

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/173913>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-25 and may be subject to change.

De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden

Consistentie in de lagere rechtspraak?

Mr. P.T.J. Wolters*

1. Inleiding

Algemene voorwaarden zijn bedingen die zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen.¹ Zij leiden tot een aanzienlijke kostenbesparing. De ‘gebruiker’ hoeft niet bij iedere transactie over de voorwaarden te onderhandelen. Hij kan de rechtszekerheid vergroten door in de voorwaarden expliciet rekening te houden met een grote hoeveelheid verschillende situaties.² De algemene voorwaarden functioneren bovendien als organisatie-techniek van de gebruiker. Zij zorgen ervoor dat een grote hoeveelheid verhoudingen wordt beheerst door dezelfde contractbepalingen. Zij leiden hierdoor tot een uniformering en vereenvoudiging van de bedrijfsvoering.³ Ook de ‘wederpartij’ profiteert van deze uniformering. De kostenbesparingen leiden door concurrentie, ten minste in theorie, tot een lagere prijs. Als een hele branche dezelfde voorwaarden gebruikt, kan de wederpartij haar keuze voor een bedrijf bovendien baseren op essentialia zoals prijs en kwaliteit. Een ingewikkelde vergelijking van de ‘kleine lettertjes’ is in dat geval niet nodig.⁴

Algemene voorwaarden bevatten dikwijls bepalingen die de gebruiker recht geven op een geldsom als de wederpartij tekortschiet in de nakoming. Deze ‘boetebedingen’ stellen de gebruiker in staat om moeilijk vast te stellen schade op een uniforme en voorspelbare wijze vergoed te krijgen. Daarnaast sporen zij de wederpartij aan om niet tekort te schieten. Deze bedingen kunnen echter ook tot excessieve gevolgen leiden. De gebruiker kan bepalen dat hij in het geval van een tekortkoming van de wederpartij recht heeft op een geldsom die de werkelijke of voorzienbare schade in ruime mate overtreft. De weder-

partij zal in veel gevallen immers praktisch niet in staat zijn om de voorwaarden te lezen of hierover te onderhandelen.⁵

Artikel 6:233 sub a BW bestrijdt deze excessieve gevolgen. Een onredelijk bezwarende algemene voorwaarde is op grond van deze bepaling vernietigbaar. De uniformiteit die door middel van de algemene voorwaarden wordt bewerkstelligd, vereenvoudigt de toetsing van de bedingen. De omstandigheden met betrekking tot de toelaatbaarheid van een concreet boetebeding zijn dikwijls in hoge mate vergelijkbaar (paragraaf 3). Het valt daarom te verwachten dat de rechtspraak tot uniforme resultaten zal leiden. De door algemene voorwaarden bereikte uniformering uit zich op deze manier ook in een uniforme toetsing van de bedingen.

De rechtspraak van de Hoge Raad over artikel 6:233 sub a BW wijst echter in een andere richting. In HR 21 september 2012, *NJ* 2013/431 (*Van Marrum/Wolff*) benadrukt

* Mr. P.T.J. Wolters is universitair docent burgerlijk recht en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit. De auteur bedankt K. Muijres voor zijn hulp bij de selectie en codering van de uitspraken. De auteur bedankt dr. B.J. Pelzer voor zijn advies over de statistische berekeningen.

1. Zie over het begrip ‘algemene voorwaarden’ onder andere artikel 6:231 BW; artikel 3 Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten); M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, nr. 3-16; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/464-466; Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW, deel B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 13-19.
2. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1452 (M.v.T. Inv.); W.G. Friedmann, *Law in a Changing Society*, Londen: Steven & Sons 1972, p. 131; E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 1-2; H.G. van der Werf, *Gebondenheid aan standaardvoorwaarden. Standaardvoorwaarden in het rechtsverkeer met particuliere en professionele contractanten* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 3 en 16; F.A.J. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaardcontract. Een rechtssociologisch onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Kobra 1984, p. 4; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/459; Hijma 2016, p. 1.
3. Zie ook Friedmann 1972, p. 130-131; Gras 1984, p. 11-16, 22, 38 en 77-80; C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkeheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen, Serie recht en praktijk, deel CR4), Deventer: Kluwer 2011[a], p. 92.
4. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1452 (M.v.T. Inv.). Vergelijk ook Van der Werf 1980, p. 2-3 en 17-18.
5. HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*Pénzügyi*); *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1452-1453 (M.v.T. Inv.); Van der Werf 1980, p. 2; Gras 1984, p. 4-5 en 41-47; B. Wessels & M.H. Wissink, ‘Inleiding’, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 8; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/459.

de Hoge Raad, met verwijzing naar het Hof van Justitie,⁶ dat de rechter een arbitragebeding in de algemene voorwaarden moet beoordelen in het licht van de concrete omstandigheden van het geval. Hij vernietigt een motivering van het hof die slechts steunt op omstandigheden en argumenten die losstaan van het concrete geval.⁷

De rechter die moet beoordelen of een boetebeding in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is, wordt geconfronteerd met een spanning. De door de algemene voorwaarden bewerkstelligde uniformering van de contractuele relaties pleit voor uniforme resultaten. De Hoge Raad benadrukt echter dat de rechter rekening moet houden met de omstandigheden van het geval. In dit artikel onderzoek ik hoe lagere rechters omgaan met deze spanning. Ik analyseer in hoeverre de rechters bij de toetsing van gelijke boetebedingen tot dezelfde resultaten komen. Ik beantwoord de volgende vraag: *In hoeverre komen lagere rechters bij de toetsing van boetebedingen op grond van artikel 6:233 sub a BW tot consistente resultaten?*

Het artikel is als volgt opgebouwd. Ik begin met een bespreking van het belang van het onderzoek (paragraaf 2). Vervolgens geef ik een korte beschrijving van de toetsingsnorm van artikel 6:233 sub a BW (paragraaf 3). Hierna volgt een analyse van Nederlandse lagere rechtspraak. Paragraaf 4 beschrijft de daarvoor gevolgde methode. Vervolgens geef (paragraaf 5) en analyseer ik de belangrijkste resultaten. Paragraaf 6 gaat in op de invloed van de verhouding tussen schade en boete. Hierna volgt een bespreking van enkele boetebedingen die verschillende keren zijn teruggekomen in de geselecteerde uitspraken (paragraaf 7). Paragraaf 8 plaatst de bevindingen in een breder kader. Het artikel eindigt met een conclusie (paragraaf 9).

2. Het belang van het onderzoek

De toetsing van algemene voorwaarden staat volop in de belangstelling. Verschillende auteurs besteden hierbij aandacht aan de (in)consistentie van de lagere rechtspraak.

Vermeij pleit voor een eenduidige toetsing van arbitragebedingen.⁸ Daarnaast concludeert Pavillon dat de toetsing van dezelfde *soort* bedingen in vergelijkbare omstandigheden tot uiteenlopende uitkomsten leidt.⁹ Dit wordt volgens haar mede veroorzaakt door het procesrecht. De wederpartij dient haar beroep op artikel 6:233 sub a BW voldoende te motiveren. Consumenten slagen hier dikwijls niet in.¹⁰ Van Schagen stelt ten slotte dat de toetsing van algemene voorwaarden wordt gekenmerkt door onvoorspelbaarheid en inconsistentie. Zij wijt dit in het bijzonder aan een gebrek aan interactie tussen de Hoge Raad en het Hof van Justitie.¹¹

De eerdere literatuur is echter slechts in beperkte mate gebaseerd op een systematische analyse van de lagere rechtspraak. Hoewel de auteurs dikwijls verwijzen naar lagere rechtspraak, maken zij niet duidelijk of deze uitspraken op een systematische wijze zijn geselecteerd.¹² Dit geldt ook voor het onderzoek over de toetsing van boetebedingen.¹³ De eerdere literatuur maakt hierdoor niet duidelijk hoe groot en wijdverbreid de gesignaleerde inconsistentie is.

Dit onderzoek brengt hier verandering in. Het laat door middel van een systematische analyse zien hoe (in)consistent de lagere rechtspraak is. De gebruiker kan hierdoor beter inschatten of de door hem gebruikte boetebedingen onredelijk bezwarend zijn. Hij is in het bijzonder in staat om het belang van eerdere uitspraken over dezelfde en vergelijkbare boetebedingen vast te stellen. Door aandacht te besteden aan relatief recente uitspraken, zorgt dit artikel bovendien voor een update van de bestaande kennis. Het onderzoek is beperkt tot boetebedingen. Deze beperking maakt het eenvoudiger om relatief veel uitspraken over dezelfde bedingen te onderzoeken. De keuze om juist boetebedingen te onderzoeken, wordt daarnaast gerechtvaardigd door de rapporten van de LOVCK-werkgroep Ambtshalve toetsing. Deze rapporten stellen, in weerwil van *Van Marrum/Wolff*,¹⁴ een uniforme aanpak van enkele veel voorkomende boetebedingen voor.¹⁵ Met deze keuze sluit het artikel bovendien aan op eerder

6. Afdeling 6.5.3 BW, en dus ook artikel 6:233 BW, implementeert Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten). Zie onder andere Hijma 2016, p. 6-9; E.A.G. van Schagen, *The Development of European Private Law in a Multilevel Legal Order*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 200-222.

7. Zie over deze uitspraak ook P.T.J. Wolters, 'Regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid? Een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad', *MvV* 2013, afl. 9, p. 251-252; Hijma 2016, p. 37. Zie in de context van een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft om de algemene voorwaarden te wijzigen HR 29 april 2016, *RvdW* 2016/584 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam/Amsterdam*).

