

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il reçoit l'appel principal;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour d'appel de Mons.

(...)

Noot

Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules

Thijs Tanghe¹

1. Inleiding. Een concurrentieclausule die een buitensporige/onredelijke beperking van de concurrentie naar voorwerp, territorium of duur oplegt, is strijdig met de openbare orde en dus ongeoorloofd².

Lange tijd werd aangenomen dat een ongeoorloofde concurrentieclausule niet vatbaar was voor matiging³ of gedeeltelijke vernietiging⁴. Een ongeoorloofd concurrentiebeding zou volgens die opvatting dus steeds volledig moeten worden vernietigd⁵.

Deze alles-of-niets-benadering is recent evenwel verlaten. In het geannoteerde arrest van 25 juni 2015 (en een eerder arrest van 23 januari 2015)⁶ zette het Hof van Cassatie immers de deur open voor de gedeeltelijke vernietiging of matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules⁷.

In deze noot wordt nader ingegaan op de matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules en in het bijzonder op de vraag waarom een dergelijke sanctie al dan niet wenselijk is. Zowel de argumenten *pro* als *contra* matiging passeren de revue.

2. Vooraf: geen wettelijke grondslag voor de matiging van concurrentieclausules. In bepaalde gevallen is een matigingsbevoegdheid voor de rechter uitdrukkelijk in de wet ingeschreven. De meest gekende toepassing is ongetwijfeld artikel 1231 BW dat de rechter toelaat om schade- of strafbedingen te matigen wanneer de forfaitair overeengekomen som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de contractuele verbintenissen te vergoeden⁸. Voor rente-

¹ Advocaat te Brussel en postdoctoraal medewerker Centrum voor Verbintenissenrecht UGent.

² Dit wordt onder meer uitdrukkelijk bevestigd in twee arresten van het Hof van Cassatie die in deze noot aan bod komen: Cass. 23 januari 2015, AR C.13.0579.N en Cass. 25 juni 2015, AR C.14.0008.F.

³ De matiging wordt beschouwd als een vorm van gedeeltelijke vernietiging van een ongeoorloofde clausule (zie ook *infra*, nr. 2). Overigens is ook de grens tussen matiging en gerechtelijke conversie (die in België niet algemeen wordt aanvaard) dun. In de rechtsleer wordt conversie algemeen omschreven als het omzetten van een door de partijen gewilde, maar ongeldige rechtshandeling, in een andere geldige rechtshandeling die de doelstellingen die de partijen bij het aangaan van de ongeldige rechtshandeling beoogden, zij het gedeeltelijk, toch zo goed mogelijk verwezenlijkt (zie o.m. J. RONSE, "Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen", *TPR* 1965, (199) 202-203; W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, 427; A. VAN OEVELEN, "Nietigheid" in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV, *Commentaar verbintenissenrecht*, Titel II, *Contractenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2008, 28).

⁴ Zie *infra*, nr. 3.

⁵ Voor zover daarover al twijfel zou kunnen bestaan, houdt de zogenaamde alles-of-niets-benadering bij concurrentieclausules in dat de volledige *concurrentieclausule* wordt vernietigd. Dit betekent evenwel niet dat de vernietiging van de volledige *concurrentieclausule* ook steeds de vernietiging van *de rest van de overeenkomst* (waarin de concurrentieclausule is opgenomen) tot gevolg zou hebben. In dat opzicht kan er aldus wel sprake zijn van een gedeeltelijke vernietiging (op het niveau van de overeenkomst), zijnde een vernietiging die zich beperkt tot de concurrentieclausule zonder doorwerking naar de rest van de overeenkomst (waarin de concurrentieclausule is opgenomen).

⁶ Cass. 23 januari 2015, AR C.13.0579.N.

⁷ Beide arresten zijn in de rechtsleer dan ook niet onopgemerkt gebleven: B. BELLEN, "Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten, splitsbaarheid en gerechtelijke matiging" (noot onder Cass. 23 januari 2015), *TRV* 2015, 460-465; P. DEMOLIN en C. DEKEMEXHE, "La validité de la clause de non-concurrence applicable pendant l'exécution du contrat de franchise", *JT* 2015, 722-726; S. LAGASSE, "La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence", *JT* 2015, 717-721; D. MERTENS, "Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn" (noot onder Cass. 23 januari 2015), *DAOR*, 2015/3, 18-23. F. PEERAER, "Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 23 januari 2015), *RW* 2015-16, 1188-1193.

⁸ Ook in andere rechtsstelsels schrijft de wet voor dat een rechter een straf- of schadebeding kan matigen. Vgl. bv. voor Nederland met art. 6:94, 1. NBW ("Op verlangen van de schuldenaar kan de rechter, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, de bedongen boete matigen, met dien verstande dat hij de schuldeiser ter zake van de tekortkoming niet minder kan toekennen dan de schadevergoeding op grond van de wet."), voor Frankrijk met art. 1152, tweede lid *Code civil* ("Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.") en voor Duitsland met § 343, (1) BGB ("Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen."). Vgl. ook met art. III.-3:712, (2) DCFR, art. 9:509, (2) PECL en art. 7.4.13, (2) Unidroit Principles 2010.

bedingen werd de matigingsbevoegdheid afzonderlijk in artikel 1153, vijfde lid BW geregeld⁹.

Vóór de wetwijziging van 23 november 1998¹⁰ die een matigingsbevoegdheid voor schadebedingen invoerde, was het standpunt van het Hof van Cassatie dat buitensporige schadebedingen wegens strijdigheid met artikel 6 BW ongeoorloofd waren¹¹. Een excessief schadebeding kwam immers neer op een private straf of zou de schuldeiser op de wanprestatie van zijn medecontractant kunnen doen speculeren¹². Om die redenen was een schadebeding strijdig met de openbare orde en bijgevolg door een absolute nietigheidsgrond aangetast.

Tegen deze achtergrond van strijdigheid met de openbare orde van een schadebeding, kan de matigingsbevoegdheid bij buitensporige (schade)bedingen niet anders dan als een toepassing van het leerstuk van de gedeeltelijke vernietiging van contractuele clausules worden beschouwd¹³. De matiging komt neer op een gedeeltelijke vernietiging door reductie van het ongeoorloofde en overdreven schadebeding tot een aanvaardbaar en geoorloofd niveau¹⁴.

