

# Sancties voor onrechtmatige bedingen in ondernemingscontracten in het licht van de b2b-wet van 4 april 2019

*Thijs Tanghe<sup>1</sup>*

<b>I. Nietigheid als sanctie voor onrechtmatige bedingen</b> . . . . .	1195
<b>A. Aard van de nietigheid?</b> . . . . .	1196
<b>B. Ambtshalve bevoegdheid van de rechter?</b> . . . . .	1197
<b>C. Beoordelings- en aanpassingsbevoegdheid voor de rechter?</b> . . . . .	1199
<b>D. Reikwijdte en gevolgen van de vernietiging?</b> . . . . .	1200
1. <i>Uitgangspunt: gedeeltelijke vernietiging</i> . . . . .	1200
2. <i>Vernietiging van een gedeelte of matiging van het onrechtmatige beding</i> . . . . .	1201
3. <i>Quid met onrechtmatige schadebedingen?</i> . . . . .	1204
4. <i>Aanvulling door het gemeen recht na vernietiging</i> . . . . .	1205
5. <i>Contractualisering van de reikwijdte van de vernietiging</i> . . . . .	1206
a. <i>Nietigheidsclausules: deelbaarheids- en ondeelbaarheidsclausules</i> . . . . .	1206
b. <i>Beperkingen aan de geldigheid en toepassing van nietigheidsclausules</i> . . . . .	1207
<b>II. De vordering tot staking bij onrechtmatige bedingen</b> . . . . .	1209
<b>III. Besluit</b> . . . . .	1210

## SAMENVATTING

*De b2b-wet van 4 april 2019 voert in het Wetboek van economisch recht een nieuwe regeling inzake onrechtmatige bedingen in voor overeenkomsten tussen ondernemingen. In deze bijdrage wordt ingegaan op de sancties voor onrechtmatige bedingen in ondernemingsovereenkomsten, met een focus op de nietigheidssanctie. Daarbij wordt ook een vergelijking met het consumentenrecht gemaakt.*

## RÉSUMÉ

*La loi b2b du 4 avril 2019 introduit dans le Code de droit économique des nouvelles règles sur les clauses abusives pour les contrats entre entreprises. Cette contribution traite des sanctions pour les clauses abusives dans les contrats entre entreprises, en mettant l'accent sur la sanction de la nullité. Une comparaison avec le droit de la consommation est également faite.*

1. De inmiddels beruchte b2b-wet van 4 april 2019<sup>2</sup> voert in het Wetboek van economisch recht drie sets van nieuwe regels in voor relaties tussen ondernemingen (b2b)<sup>3</sup>. Ze hebben betrekking op onrechtmatige contractuele bedingen<sup>4</sup>, misbruik van een positie van economische afhankelijkheid

van een onderneming en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen.

2. Wat de nieuwe regeling inzake onrechtmatige bedingen betreft, zal het ingevolge de b2b-wet voortaan ook<sup>5</sup> in

<sup>1</sup> Advocaat te Brussel, postdoctoraal medewerker Centrum voor Verbintenissen- en Goederenrecht UGent.

<sup>2</sup> Wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken (BS 24 mei 2019, p. 50.066) (hierna de "b2b-wet").

<sup>3</sup> Zie meer uitgebreid over de nieuwe b2b-wet en de 3 sets van regels: I. CLAEYS en T. TANGHE, "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken" (Deel 1 en Deel 2), *RW* 2019-20, (323) 323-345 (deel 1) en (363) 363-379 (deel 2); S. DE POURCQ, "Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden", *TBH* 2019, (642) 642-665; J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, "De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar", *SEW* 2019, (374) 374-394.

<sup>4</sup> Naast de regeling inzake onrechtmatige contractuele bedingen, wordt ook een transparantie- en interpretatieregeling ingevoerd (art. VI.91/2 WER). Krachtens die regels moeten schriftelijke bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen voortaan duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld (transparantieregeling) en kunnen overeenkomsten geïnterpreteerd worden aan de hand van onder meer de marktpraktijken die er rechtstreeks verband mee houden (interpretatieregeling).

<sup>5</sup> In hun contracten met consumenten (b2c) mogen ondernemingen al enige tijd geen bedingen inlassen die een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen in het nadeel van de consument doen ontstaan.

overeenkomsten tussen ondernemingen verboden zijn om een beding op te nemen dat, al dan niet in samenhang met andere bedingen, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en de plichten van de partijen<sup>6</sup>. Dit algemeen geformuleerd verbod gaat gepaard met twee lijsten van specifieke categorieën van bedingen. De bedingen die in de zogenaamde zwarte lijst zijn opgenomen, zijn in principe zonder verdere beoordeling onrechtmatig en verboden<sup>7</sup>. Anders dan voor consumentenovereenkomsten, bevat de nieuwe wet voor overeenkomsten tussen ondernemingen ook een grijze lijst<sup>8</sup>. De bedingen die in die grijze lijst zijn opgenomen, worden vermoed onrechtmatig en verboden te zijn, maar het tegenbewijs kan worden geleverd.

3. De nieuwe regels inzake onrechtmatige bedingen zijn van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen<sup>9</sup> (“ondernemingsovereenkomsten”), ongeacht de grootte van de onderneming<sup>10</sup>.

Van het toepassingsgebied van de nieuwe regels inzake de contractuele bedingen worden wel de financiële diensten<sup>11</sup>, alsook overheidsopdrachten<sup>12</sup> en de overeenkomsten die eruit voortvloeien, uitdrukkelijk uitgesloten<sup>13</sup>. Bepaalde wetsbepalingen kunnen wel op die overeenkomsten van toepassing worden verklaard door een koninklijk besluit.

Wanneer bijzondere regelgeving geldt, krijgt die krachtens het beginsel van de *lex specialis* voorrang op de regeling van het Wetboek van economisch recht (*lex generalis*)<sup>14</sup>.

4. De nieuwe regels van de b2b-wet inzake de contractuele bedingen treden in werking op 1 december 2020, dit is de eerste dag van de 19de maand die volgt op deze waarin de wet in het *Belgisch Staatsblad* werd bekendgemaakt (24 mei 2019). Ze gelden alleen voor de overeenkomsten gesloten, hernieuwd of gewijzigd na die datum van inwerkingtre-

ding<sup>15</sup>. De nieuwe bepalingen zijn bijgevolg niet van toepassing op de overeenkomsten die nog lopen op de datum van inwerkingtreding. Alleen als die lopende overeenkomsten na de inwerkingtreding gewijzigd of hernieuwd worden, worden de nieuwe wetsbepalingen relevant.

5. Deze bijdrage gaat specifiek in op de sancties voor onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen.

Net zoals bij consumentenovereenkomsten, zijn onrechtmatige bedingen in ondernemingsovereenkomsten verboden en (ver)nietig(baar).

Daarnaast kan een stakingsvordering met betrekking tot een onrechtmatig beding in een ondernemingsovereenkomst worden ingesteld.

Het opnemen van onrechtmatige bedingen in een ondernemingsovereenkomst is als zodanig *niet* strafbaar gesteld, tenzij er sprake is van *kwade trouw*<sup>16</sup> van de onderneming (art. XV.84 WER).

Tot slot kan de schending van het wettelijke verbod om een onrechtmatig beding in een ondernemingsovereenkomst op te nemen, een buitencontractuele fout opleveren. Indien die fout ook schade heeft veroorzaakt, zou een vordering wegens precontractuele aansprakelijkheid kunnen worden ingesteld. Mogelijk problematisch kan wel zijn om te bepalen welke partij de aansprakelijke partij is. Beide ondernemingen zijn immers overeengekomen om het betreffende beding in de overeenkomst op te nemen.

Hierna worden de nietigheidssanctie (I.) en stakingsvordering (II.) verder geanalyseerd, met een focus op de nietigheidssanctie.

## I. NIETIGHEID ALS SANCTIE VOOR ONRECHTMATIGE BEDINGEN

6. Zoals reeds gezegd, zijn onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen verboden en (ver)nietig(baar)<sup>17</sup>. Er werd aldus niet geopteerd voor de

sanctie van het “voor niet geschreven houden”, voor zover dit al een van de (gedeeltelijke) nietigheid te onderscheiden sanctie zou zijn<sup>18</sup>.

<sup>6</sup>. Art. VI.91/3, § 1 WER.

<sup>7</sup>. Art. VI.91/4 WER.

<sup>8</sup>. Art. VI.91/5 WER.

<sup>9</sup>. In de zin van Boek VI WER is een onderneming “*iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*” (art. I.8, 39° WER).

<sup>10</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 32.

<sup>11</sup>. Een financiële dienst wordt voor de toepassing van Boek VI WER gedefinieerd als “*iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen*” (art. I.8, 18° WER).

<sup>12</sup>. Volgens de parlementaire voorbereiding vallen ook de overeenkomsten tussen de onderneming aan wie de overheidsopdracht werd gegund en onderaannemers onder die uitsluiting (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 28).

<sup>13</sup>. Art. VI.91/1 WER.

<sup>14</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 33-34.

<sup>15</sup>. Art. 39, derde lid van de b2b-wet.

<sup>16</sup>. Zie over het begrip “kwade trouw”: A. TALLON, *De wet op de marktraktijken. Procedure en sancties*, Brussel, Larcier, 2012, 134 *et seq.*

<sup>17</sup>. Art. VI.91/6 WER.

<sup>18</sup>. Kritisch over het onderscheid tussen de gedeeltelijke vernietiging en de zgn. sanctie van het voor niet geschreven houden: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 277-297.

Zoals algemeen bekend, heeft de vernietiging retroactieve werking<sup>19</sup>. Een vernietigd onrechtmatig beding (of het vernietigde gedeelte ervan) wordt geacht nooit te hebben bestaan en mag aldus in principe geen enkel rechtgevolg te weegbrengen: *quod nullum est, nullum producit effectum*<sup>20</sup>. De prestaties die krachtens het vernietigde gedeelte van de overeenkomst werden verricht, moeten in de regel dan ook worden teruggegeven<sup>21</sup>. De vernietiging doet met andere woorden restitutie- of teruggaveverbintenissen ontstaan<sup>22</sup>.

Inzake de nietigheidssanctie voor onrechtmatige bedingen in ondernemingscontracten, rijzen er verder een aantal vragen met betrekking tot de aard van de nietigheid (A.), de ambtshalve bevoegdheid van de rechter (B.), een mogelijke beoordelings- en aanpassingsbevoegdheid voor de rechter (C.) en de reikwijdte en gevolgen van de vernietiging (D.). Elk van die vragen wordt hierna nader geanalyseerd.

## A. Aard van de nietigheid?

7. De parlementaire voorbereiding geeft op algemene wijze aan dat de beschermingsbepalingen van de nieuwe b2b-wet tot doel hebben de publieke economische orde te reguleren en dus minstens van dwingend recht zijn<sup>23</sup>.

De hamvraag daarbij is evenwel of de nieuwe regels inzake de contractuele bedingen van louter dwingend recht zijn, dan wel de openbare orde raken<sup>24</sup>. De aard van de rechtsregels bepaalt immers de relatieve of absolute aard van de nietigheidssanctie.

Ook inzake onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten bestaat discussie over de vraag of de nietigheid

absoluut dan wel relatief is<sup>25</sup>. De meerderheid van de rechtsleer neemt doorgaans aan dat een onrechtmatig beding in een consumentenovereenkomst met een relatieve nietigheid wordt gesanctioneerd<sup>26</sup>, zij het dat die opvatting soms onder druk komt te staan<sup>27</sup>.

Het is aldus verleidelijk om die consumentenrechtelijke opvatting inzake de relatieve nietigheid door te trekken naar onrechtmatige bedingen in ondernemingsovereenkomsten.

Tegen die opvatting zou op het eerste gezicht wel kunnen worden aangevoerd dat het bij consumentenovereenkomsten duidelijk is dat de regels in hoofdzaak de bescherming van de private belangen van de zwakkere partij, i.e. de consument, nastreven en dat er bij ondernemingsovereenkomsten als dusdanig geen beschermde “zwakkere” partij is. Anders dan het consumentenrecht, zijn de nieuwe b2b-regels inzake onrechtmatige bedingen immers niet gelinkt aan de bescherming van een partij die geacht wordt zich in een zwakkere positie te bevinden<sup>28</sup>.

