

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

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

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

(...)

Noot

De bedongen opzeggingsvergoeding in aannemingscontracten: enkele knelpunten belicht

Flavie Vermander¹

INLEIDING

1. Zowel in het cassatiearrest van 11 september 2015², als in het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Henegouwen, afdeling Charleroi, van 3 maart 2016³ was de opzegging van een aannemingscontract door de opdrachtgever in het geding. Telkens hadden de contractpartijen in het contract een vergoeding bedongen, die door de opdrachtgever aan de aannemer betaald moet worden in het geval de opdrachtgever het contract opzegt. In beide zaken was er nadien betwisting over deze bedongen opzeggingsvergoeding. Bedongen opzeggingsvergoedingen blijken wel vaker de inzet van juridische geschillen te zijn, zodat het past om in deze noot de krijtlijnen te schetsen en enkele knelpunten onder de aandacht te brengen.

Na een inleidende bespreking van de geannoteerde beslissingen, wordt voor een goed begrip de opzeggingsvergoeding verbintenisrechtelijk gesitueerd (I.). De aandacht wordt daarna toegespitst op aannemingscontracten, zodat we ingaan op het voor de opzegging van aannemingscontracten relevante artikel 1794 BW (II.). Deze wettelijke bepaling wordt, niet toevallig, in beide rechterlijke beslissingen vermeld en in verband gebracht met de door partijen bedongen opzeggingsvergoeding. We verduidelijken dit verband. Vervolgens behandelen we twee knelpunten aangaande de bedongen opzeggingsvergoeding in aannemingscontracten (III.). Vooreerst beantwoorden we de vraag of de rechter een buitensporige bedongen opzeggingsvergoeding kan matigen en, indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, op welke grond en in welke omstandigheden. Deze problematiek kwam aan bod in het geannoteerde vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Henegouwen, afdeling Charleroi. *In casu* besloot de rechtbank de bedongen opzeggingsvergoeding daadwerkelijk te matigen. Ten tweede wordt ingegaan op het neutrale karakter van de opzegging en, bij uitbreiding, van de bedongen opzeggingsvergoeding. De

opzegging en dus ook de bedongen opzeggingsvergoeding beogen geen fout van de wederpartij te sanctioneren. Wij lezen hier een mogelijke bevestiging van in het cassatiearrest van 11 september 2015.

2. Het geschil dat tot het cassatiearrest heeft geleid, betrof een aannemingscontract voor de uitvoering van renovatiewerken aan een onroerend goed. De bouwheer verweet aan de aannemer dat hij de werken niet correct had uitgevoerd. Hij dagvaarde de aannemer en vorderde, onder meer, een schadevergoeding omwille van de gebreken in de uitgevoerde werken. Tijdens het deskundigenonderzoek kwamen inderdaad (eerder beperkte) gebreken aan het licht. Tijdens de procedure bleek echter ook dat voor de betrokken werken een architect had dienen te worden ingeschakeld, wat niet was gebeurd. Het hof van beroep besluit daarop om de bouwheer en de aannemer elk voor de helft verantwoordelijk te houden voor de door de bouwheer geleden schade ten gevolge van de vastgestelde gebreken. De aannemer had ook een (tegen)vordering ingesteld. Blijkbaar had de bouwheer het contract inmiddels (eenzijdig)⁴ opgezegd⁵, zodat de aannemer meende de in het aannemingscontract bedongen opzeggingsvergoeding te kunnen vorderen. De feitenrechter aanvaardt het principe dat de aannemer recht heeft op een opzeggingsvergoeding naar aanleiding van de opzegging. Het hof van beroep lijkt vervolgens echter de voormelde redenering aangaande de verdeling van aansprakelijkheid voor de schade ten gevolge van de gebreken in de uitgevoerde werken, door te trekken naar deze opzeggingsvergoeding. Het hof oordeelt immers: *“En tout état de cause, il a déjà été dit que la faute est commune au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur de sorte que ce dernier ne peut prétendre à l'intégralité de la réparation de son dommage; l'indemnité de résiliation sera en conséquence réduite à concurrence de*

¹ Docent UAntwerpen en advocaat Janson Baugniet.

