder vaak en, gelet op de verhouding tussen schade en boete, minder snel (§ 6). Dit resultaat komt overeen met eerdere literatuur en jurisprudentie. De rechter benadrukt regelmatig dat het gebruikelijke karakter een argument tegen matiging vormt (§ 1).

Het gebruikelijke karakter van de boetebedingen leidt tot een toepassing van art. 6:94 lid 1 BW die afwijkt van de ‘algemene’ invulling van de open norm. Dit artikel laat echter ook zien dat deze afwijking beperkt is. De samenhang tussen het gebruikelijke karakter en de matiging van deze boetebedingen is lang niet zo sterk als het verband tussen de matiging en de verhouding van schade en boete. De gewoonte is slechts een van de relevante omstandigheden. Zij is relevant, maar niet allesbepalend.

1

Zie bijvoorbeeld H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties - Koop*, Den Haag 2012, nr. 569; J.J. Dammingh, ‘Het boetebeding bij de koop van een woning’, *WPNR* 2013/6976, p. 389. Zie ook de §§ 3 en 5.

2

Het model is beschikbaar op www.eigenhuis.nl/huiskopen/bestaande-bouw/koopovereenkomst/voorlopig-koopcontract (laatst bezocht 16 december 2016). Het hierna besproken boetebeding is in de recentste versie opgenomen in art. 11.

3

J.J. Dammingh, ‘Matiging van een contractuele boete: terughoudendheid troef’, *ORP* 2011/5, p. 34-35; Heyman & Bartels 2012, nr. 570; Dammingh 2013, p. 389-393; E.W. van der Minne, ‘Matiging contractuele boete: kans van slagen?’ *ORP* 2015/5, p. 24-25.

4

Heyman & Bartels 2012, nr. 583; R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas, 'Matiging van contractuele boetes: de praktijk', *NJF* 2012, p. 494; Dammingh 2013, p. 397. Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 22 november 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ3502; Hof Arnhem 26 oktober 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO2040; Hof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6504; Rb. Overijssel 29 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3700. Zie ook noot 35.

5

Art. 6:94 BW verwijst slechts naar de 'billijkheid'. Ook deze term verwijst naar de redelijkheid en billijkheid. Er bestaat geen juridisch verschil tussen de verschillende begrippen. Taalkundige overwegingen hebben de keuzes voor één van deze termen beïnvloed. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1036 (M.v.T. Inv.); *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 66 (M.v.A. II) en 72 (Eindverslag I); A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW', *WPNR* 1981/5559 en 5560, p. 215 en 217; G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën Nieuw BW deel A5), Deventer: Kluwer 1994, p. 16; P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming & Recht deel 77), Deventer: Kluwer 2013, p. 12-13. Zie over de grondslag van de matiging van boetebedingen ook H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 67 en 73-79.

6

Conclusie A.-G. Wissink voor HR 13 juli 2012, *NJ* 2012, 459 (*Van de Zuidwind/Faase*), nr. 3.14, 15, 26 en 27; Dammingh 2013, p. 396; Wolters 2013, p. 176-177. Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 12 maart 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD0033; Rb. Rotterdam 9 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL1019.

7

Conclusie A.-G. Wissink voor *Van de Zuidwind/Faase*, nr. 3.21; Schelhaas 2004, p. 95-96; Heyman & Bartels 2012, nr. 583; Dammingh 2013, p. 396. Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 17 juni 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BI9650.

8

HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 725 (*Hauer/Monda I*); HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 595 (*Hauer/Monda II*); Klomp & Schelhaas 2012, p. 494; Dammingh 2013, p. 397. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0016; Rb. Overijssel 29 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3700.

9

Conclusie A.-G. Wissink voor *Van de Zuidwind/Faase*, nr. 3.14; Dammingh 2013, p. 396. Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 12 maart 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD0033; Rb. Middelburg 10 november 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BO4566.

10

Zo ook Conclusie A.-G. Wissink voor *Van de Zuidwind/Faase*, nr. 3.14.

11

J.J. Dammingh, 'Naschrift', *ORP* 2011-5, p. 42.

12

Klomp & Schelhaas 2012, p. 494.

13

Deze systematische verschillen worden verkleind doordat het beroep op art. 6:94 BW in veel gevallen slechts een van de twistpunten is. Conclusie A.-G. Wissink voor *Van de Zuidwind/Faase*, nr. 3.29; P.T.J. Wolters, 'De invloed van de verhouding tussen schade en boete op de matiging van boetebedingen. Een empirische analyse', *AV&S* 2016, p. 112.