Bij nader toezien overtuigt die redenering evenwel niet volledig. Hoewel de wetgever regels van dwingend recht meestal inderdaad invoert ter bescherming van personen die in bepaalde omstandigheden in een zwakkere positie staan (zoals bv. consumenten, werknemers, beleggers, verzekeringnemers of huurders), bestaan er ook in de omgekeerde richting evenzeer (zij het veel minder) regels van dwingend recht ter bescherming van bijvoorbeeld werkgevers, ondernemingen of verhuurders<sup>29</sup>. Tevens komt het voor dat dwingende wetsbepalingen ter bescherming van beide contractpartijen (bv. huurder en verhuurder) gelden<sup>30</sup>. Kortom, de omstandigheid dat de regeling inzake onrechtmatige bedingen in b2b-relaties niet specifiek de bescherming van een

<sup>19</sup>. Een recente thesis over de nietigheidssanctie en de gevolgen ervan: F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 852 p.

<sup>20</sup>. Volgens het Hof van Cassatie verwoordt de rechtsspreuk “*quod nullum est, nullum producit effectum*” evenwel geen algemeen rechtsbeginsel (Cass. 26 januari 2009, C.05.0335.F).

<sup>21</sup>. O.m. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 521.

<sup>22</sup>. Uitgebreid: J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 371 p.

<sup>23</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 34.

<sup>24</sup>. Alles hangt natuurlijk af van wat onder “openbare orde” is te begrijpen. Zie recent over de openbare orde: L. CORNELIS, *Openbare orde*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 944 p.

<sup>25</sup>. Zie daarover o.m. R. STEENNOT, “Commentaar bij artikel VI.84 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 7-10; J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht, Deel 2, Mededingingsrecht, A, Handelspraktijken en contracten met consumenten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 638-639.

<sup>26</sup>. Voor die opvatting wordt veelal steun gezocht in een arrest van het Hof van Cassatie van 26 mei 2005 (C.04.0215.F) dat betrekking heeft op de vroegere wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen. Volgens dat arrest zijn de bepalingen betreffende de onrechtmatige bedingen niet van openbare orde (zie verder R. STEENNOT, “Commentaar bij artikel VI.84 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 10).

<sup>27</sup>. Zo komt die opvatting onder meer onder druk te staan door een arrest van 17 mei 2018 van het Hof van Justitie (C-147/16, *Karel de Grote Hogeschool / Kuijpers*): “*Richtlijn nr. 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechter die uitspraak doet bij verstek en die op grond van de nationale procedureregels bevoegd is ambtshalve na te gaan of het beding waarop de vordering steunt in strijd is met de nationale regels van openbare orde, gehouden is ambtshalve na te gaan of de overeenkomst waarin dat beding is opgenomen binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt en, in voorkomend geval, of dat beding eventueel oneerlijk is.*” Dit arrest lijkt evenwel vooral om procesrechtelijke redenen in een context van verstek te zijn ingegeven.

<sup>28</sup>. De toepassing van de nieuwe b2b-regels inzake onrechtmatige bedingen staat los van de omvang van de onderneming (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 32).

<sup>29</sup>. Bv. art. 14 handelshuurwet.

<sup>30</sup>. Bv. art. 6 handelshuurwet m.b.t. de herziening van huurprijs (zie Cass. 25 april 2003, C.01.0374.N).

zwakkere partij beoogt, verzet zich als dusdanig niet tegen een kwalificatie als een rechtsregel van louter dwingend recht en dus een relatieve nietigheidsgrond.

Eenmaal tot die vaststelling gekomen, is een andere vraag of voor alle onrechtmatige bedingen wel op algemene wijze kan worden aangenomen of zij met een relatieve nietigheid moeten worden gesanctioneerd. Bij bepaalde onrechtmatige bedingen komt immers ook de bescherming van de openbare orde en dus een absolute nietigheid in het vizier. Te denken is bijvoorbeeld aan clausules die de toegang tot de rechter uitsluiten (art. VI.91/4, 3° WER), clausules die excessieve schadevergoedingsbedragen vastleggen en het karakter van een private straf dragen (art. VI.91/5, 8° WER), clausules die een exoneration voor opzettelijke fouten van de onderneming bevatten (art. VI.91/5, 6° WER) en clausules die een opzegtermijn uitsluiten bij verbintenissen van onbepaalde duur (art. VI.91/5, 5° WER). Opmerkelijk is wel dat een aantal van die clausules op de grijze lijst voorkomen en dus slechts worden vermoed onrechtmatig te zijn. Dat vermoeden (en de mogelijkheid tot tegenbewijs) valt evenwel moeilijk te verzoenen met het openbare orde-karakter van de bepalingen, zodat te betwijfelen valt of er in die gevallen aan het vermoeden wel enige betekenis toekomt. Zo zal een clausule die bijvoorbeeld een exoneration voor een opzettelijke fout bevat, ook krachtens het gemeen recht ongeoorloofd zijn zonder dat er slechts sprake is van een vermoeden dat kan worden weerlegd. Van enige voorrang van de grijze lijst als *lex specialis* ten aanzien van het gemeen recht als *lex generalis* kan ook geen sprake zijn vermits een dergelijke opvatting onverenigbaar is met de bescherming van de openbare orde.

Conclusie is aldus dat er geval per geval is na te gaan of de betreffende rechtsregel van louter dwingend recht is, dan wel de openbare orde raakt. Er kan met andere woorden niet op algemene wijze worden bepaald of de nietigheid relatief dan wel absoluut van aard is.

**8.** In de gevallen waar er sprake is van een relatieve nietigheid van het onrechtmatige beding, is nog mee te geven dat het in principe mogelijk is om afstand te doen van de door de

relatieve nietigheidsgrond geboden bescherming (zgn. “bevestiging”), mits de vereisten daartoe voldaan zijn<sup>31</sup>.

## B. Ambtshalve bevoegdheid van de rechter?

**9.** Zoals bekend, is het uitgangspunt krachtens het beschikkingsbeginsel dat de procespartijen meester zijn van het geding. Dit betekent evenwel niet, zoals dat vroeger in het procesrecht werd vooropgesteld, dat de leiding van het proces volledig in handen van de partijen is en dat de rechter een louter passieve rol vervult. De rechter mag weliswaar geen feiten aanbrengen vermits alleen de partijen de feiten aanvoeren (en bewijzen), maar het komt hem in de regel wel toe om de voorgelegde feiten te kwalificeren en te oordelen welke rechtsregel hij daarop toepast<sup>32</sup>. Verkeerdelijk wordt nogal eens gedacht dat de rechter enkel regels van openbare orde ambtshalve zou kunnen toepassen en niet die van aanvullend of louter dwingend recht<sup>33</sup>. Zoals hierna zal blijken, is een dergelijke opvatting intussen achterhaald, zowel binnen als buiten de nietigheidsleer.

**10.** Inzake de nietigheid van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten, zette het Hof van Justitie van de Europese Unie het onderscheid tussen relatieve en absolute nietigheidsgronden<sup>34</sup>, wat de ambtshalve bevoegdheid van de rechter betreft, al enige tijd geleden op de helling.

Zo werd in het ondertussen befaamde arrest *Océano Grupo* inzake een onrechtmatig beding in een consumentenovereenkomst beslist dat “een doeltreffende bescherming van consumenten enkel kan worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen”<sup>35</sup>. Dit arrest werd in latere rechtspraak<sup>36</sup> bevestigd en verrijkt<sup>37</sup> en kreeg ook navolging in de Belgische rechtspraak<sup>38</sup>. Inmiddels staat ook vast dat de rechter ambtshalve het onrechtmatige karakter van het beding moet opwerpen en dat het dus geen loutere mogelijkheid voor de rechter betreft<sup>39</sup>.

**11.** Ook buiten de nietigheidsleer om heeft het Hof van

<sup>31.</sup> Zie over de bevestiging van een relatieve nietigheidsgrond o.m. I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in P. ARNOU, B. TILLEMANS en M. BOES (eds.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (267) 301-302; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 360 *et seq.*; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, nr. 328.

<sup>32.</sup> B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 177.

<sup>33.</sup> Zie daarover ook: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 272-274.

<sup>34.</sup> Zie ook over het vervagende onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheidsgronden: A. VAN OEVELEN, “Enkele actuele knelpunten in het verbintenissenrecht”, *RW* 2011-12, (55) 55 *et seq.*; P. WERY, “L’essor du droit impératif et ses rapports avec l’ordre public en matière contractuelle”, *TBBR* 2011, (145) 145 *et seq.*

<sup>35.</sup> HvJ 27 juni 2000, C-240/98 t.e.m. C-244/98, *Océano Grupo*, rechtsoverw. 26.

<sup>36.</sup> O.m. HvJ 21 november 2002, C-473/00, *Cofidis*; HvJ 26 oktober 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*; HvJ 4 oktober 2007, C-429/05, *Rampion en Godard*; HvJ 4 juni 2009, C-243/08, *Pannon*; HvJ 6 oktober 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*; HvJ 9 november 2010, C 137/08, *VB Pénzügyi Lízing*; HvJ 30 mei 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*; HvJ 17 mei 2018, C-147/16, *Karel de Grote Hogeschool / Kuipers*.

<sup>37.</sup> Zie daarover meer uitgebreid: A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid van Europees consumentenrecht, materieel-rechtelijk en procesrechtelijk beschouwd” in G. STRAETMANS en M. ROZIE (eds.), *Doorwerking van het Europese recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (95) 95 *et seq.*

<sup>38.</sup> Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 92, noot C. DELFORGE; Rb. Antwerpen 26 oktober 2007, *RW* 2009-10, 1529; Gent 4 januari 2012, *NJW* 2012, 70, noot R. STEENNOT.

<sup>39.</sup> O.m. HvJ 4 juni 2009, C-243/08, *Pannon*.

Cassatie reeds meermaals bevestigd<sup>40</sup> en zelfs als een algemeen rechtsbeginsel erkend<sup>41</sup> dat de rechter gehouden is het geschil overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels te beslechten. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de toepasselijke rechtsregel aanvullend, louter dwingend of van openbare orde is.

Krachtens het algemene rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter het geschil moet beslechten overeenkomstig de rechtsregel die daarop van toepassing is, betreft het geen loutere mogelijkheid voor de rechter, maar is de rechter *verplicht* om, met eerbiediging van het recht van verdediging, ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing vereist is door de feiten die de partijen tot staving van hun eisen in het bijzonder aanvoeren<sup>42</sup>. Het Hof van Cassatie voegde daaraan toe dat de met “*in het bijzonder tot staving van hun eisen aangevoerde feiten*” moeten worden gelijkgesteld “*de feiten die de rechter zelf naar voor heeft gebracht uit de elementen die hem regelmatig door de partijen werden voorgelegd*”<sup>43</sup>.

Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden is evenwel niet onbeperkt mogelijk. Volgens het Hof van Cassatie is de rechter immers gehouden ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten<sup>44</sup>, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen niet miskent<sup>45</sup>.

In zijn arrest van 14 december 2012 nuanceerde het Hof van Cassatie dat de rechter niet gehouden is alle in het licht van de vaststaande feiten van het geschil mogelijke, doch niet-aangevoerde rechtsgronden op hun toepasselijkheid te onderzoeken, maar enkel dat hij, mits eerbiediging van het recht van verdediging, de toepasselijkheid dient te onderzoeken van de niet-aangevoerde rechtsgronden die zich door de feiten zoals zij in het bijzonder worden aangevoerd, *onmiskenbaar* aan hem opdringen<sup>46</sup>. Dit geldt ook wanneer de niet-aangevoerde rechtsgronden steunen op wetsbepalingen van openbare orde<sup>47</sup>.

Verder nuanceerde het Hof van Cassatie ook nog dat een arrest dat zijn beslissing mee laat steunen op een ambtshalve aangevoerde grond, *zonder die aan tegenspraak te onderwerpen*, het recht van verdediging miskent<sup>48</sup>. Het algemene rechtsbeginsel van het recht van verdediging wordt evenwel niet miskend wanneer een rechter zijn beslissing steunt op elementen waarvan de partijen, gelet op het verloop van het debat, *mochten verwachten dat de rechter ze in zijn oordeel zou betrekken en waarover zij tegenspraak hebben kunnen voeren*<sup>49</sup>.

**12.** De hierboven beschreven principes inzake de taak van de rechter moeten ook bij de toetsing van het al dan niet onrechtmatige karakter van bedingen worden toegepast. In het licht en binnen de grenzen van de hierboven uiteengezette vaste cassatierechtspraak omtrent de bevoegdheid/taak van de rechter bij het beslechten van een geschil, moet de rechter aldus ambtshalve het onrechtmatige karakter van een contractueel beding opwerpen<sup>50</sup>.