8. P. Vermeij, 'Het arbitraal beding in algemene voorwaarden in de bouw bij overeenkomsten met consumenten', *TBR* 2011/77, p. 427.

9. C.M.D.S. Pavillon, 'Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm', *NTBR* 2011[b]/63, p. 439.

10. Pavillon 2011b, p. 440.

11. Van Schagen 2016, onder andere p. 193, 241, 251, 267 (specifiek in het kader van boetebedingen) en 300.

12. Zie bijvoorbeeld P. Vermeij, 'Het arbitraal beding in algemene voorwaarden in de bouw: een onredelijk bezwarend of oneerlijk beding in overeenkomsten met consumenten?', *Bouwrecht* 2009/173, p. 894-900; R.H.C. Jongeneel, 'Algemene vernietigingsgronden; de open norm', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010[a], p. 127-150; Vermeij 2011, p. 427-429; Van Schagen 2016, p. 25, 245-251 en 255-260.

13. R.H.C. Jongeneel, 'De grijze lijst', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 282-286; R.H.C. Jongeneel, 'De blauwe lijst', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 302-304.

14. C.M.D.S. Pavillon, 'Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst', *TvC* 2015, afl. 3, p. 132-133.

15. LOVCK-werkgroep, *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht*, 2010; LOVCK-werkgroep, *Ambtshalve toetsing II*, 2014. Zie voor kritiek op de voorgestelde uniformering P.E.M. Messer-Dinissen & J.W.M. Tromp, 'Bestuurders van en Raad voor de rechtspraak: houd het bij raad aan de rechtspraak!', *NJB* 2010/1014, p. 1293-1294.

onderzoek over de matiging op grond van artikel 6:94 BW.¹⁶

3. Onredelijk bezwarend

Over artikel 6:233 sub a BW is al veel geschreven. Dit artikel gaat daarom slechts in op enkele belangrijke kenmerken van de norm. Het laat zien hoe deze kenmerken van belang zijn bij de toetsing van boetebedingen en hoe zij kunnen bijdragen aan consistente resultaten in de lagere rechtspraak.

Artikel 6:233 sub a BW toetst het *beding*, niet de *uitoefening*. De omstandigheden ten tijde van de contractsluiting bepalen of een beding onredelijk bezwarend is. Later opkomende omstandigheden zijn, ten minste in theorie, niet van belang.¹⁷ De verhouding tussen de *werkelijke* schade en de boete oefent bijvoorbeeld geen invloed uit op de eventuele vernietigbaarheid.¹⁸ Deze omstandigheid is pas van belang bij de eventuele matiging op grond van artikel 6:94 lid 1 BW.¹⁹ Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de schuldeiser niet de volledige verbeurde boete opeist. Een dergelijke beperking maakt het *beding* niet minder onredelijk.²⁰ De rechter houdt zich echter niet altijd aan dit peilmoment.²¹ In verschillende uitspraken baseert de rechter zijn oordeel over de vernietigbaarheid mede op de verhouding tussen de boete en de werkelijke schade.²²

De verhouding tussen de boete en de ten tijde van contractsluiting *voorzienbare* schade is juist wel van belang. Een beding dat een consument die zijn verbintenissen

niet nakomt, een *onevenredig* hoge schadevergoeding oplegt, valt onder onderdeel e van de bijlage bij Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) (de ‘blauwe lijst’). De opname op deze lijst pleit voor de vernietigbaarheid van dergelijke boetebedingen. Zij leidt echter niet automatisch tot deze conclusie.²³ De term ‘onevenredig’ geeft bovendien enige beoordelingsvrijheid.²⁴ Uiteindelijk moet de Nederlandse rechter bepalen of een boetebeding onredelijk bezwarend is.²⁵ Ook de LOVCK-rapporten benadrukken de relevantie van de verhouding tussen de boete en de voorzienbare schade. Het rapport van 2014 gaat ervan uit dat een boetebeding onredelijk bezwarend is als de boete niet in een redelijke verhouding staat tot de voorzienbare schade of het belang van de gebruiker. Het beding is al onredelijk bezwarend als de boete in bepaalde omstandigheden kan oplopen tot een bedrag dat niet meer in een redelijke verhouding tot de schade staat.²⁶

In sommige gevallen fixeert de wet de schade, maar is het mogelijk om door middel van een boetebeding een hogere vergoeding af te spreken. De voorzienbare schade kan in deze gevallen gelijk worden gesteld aan de wettelijk gefixeerde vergoeding. Bij de beantwoording van de vraag of een boeterente onevenredig hoog is, kan de rechter bijvoorbeeld gebruikmaken van een vergelijking met de wettelijke rente.²⁷ De contractueel vastgelegde incassokosten kunnen worden vergeleken met de kosten volgens het Rapport Voorwerk II of het Besluit buitengerechtelijke kosten.²⁸

16. Zie in het bijzonder P.T.J. Wolters, ‘De invloed van de verhouding tussen schade en boete op de matiging van boetebedingen. Een empirische analyse’, *AV&S* 2016/20, p. 109-117, met verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie. Zie over de toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden ook J.H.M. Spanjaard, ‘Boetes in B2C-verhoudingen ambtshalve getoetst’, *Contracteren* 2013, afl. 3, p. 108-112.
17. HR 23 maart 1990, *NJ* 1991/214 (*Botman/Van Haaster*); HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*Pénzügyi*); HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*); artikel 4 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten); *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1621-1622 (M.v.A. I Inv.); H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 308-309; Jongeneel 2010a, p. 143; Pavillon 2011a, p. 39-41 en 107-110; Loos 2013, nr. 181-183; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/487; Hijma 2016, p. 38. De uitoefening van het beding kan onder andere worden getoetst aan de hand van artikel 6:248 lid 2 BW.
18. Schelhaas 2004, p. 309. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 3 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG8024.
19. De verhouding tussen de werkelijke schade en de boete is niet de enige relevante omstandigheid. HR 27 april 2007, *NJ* 2007/262 (*Intra-hof/Bart Smit*). Zie over het belang van deze verhouding Wolters 2016, p. 109-117.
20. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5017; Hof ’s-Hertogenbosch 24 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4346; Rb. Amsterdam 10 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2206; Rb. Oost-Brabant 20 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1283; Hof Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3466; Rb. Amsterdam 19 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:887. Zie ook paragraaf 7.1 en 7.2.
21. Zie ook Pavillon 2011a, p. 109.
22. Paragraaf 6.2. Zie bijvoorbeeld Rb. ’s-Hertogenbosch 14 april 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BM1319; Rb. Assen 20 juli 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BN4807; Rb. Amsterdam 10 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2206; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9074. Zie ook paragraaf 7.2, 7.4, 8.4 en 8.5.
23. HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Invitel*); HR 29 april 2016, *RvdW* 2016/584 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam/Amsterdam*); Pavillon 2011a, p. 39 en 78-79; Spanjaard 2013, p. 111-112; LOVCK-werkgroep 2014, p. 20; Van Schagen 2016, p. 254.
24. Schelhaas 2004, p. 314-315.
25. HvJ EG 1 april 2004, 237/02, ECLI:EU:C:2004:209 (*Freiburger Kommunalbauten*); HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*); Wessels & Wissink 2010, p. 15; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/480; LOVCK-werkgroep 2014, p. 18-19.
26. LOVCK-werkgroep 2014, p. 31-32. Zie ook LOVCK-werkgroep 2010, p. 14; Spanjaard 2013, p. 112.
27. Zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 4 november 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BK3453; Hof Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5420; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5453. De rechter kan de boeterente ook vergelijken met de markrente of de maximale rente voor consumptief krediet. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3466. Zie ook paragraaf 7.5.
28. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 5 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5236; Hof Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5420; Hof Amsterdam 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:165.

Artikel 6:233 sub a BW leidt tot de vernietigbaarheid van individuele bedingen in *concrete* gevallen. De Hoge Raad benadrukt het belang van de omstandigheden van het geval.²⁹ Hij volgt hiermee de benadering van het Hof van Justitie.³⁰ Het peilmoment van artikel 6:233 sub a BW verzwakt dit uitgangspunt echter.³¹ De omstandigheden ten tijde van de contractsluiting zijn in veel gevallen in hoge mate vergelijkbaar.

Ik geef een voorbeeld.³² Een rechter moet oordelen over de in de algemene voorwaarden van Q-Park opgenomen boete van € 1000 voor 'treintje rijden'.³³ Hij kan rekening houden met uitspraken over precies hetzelfde boetebeding in dezelfde algemene voorwaarden. De overige bedingen in de overeenkomst zijn dan ook steeds hetzelfde.³⁴ Het gaat bovendien iedere keer om dezelfde gebruiker die een contract sluit met een particuliere wederpartij zonder dat het mogelijk is om te onderhandelen over de algemene voorwaarden.³⁵ Het boetebeding wijkt daarnaast telkens af van het aanvullende recht dat zonder het beding van toepassing zou zijn.³⁶ 'Treintje rijden' leidt tot omzetting en kan gevaarlijke situaties, zaakschade en de ontregeling van het parkeersysteem veroorzaken.³⁷ Dat deze gevaren zich niet altijd in dezelfde mate verwezenlijken, doet hieraan niet af. Het is ten tijde van de contractsluiting immers niet te voorzien of de overtreding in het concrete geval tot werkelijke schade zal leiden. De verhouding tussen het voorzienbare belang van Q-Park en de boete, en het antwoord op de vraag of het beding onder onderdeel e van de blauwe lijst valt, is daarom steeds hetzelfde.