² C.14.0278.F, in dit nummer gepubliceerd.

³ Elders in dit nummer gepubliceerd.

⁴ Onder “opzegging” begrijpen wij steeds een eenzijdige rechtshandeling, zodat de toevoeging “eenzijdig” bij opzegging kan wegvallen.

⁵ Blijkbaar om financiële redenen.

moitié.” Zoals zal blijken, struikelt het Hof van Cassatie in het bijzonder over deze passage.

Het contract waarover de rechtbank van eerste aanleg te Henegouwen, afdeling Charleroi, zich moest buigen, was een contract gesloten tussen de eigenaars van appartementen en een immobiliënkantoor. De eigenaars hadden aan het immobiliënkantoor een exclusieve verkoopopdracht toegekend. Het contract kende een (initiële) duur van 3 maanden. Er was verder bedongen dat, behoudens opzegging per aangetekende brief één maand voor de vervaldag, het contract na de vervaldag (stilzwijgend) zou worden voortgezet voor een onbepaalde duur. In artikel 4.2 van het contract was nog bepaald dat de opdrachtgever het recht had onmiddellijk een einde te stellen aan het contract op elk ogenblik, zonder motivering, mits betaling van een opzeggingsvergoeding aan de makelaar, gelijk aan 50% van de (bedongen) vergoe-

ding voor de makelaar. In bepaalde omstandigheden kon dat 75% worden. Enkele dagen voor de (initiële) vervaldag gaven de eigenaars aan dat ze de opdracht niet wilden voortzetten. Het immobiliënkantoor dagvaardde uiteindelijk de eigenaars om deze te horen veroordelen tot betaling van een bedrag, in hoofdsom, van 6.292 EUR, wat overeen lijkt te komen met 50% van de bedongen makelaarsvergoeding. De rechtbank oordeelde dat de eigenaars inderdaad hebben opgezegd met onmiddellijke ingang (de situatie was initieel enigszins onduidelijk), zodat artikel 4.2 van het contract in principe toepassing vindt. De rechtbank boog zich verder in het bijzonder over het bedrag van de te betalen opzeggingsvergoeding. De opzeggende opdrachtgevers vroegen minstens de matiging van het overeengekomen bedrag, terwijl de makelaar preciseerde dat de vergoeding, in toepassing van artikel 1794 BW, niet kon worden herleid tot een lager bedrag dan overeengekomen.

I. DE OPZEGGINGSVERGOEDING VERBINTENISRECHTELIJK GESITUEERD

3. Een opzeggingsvergoeding kan worden omschreven als de geldelijke tegenprestatie voor het opzeggingsrecht⁶. De betaling van een opzeggingsvergoeding bij opzegging van een contract is nochtans niet de regel. Als gemeenrechtelijk uitgangspunt geldt dat de opzeggende partij geen vergoeding verschuldigd is aan de wederpartij, omwille van de regelmatige opzegging zelf⁷. Dit uitgangspunt kan men begrijpen, wanneer men voor ogen houdt dat een tot opzegging bevoegde contractpartij die op een bepaald ogenblik het contract effectief opzegt, door de regelmatige uitoefening van het opzeggingsrecht geen fout begaat. Deze partij oefent “slechts” het recht uit dat haar werd toegekend door een wettelijke bepaling, door een contractueel beding of, in contracten van onbepaalde duur, op grond van een algemeen rechtsbeginsel^{8, 9}. De vaststelling dat de opzegging van een contract vaak voor ongemakken zorgt voor of gebeurlijk zelfs