<sup>40</sup> O.m. Cass. 14 april 2005, C.03.0148.F; Cass. 29 september 2011, C.10.0349.N; Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N; Cass. 25 maart 2013, C.12.0037.N; Cass. 30 januari 2014, C.12.0305.N.

<sup>41</sup> Cass. 4 maart 2013, C.12.0056.F; Cass. 5 september 2013, C.12.0599.N; Cass. 10 februari 2014, C.13.0381.N.

<sup>42</sup> O.m. Cass. 4 maart 2013, C.12.0056.F; Cass. 10 februari 2014, C.13.0381.N; Cass. 30 maart 2015, S.14.0017.F. Zie over de verplichting om het recht toe te passen op de in het bijzonder aangevoerde feiten: B. WYLLEMAN, “De verplichting van de burgerlijke rechter om ambtshalve rechtsgronden op te werpen” in *Jaarverslag 2017 van het Hof van Cassatie*, p. 171 *et seq.* (digitaal beschikbaar: [www.justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/hofvancassatie\\_jaarverslag\\_2017.pdf](http://www.justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/hofvancassatie_jaarverslag_2017.pdf)).

<sup>43</sup> Cass. 5 september 2013, C.12.0599.N; Cass. 14 september 2017, C.16.0526.N.

<sup>44</sup> Het feit dat de partijen de toepassing van een bepaalde wetsbepaling niet hebben opgeworpen, betekent niet dat zij die mogelijkheid bij conclusie hebben uitgesloten (Cass. 29 september 2011, C.10.0349.N).

<sup>45</sup> Cass. 2 april 2010, C.09.0204.F; Cass. 31 januari 2011, C.10.0123.F; Cass. 28 september 2012, C.12.0049.N; Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N; Cass. 25 maart 2013, C.12.0037.N; Cass. 30 januari 2014, C.12.0305.N; Cass. 8 december 2014, S.13.0006.N en S.13.0079.N; Cass. 17 april 2015, C.13.0550.N en C.13.0636.N; Cass. 9 januari 2017, C.16.0135.N; Cass. 24 februari 2017, C.16.0327.N; Cass. 14 september 2017, C.16.0526.N.

<sup>46</sup> Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N.

<sup>47</sup> Cass. 17 maart 2016, C.15.0235.N.

<sup>48</sup> Cass. 8 december 2014, S.13.0006.N en S.13.0079.N. Zie ook Cass. 9 januari 2017, C.16.0135.N. Opmerkelijk is dan weer het arrest van het Hof van Cassatie van 30 januari 2014 (C.12.0305.N) dat in een geval waarbij partijen geen enkele rechtsgrond hadden aangegeven, als volgt heeft geoordeeld: “*Wanneer de partijen de feiten aanvoeren waarop zij hun vordering laten steunen, zonder daarbij enige rechtsgrond aan te geven, miskent de rechter die op die feiten een rechtsgrond toepast zonder de partijen toe te laten daarover tegenspraak te voeren, hun recht van verdediging niet.*”

<sup>49</sup> Cass. 24 februari 2017, C.16.0327.N; Cass. 27 september 2018, C.16.0138.F-C.16.0375.F; Cass. 28 juni 2018, C.17.0696.N.

<sup>50</sup> Bij verstek van een partij kunnen er in het licht van art. 806 Ger.W. wel een aantal lastige vragen met betrekking tot de taak van de rechter rijzen (art. 806 Ger.W. werd vervangen door de Potpourri I-wet van 19 oktober 2015 (BS 22 oktober 2015) en gewijzigd bij de Potpourri V-wet van 6 juli 2017 (BS 24 juli 2017)). Die problematiek valt evenwel buiten het bestek van deze bijdrage, mede gelet op de recente evoluties in rechtspraak en rechtsleer met betrekking tot de taak van de rechter bij verstek. Zie o.m. Cass. 13 december 2016, P.16.0421.N; GwH 7 juni 2018, nr. 72/2018. De nieuwe tekst van art. 806 Ger.W. en de bijhorende rechtspraak deed ook al behoorlijk wat stof in de rechtsleer opwaaien: E. BREWAEYS, “Verduidelijking omtrent de taak van de rechter bij verstek”, *RABG* 2017, (449) 449-451; C. DANIELS, “Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces” (noot onder Antwerpen 22 december 2015), *RW* 2016-17, (1066) 1066-1071; G. DE LEVAL, “Les pouvoirs du juge statuant par défaut sous l’empire du nouvel article 806” (noot onder Cass. 13 december 2006), *JLMB* 2017, (258) 258-259; S. MOSSELMANS, “Taak van de rechter bij verstek”, *RW* 2016-17, (3) 3-23; S. MOSSELMANS, P. TAELEMAN en K. BROECKX, “Geen blinde inwilligingsverplichting voor de rechter bij verstek” (noot onder Cass. 13 december 2006), *RW* 2016-17, (1091) 1091-1095; P. THIRIAR, “Het Hof van Cassatie verduidelijkt dat artikel 806 Ger.W. ook toegepast moet worden voor de burgerlijke belangen in strafzaken en interpreteert het begrip ‘openbare orde’ zeer ruim” (noot onder Cass. 13 december 2006), *NC* 2017, (167) 167-171; J. WERBROUCK, “Over de taak van de vrederechter in verstekprocedures en hoofdelijkheid” (noot onder Vred. Dour-Colfontaine), *T.Vred.* 2018, (565) 565-570.

Om de rechten van verdediging van de partijen en het recht op tegenspraak te vrijwaren, moet de rechter in principe wel de debatten heropenen wanneer hij ambtshalve opwerpt dat de overeenkomst een onrechtmatig beding bevat. Tijdens de heropening van de debatten moet het voor de partijen ook toegelaten zijn om een (tussen)vordering tot nietigverklaring met betrekking tot het onrechtmatig beding in te stellen<sup>51</sup>. Indien de vernietiging evenwel niet wordt gevorderd (ook niet na de heropening van de debatten), mag de rechter het onrechtmatig beding wel niet ambtshalve vernietigen<sup>52</sup>. De vernietiging ambtshalve uitspreken zonder dat dit gevorderd is, zou immers het beschikkingsbeginsel schenden. In geval van strijdigheid met de openbare orde of goede zeden moet de rechter wel ambtshalve een beroep op de overeenkomst of een gedeelte ervan afwijzen. Rechten die de openbare orde aantasten, kunnen sowieso niet worden afgedwongen<sup>53</sup>. Er geldt immers een algemeen rechtsbeginsel, waarvan artikel 2 BW (voorheen art. 6 BW) een wettelijke uitdrukking vormt, dat verbiedt in strijd met de openbare orde te handelen<sup>54</sup>. Dit algemene rechtsbeginsel geeft algemeen gesproken uitdrukking aan de gedachte dat het menselijk handelen aan het samenlevingsmodel<sup>55</sup> ondergeschikt is.

### C. Beoordelings- en aanpassingsbevoegdheid voor de rechter?

**13.** In de parlementaire voorbereiding is volgende opmerkelijke passage opgenomen: “*De rechter die het bestaan van dergelijk beding vaststelt moet immers zijn beoordelingsbevoegdheid behouden en beslissen om het evenwicht van de betrokken overeenkomst, als een partij daarom verzoekt, te herstellen.*”<sup>56</sup>.

In die passage komen twee verschillende aspecten aan bod: (i) een beoordelingsbevoegdheid voor de rechter en (ii) een bevoegdheid om het evenwicht te “herstellen”.

**14.** Wat het eerste aspect betreft, is er een onderscheid te maken naargelang de rechterlijke beoordelingsbevoegdheid de toetsing van het onrechtmatige karakter van een bepaald beding, dan wel de toepassing van de wettelijk bepaalde nietigheidssanctie betreft.

Om te beginnen heeft de rechter een zekere beoordelingsmarge bij de vraag of een beding al dan niet onrechtmatig is. Die beoordelingsmarge voor de rechter zal verschillen naargelang het een (vermeend) onrechtmatig beding op grond van de zwarte lijst, de grijze lijst dan wel de algemene toetsingsnorm betreft. Indien een rechter vaststelt dat een bepaald beding overeenstemt met een onrechtmatig beding op de zwarte lijst, zal hij of zij in principe geen beoordelingsmarge hebben. Voor bedingen op de grijze lijst heeft de rechter wel meer beoordelingsbevoegdheid, zowel inzake een aantal toepassingsvereisten met een open inhoud, als inzake het tegenbewijs. Bij de toepassing van de algemene toetsingsnorm heeft de rechter nog een ruimere feitelijke beoordelingsmarge, weliswaar met inachtneming van de wettelijke beoordelingscriteria<sup>57</sup> en de nodige terughoudendheid<sup>58</sup>.

De geciteerde passage gaat evenwel over de beoordelingsbevoegdheid van de rechter inzake de toepassing van de wettelijk bepaalde nietigheidssanctie, eens deze het bestaan van een onrechtmatig beding heeft vastgesteld. Krachtens het verbod op rechtsmisbruik kan de rechter een partij ontzeggen zich te beroepen op de nietigheidssanctie, maar de precisering in de parlementaire voorbereiding lijkt nog verder te gaan in de richting van een door sommigen gewenste ten-

<sup>51</sup>. Het Hof van Cassatie lijkt zich niet te verzetten tegen uitbreidingen of wijzigingen van de vordering of tegen een nieuwe vordering na de heropening van de debatten wanneer ze verband houden met het voorwerp van de heropening van het debat. Zie inzake een wijziging of uitbreiding van de vordering na heropening van de debatten: Cass. 20 september 2010, S.09.0039.N. Zie inzake een nieuwe vordering: Cass. 8 februari 2010, C.09.0244.F; F. BALOT, “Réouverture des débats et demande nouvelle” (noot onder Cass. 8 februari 2010), *JT* 2010, (351) 351.

<sup>52</sup>. Cass. 28 september 2012, C.12.0049.N. Meer uitgebreid: T. TANGHE, “De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen” (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, (236) 236-240. Zie voor een andere benadering: F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 375-377.

<sup>53</sup>. Indien een overeenkomst in strijd is met de openbare orde, zal een rechtsvordering die bv. strekt tot uitvoering van dergelijke overeenkomst of tot de vergoeding van de schade wegens de beëindiging ervan, niet ontvankelijk zijn (Cass. 14 december 2012, C.12.0232.N). CORNELIS spreekt van de niet-tegenwerpbaarheid van de verbintenis die tegen een gebiedende of verbiedende rechtsregel ingaat (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 331; L. CORNELIS, “De schorsing van verbintenissen”, *TPR* 2008, (467) 506). Vgl. ook met Cass. 16 oktober 2009, F.08.0021.F: “*De administratie kan vorderen dat een rechtshandeling haar niet wordt tegengesteld, wanneer die rechtshandeling, ter ontwijking van belastingen, een rechtsregel van openbare orde schendt.*”

<sup>54</sup>. Zie reeds: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 156.

<sup>55</sup>. Het Hof van Cassatie, dat bij DE PAGE de mosterd ging halen (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1933, nr. 91), omschrijft een wet van openbare orde als een wet “*die de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raakt of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vestigt waarop de economische of de morele orde van de maatschappij rust*” (zie o.m. Cass. 19 maart 2007, C.03.0582.N; Cass. 29 november 2007, C.07.0173.N; Cass. 29 april 2011, C.10.0183.N). Deze definitie wordt niet steeds op gejuich onthaald (bv. L. CORNELIS, “Public order and other vermin” in L. CORNELIS (ed.), *Finance and law: twins in trouble*, Cambridge, Intersentia, 2015, (21) 25 *et seq.*). Zo wordt terecht aangegeven dat de juridische grondslagen eerder gevestigd zijn op de economische of morele orde van de maatschappij en niet omgekeerd zoals de geciteerde definitie aangeeft. Zie uitgebreid: L. CORNELIS, *Openbare orde*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 944 p.

<sup>56</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 46.

<sup>57</sup>. Art. VI.91/3, § 2 WER. In dat kader is er sprake van een contextuele beoordeling (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 33).

<sup>58</sup>. Over die vereiste terughoudendheid: I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken” (Deel 1), *RW* 2019-20, (323) 330, nr. 24.

dens tot flexibilisering van de nietigheidssanctie<sup>59</sup>, ook in gevallen waar de nietigheidssanctie uitdrukkelijk in de wet is voorgeschreven<sup>60</sup>, zij het dat die benadering op gespannen voet leeft met o.m. de rechtszekerheid.