De relevante omstandigheden met betrekking tot de toelaatbaarheid van dit specifieke boetebeding zullen slechts in beperkte mate van geval tot geval verschillen. Er bestaan mogelijk verschillen met betrekking tot de persoonlijke omstandigheden van de wederpartij. Niet iedere wederpartij zal de € 1000 bijvoorbeeld even makkelijk kunnen betalen. Hiertegenover staat echter het belang van het parkeerbedrijf om zijn bedrijfsvoering door middel van algemene voorwaarden te uniformeren en vereenvoudigen. Dit doel wordt gedwarsboomd als de wisselende persoonlijke omstandigheden van de wederpartijen een te grote invloed hebben op de toelaatbaarheid van de algemene voorwaarden. Dit geldt in het bijzonder in de gevallen, zoals het onderhavige, waarin de gebruiker zijn wederpartij en haar persoonlijke omstandigheden ten tijde van de contractsluiting praktisch niet kan kennen.³⁸

De rechter is verplicht om Richtlijn 93/13/EEG ambtshalve toe te passen. Hij dient vast te stellen of de partijen afzonderlijk over een boetebeding hebben onderhandeld en of het gaat om een 'verkoper' en een 'consument' in de zin van de richtlijn. Als het beding onder de richtlijn valt, dient hij ambtshalve te onderzoeken of het onredelijk bezwarend is.³⁹ Deze verplichting kan een uniform resultaat stimuleren. Zij maakt de toetsing van boetebedingen minder afhankelijk van de stellingen van de wederpartij.⁴⁰ Een uniform resultaat wordt bovendien gestimuleerd doordat de rechter een onredelijk boetebeding niet mag matigen. Hij is verplicht om het beding geheel te vernie-

29. Paragraaf 1; HR 21 september 2012, *NJ* 2013/431 (*Van Marrum/Wolff*); HR 29 april 2016, *RvdW* 2016/584 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam/Amsterdam*); Jongeneel 2010a, p. 128.

30. HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209 (*Freiburger Kommunalbauten*); HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*). Vergelijk echter HvJ EG 27 juni 2000, C-240-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*), waar het Hof in algemene bewoordingen oordeelt dat bepaalde forumkeuzebedingen onredelijk bezwarend zijn. Zie hierover ook Wessels & Wissink 2010, p. 14-15.

31. Vergelijk Pavillon 2011b, p. 441.

32. Zie voor een vergelijkbare redenering in de context van arbitragebedingen ook Vermeij 2011, p. 427.

33. De algemene voorwaarden definiëren 'treintje rijden' als 'met twee voertuigen snel achter elkaar onder de slagboom door de parkeerfaciliteit verlaten met betaling van slechts eenmaal parkeergeld'. www.q-park.nl/Portals/4/Algemene%20Voorwaarden%20Parkeren%202015.pdf (laatst bezocht 31 maart 2017).

34. Zie over deze omstandigheid HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Invitel*); HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88 (*Banif Plus Bank*). LOVCK-werkgroep 2014, p. 15-16.

35. Zie over het belang van de totstandkoming van de overeenkomst en de mogelijkheid om te onderhandelen onder andere Rb. Amsterdam 10 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2370; Rb. Amsterdam 10 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2371; Rb. Zeeland-West-Brabant 18 september 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6708.

36. LOVCK-werkgroep 2014, p. 31. Zie over de relevantie van aanvullend recht onder andere HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Invitel*); HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*); HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10 (*Constructora Principado/Alvarez*); Schelhaas 2004, p. 309; Pavillon 2011a, p. 19-21 en 83-87; C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg', *TvC* 2014, afl. 4, p. 164; Hijma 2016, p. 34.

37. Zie paragraaf 7.1 en de daar besproken uitspraken.

38. Vergelijk over de invloed van de persoonlijke omstandigheden van de wederpartij ook L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 206-207; J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 63; Pavillon 2011b, p. 441.

39. Zie over de verplichting tot ambtshalve toetsing onder andere HvJ EG 27 juni 2000, C-240-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*); HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, ECLI:EU:C:2002:705 (*Cofidis*); HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*); HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*); HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*Pénzügyi*); HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88 (*Banif Plus Bank*); HR 13 september 2013, *NJ* 2014/274 (*Heesakkers/Voets*); Pavillon 2011a, p. 44-52 en 114-127; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/479-480; LOVCK-werkgroep 2014, p. 5-18 en 28-30. Deze verplichting geldt ook bij boetebedingen. HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse en de Man Garabito/Jahani*); HR 10 juli 2015, *NJ* 2016/439 (*Beerman/Dexia*); HR 26 februari 2016, *RvdW* 2016/362 (*Ebecek/Trudo*); Spanjaard 2013, p. 108-112.

40. Pavillon 2011b, p. 441.

tigen.⁴¹ De toepassing van artikel 6:233 sub a BW kent hierdoor slechts twee mogelijke uitkomsten.⁴²

4. Het onderzoek

In dit onderzoek analyseer ik gepubliceerde uitspraken waarin feitenrechtters artikel 6:233 sub a BW toepassen op een boetebeding. De gevolgde methode is uitgebreider beschreven op <http://dx.doi.org/10.17026/dans-xbe-mj58>. De uitspraken zijn via rechtsorde.nl geselecteerd met de zoekopdrachten '6:233 BW boete', 'richtlijn 93/13 boete', '237, aanhef en onder i', '237, aanhef en sub i' en 'richtlijn 93/13 bijlage "onder e"'.⁴³ Ik ben de gevonden uitspraken van 2008 tot en met 2016 een voor een nagegaan. Ik heb de uitspraken geselecteerd waarin de rechter een beslissing neemt over de toepassing van artikel 6:233 sub a BW op een contractueel boetebeding. Tussenuitspraken waarin de rechter prejudiciële vragen stelt of de partijen in staat stelt om hun standpunten over de toelaatbaarheid van het beding toe te lichten, zijn niet meegenomen. Hetzelfde geldt voor uitspraken waarin de rechter oordeelt dat artikel 6:233 sub a BW niet van toepassing is of waarin de eventuele vernietigbaarheid van het boetebeding in het geheel niet aan de orde komt. Het begrip 'boetebeding' is ruim geïnterpreteerd. Het gaat om alle bedingen die bepalen dat de schuldenaar een geldsom moet betalen bij een tekortkoming. Hieronder vallen ook bepalingen die vastleggen dat de wederpartij een bepaalde vergoeding moet betalen als zij de overeenkomst vroegtijdig beëindigt. Deze bedingen worden in verschillende uitspraken gekwalificeerd als boetebeding in de zin van artikel 6:91 BW.⁴⁴ Zij zijn in sommige gevallen bovendien ook verschuldigd als de gebruiker de overeenkomst vroegtijdig beëindigt op grond van een tekortkoming van de wederpartij.⁴⁵

Ik heb per uitspraak aangegeven om welk boetebeding het gaat en of deze boete volgens de rechter onredelijk bezwarend is. Daarnaast heb ik de hoogte van de boete, het totale toewijsbare bedrag en de voorzienbare en 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 door de rechter vastgestelde bedragen. In verschillende uitspraken stelt de rechter de precieze schade niet vast, maar maakt hij

wel een opmerking over de omvang van het belang van de schuldeiser. Deze opmerkingen zijn ook genoteerd. Als de rechter over verschillende contractuele boetes oordeelt, zijn deze bedingen apart weergegeven. Ten slotte is de hoedanigheid (overheid, particulier of professioneel) van de schuldeiser en de schuldenaar genoteerd.

5. De resultaten

De volledige gegevens zijn beschikbaar op <http://dx.doi.org/10.17026/dans-xbe-mj58>. Daar zijn ook enkele extra tabellen toegevoegd die hier omwille van de ruimte zijn weggelaten. De zoekopdrachten hebben 138 relevante uitspraken opgeleverd. In deze uitspraken past de rechter artikel 6:233 sub a BW 152 keer toe. Hij oordeelt 76 keer dat de boete onredelijk bezwarend is. De rechter beslist over 64 verschillende bedingen. Hiervan zijn er 46 slechts één keer teruggekomen. Over de andere boetes is vaker geoordeeld.

6. De invloed van de verhouding tussen schade en boete

6.1. Voorzienbare schade

De rechter doet bij 75 oordelen een uitspraak over de voorzienbare schade. Tabel 1 geeft een overzicht van de opmerkingen. De opmerkingen zijn teruggebracht tot drie categorieën. Bij de opmerking 'het bestaan van schade is aannemelijk' *vergelijkt* de rechter, anders dan bij de andere opmerkingen, de voorzienbare schade niet met de boete.⁴⁶ Er bestaat een significante samenhang⁴⁷ tussen de opmerkingen en de vernietigbaarheid van het boetebeding. Een boetebeding is significant vaker onredelijk bezwarend als de boete duidelijk hoger is dan de voorzienbare schade van de schuldeiser.⁴⁸ Deze significantie blijft bestaan als er rekening wordt gehouden met de oordelen waarbij de rechter geen opmerking heeft gemaakt over de voorzienbare schade.⁴⁹

6.2. Werkelijke schade

De verhouding tussen de boete en de werkelijke schade is in theorie niet van belang. Toch baseert de rechter zijn

41. HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Español/Camino*); HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse en de Man Garabito/Jahani*); LOVCK-werkgroep 2014, p. 25-27.

42. Hiermee is echter nog niet duidelijk wat er in de plaats komt van het vernietigde boetebeding. Zie hierover onder andere HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*); LOVCK-werkgroep 2014, p. 37-40; Pavillon 2015, p. 34-36. Zie ook paragraaf 7.3.