Anders dan voor buitensporige strafbedingen, ontbreekt een uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor de matiging of gedeeltelijke vernietiging van ongeoorloofde concurrentieclausules.

3. Cass. 3 februari 1971: alles-of-niets-benadering bij ongeoorloofde concurrentieclausules. Bij gebrek aan een wettelijke grondslag¹⁵ was het in het Belgisch recht lange tijd sterk betwist of een matiging of gedeeltelijke vernietiging van een concurrentieclausule mogelijk was¹⁶. Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 3 februari 1971 immers dat de rechter geen beperkt

gevolg mag geven aan een concurrentiebeding dat hij ten dele ongeoorloofd acht¹⁷. Een ongeoorloofd concurrentiebeding zou volgens die opvatting met andere woorden steeds volledig moeten worden vernietigd. In navolging van het Hof van Cassatie pasten ook feitenrechters meestal de alles-of-niets-benadering toe op ongeoorloofde concurrentieclausules¹⁸.

4. Cass. 23 januari 2015 en 25 juni 2015: koerswijziging door het Hof van Cassatie. Met zijn arresten van 23 januari 2015 en 25 juni 2015 heeft het Hof van Cassatie de alles-of-niets-benadering bij ongeoorloofde concurrentieclausules verlaten.

In het bestreden arrest dat voorlag naar aanleiding van het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2015¹⁹, had het hof van beroep te Gent geoordeeld dat een concurrentiebeding van 17 jaar absoluut nietig is en niet kan worden gematigd²⁰. Van belang in deze zaak is dat de overeenkomst waarin het concurrentiebeding was opgenomen, bepaalde dat “bepalingen die door nietigheid aangetast of ongeldig zouden zijn, bindend blijven voor het gedeelte dat wettelijk toegelaten is”. Door de te ruime concurrentieclausule volledig te vernietigen (in plaats van te matigen tot het gedeelte dat geoorloofd is), hield het hof van beroep te Gent met andere woorden geen rekening met de vermelde clausule uit de overeenkomst en werd de bindende kracht van de overeenkomst bijgevolg geschonden (art. 1134, eerste lid BW). Het Hof van Cassatie vernietigde dan ook het arrest van het hof van beroep te Gent en zette zo onmiskenbaar de deur open voor de matiging of gedeeltelijke vernietiging van een ongeoorloofde concurrentieclausule, althans voor zover de rechterlijke matigingsbevoegdheid een contractuele grond-

⁹ Voor rentebedingen hanteert de wetgever in art. 1153, vijfde lid BW een andere maatstaf voor de matiging dan in art. 1231, § 1 BW. Op grond van art. 1153, vijfde lid BW kan de rechter ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar de interest die werd bedongen als schadevergoeding wegens vertraging in de betaling van een geldschuld verminderen indien de bedongen interest kennelijk de ten gevolge van de vertraging geleden schade te boven gaat. Het criterium ter beoordeling van het buitensporig karakter van een rentebeding is hier dus niet de potentiële schade zoals art. 1231, § 1 BW voorschrijft, maar de werkelijke schade.

¹⁰ Wet van 23 november 1998 tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire interest betreft, van het Burgerlijk Wetboek (BS 13 januari 1999).

¹¹ Cass. 17 april 1970, *Arr.Cass.* 1970, 754, Concl. H. KRINGS.

¹² Zie o.m. R. KRUIHOF, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1974-1980)”, *TPR* 1983, (495) 677 *et seq.*; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 663.

¹³ Zie o.m. H.N. SCHELHAAS, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 185-186. Zie evenwel kritisch ten aanzien van een gelijkshakeling van de gedeeltelijke vernietiging en de matiging: L. DE GRUYSE, “De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht/2*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (303) 312.

¹⁴ I. SAMOY, “De geoorlooftheid van schadebedingen na de wet van 23 november 1998: de figurantenrol van de werkelijk geleden schade en van de nietigheidssanctie” (noot bij Cass. 26 januari 2001), *R.Cass.* 2001, (342) 352; I. SAMOY en K. VANDERSCHOT, “Nietigheid van ongeoorloofde schadebedingen in het gemene recht: welles nietes ...” (noot onder Antwerpen 20 september 2004), *RW* 2006-07, (790) 799; B. WYLLEMAN, “Nieuwe wetgeving inzake strafbedingen en moratoire interest”, *AJT* 1998-99, (701) 705.

¹⁵ Zie *supra*, nr. 2.

¹⁶ Sommigen beroepen zich evenwel op de rechtsspreuk dat “wie het meerdere kan, ook het mindere kan” (“*qui peut le plus, peut le moins*”) om een buitenwettelijke matigingsbevoegdheid van ongeoorloofde clausules juridisch te bepleiten (zie bv. voor een matigingsbevoegdheid bij vernietigbare eenzijdige belofte: C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 719). Zie daarover evenwel kritisch: L. DE GRUYSE, “De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht/2*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (303) 311-312.

¹⁷ Cass. 3 februari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 538 en *Pas.* 1971, I, p. 511.

¹⁸ Zie bv. Antwerpen 13 september 1979, *RW* 1979-80, 2008; Brussel 19 oktober 1995, *RW* 1996-97, 393; Kh. Hasselt 5 mei 2004, *Limb.Rechtsl.* 2007, 144; Luik 13 december 2004, *JLMB* 2005, 1468; Gent 25 mei 2005, *DAOR* 2005, 334; Kh. Hasselt 30 januari 2008, *TRV* 2011, 313.

¹⁹ Cass. 23 januari 2015, AR C.13.0579.N.

²⁰ Gent 17 december 2012, 2012/AR/646, raadpleegbaar op www.go-dis.eu/nl/juridische-databank/2012-12-17-hof-van-beroep-gent-2010-ar-646.

slag had²¹. In het voorliggende geval trok het Hof van Cassatie met andere woorden uitdrukkelijk de kaart van de contractvrijheid en de bindende kracht van de nietigheidsclausule die bepaalde dat ongeldige clausules bindend blijven voor het gedeelte dat geoorloofd is²². Vermits er in het voorliggende geval een contractuele grondslag voor de rechterlijke matigingsbevoegdheid voorhanden was, bleef er na het arrest van 23 januari 2015 wel onzekerheid bestaan of rechterlijke matiging van een ongeoorloofde concurrentieclausule ook zonder een contractuele grondslag mogelijk was.