15. Het herstel van het evenwicht waarnaar in de geciteerde passage ook wordt verwezen (tweede aspect), bestaat volgens de wettekst alleen uit de vernietiging van een onrechtmatig beding. Die tekst voorziet als zodanig niet in een rechterlijke bevoegdheid om een ongeldige clausule in een geldige clausule te herschrijven of te herzien. Het herschrijven van clausules door de rechter doet ook denken aan gerechtelijke conversie<sup>61</sup> die in het Belgisch recht een betwiste rechtsfiguur is<sup>62</sup> en ingaat tegen een vaststaand principe dat een rechter een overeenkomst niet, zelfs niet op grond van de billijkheid<sup>63</sup>, mag wijzigen dan met wederzijdse toestemming van de partijen<sup>64</sup>. Met de lancering van de idee van het herstel van evenwicht geeft de wetgever wellicht aan dat hij toch ruimte laat voor de matiging of gedeeltelijke vernietiging van een onrechtmatig beding in ondernemingscontracten, wat ook op de steun van het Hof van Cassatie zou kunnen rekenen indien die matiging of gedeeltelijke vernietiging niet botst met de gemeenschappelijke bedoeling van partijen (bv. indien de overeenkomst een deelbaarheidsclausule bevat)<sup>65</sup>. Een dergelijke gedeeltelijke vernietiging of matiging van een onrechtmatig beding houdt in dat alleen het onrechtmatige gedeelte van het beding in de ondernemingsovereenkomst wordt vernietigd (bv. alleen vernietiging van de uitsluiting van de aansprakelijkheid voor het opzet en de zware fout van een onderneming met behoud van het geoorloofde gedeelte van de exoneratieclausule)<sup>66</sup>. Daarop wordt hierna in het volgende Hoofdstuk D. (Reik-

wijde en gevolgen van de vernietiging) verder in detail ingegaan.

## D. Reikwijdte en gevolgen van de vernietiging?

### 1. Uitgangspunt: gedeeltelijke vernietiging

16. De wet preciseert dat de overeenkomst bindend blijft voor de partijen indien ze zonder de onrechtmatige bedingen kan blijven voortbestaan<sup>67</sup>. Een gedeeltelijke vernietiging is aldus het uitgangspunt. Die gedeeltelijke vernietiging stemt overeen met de inmiddels algemeen aanvaarde opvatting dat sanctionering zoveel mogelijk op maat moet gebeuren en dat de vernietiging aldus niet verder dan noodzakelijk mag reiken<sup>68</sup>.

Bovendien is een boemerangeffect te vermijden, in de zin dat een partij die de vernietiging van een beding van de overeenkomst nastreeft, ingevolge de mogelijke vernietiging van de volledige overeenkomst ook al haar andere rechten uit de overeenkomst zou verliezen. Het risico op vernietiging van de volledige overeenkomst zou een partij er aldus van kunnen weerhouden om de vernietiging van een ongeoorloofd beding van de overeenkomst te vorderen, zodat zij het ongeoorloofde gedeelte verder naleeft. Het verder naleven van het ongeoorloofde gedeelte kan immers minder nadelig zijn dan het verliezen van de volledige overeenkomst.

17. Uitzonderlijk zal de vernietiging van de volledige overeenkomst zich evenwel opdringen wanneer de overeenkomst *zonder de onrechtmatige bedingen niet kan voortbe-*

<sup>59</sup>. Niet elke schending van een dwingende wet bij de totstandkoming van een overeenkomst zou tot de nietigverklaring van die overeenkomst leiden. Zo “kan” de niet-naleving van een vormvereiste volgens het Hof van Cassatie tot de relatieve nietigheid leiden, wat de rechter in functie van de zwaarwichtigheid van de aantasting van de belangen van de beschermde partij moet beoordelen (Cass. 26 mei 2006, C.05.0378.F; zie ook Antwerpen 21 februari 2007, DCCR 2008, afl. 78, 49, noot H. DE CONINCK). Zie daarover ook H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 451 *et seq.*

<sup>60</sup>. In het hervormingsvoorstel “Verbintenissen” tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek (zoals opgenomen in *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3709/1 en *Parl.St.* Kamer 2019, nr. 55-0174/001), bepaalt art. 5.60, tweede lid het volgende: “Het contract blijft evenwel geldig in de gevallen die door de wet zijn bepaald of wanneer uit de omstandigheden blijkt dat de nietigheidssanctie kennelijk ongeschikt zou zijn, gelet op het doel van de geschonden regel.” Vgl. ook met Cass. 7 november 2019, C.19.0061.N: “Behoudens de wet zich hiertegen verzet, blijft de overeenkomst in stand indien de ongeoorlooftheid van de overeenkomst wordt of kan worden ongedaan gemaakt, derwijze dat het doel dat de wet beoogt, wordt of kan worden bereikt.”

<sup>61</sup>. In de rechtsleer wordt conversie 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 (o.m. W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 48; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 202-203; W. VAN GERVEN, *Beginnen 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).

<sup>62</sup>. Bv. kritisch: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 725-726.

<sup>63</sup>. Cass. 7 september 2012, C.11.0630.N. 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) 90-98.

<sup>64</sup>. Vgl. ook met Cass. 23 maart 2006, C.04.0335.N (in geval van absolute nietigheid van een beding mag de feitenrechter geen beding in de plaats stellen dat niet op de wilsovereenstemming van de contractpartijen berust).

<sup>65</sup>. Inzake de gedeeltelijke vernietiging of matiging van ongeoorloofde niet-concurrentiebedingen: Cass. 23 januari 2015, C.13.0579.N; Cass. 25 juni 2015, C.15.0008.F; Cass. 4 januari 2019, C.18.0045.N.

<sup>66</sup>. Zie daarover ook *infra*, randnr. 19.

<sup>67</sup>. Art. VI.91/6 WER.

<sup>68</sup>. Uitgebreid: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 138 *et seq.* Zie ook: F. PEERAER, “Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie”, *TPR* 2016, (179) 179-243.

staan<sup>69</sup>. De vraag blijft evenwel wanneer een overeenkomst zonder een onrechtmatig beding niet kan voortbestaan.

Bij b2c-relaties waarvoor eenzelfde regel geldt<sup>70</sup>, worden consumentenovereenkomsten<sup>71</sup>, zij het zeer sporadisch, volledig vernietigd omdat het onrechtmatige beding het wezen of de essentie van de overeenkomst betreft<sup>72</sup> en dat beding aldus een onverbreekelijk geheel vormt met de rest van de overeenkomst. Dat een overeenkomst in principe niet verder kan voortbestaan indien de nietigheidsgrond de overeenkomst in haar kern of essentie raakt, doet niet verbazen. In een dergelijk geval kan de gedeeltelijke instandhouding van de overeenkomst immers moeilijk (redelijkerwijze) van een contractpartij worden verwacht, zodat er sprake is van een onverbreekelijk of ondeelbaar geheel<sup>73</sup>.

## 2. Vernietiging van een gedeelte of matiging van het onrechtmatige beding

18. Een andere vraag is of de nietigheid zich kan beperken tot een gedeelte van het onrechtmatig beding in een ondernemingsovereenkomst. In lijn met het gemeen recht<sup>74</sup>, lijkt dit in principe aangewezen.

Niet toelaten dat de vernietiging een gedeelte van een clause kan treffen, zou immers verregaande gevolgen kunnen hebben. Zo zou het contractueel al dan niet opsplitsen van een beding in meerdere bedingen tot verschillende uitkomsten inzake de reikwijdte van de vernietiging kunnen leiden.

We illustreren met een eenvoudig voorbeeld inzake een exoneratie voor zware fouten van een onderneming:

- contract 1 bevat een clause die bepaalt dat onderneming X. niet aansprakelijk is voor herhaalde lichte fouten en zware fouten;
- contract 2 bevat twee clauses waarbij clause A bepaalt dat onderneming X. niet aansprakelijk is voor herhaalde lichte fouten en waarbij clause B bepaalt dat onderneming X. niet aansprakelijk is voor zware fouten.

Een clause die een onderneming ontslaat voor haar aansprakelijkheid voor zware fouten staat op de grijze lijst van onrechtmatige bedingen en is aldus vermoed onrechtmatig te zijn (behoudens tegenbewijs)<sup>75</sup>, zodat de clause in principe voor vernietiging vatbaar is.

Als nu de vernietiging van alleen het onrechtmatige gedeelte van de clause in contract 1 niet zou worden toegelaten, dan zou dit tot verschillende resultaten in beide gevallen leiden: bij contract 1 zou de rechter immers de volledige clause moeten vernietigen, terwijl hij in contract 2 de vernietiging tot de clause B kan beperken, zodat de geldige clause A overeind blijft. De reikwijdte van de vernietiging zou met andere woorden verschillen naargelang een beding al dan niet wordt opgesplitst. Dit is niet wenselijk. Het lijkt immers moeilijk aanvaardbaar dat de loutere structuur (opsplitsing in één of meerdere clauses) van de overeenkomst, oftewel de vindingrijkheid van de redacteur van het contract, in grote mate de reikwijdte van de vernietiging bepaalt, alhoewel telkens identiek hetzelfde is overeengekomen. Overeenkomsten zijn ook niet altijd door juristen geschreven en zijn in de eerste plaats ook niet voor hen bedoeld. De geest van het contract is dan ook belangrijker dan de loutere structuur en letterlijke bewoordingen van de overeenkomst<sup>76</sup>.

<sup>69</sup>. Zie art. VI.84, § 1 WER.

<sup>70</sup>. Art. VI.84, § 1 WER.

<sup>71</sup>. Het Hof van Justitie oordeelde dat indien een consumentenovereenkomst een onrechtmatig beding bevat, de rechter in beginsel aan de hand van objectieve criteria moet beoordelen of de betrokken overeenkomst zonder dat beding kan voortbestaan (HvJ 30 mei 2013, C-397/11, *Erika Jörös / Aegon Magyarorszag Hitel Zrt.*). De vraag blijft evenwel welke objectieve criteria daartoe kunnen dienen. Daarover sprak het Hof zich (nog) niet uit. Daarnaast preciseerde het Hof van Justitie dat bij de vraag of een consumentenovereenkomst met een of meerdere oneerlijke bedingen kan voortbestaan zonder die bedingen, niet uitsluitend mag worden gebaseerd op de eventueel gunstige gevolgen van de nietigverklaring van de volledige overeenkomst voor een van de partijen, *in casu* de consument (HvJ 15 maart 2012, C-453/10, *Jana Pereniová en Vladislav Pereni / SOS financ*).

<sup>72</sup>. Antwerpen 17 december 2007, *NJW* 2008, 448, noot R. STEENNOT. *In casu* bevatte de consumentenovereenkomst een beding waarin de kandidaatkoper zich definitief verbond een goed aan te kopen van zodra de kandidaat-verkoper het zou vorderen. De kandidaat-verkoper aanvaardde de aankoopbelofte, zonder evenwel zelf een verbintenis tot verkopen aan te gaan. De clause met de aankoopbelofte was volgens het hof van beroep te Antwerpen onrechtmatig omdat het beding onmiskenbaar een onmiddellijke en definitieve verbintenis voor de consument inhoudt, terwijl de kandidaat-verkoper zich verbindt wanneer hij dit wenst (vgl. met huidig art. VI.83, 1° WER). Vermits het onrechtmatige beding het wezen van de overeenkomst raakte, kon de overeenkomst volgens de appelrechters niet zonder het beding voortbestaan, zodat de overeenkomst volledig werd vernietigd. Zie voor een ander voorbeeld: Gent 17 januari 2013, *NJW* 2014, 408, noot R. STEENNOT. *In casu* betrof het een consumentenovereenkomst die aan een onderneming een aankoopoptie voor een stuk grond verleende. De aankoopoptie vermeldde uitdrukkelijk dat ze onherroepelijk was naar voorwaarden en van onbepaalde duur. Vermits er geen opzeggingsmogelijkheid voor de consument was, kon de onderneming onbepakt genieten van de aankoopoptie die tegen een vaste prijs was verleend. De aankoopoptie werd onrechtmatig bevonden vermits ze de consument voor onbepaalde termijn bond, zonder duidelijke vermelding van een redelijke opzegtermijn (vgl. met huidig art. VI.83, 18° WER). Volgens het hof van beroep te Gent was het onrechtmatige beding essentieel voor de overeenkomst en strekte de vernietiging zich dan ook uit tot de volledige overeenkomst.