14

Wolters 2016, p. 109-117.

15

Wolters 2013, p. 64-77. Zie ook art. 3:12 BW.

16

G.J. Rijken, *Exoneratieclausules. Een analyse van de omstandigheden van welke waardering het afhangt of een beroep op een exoneratieclausule vrijstaat* (diss. Utrecht, Serie recht en praktijk deel 38), Deventer: Kluwer 1983, p. 202; Wolters 2013, p. 70-71. Vergelijk ook Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 98 en 111.

17

Conclusie A.-G. Wissink voor *Van de Zuidwind/Faase*, nr. 3.20.

18

Art. 14 lid 2 en 3. Het model is beschikbaar op www.eigenhuis.nl/huis-kopen/bestaandebouw/koopovereenkomst/voorlopig-koopcontract (laatst bezocht 16 december 2016).

19

Het model en de algemene voorwaarden zijn onder andere beschikbaar op www.bouwgarant.nl/media/1089/1egh-kaovk_7_16.docx. Zie ook de vergelijkbare modellen van de Stichting Waarborgfonds Koopwoningen (SWK) op www.swk.nl/?page_id=628 (beide laatst bezocht 16 december 2016). Zie over de achtergrond en geschiedenis van het model E.M. Bruggeman, *De Koop/aannemingsovereenkomst in breed perspectief* (diss. Delft, Bouwrecht Monografieën deel 31), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 11-17; Asser/Van den Berg 2013 (7-VI), nr. 188-188b; E.M. Bruggeman, 'Consumenten en de koop van nieuwbouw-woningen', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2015, p. 169-170.

20

Art. 8 lid 6 van de modelovereenkomst; art. 22 lid 1 van de algemene voorwaarden; Bruggeman 2010, p. 202 en 246; Bruggeman 2015, p. 173. De boete van drie promille per dag komt niet terug. De gebruikelijke verdragingsboete, onder andere in het geval van vertraging bij de oplevering, is vijf/ tiende promille. Bruggeman 2010, p. 353.

21

Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 18 mei 2011, ECLI: NL:RBZLY:2011:BR0257 (GIW-model); Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ7629 (10%, verhuurd object verkocht aan een aannemer); Rb. Noord-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8925 (10% bij een conflict tussen twee professionelen); Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:

2013:BZ4780 (GIW-model); Hof Amsterdam 18 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5020 (0.3% per dag bij de verkoop van een bedrijfspand).

22

Verfijnd op jurisprudentie, bron: openbare websites - recht-spraak.nl, sorteren van nieuw naar oud. Laatste gezocht op 16 juni 2016. De resultaten van deze zoekopdracht zijn, op een paar later gepubliceerde uitspraken na, ook gebruikt in Wolters 2016.

23

HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (*Intrahof/Bart Smit*) is immers uit 2007. De zoekopdrachten waren 6:94 BW matiging koop woning; 6:94 BW matiging “10% van de koopsom”; boete matiging “10% van de koopsom”; 6:94 BW matiging “drie promille van de koopsom”. De resultaten zijn steeds verfijnd op jurisprudentie, bron: openbare websites - rechtspraak.nl, sorteren van nieuw naar oud.

24

Het gaat hierbij om de in paragraaf 7.1 genoemde gebruiken, de ‘Algemene Huurvoorwaarden zelfstandige woonruimte’, de ‘Koopgarant-bepalingen’, de ‘Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht’ en de bepalingen van ‘Maatschappelijk Gebonden Eigendom’.

25

Dit was het geval in 21 uitspraken. Dit aantal is, gelet op de beperkte kracht van het effect (§ 6), te klein voor kwantitatieve conclusies over de invloed van het gebruikelijke karakter bij professionele schuldenaren.

26

Wolters 2016, p. 113-115. Op deze plek staat ook meer uitleg over de betekenis van de cijfers.

27

Deze verhouding is berekend door de schade te delen door het totale toewijsbare bedrag. Zie hierover ook Wolters 2016, p. 113. Bij de gebruikelijke boete bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken is het totale toewijsbare bedrag in de meeste gevallen hetzelfde als de verbeurde boete. De transactie is in die gevallen vaak niet doorgestaan. De partijen twisten alleen nog over de boete die in de plaats is gekomen van de werkelijke schade.

28

Hieronder vallen opmerkingen waarin de rechter stelt dat de boete niet duidelijk buitensporig is, waarin hij stelt dat het aannemelijk is dat de schuldeiser schade heeft geleden (zonder te relativieren of vergelijken) en waarin hij erkent dat de boete en schade mogelijk uiteenlopen, maar benadrukt dat dit niet is vastgesteld.