omvangrijke schade teweegbrengt bij de opgezegde partij, wijzigt dit uitgangspunt niet. Men denke bijvoorbeeld aan de omstandigheid dat door de opzegging een einde komt aan een zeer lucratief contract, terwijl de opgezegde partij onmogelijk op een relatief korte termijn een volwaardig alternatief kan vinden. Eventueel nadeel, ongemakken of schade blijven in beginsel bij de opgezegde partij liggen¹⁰. Dit uitgangspunt is overigens niet *per se* onbillijk. Elke contractpartij kan en dient in beginsel de voordelen, de risico's en de kosten die een contract met zich meebrengt, in te schatten bij het sluiten en eventueel zelfs bij het uitvoeren van het contract¹¹. Wanneer een contractpartij over een opzeggingsbevoegdheid beschikt¹², vormt de uitoefening ervan een eventualiteit waarmee de andere partij rekening kan en dient te houden¹³.

⁶ Zie: F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 747, nr. 929. (hierna verkort: F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014)

⁷ T. DELAHAYE, “La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée en droit belge” in B. TILLEMANS, A. VERBEKE en P.-Y. VERKINDT (eds.), *Droit des contrats France, Belgique 2*, Brussel, Larcier, 2006, 255, nr. 48; P. WÉRY, “L’acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l’absence de faute de l’autre partie” in J.-F. GERMAIN (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2008, 275, nr. 16. De vergoeding gebeurlijk verschuldigd in geval van een foutieve opzegging, hebben wij elders een oneigenlijke opzeggingsvergoeding genoemd. Immers, deze vergoeding is dan wel verschuldigd naar aanleiding van de opzegging, maar is geen echte opzeggingsvergoeding. Deze vergoeding is dan niet zozeer bedoeld als tegenprestatie voor het recht om op te zeggen, maar deze dient om aan de foutieve opzegging te remediëren (F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 748-749, nr. 931).

⁸ Met het algemene beginsel wordt bedoeld op het opzeggingsrecht te allen tijde voor elke contractpartij, dat men steeds aanwezig acht in contracten van onbepaalde duur, zie: Cass. 9 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 671, *Pas.* 1973, I, 640; Cass. 22 november 1973, *Arr.Cass.* 1974, 327, *Pas.* 1974, I, 312.

⁹ Een contractpartij kan een contract maar rechtsgeldig opzeggen, indien zij kan steunen op een opzeggingsgrond. De opzeggingsgronden in het Belgisch recht kunnen limitatief worden opgesomd. Naast de in de tekst aangegeven opzeggingsgronden (nl. de wet, het contract of een algemeen rechtsbeginsel in contracten van onbepaalde duur) vermeldt men ook soms de gebruiken of de bijzondere aard van de overeenkomst (hierover: F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 529 *et seq.*). Deze laatste opzeggingsgrond laten wij hier buiten beschouwing.

¹⁰ (Nederland) J.F.M. STRIJOS, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Deventer, Kluwer, 1985, 12; C.A.M. VAN DE PAVERD, *De opzegging van distributieovereenkomsten*, Amsterdam, Kluwer, 1999, 117-118.

¹¹ Zo kan bv. het gegeven dat de wederpartij het contract ruim kan opzeggen een contractpartij ervan weerhouden al te omvangrijke investeringen te doen, zonder hierover met de wederpartij concrete afspraken te maken.

¹² De contractpartijen kunnen in beginsel perfect inschatten of de wederpartij over een opzeggingsbevoegdheid beschikt en hoe ruim die is (zie ook vn. 9).

¹³ In bepaalde gevallen kan dit uitgangspunt wel tot onbillijke resultaten leiden, zie hierover: F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 756 *et seq.*