<sup>73</sup>. Uitgebreid: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 202 *et seq.*

<sup>74</sup>. T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 182 *et seq.*

<sup>75</sup>. Meer uitgebreid: I. CLAEYS en T. TANGHE, "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)", *RW* 2019-20, (323), 340-341, nrs. 58-59.

<sup>76</sup>. Deze gedachte wordt ook in art. 1156 BW uitgedrukt.



De opvatting volgens dewelke de al dan niet (formele)<sup>77</sup> opsplitsing van een beding in meerdere bedingen niet de reikwijdte van de vernietiging mag bepalen, vindt ook steun in het (nog niet zo bekende) *Banco Santander*-arrest van het Hof van Justitie inzake consumentenovereenkomsten<sup>78</sup>. In dat arrest werd geoordeeld dat de richtlijn nr. 93/13 inzake onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten zich bij een leningsovereenkomst met een consument niet verzet tegen de vernietiging van alleen de onrechtmatige verhoging van de gewone rente (vertragsrente), zonder vernietiging van de in die overeenkomst vastgelegde gewone rente (die strekt tot vergoeding voor de terbeschikkingstelling van een geldsom door de kredietgever totdat die geldsom is terugbetaald). Daarbij werd gepreciseerd dat dit geldt ongeacht de wijze waarop het beding is geredigeerd<sup>79</sup>. Het doet er voor de vernietiging met andere woorden niet toe of de onrechtmatige vertragsrente voor een laattijdige betaling al dan niet samen in een beding met de gewone rente voor de lening werd opgenomen. Alleen de onrechtmatige vertragsrente wordt vernietigd.

In elk geval is moeilijk te verantwoorden waarom de sanctiëring alleen binnen de overeenkomst maar niet binnen de

contractuele clausule zoveel mogelijk op maat dient te gebeuren<sup>80</sup>. Door vernietiging binnen de clausule toe te laten, wordt de contractvrijheid bovendien niet verder beperkt dan noodzakelijk<sup>81</sup>.

De gedeeltelijke vernietiging van een beding wordt meestal in één adem genoemd met de matigingssanctie, die als een toepassing van de gedeeltelijke vernietiging is te beschouwen<sup>82</sup>. In dat opzicht kan er ook worden verwezen naar de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde niet-concurrentieclausules<sup>83</sup>.

19. Los van de gevallen waarbij in een beding in een consumentenovereenkomst uiteenlopende zaken worden geregeld<sup>84</sup>, vindt de hiervoor verdedigde opvatting inzake een gedeeltelijke vernietiging of matiging van een onrechtmatig beding in een ondernemingsovereenkomst daarentegen bij consumentenovereenkomsten in principe geen toepassing. Zo heeft het Hof van Justitie in de arresten *Asbeek Brusse*<sup>85</sup> en *Banco Español*<sup>86</sup> verduidelijkt dat van een matiging of herziening van een onrechtmatig (schade)beding tot een toelaatbaar niveau geen sprake kan zijn<sup>87</sup>. Die rechtspraak past

77. Vanuit de vaststelling dat het in realiteit niet altijd zo eenvoudig is om clausules formeel te identificeren, in de zin dat ook een groep woorden of een zin uit de overeenkomst een beding kan vormen (zonder dat dit beding als dusdanig op zuiver formele wijze is te onderscheiden), pleiten sommigen, terecht, voor een meer *inhoudelijke of intellectuele benadering* van de notie beding (o.m. M. MEKKI, "Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1<sup>re</sup> partie)", *Revue des contrats* 2006, (1051) 1053; P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Parijs, LGDJ, 1969, 8). In deze benadering is het intellectuele aspect doorslaggevend en komt het er op aan vast te stellen "à partir de quel degré de développement telle disposition peut être considérée comme une clause mais aussi jusqu'à quel point elle mérite d'être maintenue à ce rang" (B. TEYSSIÉ, "Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat", *D.* 1976, chr. XLVIII, (281) 281). Belangrijke criteria om het intellectuele aspect van een clausule in te vullen, lijken het voorwerp, de functie en doelstelling van het beding, alsook de vraag of het beding afzonderlijk uitwerking kan hebben. Het belang van de discussie lijkt evenwel eerder beperkt te zijn als de vernietiging ook binnen in het beding wordt toegelaten.

78. HvJ 7 augustus 2018, C-96/17 en C-94/17, *Banco Santander*.

79. Zie in het bijzonder overw. 77 van HvJ 7 augustus 2018, C-96/17 en C-94/17, *Banco Santander*: "Zoals de advocaat-generaal in punt 90 van zijn conclusie heeft opgemerkt, gelden de genoemde overwegingen ongeacht de wijze waarop het contractuele vertragsrentebeding en het contractuele beding waarin de gewone rente is vastgelegd, zijn geredigeerd. Dit is in het bijzonder niet alleen zo als de vertragsrente onafhankelijk van de gewone rente wordt bepaald in een afzonderlijk beding, maar ook als de vertragsrente een verhoging van de gewone rente met een aantal procentpunten is. In het laatste geval moet, aangezien het oneerlijke beding ziet op de verhoging, op grond van richtlijn 93/13 slechts die verhoging worden geschrapt."

80. Een mogelijk bezwaar tegen een dergelijke verregeande sanctiëring op maat is wel dat er geen incentive voor de contractpartijen meer zou bestaan om geldige contracten en clausules te redigeren. Zie daarover *infra*, randnr. 19.

81. Ook onder de b2b-wet blijft de contractvrijheid (en ruimer de ondernemingsvrijheid) als grondrecht het uitgangspunt. Uit de parlementaire voorbereiding van de b2b-wet volgt duidelijk dat de nieuwe regels inzake de onrechtmatige bedingen erop gericht zijn om misbruiken van de contractvrijheid aan te pakken: "aan het beginsel van de contractvrijheid niet wordt geraakt, enkel aan het misbruik dat ervan wordt gemaakt" (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 32).

82. Zie *infra*, vn. 128. Vgl. ook met R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 727 *et seq.*

83. Cass. 23 januari 2015, C.13.0579.N; Cass. 25 juni 2015, C.15.0008.F; Cass. 4 januari 2019, C.18.0045.N. Zie daarover ook: T. TANGHE, "Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules" (noot onder Cass. 25 juni 2015), *TBH* 2016, (386) 386-393.

84. Zie het hiervoor besproken *Banco Santander*-arrest (HvJ 7 augustus 2018, C-96/17 en C-94/17, *Banco Santander*), alsook R. STEENNOT, "De bescherming van de consument door het Hof van Justitie: een brug te ver?", *TPR* 2017, (81) 157.

85. HvJ 30 mei 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse en Garabito / Jahani*.

86. Ook in het arrest *Banco Español* oordeelde het Hof van Justitie 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 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.

87. Kritisch over die rechtspraak: F. PEERAER, "Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie?" (noot onder HvJ 14 juni 2012), *TBBR* 2013, (320) 320-331.

binnen de opvatting van het Hof van Justitie volgens dewelke de sanctionering van onrechtmatige bedingen een zekere afschrikkende werking moet hebben<sup>88</sup>.

In lijn met die afschrikwekkende werking, is een klassiek bezwaar tegen een te verre gaande gedeeltelijke vernietiging of matiging van een ongeoorloofde clause inderdaad dat een contractant ingevolge een dergelijke sanctie niet wordt aangespoord om zijn clauses/overeenkomsten binnen de grenzen van het aanvaardbare te houden<sup>89</sup>. De *incentive* om geldige clauses/overeenkomsten te redigeren, zou met andere woorden ontbreken. De redacteur van het contract zou immers niets te verliezen hebben met een clause die de aanvaardbare grenzen overtreedt. De clause zou hoogstens tot binnen de aanvaardbare grenzen worden vernietigd of gematigd. Partijen zouden met andere woorden *risk free* bepaalde ongeldige clauses in hun overeenkomst kunnen opnemen. Hoewel er voor dit bezwaar tegen de matiging of gedeeltelijke vernietiging op het eerste gezicht wat te zeggen valt, overtuigt ze bij nader inzien niet volledig. Een dergelijk argument kan immers steeds tegen een sanctionering op maat worden aangevoerd. Ook in andere rechtsdomeinen wordt de aansporingsfunctie om rechtsgeldig te handelen soms tegen een sanctionering op maat aangevoerd. In strafzaken bijvoorbeeld is een argument tegen de relativering van de bewijsuitsluitingsregel die ingevolge de *Antigoon*-rechtspraak doorgang vond<sup>90</sup>, 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 dienen<sup>91</sup>. Indien evenwel op een dergelijke redenering zou worden voortgebouwd, zou een sanctionering op maat nooit mogelijk zijn, wat niet wenselijk is. In een steeds verder ontwikkelend rechtssysteem is er immers steeds minder plaats voor alles-of-niets-redeneringen. De aansporingsfunctie (om rechtsgeldig te handelen) mag met andere woorden geen vrijgeleide

geven om bij de toepassing van een sanctie een botte bijl te hanteren<sup>92</sup>.

Bovendien kan onzorgvuldig gedrag van partijen bij het sluiten van de overeenkomst ook op andere wijzen worden gesanctioneerd<sup>93</sup>. Vooreerst zijn strafsancities in (uitzonderlijke) gevallen van kwade trouw van een onderneming niet geheel uit te sluiten<sup>94</sup>. Daarnaast zou bijvoorbeeld bij een gedeeltelijke vernietiging of matiging van een onrechtmatig beding geen teruggave van een gedeelte van de overeengekomen prijs kunnen worden toegekend<sup>95</sup>. Ook in de omgekeerde richting zal er in de regel geen verhoging van de overeengekomen prijs worden opgelegd. Een voorbeeld kan dit verder concreet illustreren. Zo kan een partij genoeg hebben genomen met een lagere prijs voor haar diensten omdat haar aansprakelijkheid door een exoneratieclause in verre gaande mate werd beperkt<sup>96</sup>. Indien het onrechtmatige exoneratiebeding naderhand wordt gematigd of gedeeltelijk vernietigd, dan zal er normaliter geen verhoging worden opgelegd van de prijs die werd overeengekomen in ruil voor de te ruime (ongeldige) exoneratieclause. In dat opzicht moet de onderneming aldus de gevolgen van de ongeoorloofde clause dragen. In die redenering neemt een onderneming met andere woorden niet *risk free* een te ruime exoneratieclause op in het contract. Verder kan het opnemen van een onrechtmatig beding in een ondernemingsovereenkomst in bepaalde gevallen ook aanleiding geven tot een vordering wegens precontractuele aansprakelijkheid<sup>97</sup>. Kortom, de afschrikwekkende werking die bij consumentenovereenkomsten naar voren wordt geschoven om een gedeeltelijke vernietiging of matiging van het onrechtmatige beding af te wijzen, kan ook op andere wijzen worden bereikt.

Dat de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de nietigheid van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten niet blindelings naar analogie op ondernemings-

<sup>88</sup>. Zie bv. HvJ 30 april 2014, C-26/13, *Kásler / Káslerné Rábai*, punt 79.

<sup>89</sup>. Zie bv. T. WERQUIN, Concl. bij Cass. 25 juni 2015, nr. 14, raadpleegbaar op [www.jure.juridat.just.fgov.be](http://www.jure.juridat.just.fgov.be).

<sup>90</sup>. In het strafprocesrecht is onregelmatig verkregen bewijs ingevolge de *Antigoon*-rechtspraak van het Hof van Cassatie niet noodzakelijk nietig. Deze rechtspraak werd in de voorafgaande titel van 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.

<sup>91</sup>. Zie daarover: P. TRAEEST, “De *Antigoon*-rechtspraak” in *CBR Jaarboek 2011-2012*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (333) 383.

<sup>92</sup>. Vgl. ook met F. PEERAER, “Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie?” (noot onder HvJ 14 juni 2012), *TBBR* 2013, (320) 320-331.

<sup>93</sup>. Daarnaast belet de toepassing op maat van de vernietiging niet steeds dat een overeenkomst of een clause toch volledig wordt vernietigd indien slechts een gedeelte ervan ongeldig of ongeoorloofd is. Het onverbrekelijk verband vormt immers een correctiemechanisme ten aanzien van de toepassing op maat van de vernietigingssanctie (T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 202 *et seq.*).

<sup>94</sup>. Zie reeds *supra*, randnr. 5.

<sup>95</sup>. Om de restitutieverplichtingen 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. 2 (voorheen 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.*

<sup>96</sup>. O. VANDEN BERGHE, “Exoneratiebedingen anno 2010 in nationale en internationale overeenkomsten” in *Themis nr. 56*, Brugge, die Keure, 2009-10, (73) 75.