Deze onzekerheid werd al snel weggenomen door het Hof van Cassatie met het (hier geannoteerde) arrest van 25 juni 2015²³. In het bestreden arrest had het hof van beroep te Luik geoordeeld dat een concurrentieclausule die qua territorium te ruim en dus ongeoorloofd was, geen enkel gevolg kon hebben. De appelrechters weigerden met andere woorden de concurrentieclausule te matigen en dus aan de clausule uitwerking te geven in de mate dat deze geoorloofd was. Het Hof van Cassatie floot het hof van beroep te Luik terug en schoof opnieuw en in voltallige kamer²⁴ resoluut de gedeeltelijke vernietiging of matiging van de ongeoorloofde concurrentieclausule naar voren.

5. Begrijpelijke koerswijziging. De koerswijziging van het Hof van Cassatie is op zich niet zo verwonderlijk omdat het Hof van Cassatie in andere contexten geen principiële problemen heeft met de gedeeltelijke vernietiging of matiging van een clausule. Te denken is bijvoorbeeld aan het geval waarbij het recht van opstal voor onbepaalde duur werd bedongen en er aldus in werkelijkheid, althans volgens het Hof, een zakelijk recht voor meer dan 50 jaar wordt gevestigd. Volgens het Hof van Cassatie is een dergelijk recht van opstal niet nietig, maar dient deze tot de wettelijk²⁵ bepaalde maximumtermijn van 50 jaar te worden *herleid*²⁶.

Een ander geval betreft de toepassing van artikel 106, eerste lid van de arbeidsovereenkomstenwet²⁷ op grond waarvan de forfaitaire vergoeding die in een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers in geval van schending van het concurrentiebeding is bepaald, niet hoger dan een som gelijk aan 3 maanden loon mag zijn²⁸. Deze bepaling is samen te lezen met artikel 6 arbeidsovereenkomstenwet dat bepaalt dat alle met de bepalingen van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen nietig zijn voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren. Volgens het Hof van Cassatie moet de feitenrechter op grond van de voormelde bepalingen het beding waarin een hoger bedrag dan 3 maanden loon als forfaitaire vergoeding is bepaald, bij niet-naleving door de werknemer van het concurrentiebeding, als nietig beschouwen in zoverre deze clausule een hoger bedrag dan het wettelijke toegestane maximum bepaalt²⁹.

Daarnaast waren er ook steeds meer auteurs die de traditionele alles-of-niets-benadering bij concurrentiebedingen betreurden³⁰. De roep om een matigingsbevoegdheid klonk met andere woorden ook in de rechtsleer steeds luider.

Bovendien leek het Belgisch recht ook vanuit rechtsvergelijkend oogpunt eerder geïsoleerd te staan met zijn alles-of-niets-benadering die decennialang bij ongeoorloofde concurrentieclausules werd gehanteerd.

Zo heeft *la Chambre Sociale* van de Franse *Cour de cassation* geen moeite met een sanctionering op maat van (arbeidsrechtelijke) concurrentiebedingen: “*qu’une clause de non-concurrence est, en principe, licite et ne doit être annulée que dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue*”³¹. Enkel het excessieve deel moet aldus worden vernietigd³².

21. Zie over de geldigheid van nietigheidsclausules die bepalen dat, indien een concurrentiebeding de geoorloofde limieten zou overschrijden (qua duurtijd, geografische beperking of activiteiten), de partijen geacht worden zich tot de maximaal toelaatbare beperking te hebben verbonden ook: T. BAART, S. THIRE en A. VERBIST, “Het niet-concurrentiebeding in overnameovereenkomsten: op zoek naar houvast”, *Not.Fisc.M.* 2012, (116) 126; B. BELLEN, “Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten. Europese houvast voor de Belgische praktijk/efficiënte sanctionering” (noot onder Arbit.Besl. 1 september 2007), *TRV* 2011, (319) 322; N. HALLEMEESCH, “De niet-concurrentieverbintenis bij de overdracht van een handelsactiviteit”, *DAOR* 2013, (18) 33.

22. Zie over de geldigheid van nietigheidsclausules ook *infra*, nr. 8.

23. Cass. 25 juni 2015, AR C.14.0008.F.

24. Het Hof van Cassatie zetelt in voltallige kamer in meer principiële zaken waarin het voor de eenheid van de rechtspraak belangrijk is dat de twee afdelingen van een kamer samen beslissen (http://justitie.belgium.be/nl/rechterlijke_orde/hoven_en_rechtbanken/hof_van_cassatie/informatie_over_het_hof/organisatie/organisatie_-_algemeen).

25. Zie art. 4 wet van 10 januari 1824 over het recht van opstal.

26. Cass. 15 december 2006, AR C.05.0558.N, *RW* 2007-08, 104, noot M. MUYLLE; Cass. 3 december 2015, AR C.15.0210.N. Zie in dezelfde zin: Brussel 2 april 1980, *Rev.not.b.* 1981, 364.

27. Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (*BS* 22 augustus 1978).

28. Overeenkomstig art. 106, tweede lid arbeidsovereenkomstenwet kan de werkgever evenwel een hogere vergoeding eisen, mits hij het bestaan en de omvang van het nadeel bewijst.

29. Cass. 25 oktober 1999, AR S.98.0142.N, *RW* 2000-01, 812.

30. Zie bv. T. BAART, S. THIRE en A. VERBIST, “Het niet-concurrentiebeding in overnameovereenkomsten: op zoek naar houvast”, *Not.Fisc.M.* 2012, (116) 125; D. MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 359; E. SWAENPOEL, *De contractpartijen door de rechter uitgekleeft?*, Gent, Larcier, 2014, 72 *et seq.*

31. Cass. fr. (soc.) 21 oktober 1960, *JCP* 1960, II, 11886. Zie eveneens: Cass. fr. (soc.) 25 maart 1998, nr. 95-41543, www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. (soc.) 18 september 2002, *D.* 2002, 3229, note Y. SERRA.

32. Zie ook J. GHESTIN, G. LOISEAU en Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, T. 2, *L’objet et la cause. Les nullités*, Parijs, LGDJ, 2013, 1380 *et seq.*; B. TEYSSIE, “Réflexions sur les conséquences de la nullité d’une clause d’un contrat”, *D.* 1976, chr. XLVIII, (281) 286, nr. 27.