Contractpartijen wijken evenwel vaak af van het gemeenschappelijke uitgangspunt en stipuleren in hun contract dat de opzeggende partij een opzeggingsvergoeding verschuldigd zal zijn aan de opgezegde partij (in het Frans vindt men vaak de termen: *indemnité de dédit* of *indemnité de résiliation* of *clause de dédit*). Een opzeggingsvergoeding bedingen in een contract is in beginsel toegelaten, tenzij uiteraard een dwingende wettelijke bepaling of een bepaling van openbare orde anders zou voorschrijven¹⁴. Door een opzeggingsbeding met

opzeggingsvergoeding op te nemen in hun contract, kunnen partijen bijvoorbeeld perfect (een deel van) de schade, die de opgezegde partij kan lijden wanneer wordt opgezegd, afwentelen op de opzeggende partij¹⁵. Ook de wetgever legt soms de verplichting op aan de opzeggende partij om een opzeggingsvergoeding te betalen bij opzegging. Een voorbeeld van een wettelijk bepaalde opzeggingsvergoeding vindt men precies in artikel 1794 BW, de wettelijke bepaling die in beide rechterlijke beslissingen wordt vermeld.

II. DE OPZEGGINGSVERGOEDING VOORGESCHREVEN IN ARTIKEL 1794 BW EN DE CONTRACTUELE MOGELIJKHEDEN IN DIT VERBAND

A. Artikel 1794 BW ontleed: een wettelijke opzeggingsbevoegdheid met een ruime reikwijdte

4. Artikel 1794 BW luidt: “De opdrachtgever kan de aanneming tegen vaste prijs door zijn enkele wil verbreken, ook al is het werk reeds begonnen, mits hij de aannemer schadeloos stelt voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen.” Deze bepaling heeft destijds voor de nodige discussies gezorgd. Zo was er onenigheid over de precieze aard van deze beëindigingsgrond¹⁶. Men neemt thans aan dat artikel 1794 BW in een opzeggingsbevoegdheid voorziet voor de opdrachtgever¹⁷.

Een letterlijke lezing van dit wetsartikel en vooral de woorden “aanneming tegen vaste prijs” zouden kunnen doen besluiten dat dit artikel een eerder beperkt toepassingsgebied heeft. Nochtans erkent men wel degelijk de ruime reikwijdte ervan. Artikel 1794 BW dient immers te worden beschouwd als een organieke regel van het aannemingscontract. Het strekt zich uit tot elk aannemingscontract, ongeacht het voorwerp (materieel of intellectueel, roerend of onroerend) of de wijze van prijsbepaling¹⁸, op voorwaarde

evenwel dat de aanneming in de tijd is beperkt¹⁹. Voormeld artikel 1794 BW is derhalve niet van toepassing op aannemingscontracten van onbepaalde duur²⁰.

B. Artikel 1794 BW ontleed: geen *ad nutum* opzegbaarheid en mogelijkheid van contractuele bedingen

5. De opdrachtgever (en niet de aannemer) kan op grond van artikel 1794 BW het aannemingscontract dat in de tijd is beperkt *te allen tijde* opzeggen, zelfs zonder dat een opzeggingsbeding hiertoe werd opgenomen in het contract. Deze opzegging geschiedt echter niet *ad nutum*. De opdrachtgever dient weliswaar geen opzeggingstermijn na te leven, maar hij dient de aannemer overeenkomstig voormeld artikel 1794 BW wel te vergoeden “voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen”. Hieruit volgt dat niet enkel het *damnum emergens*, maar ook het *lucrum cessans* dient te worden vergoed. Het eerste luik houdt in dat naast de betaling van het reeds verrichte werk, ook de kosten gedaan met het oog op de uitvoering van het werk en de kosten ten gevolge van de opzegging

¹⁴. Zie ook: P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, III, Brussel, Bruylant, 2010, 991-992, nr. 662.

¹⁵. Een opzeggingsvergoeding kan derhalve (ook) een schadevergoedend karakter hebben: H. SCHELHAAS, “Opzegbeding versus strafbeding” (noot onder Bergen 22 oktober 2003), *TBBR* 2005, 103.

¹⁶. Zie hierover: F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 159-160, nr. 193.