43. Verfijnd op jurisprudentie, bron: openbare websites – rechtspraak.nl, sorteren van nieuw naar oud. Laatst gezocht op 5 oktober 2016.

44. Bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 10 december 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7500; Rb. Rotterdam 9 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3500; Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:173; Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1845. Anders: Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:304; Hof Amsterdam 17 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2337. De bepalingen kunnen ook worden gekwalificeerd als beding in de zin van onderdeel e van de blauwe lijst. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4811; Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4812; Rb. Zeeland-West-Brabant 27 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3506.

45. Zie bijvoorbeeld de in paragraaf 7.4 besproken boetebedingen van Proximedia.

46. Zie ook Wolters 2016, p. 114.

47. De statistische tests zien steeds op de samenhang of *correlatie*. *Causatie* wordt niet getest. Zie hierover ook Wolters 2016, p. 114.

48. $X^2(1) = 63.898$, $p < .001$, Cramer's $V = .923$. De categorieën 'het bestaan van schade is aannemelijk' en 'verhouding boete en schade/belang niet buitensporig' zijn hiervoor samengevoegd. De resultaten zijn ook significant zonder deze samenvoeging.

49. $X^2(2) = 63.913$, $p < .001$, Cramer's $V = .648$. Hiervoor zijn de uitspraken zonder opmerking als derde categorie toegevoegd. Zie ook noot 48.

oordeel over 24 boetebedingen mede op deze verhouding.⁵⁰ De invloed van de werkelijke schade lijkt niet te verschillen van de invloed van de voorzienbare schade. Een beding dat leidt tot een boete die duidelijk hoger is dan de werkelijke schade, is significant vaker vernietigbaar.⁵¹ Tabel 2 geeft een overzicht van de oordelen die mede zijn gebaseerd op de werkelijke schade.

Bij achttien van deze boetebedingen baseert de rechter zijn oordeel niet tevens op de voorzienbare schade. Tabel 3 voegt deze oordelen toe aan tabel 1. De conclusies blijven dezelfde. Er bestaat een significante samenhang tussen de verhouding van schade en boete en de vernietigbaarheid van de boetebedingen.⁵² Bij drie van de overige zes uitspraken kwam het oordeel over de werkelijke en voorzienbare schade overeen.⁵³ De andere drie uitspraken komen aan bod in paragraaf 7.2.

7. Specifieke bedingen

Er bestaat een sterke samenhang tussen de verhouding van schade en boete en de vernietigbaarheid van boetebedingen in de algemene voorwaarden (paragraaf 6). Als de rechter vaststelt dat er een wanverhouding tussen de (voorzienbare of werkelijke) schade en de boete bestaat, oordeelt hij in bijna alle gevallen dat het beding onredelijk bezwarend is. Omgekeerd is een boetebeding bijna nooit vernietigbaar als de rechter vaststelt dat er geen sprake is van een wanverhouding. In de meerderheid van deze uitspraken (75 van de 93) motiveert de rechter zijn oordeel met een beroep op de *voorzienbare* schade. Dit gegeven zou ertoe kunnen leiden dat specifieke boetebedingen consistent worden beoordeeld. De voorzienbare schade zal bij een specifiek boetebeding immers slechts in beperkte mate verschillen van geval tot geval (paragraaf 3). Uit paragraaf 6 blijkt echter ook dat de rechter bij 59 oordelen niet ingaat op de voorzienbare of werkelijke schade. De paragraaf laat niet zien hoe de rechter in deze gevallen tot zijn oordeel komt.

In deze paragraaf bespreek ik de boetebedingen waarover het vaakst is geoordeeld in de geselecteerde uitspraken. Ik bespreek achtereenvolgens de boetes voor 'treintje rijden' (paragraaf 7.1), het niet terugsturen van een creditcard (paragraaf 7.2), de ontbinding van een telefoonabonnement (paragraaf 7.3), de opzegging of annulering van een overeenkomst (paragraaf 7.4) en de verhuur van een woning (paragraaf 7.5) en een bedrijfsruimte (paragraaf 7.6).

7.1. Treintje rijden

De rechter oordeelt in zeven geselecteerde uitspraken over de in paragraaf 3 besproken boete voor 'treintje rijden' bij het verlaten van een parkeergarage. Twee uitspraken van de Rechtbank Noord-Holland vallen uit de toon. Uit de omstandigheid dat Q-Park de boete vrijwillig beperkt tot € 365, blijkt volgens de kantonrechter dat dit bedrag in een redelijke verhouding staat tot de door Q-Park te verwachten schade. Hieruit volgt volgens de rechter dat de bedongen boete van € 1000 *niet* in een redelijke verhouding tot de schade staat. Het beding is daarom onredelijk bezwarend.⁵⁴

In Rb. Noord-Holland 24 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2540 komt de kantonrechter terug op deze redenering. Q-Park heeft nader onderbouwd waarom hij de boete van € 1000 in veel gevallen beperkt tot € 365. Het bedrijf maakt ongeveer € 300 kosten per geval van treintje rijden. In ongeveer 20% van de gevallen ontstaat er daarnaast slagboomschade. Q-Park becijfert deze schade op € 700 per geval. De kantonrechter oordeelt op grond van deze nadere toelichting dat de boete niet onredelijk bezwarend is. Hij sluit hiermee aan bij de beoordeling van andere rechtbanken.⁵⁵

Q-Park heeft de boete in de algemene voorwaarden ondertussen verlaagd naar maximaal € 300 plus driemaal het geldende dagtarief.⁵⁶ De voor de hand liggende conclusie is dat dit beding niet onredelijk bezwarend is. Als € 1000 in de meeste gevallen is toegestaan, zou een veel lagere boete niet tot problemen moeten leiden. In Rb. Amsterdam 9 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5270 oordeelt de kantonrechter echter dat de boete van € 300 niet in een redelijke verhouding tot de schade van Q-Park staat. Hij erkent dat het bedrijf belang heeft bij het tegengaan van treintje rijden, maar stelt dat de schade per overtreding niet is gespecificeerd. Het beding is volgens de kantonrechter bovendien niet gemaximeerd terwijl de schade per overtreding niet substantieel toeneemt. Het is immers goedkoper om een persoon voor tien overtredingen aan te spreken dan tien personen ieder voor een overtreding. In de onderhavige zaak is de contractuele boete 25 keer verschuldigd.

De kantonrechter baseert zijn oordeel op een vergelijking van de boete en de voorzienbare schade van Q-Park. Desondanks lijken de gebeurtenissen na de contractsluiting de doorslag te hebben gegeven. Het 'oude' boetebeding van € 1000 per overtreding was net zo min gemaxi-

50. Zie ook paragraaf 3. Bij elf oordelen baseert de rechter zijn vaststelling van de werkelijke schade op omstandigheden en ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan na het sluiten van de overeenkomst. Bij de andere dertien oordelen is de schending van het peilmoment minder duidelijk. In deze uitspraken baseert de rechter zijn oordeel weliswaar op de werkelijke schade, maar zou hij een vergelijkbare redenering ook kunnen gebruiken om te motiveren dat de *voorzienbare* schade een bepaalde hoogte heeft.

51. *Fisher's Exact Test*: $p < .001$. De boete is duidelijk hoger dan de schade als de rechter dit opmerkt of als de boete meer dan dubbel zo hoog is als de vastgestelde schade. Zie ook Wolters 2016, p. 113-115.

52. $X^2(2) = 79.273$, $p < .001$, Cramer's $V = .722$. Zie noot 48 en 49.

53. Rb. 's-Hertogenbosch 14 april 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BM1319; Rb. Assen 20 juli 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BN4807; Hof 's-Hertogenbosch 24 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4346.

54. Rb. Noord-Holland 13 augustus 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11753; Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350.

55. Rb. Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9966; Rb. Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1034; Rb. Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3556. In Rb. Midden-Nederland 4 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2625 oordeelt de kantonrechter dat de vrijwillige beperking niets afdoet aan de eerlijkheid van het beding.

56. www.q-park.nl/algemenevoorwaardenparkeren (laatst bezocht 31 maart 2017).

meer als de nieuwe lagere boete. De oude boete zou volgens de redenering van de kantonrechter ook onredelijk bezwarend moeten zijn geweest. Het is mogelijk dat deze omstandigheid simpelweg niet eerder in overweging is genomen. Toch is het opvallend dat het gebrek aan maximering pas tot vernietigbaarheid leidt in het onderhavige geval waarin de boete 25 keer is verbeurd. Met andere woorden: hoewel de kantonrechter stelt dat hij slechts het *beding* toetst, lijkt hij rekening te houden met de *uitoefening* in het concrete geval.

Het argument dat de boete niet aan een maximum is gebonden, overtuigt bovendien niet. Het gebrek aan maximering speelt dikwijls een rol. Het gaat hierbij echter in de regel om boetes die kunnen oplopen door een nalaten of een voortdurende schending.⁵⁷ Het bedrag kan in het onderhavige geval slechts oplopen als de wederpartij het beding herhaaldelijk schendt door middel van een actieve handeling.

De uitspraken over de boete voor treintje rijden laten zien dat consistentie mogelijk maar niet vanzelfsprekend is. Q-Park heeft als *'repeat-player'* door middel van vallen en opstaan argumenten gevonden die ook bij de Rechtbank Noord-Holland tot de conclusie leiden dat de boete niet onredelijk bezwarend is. De recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam kan worden ondervangen door in de algemene voorwaarden op te nemen dat herhaalde overtredingen niet tot het (volledig) opnieuw verbeuren van de boete leiden.