<sup>97</sup>. Mogelijk problematisch kan wel zijn om te bepalen welke partij de aansprakelijke partij is. Beide ondernemingen zijn immers overeengekomen om het betreffende beding in de overeenkomst op te nemen.

overeenkomsten is toe te passen, is bovendien ook in lijn met de doelstelling van de wetgever. Volgens de parlementaire voorbereiding van de b2b-wet heeft het immers “*geen zin om overeenkomsten tussen ondernemingen even strikt te interpreteren als wordt gedaan door het Hof van Justitie van de Europese Unie, in verband met de nietigheidssanctie voor onrechtmatige bedingen in de consumentenovereenkomsten*”<sup>98</sup>.

### 3. *Quid met onrechtmatige schadebedingen?*

**20.** Bedingen die ertoe strekken in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de andere partij, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die *kennelijk* niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de onderneming kan worden geleden, staan op de grijze lijst van onrechtmatige bedingen en worden aldus vermoed onrechtmatig te zijn (art. VI.91/5, 8° WER).

Een quasi identieke bepaling komt voor in de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen bij consumentenovereenkomsten<sup>99</sup>. Anders dan bij consumentenovereenkomsten, werd evenwel niet in een bepaling inzake een vereiste wederkerigheid van schadebedingen voor ondernemingsovereenkomsten voorzien. Die wederkerigheid houdt in dat er geen schadebeding ten laste van de consument mag worden opgenomen, zonder dat wordt voorzien in een gelijkwaardige vergoeding ten laste van de onderneming die in gebreke blijft<sup>100</sup>.

**21.** In het consumentencontentieux wordt uit de tekst “nadeel dat door de onderneming kan worden geleden” afgeleid dat de bedongen schadevergoeding moet worden vergeleken met de potentiële schade zoals die op de contractsluiting voorzienbaar was en dus niet met de werkelijke schade<sup>101</sup>. Hetzelfde geldt voor ondernemingsovereenkom-

sten, wat spoort met artikel 1231 BW<sup>102</sup>, waarbij de beoordeling van het schadebeding ook gebeurt in functie van de potentiële schade die contractpartijen bij het sluiten van de overeenkomst konden voorzien.

In dat opzicht is de meerwaarde van artikel VI.91/5, 8° WER ten aanzien van het gemeen recht eerder beperkt. Op grond van artikel 1231 BW heeft de rechter immers reeds de bevoegdheid, ook ambtshalve, om overdreven schadebedingen te sanctioneren, i.e. via matiging. De vermeende “meerwaarde” zou er aldus kunnen in bestaan dat artikel 1231 BW alleen een matiging (tot minimaal de werkelijke schade) toelaat<sup>103</sup>, terwijl toepassing van artikel VI.91/5, 8° WER tot een vernietiging van het beding zou moeten leiden<sup>104</sup>. Hiervoor werd die meerwaarde evenwel reeds gerelativeerd in de zin dat een gedeeltelijke vernietiging of matiging van een onrechtmatig beding in een ondernemingsovereenkomst mogelijk moet zijn. De matigingsbevoegdheid van artikel 1231 BW kan overigens ook als een toepassing van het leerstuk van de gedeeltelijke vernietiging van een contractuele clause worden beschouwd<sup>105</sup>.

Tegenstanders van een matiging of gedeeltelijke vernietiging van een onrechtmatig schadebeding in de zin van artikel VI.91/5, 8° WER zullen vermoedelijk verwijzen naar de parlementaire voorbereiding van de b2b-wet die aangeeft dat de door de rechter vastgestelde nietigheid van een schadebeding tot gevolg heeft dat het beding buiten toepassing wordt gelaten<sup>106</sup>.

Tegen die opvatting kan dan weer de (reeds besproken) passage uit de parlementaire voorbereiding<sup>107</sup> worden aangevoerd die uitdrukkelijk bevestigt dat de rechter een bevoegdheid tot herstel van het evenwicht heeft en dus wel marge laat voor een gedeeltelijke vernietiging of matiging van een onrechtmatig beding in een ondernemingscontract<sup>108</sup>. Zoals

<sup>98</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 46. Zie eveneens *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 25.

<sup>99</sup>. Art. VI.83, 24° WER.

<sup>100</sup>. Art. VI.83, 17° WER.

<sup>101</sup>. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 298; R. STEENNOT, “Commentaar bij artikel VI.83, 24° WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 8.

<sup>102</sup>. Anders: M. SEGERS, “Nieuwe wet zorgt voor kleine copernicaanse revolutie in b2b-relaties”, *Juristenkrant* 2019, afl. 387, (3) 3.

<sup>103</sup>. Cass. 6 december 2002, C.00.0176.N; Cass. 12 april 2013, C.12.0498.N.

<sup>104</sup>. Zelfs in geval van vernietiging van het volledige schadebeding, zal de rechter nog steeds een schadevergoeding op grond van het gemeen recht kunnen toekennen (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 44). Zie daarover ook *infra*, randnr. 22.

<sup>105</sup>. Vóór de wetwijziging van 23 november 1998 (BS 13 januari 1999) die een matigingsbevoegdheid voor schadebedingen invoerde, was het standpunt van het Hof van Cassatie dat buitensporige schadebedingen wegens strijdigheid met art. 6 BW ongeoorloofd waren (Cass. 17 april 1970, *Arr.Cass.* 1970, 754, Concl. H. KRINGS). Een excessief schadebeding kwam immers neer op een private straf of zou de schuldeiser op de wanprestatie van zijn medecontractant kunnen doen speculeren. 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, lijkt de gemeenschappelijke matigingsbevoegdheid bij buitensporige schadebedingen dan ook niet anders dan als een toepassing van het leerstuk van de gedeeltelijke vernietiging van een contractuele clause te kunnen worden beschouwd. De matiging komt neer op een gedeeltelijke vernietiging door reductie van het ongeoorloofde en overdreven schadebeding tot een wel aanvaardbaar niveau. Zie in die zin ook 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. Volgens PEERAER evenwel is partiële nietigheid van reductie te onderscheiden (F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 554).

<sup>106</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 44.

<sup>107</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 46.

<sup>108</sup>. Zie *supra*, randnr. 15.

reeds gezegd, stemt een gedeeltelijke vernietiging of matiging van een beding ook overeen met de inmiddels algemeen aanvaarde opvatting dat de sanctiëring zoveel mogelijk op maat moet gebeuren en dat de vernietiging aldus niet verder dan noodzakelijk mag reiken<sup>109</sup>.

Bovendien geeft de parlementaire voorbereiding ook aan dat het geen zin heeft om de nietigheidssanctie voor b2b-contracten even strikt toe te passen als bij b2c-contracten (zoals door het Hof van Justitie wordt gedaan)<sup>110</sup>. In dat opzicht moet een analogische toepassing van de rechtspraak van het Hof van Justitie die zich verzet tegen een gedeeltelijke vernietiging of matiging van (schade)bedingen dan ook niet zomaar worden aangenomen<sup>111</sup>.

**22.** Verder rijst de vraag in welke mate voorgaande discussie praktisch belang heeft. Zelfs in geval van een vernietiging van het volledige schadebeding, zal de rechter immers nog steeds een schadevergoeding op grond van het gemeen recht kunnen toekennen<sup>112</sup>, zodat het eventuele verschil in de praktijk met een gedeeltelijke vernietiging of matiging van het beding vermoedelijk niet erg groot zal zijn<sup>113</sup>. Om het onderscheid met de matigingssanctie te maken, zullen sommigen bij een schadevergoedingsvordering op grond van het gemeen recht (na vernietiging van een schadebeding) vermoedelijk wel verwijzen naar de bewijslast van de benadeelde partij om zijn werkelijke schade te bewijzen.

#### 4. Aanvulling door het gemeen recht na vernietiging

**23.** De passage in de parlementaire voorbereiding van de b2b-wet die verwijst naar de toepassing van het gemeen recht na vernietiging van een onrechtmatig (schade)beding<sup>114</sup>, bevestigt in ieder geval dat aanvulling

door het gemeen recht ook na vernietiging van een onrechtmatig beding mogelijk blijft.

Bij consumentenovereenkomsten wordt dit daarentegen regelmatig betwist in het licht van o.m. het *Unicaja Banco*-arrest van het Hof van Justitie. In dat arrest werd aangenomen dat een vernietigd beding alleen dan door een bepaling van aanvullend recht kan worden vervangen als de rechter door de nietigheid van het oneerlijke beding verplicht zou zijn om de overeenkomst *in haar geheel te vernietigen* en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad<sup>115</sup>. Die rechtspraak lijkt opnieuw te zijn ingegeven door de opvatting dat van de sancties in het consumentenrecht een afschrikwekkende werking dient uit te gaan<sup>116</sup>.

Te nuanceren is wel dat die rechtspraak volgens sommigen niet inhoudt dat de toepassing van suppletief recht steeds uitgesloten is na de vernietiging van een onrechtmatig beding in een consumentenovereenkomst. In dat kader wordt geargumenteed dat aanvulling door een bepaling van suppletief recht na vernietiging van een onrechtmatig beding in een consumentenovereenkomst enkel uitgesloten is indien dit voor de consument bijkomende verplichtingen creëert of zijn rechten beperkt<sup>117</sup>. Anderen verdedigen een soortgelijke visie die aanvulling toestaat indien dit in het voordeel van de consument is<sup>118</sup>. In dat kader wordt gesteld dat de toepassing van het gemeen recht na de vernietiging van een schadebeding of rentebeding niet kan omdat dit nadelig is (dan wel verplichtingen creëert) voor de consument die immers dan nog op basis van het gemeen recht schadevergoeding of wettelijke interest zou verschuldigd zijn. Anders is het bij een onrechtmatig exoneratiebeding waarbij een consument nog een beroep op het gemeen aansprakelijkheidsrecht moet kunnen doen indien het exoneratiebeding in de consumentenovereenkomst wordt vernietigd<sup>119</sup>.

<sup>109</sup>. Zie *supra*, randnr. 16.

<sup>110</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 46. Zie ook de passus in *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 25, die zich uitdrukkelijk afzet tegen de verregaande rechtspraak van het Hof van Justitie: “*Het spreekt voor zich dat een dergelijke verregaande interpretatie van de nietigheidssanctie voor onrechtmatige bedingen in uitvoering van de richtlijn 1993/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten niet mag doorgetrokken worden naar de geldende bepalingen inzake onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen.*”

<sup>111</sup>. Zie reeds *supra*, randnr. 19 over de arresten *Asbeek Brusse* (HvJ 30 mei 2013, C-488/11) en *Banco Español* (HvJ 14 juni 2012, C-618/10).

<sup>112</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 44.

<sup>113</sup>. Ook vanuit dit opzicht is het verschil met art. 1231 BW eerder te relativiseren. De rechter die zijn matigingsbevoegdheid op grond van art. 1231 BW uitoefent, moet het bedrag van het schadebeding weliswaar verminderen tot het bedrag van de potentiële schade, zonder dat het toegekende bedrag evenwel minder mag bedragen dan de werkelijk geleden schade (Cass. 22 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1654). In de praktijk blijkt dat rechters zich bij de vaststelling van de potentiële schade niet zelden laten leiden door de schade die de schuldeiser in werkelijkheid heeft geleden (o.m. J. BAECK, “Als ‘vergoeding wegens afstand’ vermomd strafbeding ontmaskerd” (noot onder Cass. 28 april 2011), *Bank Fin.R.* 2012, (122) 123).

<sup>114</sup>. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 44.

<sup>115</sup>. HvJ 21 januari 2015, gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, *Unicaja Banco*, r.o. 33. Zie ook HvJ 30 april 2014, C-26/13, *Kásler / Káslerné Rábai*.

<sup>116</sup>. Zie reeds *supra*, randnr. 19.

<sup>117</sup>. F. PEERAER, “Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie?” (noot onder HvJ 14 juni 2012), *TBBR* 2013, (320) 325, nr. 14.

<sup>118</sup>. C. DELFORGE, “Conditions générales et clauses abusives”, *Rev.dr. ULg.* 2018, (277) 306-307.

<sup>119</sup>. STEENNOT wijst er in dit kader ook op dat een “juridisch vacuüm” zou kunnen ontstaan indien het gemeen aansprakelijkheidsrecht geen toepassing meer zou kunnen vinden na de vernietiging van een exoneratiebeding (R. STEENNOT, “Commentaar bij artikel VI.84 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 16).