Een sanctivering op maat treffen we ook aan in het Engels recht. Daar kan de nietigheidssanctie met toepassing van de *blue pencil test*³³ tot een gedeelte van het concurrentiebeding worden beperkt. Een mooie illustratie van een toepassing van de *blue pencil test* is te vinden in de befaamde Engelse zaak *Goldsoll / Goldman*³⁴. In deze zaak betrof het een concurrentiebeding met een verbod om echte of namaak juwelen te verhandelen in de county Londen, in elk deel van het Verenigd Koninkrijk of Groot-Brittannië, Ierland, het eiland Man, Frankrijk, de VSA, Rusland, Spanje en binnen de 25 mijl van de Potsdamerstrasse te Berlijn of de St. Stefans Kirche te Wenen. Het concurrentiebeding werd ongeoorloofd bevonden in de mate dat ze ook het verhandelen van echte juwelen betrof en in zoverre het beding ook het verhandelen van juwelen buiten het Verenigd Koninkrijk en het eiland Man betrof. De woorden “echte of” en de opgesomde plaatsen buiten het Verenigd Koninkrijk en het eiland Man moesten dan ook uit de clausule worden “geschrapt”.

Ten slotte kent ook het Nederlands recht in bepaalde contexten een gedeeltelijke vernietiging van een concurrentiebeding³⁵. Zo kan een Nederlandse rechter een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld qua duur³⁶ of ruimte/gebied³⁷ beperken.

6. Quid met bezwaren tegen een rechterlijke matigingsbevoegdheid? Een klassiek bezwaar tegen een buitenwettelijke matigingsbevoegdheid is dat een contractant ingevolge een matigingsbevoegdheid niet wordt aangespoord om zijn clausules/overeenkomsten binnen de grenzen van het aanvaardbare te houden³⁸. De incentive om geldige clausules/

overeenkomsten te redigeren, zou met andere woorden ontbreken. Indien er een matigingsbevoegdheid voorhanden is, zou de redacteur van het contract immers niets te verliezen hebben met een clausule die de aanvaardbare grenzen overtreedt. De clausule zou hoogstens tot binnen de aanvaardbare grenzen worden gematigd. Partijen zouden met andere woorden *risk free* bepaalde ongeldige clausules in hun overeenkomst kunnen opnemen.

Hoewel er voor dit bezwaar tegen de matiging op het eerste gezicht wat te zeggen valt, overtuigt ze bij nader inzien niet volledig. Een dergelijk argument kan immers steeds tegen een sanctivering op maat worden aangevoerd. Ook in andere rechtsdomeinen wordt de aansporingsfunctie om rechtsgeldig te handelen soms (en veelal onterecht) tegen een sanctivering op maat aangevoerd. In strafzaken bijvoorbeeld is een argument tegen de relativering van de bewijsuitsluitingsregel die ingevolge de *Antigoon*-rechtspraak doorgang vond³⁹, dat politieambtenaren minder zorg aan de naleving van de wettelijke voorschriften zouden besteden indien zij weten dat de kans vrij groot is dat het bewijs voor de rechter toch zal kunnen dienen⁴⁰. Indien op een dergelijke redenering zou worden voortgebouwd, zou een sanctivering op maat nooit mogelijk zijn. Dit is niet wenselijk. In een steeds verder ontwikkelend rechtssysteem is er immers steeds meer minder plaats voor alles-of-nietsredeneringen⁴¹. Buitensporige sanctivering en juridische *overkill* zijn zoveel mogelijk te vermijden. De aansporingsfunctie (om rechtsgeldig te handelen) mag met andere woorden geen vrijgeleide geven om bij de toepassing van een

33. *Black's Law Dictionary* (9th edition, 2009) omschrijft de *blue pencil test* als volgt: “A judicial standard for deciding whether to invalidate the whole contract or only the offending words. Under this standard, only the offending words are invalidated if it would be possible to delete them simply by running a blue pencil through them, as opposed to changing, adding, or rearranging words.” Zoals de term zelf aangeeft, moet aldus worden nagegaan of het ongeldige gedeelte eenvoudig met een pen of potlood kan worden geschrapt, zonder iets te moeten herschrijven of aan te passen: “The ‘blue pencil’ marks, but it does not write” (Supreme Court of Georgia 21 juni 1990, *Hamrick / Kelley*, 260 Ga. 307).

34. *Goldsoll / Goldman* [1915] 1 Ch. 292.

35. Zie art. 7:653, 2. NBW voor een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst (dat na het einde van de overeenkomst uitwerking heeft): “De rechter kan zulk een beding geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.” Zie art. 7:443, 4. NBW voor een concurrentiebeding in een agentuurovereenkomst (dat na het einde van de overeenkomst uitwerking heeft): “De rechter kan, indien de handelsagent dat vraagt, zulk een beding geheel of gedeeltelijk teniet doen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de principaal, de handelsagent door het beding onbillijk wordt benadeeld.” De Nederlandse Hoge Raad oordeelde wel in een arrest van 18 december 2009 (*LJN*, BJ9439, www.rechtspraak.nl) dat conversie van een contractuele kartelafsprake op grond van art. 3:42 NBW niet mogelijk was. Dit arrest wordt door sommigen dan ook soms aangevoerd als argument tegen een sanctivering op maat van concurrentiebedingsovereenkomsten. De vraag rijst evenwel of dit arrest niet in het licht van de (autonome/specifieke?) nietigheidssanctie van art. 101 VWEU te kaderen is. Zie daarover: E.J. ZIPPRO, “Conversie onverenigbaar met de absolute nietigheid van ongeoorloofde kartelafspraken”, *MvV* 2010, afl. 3, (29) 35.

36. Zie bv. Rb. Oost-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ2738, www.rechtspraak.nl.

37. Zie bv. Rb. 's-Hertogenbosch 13 september 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB7626, www.rechtspraak.nl.

38. Zie bv. T. WERQUIN, Concl. bij Cass. 25 juni 2015, nr. 14, raadpleegbaar op <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

39. In het strafprocesrecht is onregelmatig verkregen bewijs ingevolge de *Antigoon*-rechtspraak van het Hof van Cassatie niet noodzakelijk nietig. Deze rechtspraak werd in het Wetboek van Strafvordering (art. 32) verankerd door de wet van 24 oktober 2013 tot wijziging van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden (*BS* 12 november 2013). In de wet wordt bepaald dat enkel tot nietigheid van een onregelmatig verkregen bewijselement wordt besloten indien “de naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, of; de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of; het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces”. Zie voor de *Antigoon*-toets in een burgerlijke rechtspleging ook: Cass. 10 maart 2008, S.07.0073.N.