¹⁷. Bv. W. GOOSSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenschappelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, 1034, nr. 1103 (hierna verkort: *Aanneming van werk*, 2003); R. KRUIHOF *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)”, *TPR* 1994, 598-599, nrs. 297-298; B. VAN BAEVEGHEM, “Artikel 1794 BW en de eenzijdige beëindiging van makelaarsovereenkomsten” (noot onder Gent 27 februari 2008), *RABG* 2009, 1339, nr. 2; P. WÉRY, “L’acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l’absence de faute de l’autre partie” in J.-F. GERMAIN (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2008, 264, nr. 9.

¹⁸. O.m. W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, 2003, 1058, nr. 1119 en verwijzingen aldaar; F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 154-155, nr. 191 en verwijzingen aldaar. Zie ook: G. BAERT, *Aanneming van werk* in *APR-reeks*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 2001, 312-314, nr. 927 en nrs. 930-931; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, *Les principaux contrats*, Brussel, Bruylant, 1972, 1060, nr. 914.

¹⁹. Cass. 4 september 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 7, *Pas.* 1981, I, 7, *JT* 1981, 99, *RCJB* 1981, 523, noot X. DIEUX, *RW* 1980-81, 2686. Het Hof bevestigt de ruime reikwijdte en overweegt: “(...) op voorwaarde dat het gaat om de aanneming van een werk dat door zijn voorwerp of door een uitdrukkelijke tijdsduur bepaald is”. Het is evenwel niet geheel duidelijk waarom het Hof een *uitdrukkelijke* tijdsduur vereist, ingeval de aanneming niet door zijn voorwerp is bepaald.

²⁰. Ook: T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, 64-65, nr. 47; X. DIEUX, “Observations sur l’article 1794 du Code civil et sur son champ d’application” (noot onder Cass. 4 september 1980), *RCJB* 1981, 544-545, nr. 7. Hetgeen uiteraard niet betekent dat aannemingscontracten van onbepaalde duur niet opzegbaar zouden zijn. Voor deze contracten kan men terugvallen op het algemene beginsel dat contracten van onbepaalde duur steeds opzegbaar zijn door elk van de partijen, mits naleving van een redelijke opzeggingstermijn (voor dit laatste aspect: Cass. 7 juni 2012, C.11.0449.N, *Pas.* 2012, I, 1317, *RW* 2013-14, 903).

moeten worden vergoed²¹. Met de verplichting tot vergoeding van het *lucrum cessans* wil men de aannemer in de situatie brengen waarin hij zich zou hebben bevonden indien het contract was uitgevoerd²². De opdrachtgever dient de aannemer te vergoeden voor de (concrete) gederfde winst met betrekking tot het overeengekomen werk.

Partijen kunnen de wettelijke regeling van artikel 1794 BW in hun contract verder moduleren of ervan afwijken. Artikel 1794 BW is van aanvullend recht, zodat partijen inderdaad anders kunnen overeenkomen²³. Partijen zouden bijvoorbeeld het wettelijke opzeggingsrecht van de opdrachtgever kunnen wegbedingen of nog, de verplichting tot het betalen van een opzeggingsvergoeding volledig kunnen uitsluiten. Vaak gaan partijen niet zover, maar preciseren zij in hun contract welke concrete (forfaitaire) opzeggingsvergoeding dient te worden betaald bij opzegging. Dit

blijkt in de besproken zaken ook het geval te zijn. In die zin oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Henegouwen, afdeling Charlerloi: “*que la clause qui, en application de l'article 1794 du Code civil, fixe une indemnité forfaitaire [ad 50%] pour l'entrepreneur en cas de résiliation par le maître de l'ouvrage constitue une clause de dédit (...)*”. Ook in het contract dat finaal tot het cassatiearrest heeft geleid, had de aannemer, verder bouwend op artikel 1794 BW, een concrete(re) opzeggingsvergoeding bedongen. De opdrachtgever diende, volgens het contract, bij opzegging de aannemer te vergoeden voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid en voor de winstderving (forfaitair) begroot op 30% van het bedrag voor de werken die niet meer zouden worden uitgevoerd. De eerste rechter had geoordeeld dat deze clausule “een modaliteit” (te begrijpen als een precisering) van artikel 1794 BW uitmaakte.