7.2. Niet terugsturen van een creditcard

Een wederpartij is op grond van de algemene voorwaarden van International Card Services ('ICS') verplicht om haar creditcard terug te sturen nadat de overeenkomst is beëindigd of de kaart is geblokkeerd. Hij moet een boete betalen van ongeveer € 23 per dag dat ICS de kaart te laat ontvangt. De rechter oordeelt in dertien geselecteerde uitspraken over dit beding.

De LOVCK-werkgroep concludeert in 2010 dat deze boetes onredelijk bezwarend zijn als het bedrag kan oplopen tot meer dan € 1000.⁵⁸ De eventuele werkelijke schade door misbruik van de kaart kan immers afzonderlijk worden gevorderd.⁵⁹ De werkgroep benadrukt bovendien dat de boete ongelimiteerd kan oplopen. In verschillende uitspraken concludeert de rechter dan ook dat het beding onredelijk bezwarend is omdat het ontbreken van

een maximum tot een wanverhouding tussen de boete en de voorzienbare schade leidt.⁶⁰ In drie andere uitspraken oordeelt hij dat het *beding* en het boetebedrag in verband met het belang van ICS niet oneerlijk zijn. De vergaande, ongelimiteerde *toepassing* en het ontbreken van werkelijke schade maken het beding echter onredelijk bezwarend.⁶¹ De wanverhouding tussen de *werkelijke* schade en de *verbeurde* boete weegt in deze uitspraken zwaarder dan de (gestelde) redelijke verhouding tussen het boetebedrag en het *voorzienbare* belang. Deze oordelen schenden hiermee het peilmoment. De schending leidt echter niet tot een resultaat dat afwijkt van de meeste andere uitspraken.

In twee uitspraken concludeert de rechter dat het beding niet onredelijk bezwarend is. In Rb. Maastricht 11 maart 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI0956 stelt de kantonrechter dat het beding niet *ex ante* onredelijk bezwarend is. Wel matigt hij de boete omdat het bedrag in verhouding tot de hoofdsom buitenproportioneel is. In Rb. Zutphen 3 augustus 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR5838 concludeert de rechter dat het beding niet onredelijk bezwarend is omdat ICS de boete vrijwillig beperkt tot € 1000 per creditcard. De rechtbank lijkt hiermee de uitoefening van het beding te toetsen. Het beding was immers, volgens de wederpartij, bij een van de kaarten niet gemaximeerd. Deze mogelijke schending van het peilmoment benadeelt de consument.⁶² Zij is bovendien in strijd met andere uitspraken waarin de rechter oordeelt dat een vrijwillige beperking niet relevant is.⁶³

De uitspraken over de boete voor het niet terugsturen van een creditcard laten consistentie zien. Hoewel de motivering wisselt, oordeelt de rechter in bijna alle uitspraken dat het beding onredelijk bezwarend is. Twee uitspraken vallen uit de toon. Zij lijken echter geen afbreuk te hebben gedaan aan het consistente beeld dat blijkt uit het LOVCK-rapport en de overige oordelen. De algemene voorwaarden van ICS maximeren de boete ondertussen op € 1000. De LOVCK-werkgroep meldt in 2014 dan ook dat ongelimiteerde creditcardboetes niet meer voorkomen.⁶⁴

7.3. De ontbinding van een telefoonabonnement

De algemene voorwaarden van verschillende telecoomaanbieders bepalen dat de aanbieder de overeenkomst kan ontbinden bij een betalingsachterstand. In dat geval

57. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 19 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:887; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5535. Zie ook paragraaf 7.2 en 7.5. Vergelijk daarnaast Rb. Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1034.

58. LOVCK-werkgroep 2010, p. 14-15. Zie in deze zin Rb. Alkmaar 6 oktober 2011, ECLI:NL:RBALK:2012:BU5121.

59. Zie in deze zin Rb. Alkmaar 16 februari 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BP7550.

60. Rb. Assen 20 juli 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BN4807; Rb. Utrecht 8 december 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO6937; Rb. Arnhem 15 december 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO9665; Rb. Groningen 28 april 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ5299. In andere uitspraken komt de rechter zonder vergelijking met de schade tot de conclusie dat het beding onredelijk bezwarend is omdat het niet is gelimiteerd. Rb. Assen 12 februari 2008, ECLI:NL:RBASS:2008:BC4373; Rb. Groningen 31 maart 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BM1402.

61. Rb. Amsterdam 10 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2370; Rb. Amsterdam 10 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2371; Rb. Utrecht 27 januari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL0870.

62. Vergelijk Pavillon 2011b, p. 441.

63. Zie noot 20.

64. www.pubcontent.icscards.nl/ICS-VISA/content/pdf/algemenevoorwaarden/algemene-voorwaarden-algemeen-card-2015.pdf; LOVCK-werkgroep 2014, p. 30. Zie ook Pavillon 2015, p. 129.

worden alle resterende termijnen opeisbaar. De wederpartij verliest echter haar aanspraken op de aanbieder. De LOVCK-werkgroep concludeert dat deze boete onredelijk bezwarend is.⁶⁵ De rechter komt in alle veertien geselecteerde uitspraken, van 2008 tot en met 2016, tot hetzelfde oordeel. Deze conclusie geldt ook bij andere boetebedingen waarbij alle resterende termijnen direct opeisbaar worden terwijl de wederpartij haar aanspraken verliest.⁶⁶

De vernietiging van het boetebeding ontslaat de wederpartij niet van haar verplichting om schadevergoeding te betalen.⁶⁷ De berekening van de schade die in de plaats komt van de boete geschiedt echter niet in alle gevallen op dezelfde manier.⁶⁸ Het LOVCK-rapport van 2010 formuleert aanbevelingen om tot een uniforme berekening van de schade te komen.⁶⁹ Het rapport van 2014 brengt deze adviezen in overeenstemming met HR 13 juni 2014, NJ 2015/477 (*Lindorff/Statia*).⁷⁰ De belangrijkste aanbevelingen zijn bovendien ook niet in strijd met HR 12 februari 2016, RvdW 2016/279 (*Lindorff/Nazier*).⁷¹ Zij worden in recente uitspraken gevolgd.⁷² Het LOVCK-rapport leidt op deze manier, ondanks recente arresten van de Hoge Raad, tot uniformering van de rechtsgevolgen na de vernietiging van het boetebeding.

7.4. De beëindiging of annulering van een overeenkomst

De algemene voorwaarden van verschillende gebruikers bepalen dat de wederpartij een geldsom is verschuldigd bij de annulering of vroegtijdige beëindiging van een overeenkomst. Deze bedingen staan op grond van artikel 6:237 sub i BW op de grijze lijst. Zij zijn echter niet onredelijk bezwarend als de geldsom overeenkomt met een redelijke vergoeding voor geleden verlies of gedeelde winst.

De algemene voorwaarden van de Centrale Branchevereniging Wonen ('CBW') bepalen dat de afnemer bij annulering 30% van de aankoopprijs is verschuldigd. Deze vergoeding bedraagt 50% als de afnemer er al van in kennis is gesteld dat de (gedeeltelijke) op- of aflevering kan plaatsvinden. In drie van de zes uitspraken concludeert de rechter dat de boete van 30% niet onredelijk bezwarend is. Deze inconsistentie wordt veroorzaakt door de structuur van artikel 6:237 BW. De annuleringsvergoeding is onredelijk bezwarend tenzij de gebruiker laat zien dat de vergoeding redelijk is. Algemene stellingen over een 'geldend' winstpercentage zijn daarvoor onvoldoende.⁷³ De rechter houdt in twee uitspraken bovendien rekening met het moment van annulering. Hij stelt dat het niet waarschijnlijk is dat de gebruiker al ver voor de geplande aflevering kosten heeft gemaakt.⁷⁴

In andere conflicten maakt de gebruiker, mede met behulp van informatie van CBW, duidelijk dat de brutowinstmarge boven de 30% ligt. De rechter oordeelt in deze uitspraken dat de annuleringsvergoeding in een redelijke verhouding staat tot de gedeelde winst.⁷⁵ In Rb. Zeeland-West-Brabant 27 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3506 laat de kantonrechter bovendien meewegen dat het beding tot stand is gekomen in samenwerking met de Consumentenbond. Deze uitspraken versterken de conclusie van paragraaf 7.1. De gebruiker van een boetebeding kan de herhaling van de vernietiging voorkomen door zijn argumenten voor de toelaatbaarheid van het beding te verbeteren.

De uitspraken over het boetebeding in de algemene voorwaarden van de effectenleaseovereenkomsten van Aegon laten een vergelijkbaar beeld zien. De wederpartij is volgens deze voorwaarden verplicht om bij een vroegtijdige beëindiging een boete van 30% van de nog niet vervallen maandtermijnen te betalen. De wederpartij stelt

65. LOVCK-werkgroep 2010, p. 15; LOVCK-werkgroep 2014, p. 34.

66. Rb. Leeuwarden 18 januari 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BP1636 (kabelabonnement); Rb. Almelo 7 juni 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BQ7640 (fitnesscentrum); Rb. 's-Hertogenbosch 14 juli 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5010 (fitnesscentrum); LOVCK-werkgroep 2014, p. 40-41.

67. Althans, volgens de rechters en het rapport. Pavillon (2015, p. 135-136) stelt dat dit in strijd is met HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C2014:282 (*Kásler*). Deze kwestie valt buiten het bestek van dit artikel.

68. De schadevergoeding laat zich uitdrukken als een percentage van de resterende termijnen. De rechter komt in de uitspraken tot en met 2010 tot de volgende schadevergoedingen: 0% (Rb. Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BG4338; Rb. Maastricht 7 december 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BK8562); 25%, geen meegeleverde telefoon (Rb. Amsterdam 30 november 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8437); 50% (Rb. Arnhem 27 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1729) met (Rb. Leeuwarden 8 december 2012, ECLI:NL:RBL EE:2010:BO7562) of zonder (Rb. Roermond 27 april 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BM2584; Rb. Breda 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BO2775) meegeleverde telefoon.