40. Zie daarover: P. TRAESE, “De Antigoonrechtspraak” in *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (333) 383.

41. Zie over de wenselijkheid van een sanctivering op maat: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 138 *et seq.*

sanctie een botte bijl te hanteren⁴². Ook de zogenaamde bescherming van de openbare orde kan op zich geen buitensporige sanctiëring verantwoorden.

Bovendien kan onzorgvuldig gedrag van partijen bij het sluiten van de overeenkomst ook op andere wijzen worden gesanctioneerd. Zo verdient het aanbeveling om bij een gedeeltelijke vernietiging of matiging van een concurrentiebeding geen teruggave van een gedeelte van de overeengekomen prijs toe te kennen⁴³. Een voorbeeld kan dit verder illustreren. Bij de verkoop van een onderneming kan de koper aandringen op een qua duur zeer ruime (ongeoorloofde) concurrentieclausule. Dit kan ertoe leiden dat de verkoper een hogere prijs vraagt omdat hij de verbintenis op zich neemt om zich een lange tijd van concurrerende activiteiten te onthouden⁴⁴. Indien de concurrentieclausule naderhand wordt gematigd of gedeeltelijk vernietigd, dan is het wenselijk dat er geen teruggave volgt van het gedeelte van de prijs dat werd overeengekomen in ruil voor de te ruime concurrentieclausule. In dat opzicht moet de koper aldus de gevolgen van de ongeoorloofde clausule dragen. In die redenering neemt de koper met andere woorden niet *risk free* een te ruime concurrentieclausule op in het contract.

Een tweede bezwaar tegen een matigingsbevoegdheid voor de rechter is dat de rechter de bepalingen van een overeenkomst niet mag wijzigen dan met wederzijdse toestemming van de partijen (of een uitdrukkelijke wettelijke grondslag)⁴⁵. Artikel 1134, eerste lid BW zou immers met zich meebrengen dat de rechter een overeenkomst niet, zelfs niet op grond van de billijkheid⁴⁶, mag wijzigen dan met wederzijdse toestemming van de partijen. Dit bezwaar tegen een matiging overtuigt evenmin. Artikel 1134, eerste lid BW verleent immers slechts bindende kracht aan overeenkom-

sten die *wettig zijn aangegaan*. De matiging is aldus in overeenstemming met artikel 1134, eerste lid BW vermits zij het sluiten van overeenkomsten sanctioneert in de mate dat deze *onwettig* (of beter, onrechtmatig) zijn.

Een laatste bezwaar is dat het voor de rechter, bij gebrek aan een wettelijk aanknopingspunt, niet steeds gemakkelijk zou zijn om in een concreet geval de maximaal toelaatbare grenzen van de concurrentieclausule te bepalen⁴⁷. Toe te geven is dat dit inderdaad niet steeds een gemakkelijke klus voor de rechter zal zijn. Aan de andere kant, indien een rechter kan oordelen dat een clausule bepaalde grenzen op een ongeoorloofde wijze overschrijdt, dan moet hij ook in staat zijn om aan te geven waar die grenzen in de concrete omstandigheden van het geval precies liggen. Dit zal de rechter er ook toe aanzetten om zijn beslissing voldoende te motiveren. De rechter is – plastisch verwoord – nu eenmaal geen gewone wandelaar, maar is verantwoording schuldig voor zijn plaats van aankomst en voor de weg die hem daarheen leidt⁴⁸. Over de doelstelling van de motivering van rechterlijke beslissingen valt in het jaarverslag van het Hof van Cassatie 1997-1998 te lezen: “*De rechterlijke beslissing moet zodanig worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken.*”⁴⁹. Het verschaffen van inzicht in de gedachtengang van de rechter mag evenwel niet worden opgevat als het louter beschrijven van diens denkproces⁵⁰. Het gaat er volgens Nieuwenhuis niet om hoe de rechter heeft gedacht om zijn beslissing te vinden, maar wat hij heeft bedacht om haar te rechtvaardigen⁵¹. In het licht daarvan moet de rechter dan ook expliciet duidelijk maken in welke mate een concurrentieclausule al dan niet ongeoorloofd is. Ook de partijen (en hun raadslieden) spelen een belangrijke

⁴² Dit sluit evenwel niet uit dat in bepaalde contexten de afschrikwekkende werking van een sanctie toch nog een zekere rol blijft spelen. Zo moet de sanctiëring van onrechtmatige bedingen in consumentenzaken volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie een zekere afschrikkende werking hebben (zie bv. punt 79 in HvJ 30 april 2014, C-26/13, *Kásler / Káslerné Rábai*, *TBH* 2015, 683, noot F. PEERAER). De rechter kan een onrechtmatig beding in een consumentenovereenkomst in principe dan ook niet herzien of matigen (zie daarover *infra*, nr. 8). Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie is er in elk geval wel ruimte voor aanvulling van een consumentenovereenkomst in de gevallen waarin de consumentenovereenkomst niet zou kunnen blijven voortbestaan na de vernietiging van het onrechtmatige beding (HvJ 30 april 2014, C-26/13, *Kásler / Káslerné Rábai*, *TBH* 2015, 683, noot F. PEERAER). Zie evenwel ook: HvJ 21 januari 2015, gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, *Unicaja Banco*.

⁴³ Om de restitutieplichtingen na vernietiging te beperken, wordt er veelal van de adagia “*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*” en “*nemo auditur turpitudinem suam allegans*” toepassing gemaakt. Ook art. 6 BW zou als grondslag kunnen dienen om restitutie te weigeren (indien het toestaan van restitutie afbreuk zou doen aan de openbare orde of goede zeden). Zie daarover (en voor een kritiek op de vermelde adagia): J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 167 *et seq.* en 188 *et seq.*

⁴⁴ Van een concurrentieclausule valt moeilijk te verdedigen dat zij steeds om niet zou zijn overeengekomen. Integendeel, de opname van een concurrentieclausule kan in bepaalde gevallen een serieuze invloed op de prijs hebben gehad (zie ook T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 240, nr. 228).