III. TWEE KNELPUNTEN GEANALYSEERD

A. Eerste knelpunt: de matiging van een overdreven hoge bedongen opzeggingsvergoeding

6. De contractanten bepalen in beginsel vrij de hoogte van de bedongen opzeggingsvergoeding²⁴. Partijen stipuleren echter soms een erg hoog bedrag dat in belangrijke mate de schade te boven gaat die mogelijk kan worden veroorzaakt door de latere opzegging. De eerste vraag die in deze noot wordt beantwoord, is dan ook of een bedongen opzeggingsvergoeding kan worden gematigd door de rechter indien deze vergoeding de schade die de opzegging veroorzaakt of kan veroorzaken (in belangrijke mate) overstijgt?

Het Belgisch recht kent de rechter in bepaalde omstandigheden de bevoegdheid toe om een *contractueel bedongen vergoeding* te matigen. Sinds de wet van 23 november

1998 heeft de rechter, overeenkomstig artikel 1231, § 1 BW, in ieder geval een wettelijke matigingsbevoegdheid ten aanzien van zgn. overdreven straf- of schadebedingen²⁵. Een strafbeding wordt in artikel 1226 BW omschreven als een beding waarbij een persoon zich voor het geval van niet-uitvoering van de overeenkomst verbindt tot betaling van een forfaitaire vergoeding van de schade die kan worden geleden ten gevolge van de niet-uitvoering van de overeenkomst. Hoewel dit niet zo duidelijk blijkt uit de omschrijving, betreft het een sanctie in geval van een contractuele wanprestatie²⁶. De rechter kan het overeengekomen bedrag, ten titel van strafbeding, toetsen. Indien de rechter vaststelt dat het door partijen vastgestelde bedrag de potentiële schade, zoals die op het ogenblik van contractsluiting kon worden voorzien, manifest te boven gaat, mag de rechter matigen²⁷.

Deze wettelijke matigingsbevoegdheid verankerd in artikel 1231, § 1 BW geldt echter niet voor bedongen

²¹ W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, 2003, 1111, nr. 1179. Deze auteur gaat uitvoerig in op de diverse componenten van de opzeggingsvergoeding: o.c., 1106 et seq.

²² T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, 88-89, nr. 68; M. DUPONT, “L’article 1794 du Code civil: volte-face impossible?” (noot onder Bergen 21 juni 2004), *TBBR* 2007, 230, vn. 15.

²³ Zie o.m.: Antwerpen 2 september 1997, *Limb.Rechtsl.* 1997, 226, noot A. VAN DER GRAESEN; G. BAERT, *Aanneming van werk in APR-reeks*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 2001, 308-309, nrs. 913-914; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, *Les principaux contrats*, Brussel, Bruylant, 1972, 1060, nr. 914; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, 57, nr. 42 en 88, nr. 66; C. DELFORGE, “L’unilatéralisme et la fin du contrat” in P. WÉRY (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 131, nr. 126; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, 2003, 1122, nr. 1195 en verwijzingen aldaar in voetnoot.

²⁴ H. SCHELHAAS, “Opzegbeding versus strafbeding” (noot onder Bergen 22 oktober 2003), *TBBR* 2005, 103, die erop wijst dat partijen in principe een bedrag mogen overeenkomen dat de voorzienbare schade voor de opgezegde partij overstijgt.

²⁵ De wetgever gebruikt de term “strafbeding”. Bepaalde auteurs verkiezen terecht de term “schadebeding” omdat een dergelijk beding *de lege lata* enkel een vergoedend karakter mag hebben (bv. A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, 1652, nr. 28). In deze noot hanteren we evenwel de wettelijke benaming.