## 5. Contractualisering van de reikwijdte van de vernietiging

24. Om discussies omtrent de reikwijdte van de vernietiging te vermijden, kunnen partijen in hun overeenkomst een nietigheidsclausule opnemen, waarbij ze uitdrukkelijk aangeven welke gevolgen de vernietiging van een gedeelte van de overeenkomst of clausule volgens hen voor de rest van de overeenkomst of de clausule moet hebben (a.).

De contractvrijheid van de partijen om nietigheidsclausules in hun overeenkomst op te nemen, is evenwel niet onbeperkt. De geldigheid en toepassing van nietigheidsclausules zijn aan beperkingen onderworpen (b.).

### a. Nietigheidsclausules: deelbaarheids- en ondeelbaarheidsclausules

25. Contractpartijen kunnen door middel van een nietigheidsclausule in hun contract reeds op problemen van al dan niet gedeeltelijke of volledige vernietiging proberen te anticiperen<sup>120</sup>.

Zo kunnen partijen bepalen dat de overeenkomst (of clausule) een ondeelbaar of onverbreekelijk 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 geen onverbreekelijk of ondeelbaar geheel met de rest van de overeenkomst (of de clausule) vormt (een zogenaamde deelbaarheidsclausule of “severability clause”)<sup>121</sup>.

26. Op grond van de contractvrijheid kunnen partijen een nietigheidsclausule in hun contract opnemen. Een dergelijke clausule is in principe geldig<sup>122</sup>, maar aan de geldigheid en toepassing van een nietigheidsclausule zijn er wel bepaalde beperkingen<sup>123</sup>.

In dit kader is wel te beklemtonen dat de contractvrijheid alleen speelt bij de vraag naar de reikwijdte van de vernietiging ingeval een gedeelte van de overeenkomst (of clausule) door een nietigheidsgrond is aangetast. Partijen hebben met andere woorden geen contractvrijheid wat de nietigheidsgrond zelf betreft. Zo kunnen zij niet overeenkomen dat een partij slechts de gedeeltelijke vernietiging kan vorderen indien een nietigheidsgrond de volledige overeenkomst zou treffen<sup>124</sup>. Dat is niet verwonderlijk vermits het centrale kenmerk van het nietigheidsleerstuk juist is dat de in de overeenkomst uitgedrukte belangen slechts kunnen worden gehonoreerd voor zover zij niet met een door de rechtsorde hoger gewaardeerd belang strijden<sup>125</sup>.

27. Indien een nietigheidsclausule in de overeenkomst is opgenomen, dan moet die clausule in de regel worden toegepast. Een geldige nietigheidsclausule is immers bindend en strekt aldus zowel de partijen als de rechter tot wet. Wanneer de rechter een nietigheidsclausule zou miskennen zonder dat daartoe een juridische grondslag voorhanden is, dan kan die beslissing voor het Hof van Cassatie worden aangevochten<sup>126</sup>.

28. Nietigheidsclausules zijn een verzamelnaam voor deelbaarheids- en ondeelbaarheidsclausules en partijen kunnen deze op verschillende manieren redigeren.

Vooreerst kunnen de partijen aangeven dat de vernietiging van een gedeelte van de overeenkomst *niet automatisch* (of *niet noodzakelijk*) tot de vernietiging van de volledige overeenkomst leidt. Een dergelijke clausule is niet volledig richtinggevend voor de rechter. Dat de vernietiging van een gedeelte van de overeenkomst *niet automatisch* tot de vernietiging van de volledige overeenkomst leidt, lijkt immers niet uit te sluiten dat de vernietiging van het gedeelte toch de vernietiging van de volledige overeenkomst tot gevolg kan hebben. Het gebeurt alleen *niet automatisch*.

<sup>120</sup>. Voor een rechtseconomische toelichting van de opname van deelbaarheidsclausules in een overeenkomst: X (note), “A law and economics look at contracts against public policy”, 119 *Harv.L.Rev.*, 1445 (2005-06), 1465.

<sup>121</sup>. 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. WALSCHOT, “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.*

<sup>122</sup>. O.m. J. BAECK, “Nietigheidsclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYIN, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1584; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in P. ARNOU, B. TILLEMEN en M. BOES (eds.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (267) 331; 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) 310-311; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 353.

<sup>123</sup>. Zie *infra*, randnrs. 31 *et seq.*

<sup>124</sup>. Meer uitgebreid: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 166 *et seq.*

<sup>125</sup>. Vgl. met J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 109.

<sup>126</sup>. Vgl. met Cass. fr. (com.) 27 maart 1990, *D.* 1991, 289, noot F.X. TESTU. In deze zaak had de *cour d’appel* te Aix-en-Provence de vernietiging tot een ongeldige indexatieclausule uit het contract beperkt, alhoewel er een ondeelbaarheidsbeding in het contract was opgenomen. De Franse *Cour de cassation* vernietigde het arrest omwille van een schending van art. 1134 C. civ.: “..., que la cour d’appel a décidé que la nullité de la clause d’indexation ne s’étendait pas au contrat de location-gérance. Attendu qu’en statuant ainsi alors qu’une stipulation précisait ‘toutes les clauses du présent contrat sont de rigueur, chacune d’elles est condition déterminante du présent contrat sans laquelle les parties n’auraient pas contracté’, la cour d’appel en a dénaturé les termes clairs et précis”.

Daarnaast kunnen contractpartijen uitdrukkelijk op algemene wijze aangeven dat de vernietiging van een gedeelte van de overeenkomst niet de vernietiging van de volledige overeenkomst tot gevolg mag hebben. Met een dergelijke clausule trachten partijen te vermijden dat één van hen het onverbreekelijk verband als correctiemechanisme zou kunnen aanvoeren om de volledige vernietiging van de overeenkomst te bekomen<sup>127</sup>.

Verder kunnen partijen op algemene wijze bepalen dat de overeenkomst een onverbreekelijk geheel vormt dat zich niet leent tot gedeeltelijke nietigverklaring. Met een dergelijke ondeelbaarheidsclausule wordt in de regel vermeden dat een overeenkomst verder overeind blijft indien een gedeelte van de overeenkomst wordt vernietigd.

Tot slot kunnen partijen ook specifiek met betrekking tot bepaalde clausules aangeven of ze al dan niet met de rest van de overeenkomst onverbreekelijk verbonden zijn. Zo kunnen partijen uitdrukkelijk bepalen dat de overeenkomst in geval van vernietiging van de clausules A, B of C volledig moet worden vernietigd. Anderzijds kunnen ze ook bepalen dat de vernietiging van de clausules D, E of F niet de vernietiging van de volledige overeenkomst tot gevolg mag hebben.

**29.** Indien de partijen in hun overeenkomst voor deelbaarheid en dus voor gedeeltelijke vernietiging opteerden, doen ze er goed aan om aan te duiden hoe het vernietigde deel in hun rechtsverhouding moet worden vervangen<sup>128</sup>. Verschillende mogelijkheden zijn opnieuw denkbaar<sup>129</sup>.

De eenvoudigste oplossing is dat partijen het gemeen recht laten spelen. De overeenkomst zal met andere woorden worden aangevuld door de wet, de gebruiken, de billijkheid en de goede trouw<sup>130</sup>.

Verder kunnen partijen ook overeenkomen dat de rechter of een derde een vervangend beding zal vaststellen dat zoveel mogelijk aansluit bij de (doelstelling van de) vernietigde clausule of bij de (hypothetische) wil van de partijen<sup>131</sup>. De

hete aardappel wordt met andere woorden naar de rechter of een derde doorgeschoven. Een bevoegdheid aan de rechter toekennen om de nietige clausule te vervangen door een geldige clausule die zoveel mogelijk aansluit bij de (doelstelling van de) vernietigde clausule, doet aan conversie denken<sup>132</sup>. In bepaalde gevallen zou een dergelijke clausule ook op een conventionele matigingsbevoegdheid voor de rechter kunnen neerkomen. Te denken is bijvoorbeeld aan 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. Dergelijke clausules zijn in principe geldig<sup>133</sup>.

Partijen kunnen ook overeenkomen om opnieuw rond de tafel te zitten om (te goeder trouw) te onderhandelen over een nieuw geldig vervangend beding<sup>134</sup>. In dergelijk geval geven ze best ook aan wat de gevolgen zijn als de onderhandelingen mislukken (zoals het recht om de overeenkomst eenzijdig op te zeggen bij het mislukken van de onderhandelingen)<sup>135</sup>.

**30.** Tot slot is nog op te merken dat de afwezigheid van een deelbaarheidsclausule in een overeenkomst niet tot de conclusie mag leiden dat de overeenkomst een onverbreekelijk geheel vormt. Omgekeerd mag de afwezigheid van een ondeelbaarheidsclausule evenmin automatisch tot de conclusie leiden dat de overeenkomst met zekerheid deelbaar is, al vestigt het uitgangspunt dat de vernietigingssanctie op maat moet worden toegepast wel een vermoeden in die zin.

### *b. Beperkingen aan de geldigheid en toepassing van nietigheidsclausules*

**31.** Zoals reeds gezegd, zijn nietigheidsclausules in principe geldig<sup>136</sup>. In bepaalde gevallen kan een nietigheidsclausule evenwel geen uitwerking krijgen.

<sup>127.</sup> Zie over het onverbreekelijk verband als correctiemechanisme: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 202 *et seq.*

<sup>128.</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 718.

<sup>129.</sup> Zie daarover ook (en voor voorbeelden): M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 194 *et seq.*

<sup>130.</sup> Art. 1135, 1160 en 1134, derde lid BW.

<sup>131.</sup> J. BAECK, "Nietigheidsclausules" in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1587; M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 194-195.

<sup>132.</sup> Zie *supra*, vn. 60 over conversie.

<sup>133.</sup> Vgl. met Cass. 23 januari 2015, C.13.0579.N en Cass. 4 januari 2019, C.18.0045.N. Zie ook (en de verwijzingen aldaar): 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. HALLEMESCH, "De niet-concurrentieverbintenissen bij de overdracht van een handelsactiviteit", *DAOR* 2013, (18) 33.

<sup>134.</sup> I. CLAEYS, "Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging" in P. ARNOU, B. TILLEMEN en M. BOES (eds.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (267) 331; P.A. FORIERS en C. DE LEVAL, "Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles" in J.-F. GERMAIN (ed.), *Questions spéciales en droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2010, (161) 186, nr. 62.

<sup>135.</sup> Zie J. BAECK, "Nietigheidsclausules" in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1587-1588.

<sup>136.</sup> Zie *supra*, randnr. 26.

Zo mag een nietigheidsclausule geen afbreuk doen aan een rechtsregel van openbare orde of dwingend recht<sup>137</sup>. Als een wettelijke bepaling omtrent de reikwijdte van de vernietiging van openbare orde of dwingend recht is, dan kunnen partijen er aldus niet bij overeenkomst vrij van afwijken<sup>138</sup>.

Inzake ondernemingsovereenkomsten zal er bijvoorbeeld geen afbreuk kunnen worden gedaan aan artikel VI.91/6 WER die door de b2b-wet van 4 april 2019 werd ingevoerd. Overeenkomstig artikel VI.91/6 WER is elk onrechtmatig beding verboden en (ver)nietig(baar), maar blijft de overeenkomst bindend indien ze zonder het onrechtmatige beding kan voortbestaan. Partijen kunnen van deze dwingendrechtelijke<sup>139</sup> regel niet afwijken door te bepalen dat de vernietiging van een onrechtmatig beding *automatisch* de vernietiging van de volledige ondernemingsovereenkomst tot gevolg heeft. Omgekeerd is onder de nietigheidsclausule die bepaalt dat de nietigheid van een (onrechtmatig) beding de geldigheid van het contract niet aantast, ook te begrijpen dat deze regel enkel geldt voor zover het contract zonder het betrokken beding kan voortbestaan.

Hetzelfde geldt reeds voor consumentenovereenkomsten (art. VI.84, § 1 WER)<sup>140</sup>. Andere belangrijke voorbeelden van dwingendrechtelijke bepalingen inzake de reikwijdte van de vernietiging voor de praktijk zijn artikel 13 van de wet Breyne<sup>141</sup> en artikel 66, derde lid van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen<sup>142</sup>.

32. Ook is het mogelijk dat een nietigheidsclausule in een ondernemingsovereenkomst op grond van de algemene toetsingsnorm voor onrechtmatige bedingen wordt gesanctioneerd indien de nietigheidsclausule, alleen of in samenhang met een of meerdere andere bedingen, een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen schept<sup>143</sup>. Zo is het niet ondenkbaar dat een deelbaarheidsbeding dat bepaalt dat de vernietiging van een gedeelte van de overeenkomst *nooit* de volledige vernietiging van de overeenkomst tot gevolg heeft, in bepaalde gevallen een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen schept<sup>144</sup>.