69. LOVCK-werkgroep 2010, p. 16-18.

70. LOVCK-werkgroep 2014, p. 34-41.

71. Zie over deze arresten M.R. Hebly & I. Tillema, 'De "gratis" telefoon die niet gratis was...en dat toch werd?', *MvV* 2016, afl. 9, p. 235-242; J.H.M. Spanjaard, 'All-inprijs ambtshalve getoetst', *Contracteren* 2016, afl. 2, p. 57-63.

72. Rb. Gelderland 30 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6157; Rb. Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8662; Rb. Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8663; Rb. Den Haag 29 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11791; Rb. Den Haag 29 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11794. De rechter oordeelt steeds, in overeenstemming met het rapport, dat de aanbieder recht heeft op de helft van de resterende termijnen van de 'belcomponent'. De rechters stellen de waarde van het toestel vast aan de hand van de verkoopwaarde ten tijde van het aangaan van de overeenkomst. De rapporten worden echter niet altijd gevolgd. Hof Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3466. Vergelijk ten slotte Rb. Den Haag 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8667.

73. Hof Arnhem 9 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH2899; noot 77. Vergelijk in de context van opleidingsovereenkomsten Rb. Almelo 27 januari 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BH1279; Rb. Utrecht 23 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU5836.

74. Rb. Rotterdam 10 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3735; Hof Den Haag 19 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR2400. Zie ook Rb. Rotterdam 12 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8309 over de annuleringsvergoeding van 50% en Rb. Amsterdam 10 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2206 over een vergelijkbaar beding.

75. Rb. Alkmaar 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BP7266; Rb. Leeuwarden 6 april 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BQ0976.

in verschillende conflicten dat dit bedrag niet in een redelijke verhouding tot het werkelijke⁷⁶ of mogelijke⁷⁷ nadeel van Aegon staat. Als Aegon deze stellingen niet inhoudelijk weerspreekt, vernietigt de rechter het beding.⁷⁸

De geselecteerde uitspraken maken niet duidelijk waar de grens tussen een 'toegestane' en een onredelijk bezwarende verbrekingsvergoeding precies ligt. Een boete die overeenkomt met het misgelopen voordeel⁷⁹ of de gemaakte kosten⁸⁰ is niet vernietigbaar. Een vergoeding van € 12 445 is bij een misgelopen winst van minder dan € 8442 echter onredelijk bezwarend. Een verbrekingsvergoeding van € 50 bij het voortijdig beëindigen van een overeenkomst ten aanzien van de levering van elektriciteit of gas is toegestaan. Een vergoeding van € 50 *per product* is echter vernietigbaar.⁸¹

De boetebedingen in overeenkomsten tussen professionele partijen worden minder vaak vernietigd.⁸² De rechter oordeelt in twintig van de geselecteerde uitspraken over de toelaatbaarheid van de boetebedingen in de algemene voorwaarden van Proximedia. De wederpartij verbeurt een boete van 40 of 60% van de resterende termijnen als zij de overeenkomst ten aanzien van verschillende aan internet gerelateerde diensten vroegtijdig opzegt. Zij is dit bedrag daarnaast verschuldigd als Proximedia de overeenkomst beëindigt op grond van een tekortkoming van de wederpartij. De rechter concludeert in negentien uitspraken dat het beding niet onredelijk bezwarend is. Voor deze conclusie is niet nodig dat de gebruiker (Proximedia) aantoont dat de boete in een redelijke verhouding staat tot het geleden verlies of de misgelopen

winst. Artikel 6:237 sub i BW is immers alleen van toepassing als de wederpartij een 'consument' is. De rechter is bovendien niet verplicht om het beding ambtshalve te toetsen.⁸³ Het is daarom aan de wederpartij om aan te tonen dat de boete wel onredelijk bezwarend is.⁸⁴ De verhouding tussen de voorzienbare schade en de boete blijft echter relevant.⁸⁵ Als Proximedia aantoont dat deze verhouding redelijk is, pleit dit tegen vernietigbaarheid.⁸⁶ Alleen in Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1845 komt de rechter tot een andere conclusie. Hij oordeelt dat in het concrete geval, anders dan bij andere conflicten over de onderhavige boete, niet is gesteld of gebleken dat Proximedia aan het begin van de overeenkomst investeringen heeft gedaan die hij moet terugverdienen gedurende de looptijd.

7.5. Huurovereenkomsten ten aanzien van een woning

De rechter oordeelt eenendertig keer over een boetebeding in de algemene voorwaarden van een huurovereenkomst ten aanzien van een woning. Bij een groot gedeelte hiervan gaat het om boetes die zijn opgenomen in de algemene voorwaarden van de modelhuurovereenkomst van de Raad voor Onroerende Zaken ('ROZ').⁸⁷ Artikel 20.6 bepaalt dat de huurder een boete van € 25 per dag is verschuldigd voor iedere overtreding van de overeenkomst of de algemene voorwaarden. De rechter oordeelt in alle negen uitspraken dat dit beding onredelijk bezwarend is. De boete is immers niet gemaximeerd.⁸⁸ Zij is bovendien een 'eenheidsboete' die geldt voor alle niet-nakomingen. Zij is dus ook verschuldigd bij de niet-betaling van een geldsom, in aanvulling op de in artikel 20.2 opgenomen contractuele rente van 1% per maand. De

76. Rb. Den Haag 16 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3079.

77. Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4811; Rb. Noord-Nederland 16 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6304.

78. Zie ook Rb. Noord-Nederland 3 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:357, waar de rechter zonder vergelijking met het nadeel van Aegon tot dezelfde conclusie komt. Vergelijk ook Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4812 over een boete ter hoogte van 40% van de nog niet vervallen rente.

79. Rb. Noord-Holland 15 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:3265.

80. Rb. Arnhem 30 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BL0530.

81. Rb. Middelburg 13 januari 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BL7332.

82. Zie ook paragraaf 8.3; Rb. Rotterdam 3 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG8024; Rb. 's-Hertogenbosch 12 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT7310; Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY6257.

83. Zie over deze verplichting paragraaf 3 en noot 39.

84. Rb. Amsterdam 2 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7130; Rb. Utrecht 8 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY0563; Rb. Noord-Holland 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11331; Rb. Noord-Nederland 10 december 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7500; Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:304; Rb. Rotterdam 9 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3500; Hof Amsterdam 14 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1402; Rb. Rotterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2550; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5457. Zie echter ook Rb. Utrecht 16 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV0780, waar de rechtbank oordeelt dat het gelet op de reflexwerking van artikel 6:237 sub i BW op de weg van Proximedia ligt om te stellen dat het beding niet onredelijk bezwarend is.

85. Zie ook in het kader van een franchiseovereenkomst Rb. Utrecht 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC5136.

86. Rb. Utrecht 20 mei 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ6664; Rb. Utrecht 16 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV0780; Rb. Utrecht 16 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV0794; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4517; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4397; Rb. Midden-Nederland 12 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2577; Hof Amsterdam 17 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2337; Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:173; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8057; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4217.

87. De ROZ-modellen zijn beschikbaar op <https://roz.nl/de-roz-modellen/> (laatst bezocht 31 maart 2017). De ROZ is een vereniging die de belangen van verhuurders vertegenwoordigt.

88. Rb. 's-Hertogenbosch 14 april 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BM1319; Rb. Overijssel 16 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:4802; Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:950; Hof Amsterdam 25 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1580; Rb. Oost-Brabant 20 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1283; Hof Amsterdam 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:165. Zie ook noot 92.

rechters gaan er bij dit laatste argument van uit dat deze boeterente wel is verschuldigd.⁸⁹ Dit is echter niet vanzelfsprekend. In alle zes uitspraken waarin de rechter artikel 6:233 sub a BW toepast op deze contractuele rente, oordeelt hij dat het beding onredelijk bezwarend is. De boete is immers aanzienlijk hoger dan de wettelijke rente⁹⁰ en de marktrente.⁹¹ Bovendien zijn ook andere boeterentes van 1% per maand in verhoudingen tussen professionele gebruikers en particuliere wederpartijen onredelijk bezwarend.⁹² Consistentie bij de beoordeling van een beding in het kader van artikel 6:233 sub a BW betekent dus niet noodzakelijk dat het artikel ook in alle gevallen, al dan niet ambtshalve,⁹³ op een bepaalde boete wordt toegepast.