⁴⁵ Vgl. met Cass. 23 maart 2006, C.04.0335.N., *Arr.Cass.* 2006, 697. In dit arrest oordeelde het Hof van Cassatie dat de feitenrechter in geval van absolute nietigheid van een beding geen beding in de plaats mag stellen dat niet op de wilsovereenstemming van de contractpartijen berust. Zie over dit arrest o.m. C. CAUFFMAN, “Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité” (noot onder Cass. 23 maart 2006), *RCJB* 2007, (428) 428 *et seq.*

⁴⁶ Zie bv. Cass. 7 september 2012, C.11.0630.N: “*De rechter mag niet op grond van de billijkheid de bepalingen van de overeenkomst wijzigen*”. Zie ook P. WÉRY, “Le contrat, la clause pénale, le juge et l’équité” (noot onder Cass. 28 april 2011 en Cass. 7 september 2012), *TBBR* 2013, 90-98.

⁴⁷ B. BELLEN, “Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten, splitsbaarheid en gerechtelijke matiging” (noot onder Cass. 23 januari 2015), *TRV* 2015, (460) 464.

⁴⁸ G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, 70.

⁴⁹ *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 1997-1998*, p. 81.

⁵⁰ B. VEECKMANS, “Interpretatie en aanverwante rechtsbegrippen in geschillen tussen contractanten”, *Limb.Rechtsl.* 2000, (333) 352.

⁵¹ J.H. NIEUWENHUIS, “Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel”, *RM Themis* 1976, (494) 498.

rol doordat zij de diverse factoren (bv. werkelijke activiteiten van de onderneming, territorium waar de onderneming actief is, enz.) in het debat moeten brengen die kunnen helpen bij de beoordeling in welke mate een concurrentieclausule al dan niet geoorloofd is.

7. *Argumenten pro matiging*⁵². Een argument *pro* matiging is dat een matigingssanctie overeenstemt met de algemeen aanvaarde opvatting dat sanctionering zoveel mogelijk op maat moet gebeuren en dat de vernietiging niet verder dan noodzakelijk mag reiken⁵³. Door matiging wordt immers alleen het ongeoorloofde of ongeldige gedeelte gesanctioneerd: in principe niets meer en niets minder.

Door matiging toe te laten wordt de ingreep in de door partijen gesloten overeenkomst bovendien zo beperkt mogelijk gehouden en wordt de contractvrijheid (een grondrecht) aldus niet verder beperkt dan noodzakelijk.

Een matigingsbevoegdheid kan er ook voor zorgen dat het contractuele evenwicht niet te ernstig wordt verstoord. Te denken is aan een concurrentieclausule in een overnameovereenkomst die een (serieuze) invloed heeft gehad op de prijs die de koper heeft betaald. Zo kan er bij de verkoop van een handelszaak door de overnemer een hogere prijs zijn betaald omdat de verkoper de verbintenis op zich nam om de overnemer geen concurrentie aan te doen⁵⁴. Door een con-

currentieclausule slechts te matigen en niet volledig te vernietigen, wordt het beoogde contractuele evenwicht niet al te ernstig verstoord⁵⁵.

Een gedeeltelijke vernietigingsmogelijkheid wordt ook vanuit rechtseconomische hoek toegejuicht: “*From an economic standpoint, rewriting or severing the illegal term is equivalent to nonenforcement – the negative externality is removed, and the court signals that such actions will not be tolerated. Furthermore, severability reduces wasted effort associated with forming contracts, as it opens up the possibility that the rest of the contract will be enforced and that the end state remains a Pareto improvement.*”⁵⁶.

Niet alleen vanuit rechtseconomisch, maar ook vanuit rechtshistorisch oogpunt valt er iets te zeggen voor een sanctionering op maat. Het van het Romeins recht afkomstige adagium⁵⁷ “*utile per inutile non vitiatur*” (in een letterlijke vertaling: “het nuttige wordt door het onnuttige niet tenietgedaan”)⁵⁸ maakte immers deel uit van het *ius commune* dat eeuwen gangbaar was⁵⁹.

Ten slotte kan een matigingssanctie ook worden verantwoord door de *favor contractus*-gedachte⁶⁰ om contracten en clausules zoveel mogelijk uitwerking te geven, eerder dan aan deze uitwerking te ontnemen⁶¹. Deze gedachte komt ook goed tot uiting in de interpretatieregel van artikel 1157 BW⁶²

⁵². Zie ook *supra* nr. 5 voor rechtspraak die duidelijk in de richting van een matigingsbevoegdheid gaat.

⁵³. In dat verband schreef Van Gerven al in 1969 dat de nietigheidssanctie te beschouwen is als een kledingstuk dat op maat moet worden gemaakt (W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, 443).

⁵⁴. De situatie is anders bij een concurrentieclausule die zelf een tegenprestatie bepaalt voor de verbintenis om zich van concurrerende activiteiten te onthouden. Dit is bv. het geval bij concurrentieclausules die door art. 65 van de arbeidsovereenkomstenwet (BS 22 augustus 1978) worden geregeld. Een dergelijke concurrentieclausule moet voorzien in de betaling van een forfaitaire compensatoire vergoeding door de werkgever (zie art. 65 van de arbeidsovereenkomstenwet voor de berekening van het minimumbedrag). Voor de verbintenis om geen concurrerende activiteiten uit te voeren is er met andere woorden een afzonderlijke tegenprestatie overeengekomen. De vernietiging van zulke clausule lijkt aldus het contractuele evenwicht minder te verstoren. Indien de concurrentieclausule geldt, dan moet er tegenprestatie worden geleverd. Indien de concurrentieclausule daartegen niet geldt (omdat ze nietig is verklaard), dan is er geen tegenprestatie verschuldigd.

⁵⁵. Om te vermijden dat partijen niets te verliezen zouden hebben met clausules die ze buitensporig opstellen, is het wenselijk dat er geen teruggave volgt van het gedeelte van de prijs dat werd overeengekomen in ruil voor de ruime concurrentieclausule (zie ook *supra*, nr. 5). Op die manier zou een contractpartij aldus niet *risk free* een te ruime concurrentieclausule in de overeenkomst kunnen opnemen. Een lichte verstoring van het contractuele evenwicht (door gebrek aan restitutie van een gedeelte van de prijs) lijkt met andere woorden gerechtvaardigd indien ze een aansporend effect kan hebben om clausules binnen de grenzen van het toelaatbare te redigeren.

⁵⁶. X (note), “A law and economics look at contracts against public policy”, *Harv.L.Rev.* 2005-06, vol. 119, (1445) 1465.

⁵⁷. De oorspronkelijke tekst luidde “*neque vitiatur utilis per hanc inutilem*” en is afkomstig uit de *Digesten van Ulpianus* (D.45, 1, 1, 5).