33. Verder is moeilijk in te zien hoe een deelbaarheidsclausule uitwerking zou kunnen krijgen en hoe een overeenkomst zou kunnen blijven voortbestaan indien de vernietiging de essentie van een (eenvoudige)<sup>145</sup> overeenkomst treft<sup>146</sup>. In dergelijke gevallen kan een deelbaarheidsclausule evenwel op basis van de interpretatieregule van artikel 1156 BW niet worden toegepast. Overeenkomstig die interpretatieregule moet er worden nagegaan wat de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen is geweest, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden. Indien de werkelijke wil van de partijen van hun geuite wil verschilt, dan primeert in principe de werkelijke wil<sup>147</sup>. Indien de vernietiging een essentiële verbintenis van een eenvoudige overeenkomst treft, dan mag er in principe worden van uitgegaan dat de partijen niet de bedoeling zullen hebben gehad om de deelbaarheidsclausule uitwerking te geven. Om dis-

<sup>137</sup>. Daarnaast pleiten sommigen in de rechtsleer er ook terecht voor om aan een nietigheidsclausule geen uitwerking te geven indien deze clausule onverenigbaar is met de *doelstelling* van de geschonden norm. Zie uitgebreid: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 259 *et seq.*

<sup>138</sup>. Zie ook J. BAECK, “Nietigheidsclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1584-1586.

<sup>139</sup>. Zoals reeds gezegd, geeft de parlementaire voorbereiding op algemene wijze aan dat de beschermingsbepalingen van de nieuwe b2b-wet tot doel hebben de publieke economische orde te reguleren en dus minstens van dwingend recht zijn (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 34).

<sup>140</sup>. Overeenkomstig art. VI.84, § 1 WER is elk onrechtmatig beding verboden en (ver)nietig(baar), maar blijft de overeenkomst bindend indien ze zonder het onrechtmatige beding kan voortbestaan. Ook die regel is van dwingend recht.

<sup>141</sup>. Overeenkomstig art. 13 van de wet Breyne (*BS* 11 september 1971) heeft de opdrachtgever of verkrijger, bij niet-naleving van art. 7 of 12 van de wet Breyne of van de koninklijke besluiten genomen in uitvoering van deze bepalingen, de keuze tussen de vernietiging van de volledige overeenkomst dan wel de vernietiging van het ongeoorloofde beding. Dit keuzerecht zou een dwingendrechtelijk karakter hebben, vermits er op voorhand geen afstand van kan worden gedaan (F. MAUSSON en M. VON KUEGELGEN, “Réflexions sur l’indivisibilité et ses conséquences sur l’étendue de la disparition d’un acte juridique” in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (449) 454-455). Een nietigheidsbeding zal bijgevolg met het dwingendrechtelijk karakter van dit keuzerecht strijdig zijn indien de keuze ingevolge een nietigheidsclausule niet meer zou kunnen worden uitgeoefend.

<sup>142</sup>. Art. 66, derde lid wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen bepaalt dat de grond van nietigheid betreffende één van de prestaties niet voor de volledige overeenkomst geldt (zie voor toepassingen: Cass. 9 juni 2006, C.04.0404.F en Cass. 10 september 2018, C.18.0073.N). Deze bepaling is van dwingend recht (art. 56 wet van 4 april 2014), zodat partijen niet kunnen bedingen dat een grond van nietigheid betreffende één van de prestaties toch automatisch voor de volledige overeenkomst zou gelden.

<sup>143</sup>. Zie nieuw art. VI.91/3, § 1 WER voor de algemene toetsingsnorm inzake ondernemingsovereenkomsten.

<sup>144</sup>. Vgl. (inzake een consumentenovereenkomst) met I. SAMOY, “Nietigheid van een samenhangende overeenkomst: is er ruimte voor een sneeuwbal-effect?”, *TPR* 2008, (555) 594-595.

<sup>145</sup>. Bij een zgn. complexe overeenkomst met meerdere deeltransacties, zal de vernietiging van een essentiële verbintenis van een deeltransactie niet noodzakelijk tot de vernietiging van de volledige overeenkomst leiden.

<sup>146</sup>. Vgl. in dezelfde zin: P.-A. FORIERS, “Clausules betreffende het voorwerp en de oorzaak” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (471) 490; F. MAUSSON en M. VON KUEGELGEN, “Réflexions sur l’indivisibilité et ses conséquences sur l’étendue de la disparition d’un acte juridique” in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (449) 454.

<sup>147</sup>. Zie o.m. A. DE BOECK, “Uitlegging” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV, *Commentaar verbintenissenrecht*, Titel II, *Contractenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2010, 12-13; W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *RW* 1996-97, (1001) 1002. Volgens het Hof van Cassatie bestaat er wel geen algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk bij de uitlegging van de geschreven stukken de werkelijke wil van de partijen voorrang heeft op de uitgedrukte wil (Cass. 19 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 817 en *Pas.* 1987, I, p. 738).

cussies te vermijden, doen partijen er goed aan om in hun deelbaarheidsclausule een uitzondering voor de essentiële verbintenissen op te nemen<sup>148</sup>.

34. Ten slotte lijkt een beroep op een nietigheidsclausule ook aanleiding te kunnen geven tot rechtsmisbruik<sup>149</sup>. Zo kan het in bepaalde omstandigheden kennelijk onredelijk

zijn om, bij vernietiging van een clausule, op grond van een ondeelbaarheidsbeding de vernietiging van de volledige overeenkomst te vorderen<sup>150</sup>. In geval van rechtsmisbruik kan aan partijen het recht worden ontzegd om zich in dat concrete geval op het ondeelbaarheidsbeding te beroepen om de vernietiging van de volledige overeenkomst te vorderen<sup>151</sup>.

## II. DE VORDERING TOT STAKING BIJ ONRECHTMATIGE BEDINGEN

35. Overeenkomstig artikel XVII.1 WER stelt de voorzitter van de ondernemingsrechtbank het bestaan vast en beveelt hij de staking van een daad die een inbreuk uitmaakt op de bepalingen van het Wetboek van economisch recht. Een vordering tot staking is met andere woorden mogelijk ten aanzien van de onrechtmatige bedingen die verboden zijn vermits er dan ook sprake is van een inbreuk op de bepalingen van het Wetboek van economisch recht<sup>152</sup>. Een stakingsvordering zou een effectieve bescherming van de ondernemingen tegen de onrechtmatige bedingen moeten waarborgen<sup>153</sup>. Aan het stakingsbevel kan ook een dwangsom<sup>154</sup> en publicatiebevel<sup>155</sup> worden gekoppeld.

36. Volgens de rechtspraak inzake consumentenovereenkomsten is een dergelijke stakingsvordering niet alleen mogelijk tegen het gebruik van onrechtmatige bedingen die uitdrukkelijk in artikel VI.83 WER zijn opgelijst, maar ook voor bedingen die onrechtmatig zijn krachtens de algemene toetsingsnorm<sup>156</sup>. Hetzelfde geldt voor ondernemingscontracten vermits ook een onrechtmatig beding op basis van de algemene toetsingsnorm een inbreuk uitmaakt op de bepalingen van het Wetboek van economisch recht.

37. Verder kan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank aan de overtreder een termijn toestaan om aan de inbreuk een einde te maken, wanneer de aard van de inbreuk dit nodig maakt<sup>157</sup>.

38. De vordering tot staking, behandeld zoals in kort geding, kan met toepassing van artikel XVII.7 WER niet alleen door een belanghebbende, maar evenzeer door een beroepsregulerende overheid, een beroeps- of interprofessionele vereniging met rechtspersoonlijkheid worden ingesteld<sup>158</sup>. De nieuwe wet bepaalt ook dat de ministers die Economie en Middenstand tot hun bevoegdheid hebben, gezamenlijk een stakingsvordering kunnen instellen die betrekking heeft op een daad zoals bedoeld in de artikelen VI.91/2 tot VI.91/6 WER<sup>159</sup>.

Een dergelijke collectieve handhaving zou helpen om de angst van een onderneming om tegen een andere onderneming in rechte op te treden en aldus ook de angst voor economische represailles van een andere onderneming weg te nemen (“*fear factor*”)<sup>160</sup>. Daarnaast wordt ook de procedurelast en -kost van de onderneming op die manier overgenomen<sup>161</sup>.

<sup>148</sup> J. BAECK, “Nietigheidsclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1587. Zie daarover ook: M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 192-193.

<sup>149</sup> J. BAECK, “Nietigheidsclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1586.

<sup>150</sup> Zie ook R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 715.

<sup>151</sup> Vgl. (inzake een strafbeding) ook met Cass. 8 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 245 en *RW* 2001-02, 778, noot A. VAN OEVERLEN.

<sup>152</sup> J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht*, Deel 2, *Mededingingsrecht*, A., *Handelspraktijken en contracten met consumenten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 640.

<sup>153</sup> Zie in die zin ook *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 75.

<sup>154</sup> Zie o.m. B. KEIRSBILCK, “Overzicht van rechtspraak. Rechtshandhaving (2011-2014)”, *TPR* 2016, (344) 373.

<sup>155</sup> Overeenkomstig art. XVII.4 WER kan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank toestaan dat zijn beslissing of de samenvatting die hij opstelt wordt aangeplakt tijdens de door hem bepaalde termijn, zowel buiten als binnen de inrichtingen van de overtreder en dat zijn vonnis of de samenvatting ervan in kranten of op enige andere wijze wordt bekendgemaakt, dit alles op kosten van de overtreder. Deze maatregelen van openbaarmaking mogen evenwel slechts toegestaan worden indien zij er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophouden.

<sup>156</sup> R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)”, *TPR* 2015, (1521) 1603.

<sup>157</sup> Art. XVII.3 WER. Voor een toepassing in het consumentenrecht: Voorz. Kh. Namen 10 maart 2010, *DCCR* 2011 (nr. 92-93), 108. In die zaak kreeg een luchtvaartmaatschappij nog een termijn van 6 maanden (na de betekening van het vonnis) om het gebruik van haar algemene voorwaarden te staken, met een bijgaande veroordeling tot een dwangsom voor elke dag vertraging.

<sup>158</sup> Vgl. inzake een vordering tot staking van een consumentenorganisatie met R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)”, *TPR* 2015, (1521) 1603 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>159</sup> Art. 36 b2b-wet van 4 april 2019 dat art. XVII.7 WER wijzigt.

<sup>160</sup> Zie ook S. DE POURCO, *Ooneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 303.

<sup>161</sup> Vgl. met *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 18.



39. Overeenkomstig artikel XVII.12 WER kan de vordering tot staking inzake onrechtmatige bedingen ook afzonderlijk of gezamenlijk worden ingesteld tegen verscheidene ondernemingen van dezelfde economische sector of hun ver-

enigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of van soortgelijke algemene contractuele bedingen.

### III. BESLUIT

40. De regeling inzake onrechtmatige bedingen die door de b2b-wet van 4 april 2019 voor overeenkomsten tussen ondernemingen werd ingevoerd, zal ongetwijfeld nog veel inkt doen vloeien<sup>162</sup>.

Dit geldt ook voor de sanctionering van onrechtmatige bedingen in ondernemingscontracten. Zo rijzen er inzake de nietigheidssanctie een aantal voor de praktijk belangrijke vragen, o.m. inzake de reikwijdte van de vernietiging en de taak van de rechter<sup>163</sup>. Het opzet van deze bijdrage is om bij die vragen de nodige houvast te bieden.

Gelet op een aantal onduidelijkheden die ingevolge de nieuwe b2b-regeling bestaan, zal de verleiding vermoedelijk groot zijn om de rechtspraak inzake consumentenovereenkomsten naar analogie door te trekken naar ondernemingsovereenkomsten. Zoals hiervoor aangetoond, kan een analogische toepassing van de consumentenrechtelijke rechtspraak, zeker wat de sanctionering van onrechtmatige bedingen betreft, evenwel niet zomaar worden aangenomen. Dit volgt niet alleen uit de parlementaire voorbereiding van de b2b-wet, maar ook uit de specifieke en verschillende b2b-context.

<sup>162</sup>. Zie voor een kritische bijdrage over de b2b-regeling inzake onrechtmatige bedingen: I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)”, *RW* 2019-20, (323) 323-345.

<sup>163</sup>. Zie *supra*, randnr. 6.