De algemene voorwaarden van WonenBreburch, een woningcorporatie, bevatten een boetebeding van (voor indexering) € 125 per dag voor iedere overtreding. Dit bedrag is aanzienlijk hoger dan de in de ROZ-modelovereenkomst gebruikte boete van € 25 per dag. Toch oordeelt de rechter in twee van de drie geselecteerde uitspraken dat het beding niet onredelijk bezwarend is.⁹⁴ Hij lijkt hierbij te laten meewegen dat de boete in het concrete geval is verbeurd op grond van hennepsteelt. WonenBreburch heeft volgens de rechter een gerechtvaardigd belang bij het voorkomen van hennepsteelt. De huurder verbeurt de boete echter ook bij andere, minder ernstige overtredingen van de algemene voorwaarden. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelt daarom in een recentere uitspraak dat het beding wel degelijk onredelijk bezwarend is.⁹⁵

Bij boetebedingen voor specifieke overtredingen is een hoger bedrag toegestaan. De rechter oordeelt in drie uitspraken over boetes voor een overtreding van de Opiumwet dat het beding niet onredelijk bezwarend is.⁹⁶ De uitspraken over boetebedingen voor onderhuur laten

een wisselend beeld zien. Een eenmalig bedrag van € 4500⁹⁷ of een boete van € 45,38 per dag⁹⁸ is niet onredelijk bezwarend. In Rb. Amsterdam 15 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BL2343 oordeelt de kantonrechter dat een boete van € 2500 plus € 50 per dag wel vernietigbaar is. In hoger beroep komt het hof echter tot de tegenovergestelde conclusie.⁹⁹ In recentere uitspraken lijkt de toets strenger. In Hof Amsterdam 19 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:819 oordeelt de rechter nog dat een boete van driemaal de huurprijs per kalenderdag is toegestaan. In Hof Amsterdam 19 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1543 gaat hij er echter van uit dat deze boete onredelijk bezwarend is. Hij laat de boete ter hoogte van alle onderhuurpenningen wel in stand.¹⁰⁰

7.6. Huurovereenkomsten ten aanzien van bedrijfsruimte

Bij huurovereenkomsten tussen professionele partijen zijn hogere boetes toegestaan. De oude versies van de ROZ-modelhuurovereenkomsten voor bedrijfsruimten bevatten een boeterente van 2%, met een minimum van € 300, per maand.¹⁰¹ Deze rente is het dubbele van de onredelijk bezwarende boeterente bij huurovereenkomsten ten aanzien van een woning. Toch oordeelt de rechter in alle acht geselecteerde uitspraken dat het beding niet onredelijk bezwarend is.¹⁰² Ook de boete van € 250 per dag voor andere overtredingen, het tienvoudige van de

89. Hof Amsterdam 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5017; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9074. In Rb. Noord-Nederland 4 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3716 gebruikt de kantonrechter dit argument, maar oordeelt hij ook dat de contractuele rente onredelijk bezwarend is.

90. Hof Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5418. Zie ook paragraaf 3.

91. Rb. Midden-Nederland 2 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2685; Hof Amsterdam 29 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5414; Hof Amsterdam 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:165; Rb. Noord-Nederland 4 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3716. Een motivering ontbreekt in Rb. Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6122.

92. Rb. Rotterdam 5 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5236 (rekening advocaat); Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5453 (tandartsrekening). Vergelijk ook Rb. Maastricht 4 november 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BK3453 (18% per maand is onredelijk bezwarend). In Hof Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3466 oordeelde het hof dat een rente van 1% per maand bij een telefoonabonnement niet onredelijk bezwarend is.

93. Het Hof van Justitie heeft in HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse en de Man Garabito/Jabani*) geoordeeld dat Richtlijn 93/13/EG, en dus ook de verplichting tot ambtshalve toetsing, van toepassing is op huurovereenkomsten tussen professionele verhuurders en particuliere huurders.

94. Rb. Breda 23 april 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD5189; Rb. Breda 26 mei 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BM5976.

95. Hof 's-Hertogenbosch 24 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4346.

96. Rb. Amsterdam 19 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:887 (tien keer de maandhuurprijs); Rb. Noord-Holland 25 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:437 (€ 10 000); Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7517 (€ 40 000).

97. Hof Amsterdam 20 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY6370.

98. Hof Den Haag 10 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4245.

99. Hof Amsterdam 21 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6647.

100. In vergelijkbare zin Rb. Amsterdam 19 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:887. De boete van 10% van de maandhuurprijs per dag is onredelijk bezwarend. Het verschil tussen de onderhuur en de huur dient echter wel te worden afgedragen.

101. Deze boete is in de nieuwste versies verlaagd naar 1%, met een minimum van € 300, per maand.

102. Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV2625; Rb. Zeeland-West-Brabant 18 september 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6708; Hof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3553; Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:198; Hof Amsterdam 3 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:663; Rb. Amsterdam 21 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2969; Hof Amsterdam 19 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1548; Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2380.

vernietigbare boete bij huurovereenkomsten ten aanzien van een woning, is niet onredelijk bezwarend.¹⁰³

8. Synthese

De analyses van de specifieke boetebedingen leiden tot verschillende terugkerende bevindingen over consistentie bij de toepassing van artikel 6:233 sub a BW. In deze paragraaf bespreek ik enkele van deze uitkomsten.

8.1. Consistentie door de gebruiker

De analyses laten zien dat de gebruiker consistentie gedeeltelijk in eigen hand heeft. Hij kan de herhaling van de vernietiging van zijn boetebeding voorkomen door in latere conflicten duidelijk te maken dat het bedrag in een redelijke verhouding tot de voorzienbare schade staat (paragraaf 7.1 en 7.4). Het peilmoment van artikel 6:233 sub a BW vergemakkelijkt deze bewijslevering. Op het moment van de contractsluiting zijn de omstandigheden dikwijls in hoge mate vergelijkbaar (paragraaf 3). De gebruiker is hierdoor in staat om dezelfde argumenten te gebruiken bij verschillende conflicten over hetzelfde boetebeding. De door de algemene voorwaarden bereikte uniformering uit zich op deze manier ook in een uniformering van de procedures over de boetebedingen.

Overigens kan een gebruiker niet bij ieder boetebeding door vallen en opstaan tot argumenten komen die leiden tot de conclusie dat het beding niet vernietigbaar is. Bij de boetes voor het niet terugsturen van een creditcard waren het LOVCK-rapport en de rechtspraak zo duidelijk dat ICS het bedrag heeft gemaximeerd (paragraaf 7.2).

8.2. Consistentie tussen verschillende boetebedingen

Paragraaf 7 toont dat er enige consistentie bestaat bij specifieke bedingen. De geselecteerde uitspraken maken echter slechts in beperkte mate duidelijk in hoeverre er consistentie bestaat tussen de verschillende boetes. Dit is tot op zekere hoogte onvermijdelijk. De omstandigheden laten zich in deze gevallen immers minder goed vergelijken. De voorzienbare schade bij treintje rijden (paragraaf 7.1) is anders dan de voorzienbare schade bij illegale onderhuur (paragraaf 7.5). De overige bepalingen van de overeenkomst zijn bovendien ook niet hetzelfde (paragraaf 3).

Desondanks zijn sommige boetebedingen wel degelijk met elkaar te vergelijken. Boetes waarbij alle resterende termijnen direct opeisbaar worden terwijl de wederpartij haar aanspraken verliest, zijn in de regel onredelijk bezwarend (paragraaf 7.3). Hetzelfde geldt voor de meeste boeterentes van 1% per maand in consumentenovereenkomsten (paragraaf 7.5) en voor bedragen die ongelimiteerd kunnen oplopen (paragraaf 7.2 en 7.5). De geselecteerde uitspraken maken echter niet duidelijk hoe hoog de boete voor onderhuur mag zijn (paragraaf 7.5). Ook de toegestane verhouding tussen de misgelopen winst en de vergoeding bij de annulering of vroegtijdige beëindiging van een overeenkomst blijkt niet ondubbelzinnig uit de verschillende oordelen (paragraaf 7.4).

8.3. Professionele wederpartij

Het onderzoek laat zien dat de boetebedingen significant minder vaak onredelijk bezwarend zijn als de wederpartij professioneel is.¹⁰⁴ In slechts 2 van de 37 uitspraken met een professionele wederpartij oordeelt de rechter dat de boete onredelijk bezwarend is. Bij particuliere wederpartijen komt de rechter in 74 van de 115 gevallen tot deze conclusie.

Ook de analyses van specifieke bedingen laten zien dat een boete voor een professionele wederpartij minder snel vernietigbaar is. Percentages en bedragen die steeds onredelijk zijn bij huurovereenkomsten ten aanzien van een woning zijn niet vernietigbaar bij overeenkomsten ten aanzien van een bedrijfsruimte (paragraaf 7.6). Ook bedingen bij de voortijdige beëindiging van een overeenkomst worden minder snel vernietigd (paragraaf 7.4).

8.4. De verborgen verklarende kracht van de voorzienbare schade

Paragraaf 7 suggereert dat de verhouding tussen de voorzienbare schade en de boete nog belangrijker is dan de cijfers van paragraaf 6 laten zien. Bij veel boetebedingen verschilt deze verhouding slechts in beperkte mate van geval tot geval (paragraaf 3). Als de rechter in een uitspraak oordeelt dat de boete (mede) vanwege een wanverhouding tussen schade en boete onredelijk bezwarend is, ligt het daarom voor de hand dat hij in andere uitspraken tot dezelfde conclusie zal komen. De analyses laten echter zien dat dit niet altijd het geval is.

Bij de beoordeling van de boetes bij de ontbinding van een telefoonabonnement (paragraaf 7.3) oordeelt de rechter bijvoorbeeld acht keer dat het bedrag duidelijk lager is dan de voorzienbare (vier keer) of werkelijke (vier keer) schade. In de andere zes uitspraken baseert hij zijn oordeel niet op een vergelijking van het belang van de schuldeiser en de boete. De Proximedia-boetes bieden een ander voorbeeld (paragraaf 7.4). De rechter baseert zijn oordeel dat het beding niet onredelijk bezwarend is in tien van de negentien uitspraken mede op de niet-buitensporige verhouding tussen de voorzienbare schade en de boete. Hij gaat bij de andere oordelen niet in op de werkelijke of voorzienbare schade. Ook bij de ROZ-boete van € 25 per dag (paragraaf 7.5) baseert de rechter zijn conclusie in slechts vier van de negen gevallen op de verhouding tussen de voorzienbare schade en de boete. In een andere uitspraak gaat hij alleen in op de werkelijke schade.