⁵⁸. Zie evenwel ook de vrijere invulling van De Koninck: “*Overtollige of nietige bepalingen (in een contract) doen geen afbreuk aan de geldige bepalingen*” (C. DE KONINCK, *Latijnse rechtsspreuken*, Brugge, die Keure, 2003, 304, nr. 740).

⁵⁹. Zie daarover uitgebreid: R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 75 *et seq.*

⁶⁰. Zie over *favor contractus* o.m.: B. KELLER, “*Favor Contractus. Reading the CISG in Favor of the Contract*” in C.B. ANDERSEN en U.G. SCHROETER (eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Londen, Wildy, Simmons & Hill Publishing, 2008, (247) 247 *et seq.*; N. KORNET, “V. Evolving general principles of (international) commercial contracts. The Unidroit Principles and *Favor Contractus*” in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (179) 179 *et seq.*; C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). Full Edition*, München, Sellier, 2009, 49. Peeraer spreekt van de maximale werkzaamheid van rechtshandelingen. Dat idee geeft volgens hem uitdrukking aan het zelfbeschikkingsrecht en houdt in dat rechtshandelingen hun onderliggende doelstellingen zo veel mogelijk moeten kunnen verwezenlijken (F. PEERAER, “VIII. Nietigverklaring vs. gerechtelijke conversie van een contract of van een contractueel beding” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (321) 340-341).

⁶¹. Zie daarover o.m.: S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Parijs, Economica, 2006, 29; M.-E. PANCAZZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996, 16 *et seq.*

⁶². Zie ook art. II.-8:106 DCFR (Preference for interpretation which gives terms effect): “*An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not.*” Vgl. ook met F.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on contracts. Third edition*, II, New York, Aspen Publishers, 2004, § 5.1, 7: “*Given a choice between two reasonable interpretations of an agreement, a court will prefer the one under which the agreement involves no contravention of public policy and is enforceable to the one under which it involves such a contravention and is not enforceable.*”

volgens dewelke de interpretatie moet gebeuren in de zin waarin een contract of een bepaling ervan geldig is (en dus gevolg kan hebben), eerder dan in een betekenis waarin het ongeldig (en dus vernietigbaar) zou zijn⁶³.

8. Voorwaarden voor de matiging of gedeeltelijke vernietiging. In algemene bewoordingen stelt het Hof van Cassatie bepaalde vereisten aan de gedeeltelijke vernietiging/matiging van clausules (en ook ruimer, van overeenkomsten).

Vooreerst moet een gedeeltelijke vernietiging volgens het Hof van Cassatie mogelijk zijn. Een gedeeltelijke vernietiging is mogelijk wanneer een nietigheidsgrond slechts een gedeelte van de overeenkomst/clausule treft. Sterker nog, gedeeltelijke vernietiging vormt het uitgangspunt indien een nietigheidsgrond slechts een gedeelte van de overeenkomst/clausule treft⁶⁴. Treft de nietigheidsgrond daarentegen de volledige overeenkomst/clausule, dan is de overeenkomst/clausule volledig voor vernietiging vatbaar⁶⁵.

Daarnaast oordeelde het Hof van Cassatie dat een gedeeltelijke vernietiging niet mogelijk is wanneer de wet dit verbiedt⁶⁶. In dat opzicht past bijvoorbeeld de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat zich verzet tegen de matiging van een onrechtmatig schadebeding in een consumentenovereenkomst: “*Artikel 6, 1., van richtlijn nr. 93/13 moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechter die heeft vastgesteld dat een boetebeding in een*

overeenkomst tussen een verkoper en een consument oneerlijk is, er niet mee mag volstaan, zoals dit op grond van het nationaal recht is toegestaan, de hoogte van de ingevolge dat beding aan die consument in rekening gebrachte boete te matigen, maar zonder meer verplicht is dat beding voor de consument buiten toepassing te laten.”⁶⁷. In bepaalde gevallen stelt de overtreden regel met andere woorden de vernietiging van de volledige clausule (of overeenkomst) voorop⁶⁸.

Verder zou het voortbestaan van een gedeeltelijk vernietigde overeenkomst volgens het Hof van Cassatie aan de bedoeling van de partijen moeten beantwoorden. Soms regelen partijen het voortbestaan van een gedeeltelijk vernietigde overeenkomst/clausule uitdrukkelijk in hun overeenkomst. Zo kunnen partijen bepalen dat de overeenkomst/clausule een ondeelbaar of onverbrekelijk geheel vormt dat zich niet leent tot gedeeltelijke nietigverklaring (een zogenaamde ondeelbaarheidsclausule of “non-severability clause”) of, omgekeerd, dat een vernietigbaar gedeelte van de overeenkomst/clausule geen onverbrekelijk of ondeelbaar geheel vormt (een zogenaamde deelbaarheidsclausule of “severability clause”)⁶⁹. Op grond van de contractvrijheid kunnen partijen een nietigheidsclausule in hun contract opnemen. Een dergelijke clausule is in principe geldig⁷⁰. Een geldige nietigheidsclausule strekt de partijen tot wet, zodat een rechter niet zomaar, zonder schending van de bindende kracht van de overeenkomst⁷¹, een dergelijke clausule opzij kan schui-

⁶³ Zie bv. Antwerpen 27 oktober 2008, *RW* 2011-12, 491. In *casu* betrof het een clausule die een aanbevolen minimumverkoopprijs voor bepaalde kruiden bevatte. De clausule mocht volgens het hof van beroep niet worden verstaan als een ongeoorloofde verplichting (“kartelafpraak”) tot een vaste of minimumverkoopprijs die door een leverancier aan zijn verdeler was opgelegd. Op grond van de art. 1156 en 1157 BW oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat de minimumverkoopprijs in de clausule enkel als een richtprijs te beschouwen was: “*Er kan niet worden aangenomen dat het de gemeenschappelijke bedoeling van partijen was om een nietige (wegens strijdigheid met het mededingingsrecht) contractuele clausule (...) te bedingen.*”

⁶⁴ T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 144 *et seq.*, nr. 132.

⁶⁵ Zie daarover meer uitgebreid: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 166 *et seq.*

⁶⁶ Cass. 23 januari 2015, AR C.13.0579.N.