29

De rechter matigde ondanks een beperkt verschil tussen schade en boete in Rb. Utrecht 21 oktober 2009, ECLI: NL:RBUTR:2009:BK1300 (verhouding 0.53); Rb. Rotterdam 9 december 2009, ECLI:NL:RBROT: 2010:BM2406 (het bestaan van schade is aannemelijk); Rb. Rotterdam 10 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010: BM2406 (verhouding 0.71); Hof Amsterdam 1 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7570 (verhouding 0.58).

30

X2 (1) = 5.888, $p < .05$, Cramer's V = .189. De genoteerde X2-(chisquare)score is telkens de *likelihood ratio*. Ik test steeds de samenhang, de *correlaties*. Het bestaan van *causatie* kan niet enkel aan de hand van de cijfers worden aangetoond. Zie ook Wolters 2016, p. 114.

31

X2 (2) = 5.392, $p < .1$, Cramer's V = .180. De samenhang is wel significant als de uitspraken zonder informatie over de werkelijke schade worden weggelaten. X2 (1) = 5.264, $p < .05$, Cramer's V = .202.

32

Respectievelijk X2 (2) = 56.418, $p < .001$, Cramer's V = .779 en X2 (2) = 30.702, $p < .001$, Cramer's V = .582.

33

Loglinear analyse, X2 (2) = 6.609, $p < .05$.

34

Respectievelijk X2 (2) = 92.455, $p < .001$, Cramer's V = .650 en X2 (1) = 5.888, $p < .05$, Cramer's V = .189.

35

Hof Leeuwarden 22 december 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009: BK7486; Rb. Leeuwarden 3 maart 2010, ECLI:NL:RBLEE: 2010:BL6405; Rb. Dordrecht 24 november 2010, ECLI:NL: RBDOR:2010:BO5312; Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT6847; Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7291.

36

Rb. Rotterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012: BY5156; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY9422; Rb. Gelderland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1938; Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE: 2014:2205; Rb. Arnhem 19 januari 2011, ECLI:NL:RBARN: 2011:BP3479. Zie hierover ook Wolters 2016, p. 115-116. De laatste uitspraak is Rb. Noord-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE: 2013:BY8925. In deze uitspraak wijst de rechter het beroep op matiging onder andere af omdat de schuldenaar geen particulier is en daarom geen bijzondere bescherming behoeft.

37

Ik heb gezocht naar de ROZ-modellen bij commerciële huurovereenkomsten (zie onder) met de zoekopdrachten 6:94 BW matiging 'Algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte'; 6:94 BW matiging 'Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte'; 6:94 BW matiging "van het verschuldigde per kalendermaand"; 6:94 BW matiging "met een minimum van € 300,00 per maand"; 6:94 BW matiging 'een direct opeisbare boete van € 250,00 per dag'; matiging 'Algemene bepalingen huurovereenkomst kantoorruimte en andere bedrijfsruimte'; matiging 'Algemene bepalingen huurovereenkomst winkelruimte en andere bedrijfsruimte'. De resultaten zijn steeds verfijnd op jurisprudentie, bron: openbare websites - rechtspraak.nl, sorteren van nieuw naar oud. De zoekopdrachten leverden in totaal 26 treffers uit de periode 2008-2015 op.

38

Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 16 mei 2013, ECLI: NL:RBNHO:2013:CA3367; Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4761; Rb. 's-Gravenhage 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5139. De modellen zijn beschikbaar op www.roz.nl/nl/roz/modellen (laatst

bezoekt 16 december 2016). Zie over de achtergrond en geschiedenis van de modellen J.M. Winter-Bossink, 'Brenge de nieuwe ROZ-model-huurovereenkomst winkelruimte 2012 de gewenste balans tussen de belangen van verhuurder en huurder', *VGR* 2013, p. 31; H.J. Moné, 'Nieuw 2015 ROZ-model voor 230a-bedrijfsruimte', *TvHB* 2015, p. 320-321; J.M. Winter-Bossink, 'Wat brengt het langverwachte nieuwe ROZ-model voor de verhuur van kantoorruimte ons?', *VGR* 2015, p. 61.

39

Respectievelijk Rb. Rotterdam 8 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI0580; Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5431; Hof 's-Gravenhage 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3340.

40

Zie ook Wolters 2013, p. 75.

41

Zie ook Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 103-107.

42

Noot 4 en 35. § 6.

43

Zie over de samenhang tussen rechtszekerheid en partijautonomie Wolters 2013, p. 90-91 en 256.