Bij deze oordelen komt de rechter op basis van een *andere* motivering tot *dezelfde* conclusie. Dit verschil in de motivering betekent echter niet dat de verhouding tussen schade en boete ook echt verschilt. Bij een deel van de oordelen waar de rechter niet ingaat op de voorzienbare schade (77 van de 152) had de rechter zijn conclusie waarschijnlijk ook kunnen baseren op de verhouding tussen de voorzienbare schade en de boete. De verhouding kan hierdoor een groter deel van de oordelen verklaren dan uit de cijfers van paragraaf 6 blijkt. De precieze

103.Rb. Amsterdam 21 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2969; Hof Amsterdam 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:50.

104.X2 (1) = 38.902, $p < .001$, Cramer's $V = .506$.

omvang van deze ‘verborgen’ verklarende kracht kan echter niet aan de hand van het uitgevoerde onderzoek worden vastgesteld.

8.5. De invloed van de werkelijke schade verkleint de consistentie niet

De werkelijke schade zou geen rol moeten spelen in het kader van artikel 6:233 sub a BW (paragraaf 3). Toch houdt de rechter bij 24 oordelen rekening met deze verhouding (paragraaf 6.2). De analyses laten zien dat deze schending van het peilmoment niet leidt tot een verkleining van de consistentie. Bij verschillende boetebedingen wordt hetzelfde oordeel over de vernietigbaarheid zowel op de verhouding met de voorzienbare als met de werkelijke schade gebaseerd. Dit geldt bijvoorbeeld bij de boetes voor het niet terugsturen van een creditcard (paragraaf 7.2), de ontbinding van een telefoonabonnement (paragraaf 7.3 en 8.4), de beëindiging van effectenlease-overeenkomsten van Aegon (paragraaf 7.4) en de ROZ-boete van € 25 per dag (paragraaf 7.5 en 8.4).

8.6. Overige gebeurtenissen na de contractsluiting

Hiermee is niet gezegd dat de invloed van de gebeurtenissen na de contractsluiting nooit leidt tot een verkleining van de consistentie. In verschillende uitspraken lijkt de rechter op grond van de later opkomende omstandigheden tot een resultaat te komen dat afwijkt van andere oordelen. Dit geldt bijvoorbeeld als de boete voor treintje rijden in het concrete geval 25 keer is verschuldigd (paragraaf 7.1) of als de eenheidsboete van € 125 per dag in het onderhavige conflict is verbeurd op grond van hennepeteelt (paragraaf 7.5). De rechter baseert deze oordelen echter op een vergelijking van de boete en de voorzienbare schade. Mogelijk wordt hij door de gevolgen in het concrete geval gewezen op de potentiële uitkomsten die het beding ook al ten tijde van de contractsluiting had. In deze visie is er eerder sprake van *hindsight bias*¹⁰⁵ dan van een schending van het peilmoment. Dit verschil is echter niet van belang voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. In beide visies kunnen de gebeurtenissen na de contractsluiting leiden tot een verkleining van de consistentie bij de toepassing van artikel 6:233 sub a BW.

8.7. De ontwikkeling van consistentie

Het onderzoek behandelt uitspraken van 2008 tot en met 2016. Dit is mogelijk doordat de materieelrechtelijke toets van artikel 6:233 sub a BW sinds 2008 niet substantieel is gewijzigd. Het procesrecht is wel in beweging. Het Hof van Justitie en de Hoge Raad hebben verschillende uitspraken gedaan over de verplichting tot ambtshalve toetsing en het verbod op conversie of matiging van onredelijk bezwarende boetebedingen.¹⁰⁶

De analyses van de individuele boetebedingen laten zien dat tijdsverloop de consistentie kan vergroten. Dit heeft verschillende oorzaken. Ik heb hiervoor al gewezen op de mogelijkheid van de gebruiker om argumenten te ontwikkelen die tot de conclusie leiden dat het beding

niet onredelijk bezwarend is (paragraaf 8.1). Bovendien stimuleren de LOVCK-rapporten uit 2010 en 2014 een uniforme ambtshalve toetsing van bepaalde boetebedingen (paragraaf 2, 3, 7.2 en 7.3). De verdere ontwikkeling en toepassing van de ambtshalve toetsing kunnen er ten slotte toe leiden dat de rechter vaker over bepaalde boetebedingen oordeelt. In dit onderzoek zijn alleen uitspraken meegenomen waarin de rechter artikel 6:233 sub a BW toepast. Uit de analyse van de ROZ-boetes bij huurovereenkomsten ten aanzien van een woning blijkt dat de rechter niet altijd alle contractuele boetes ambtshalve toetst (paragraaf 7.5).

Nieuwe uitspraken kunnen de consistentie echter ook verstoren. Ik wijs opnieuw op de in paragraaf 7.1 besproken uitspraak over de boete van € 300 voor treintje rijden. De ontwikkeling van consistentie in de lagere rechtspraak verloopt niet noodzakelijk in een rechte lijn.

9. Conclusie

In dit artikel beantwoord ik de volgende onderzoeksvraag: *In hoeverre komen lagere rechters bij de toetsing van boetebedingen op grond van artikel 6:233 sub a BW tot consistente resultaten?* De analyse van de lagere rechtspraak laat zien dat er een behoorlijke mate van consistentie bestaat.

Deze consistentie kan voor een gedeelte worden verklaard door de samenhang tussen de verhouding van schade en boete en de vernietigbaarheid op grond van artikel 6:233 sub a BW (paragraaf 6). Een wanverhouding tussen de voorzienbare of werkelijke schade en de boete leidt bijna altijd tot de conclusie dat het beding onredelijk bezwarend is. Een boetebeding is bijna nooit vernietigbaar als het in vergelijking met de schade niet buitensporig is.

De verhouding kan echter niet alle uitspraken verklaren. Bij 59 oordelen gaat de rechter niet in op het belang van de gebruiker. De analyses van de specifieke boetebedingen laten zien dat de rechter ook los van de verhouding tussen schade en boete tot consistente resultaten komt. Hoewel er ten aanzien van verschillende bedingen uitspraken bestaan die uit de toon vallen, wordt een individueel boetebeding in de meeste gevallen op dezelfde wijze beoordeeld (paragraaf 7). Deze analyses leiden bovendien tot verschillende terugkerende bevindingen (paragraaf 8). Zij laten bijvoorbeeld zien dat de ontwikkeling van consistentie een voortdurend proces is (paragraaf 8.7).

De Hoge Raad benadrukt in *Van Marrum/Wolff* dat de toepassing van artikel 6:233 sub a BW afhankelijk is van de omstandigheden van het concrete geval (paragraaf 1). Uit dit onderzoek blijkt echter dat het artikel wel degelijk op een uniforme wijze wordt toegepast. Deze praktijk is zowel in overeenstemming met de doelstellingen van artikel 6:233 sub a BW als met de bedrijfseconomische redenen om algemene voorwaarden op te stellen. Zij laat zien dat bescherming door middel van open normen kan samengaan met de voor bedrijven noodzakelijke rechtszekerheid.

105. Zie over *hindsight bias* in de rechtspraak ook C.F. Deelen, ‘Mentale misleiding en de rechter. Meavita, de OK en oordelen achteraf’, *WPNR* 2016, afl. 7111, p. 475-483.

106. Zie paragraaf 3 en noot 39 en 41.

Tabel 1. De opmerkingen over de voorzienbare schade

Opmerkingen over de voorzienbare schade	Aantal	% van alle boete-bedingen	% van de boete-bedingen met een opmerking over de voorzienbare schade	Aantal onredelijk bezwarend	% onredelijk bezwarend
Schade duidelijk lager dan boete ('wanverhouding')	35 ¹⁰⁷	23	47	35	100
Het bestaan van schade is aannemelijk	6	4	8	0	0
Verhouding boete en schade niet buitensporig	34	22	45	3 ¹⁰⁸	9
Totaal	75	49	100	38	51
Geen opmerking over de voorzienbare schade	77	51		38	49

Tabel 2. De verhouding tussen de werkelijke schade en de boete

Verhouding tussen boete en werkelijke schade	Aantal	% van alle boete-bedingen	% van de boete-bedingen waar de werkelijke schade relevant was	Aantal onredelijk bezwarend	% onredelijk bezwarend
Schade duidelijk lager dan boete	20	13	83	19 ¹⁰⁹	95
Verhouding boete en schade niet buitensporig	4	3	17	0	0
Totaal	24	16	100	19	79
Werkelijke schade niet van belang	128	84		57	45

Tabel 3. De verhouding tussen de voorzienbare of werkelijke schade en de boete

Verhouding tussen boete en schade	Aantal	% van alle boete-bedingen	% van de boete-bedingen waar de schade relevant was	Aantal onredelijk bezwarend	% onredelijk bezwarend
Schade duidelijk lager dan boete	49	32	53	48	98
Het bestaan van schade is aannemelijk	6	4	6	0	0
Verhouding boete en schade niet buitensporig	38	25	41	3	8
Totaal	93	61	100	51	55
Schade niet van belang	59	39		25	42

107. Bij enkele uitspraken oordeelt de rechter dat de boete hoger is dan een concreet voorzienbaar belang. Deze zijn hier meegenomen.

108. Zie over deze uitspraken paragraaf 7.2.

109. In Hof Amsterdam 19 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1543 oordeelt het hof dat de omstandigheid dat de schuldeiser geen schade heeft geleden niet van belang is omdat het beding strekt ter afdracht van de uit onderhuur verkregen inkomsten. Het doel is niet het opleggen van een onevenredig hoge schadevergoeding.