⁶⁷ HvJ 30 mei 2013, C-488/11, *Brusse en Garabito / Jahani, TBH* 2014, 619, noot F. PEERAER. Ook eerder oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie dat het niet mogelijk was om een onrechtmatig beding in een consumentenovereenkomst te *herzien* (HvJ 14 juni 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito / Joaquín Calderón Camino*). In *casu* betrof het een leningsovereenkomst waarbij de partijen een moratoire interest van 29% op jaarbasis overeenkwamen. De Spaanse rechter in eerste aanleg oordeelde ambtshalve dat het beding oneerlijk (en aldus nietig) was en bepaalde de rente zelf op 19%. Tegen deze beslissing werd er door de kredietinstelling hoger beroep ingesteld. De rechter in hoger beroep stelde naar aanleiding van deze zaak enkele prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Aan bod kwam onder meer de vraag of de richtlijn nr. 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de nationale rechter toelaat om de inhoud van een oneerlijk beding te *herzien* indien hij de nietigheid ervan heeft vastgesteld. Het Hof van Justitie oordeelde dat art. 6, 1. van de richtlijn nr. 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten zo moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan de nationale rechter, wanneer hij de nietigheid van een oneerlijk beding in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument vaststelt, de betrokken overeenkomst kan aanvullen door de inhoud van dat beding te *herzien*. Zie over dit arrest ook: E.H. HONDIUS, “Terug naar Banesto: de afwijzing van geltungserhaltende Reduktion”, *WPNR* 2013/6967, (203) 203-204.

⁶⁸ Zowel de aard als de doelstelling van de overtreden norm zijn van belang bij het bepalen van de reikwijdte van de vernietiging (T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 167).

⁶⁹ Zie o.m. L. CORNELIS en V. SAGAERT, “Postcontractuele bedingen” in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (291) 310; F. WALSCOT, “Nietigheidsclausules” in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (147) 147 *et seq.* Vgl. voor Frankrijk ook met A.-J. KERHUEL, “Clauses de divisibilité et d’indivisibilité” in J. MESTRE en J.-C. RODA (eds.), *Les principales clauses des contrats d’affaires*, Parijs, Lextenso, 2011, (271) 271 *et seq.*

⁷⁰ De contractvrijheid van partijen om nietigheidsclausules in hun overeenkomst op te nemen, is evenwel niet onbeperkt. Zie daarover meer uitgebreid: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 253 *et seq.* Zie eveneens: J. BAECK, “Nietigheidsclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYIN, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenschappelijke clausules*, vol. II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1584 *et seq.*

⁷¹ Voor zover daarover al twijfel zou kunnen bestaan, verandert het feit dat nietigheidsclausules standaard in bepaalde overeenkomsten worden opgenomen (zgn. boilerplate-clausules), niets aan de bindende kracht van een (geldige) nietigheidsclausule.

ven⁷². Indien de wil van de partijen omtrent het voortbestaan van een gedeeltelijk vernietigde overeenkomst/clausule daarentegen niet in de overeenkomst is uitgedrukt, dan is de klassieke subjectieve visie die kunstmatig aanknopings zoekt bij de wil van de partijen⁷³, voor scherpe en overtuigende kritiek vatbaar, zodat zij beter niet wordt toegepast⁷⁴. Zelfs los van de kritiek die op de subjectieve visie kan worden geuit, zou de matiging van een concurrentieclausule volgens sommigen hoe dan ook beter (dan een volledige vernietiging van de concurrentieclausule) aan de wil van de partijen beantwoorden⁷⁵.

Ten slotte is nog toe te voegen dat de matigingssanctie aan dezelfde regels (bv. inzake verjaring) als de vernietigingssanctie is onderworpen. De rechterlijke matiging is, zoals

reeds gezegd, immers een vorm van de gedeeltelijke vernietiging.

9. Conclusie. Zoals werd aangetoond, wint de idee dat matiging van een ongeoorloofde clausule buiten een specifieke wettelijke of contractuele grondslag om mogelijk te zijn, net zoals in andere rechtsstelsels⁷⁶, steeds meer terrein in België⁷⁷. In dat verband past het geannoteerde arrest van het Hof van Cassatie dat de deur openzet voor de gedeeltelijke vernietiging of matiging van een ongeoorloofde concurrentieclausule (zonder contractuele of wettelijke grondslag). Het arrest kadert ook ruimer in de hedendaagse tendens in het recht om sancties op maat toe te passen. De remedie mag immers niet erger zijn dan de kwaal ...

⁷². Dit volgt ook uit het besproken arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2015 (zie *supra*, nr. 4).

⁷³. De toepassing van de subjectieve visie lijkt in de praktijk veelal neer te komen op de vraag of partijen de overeenkomst/clausule zonder het te vernietigen gedeelte zouden hebben overeengekomen. Zie uitgebreid: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 206 *et seq.*

⁷⁴. Het valt buiten het bestek van deze noot om daarop in te gaan. Zie evenwel uitgebreid over de kritiek op de klassieke subjectieve visie: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 212 *et seq.* Het verdient aanbeveling om na te gaan of de gedeeltelijke instandhouding van een overeenkomst redelijkerwijze van een contractpartij kan worden verwacht.

⁷⁵. D. MERTENS, "Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn" (noot onder Cass. 23 januari 2015), *DAOR*, 2015/3, 22, nr. 6. Vgl. in die zin ook met J. GHESTIN, G. LOISEAU en Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, T. 2, *L'objet et la cause. Les nullités*, Parijs, LGDJ, 2013, 1383: "Du strict point de vue des nullités, elle présente également l'avantage de permettre le rétablissement de la légalité tout en respectant la volonté originelle des parties, sans notamment que soient lésés les intérêts légitimes du créancier de non-concurrence."

⁷⁶. Vgl. o.m. (in een ruimer kader) met H. TANDOGAN, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats*, Genève, Kundig, 1952, 128-129: "Notre exposé historique et comparatif nous donne l'occasion de constater que la nécessité de résoudre le problème de la nullité partielle d'une clause s'est fait sentir dans les droits de diverses époques et de différents pays. Nous pouvons en conclure que la notion de nullité partielle d'une clause n'est pas le produit d'un raisonnement purement théorique, mais qu'elle résulte des besoins pratiques de la vie sociale."

⁷⁷. Vgl. ook met Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.Med.* 2006, 773: "Naar Belgische recht lijkt tegen matiging van de uitwerking van een contractueel beding geen principieel bezwaar te bestaan."