²⁶ J. BAECK, “Als ‘vergoeding wegens afstand’ vermoed strafbeding ontmaskerd” (noot onder Cass. 28 april 2011), *Bank Fin.R.* 2012, 122, nr. 2; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 183, nr. 256; O. VANDEN BERGHE, “Het toepassingsgebied van artikel 1231 B.W. betreffende overdreven strafbedingen: een kritische analyse”, *TBBR* 2004, 64, nr. 5; P. WERY, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2010, 607, nr. 694.

²⁷ S. STIJS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-02, 1272, nrs. 33-34 (hierna wordt de titel verkort tot “Contractualisering”).

opzeggingsvergoedingen²⁸. Het Hof van Cassatie maakte reeds herhaaldelijk duidelijk dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen een opzeggingsbeding dat een bedongen opzeggingsvergoeding bevat enerzijds en een strafbeding anderzijds²⁹. In elk van beide bedingen wordt bij contractsluiting een vergoeding overeengekomen, te betalen door één van de contractpartijen aan de wederpartij, maar de ene vergoeding is de andere niet. De bedongen vergoeding die de opzeggende partij dient te betalen bij opzegging kan, in de lijn met de vaste cassatierechtspraak, niet onder de noemer van een strafbeding worden gebracht. Zelfs een buitensporige opzeggingsvergoeding, die veel meer zou inhouden dan de potentiële schade van de opzegde partij, kan niet worden gematigd op grond van voormeld artikel 1231, § 1 BW. Het Hof van Cassatie oordeelt dat het de feitenrechter in de regel niet toekomt de verhouding tussen het overeengekomen bedrag (aan opzeggingsvergoeding) en de schade die door de opzegging kan worden veroorzaakt, te beoordelen³⁰.

Het standpunt van het Hof van Cassatie, waar het Hof een onderscheid hanteert tussen opzeggingsbedingen en strafbedingen, valt theoretisch perfect te verdedigen. In essentie betreft een strafbeding de begroting door de contractpartijen, bij de contractsluiting, van de schadevergoeding die de partij die een contractuele wanprestatie zal begaan, verschuldigd zal zijn aan de wederpartij. Deze omschrijving indachtig is het duidelijk dat een opzeggingsbeding met een bedongen opzeggingsvergoeding hier niet onder valt. Het opzeggingsbeding beoogt geen sanctie te zijn voor een contractuele

wanprestatie en de opzeggingsvergoeding is geen vergoeding voor schade veroorzaakt door een wanprestatie. Een partij die een contract opzegt, begaat als dusdanig geen fout. Zij oefent “slechts” een recht uit³¹. Als tegenprestatie voor het recht om op te zeggen, kan een bedongen opzeggingsvergoeding dan ook niet onder de noemer van strafbeding worden gebracht³². Theoretisch is het onderscheid dat het Hof van Cassatie maakt, een onderscheid dat ook in de lagere rechtspraak wordt gevolgd³³, derhalve duidelijk en evident³⁴; in de praktijk is het dat vaak minder³⁵.

7. De onderwerping van strafbedingen enerzijds en opzeggingsbedingen met bedongen opzeggingsvergoeding anderzijds aan volledig verschillende regimes, wordt bekritiseerd. Elders toonden wij aan dat deze onderscheiden behandeling van beide bedingen naar de toekomst zeker de nodige aandacht verdient³⁶.

Dat neemt niet weg dat de rechter ook vandaag reeds beschikt over wapens om overdreven hoge bedongen opzeggingsvergoedingen aan te pakken. Hoewel als uitgangspunt geldt dat partijen zelf de hoogte van de opzeggingsvergoeding kunnen bepalen (tenzij een wet van openbare orde of van dwingend recht anders doet beslissen), zal de opzeggende partij finaal niet steeds de per hypothese excessieve opzeggingsvergoeding moeten betalen bij opzegging.

Vooreerst kan de rechter nagaan of het “opzeggingsbeding” niet moet worden geherkwalificeerd in een strafbeding³⁷. In

²⁸. Bv. (in de doctrine) J. BAECK, “Als ‘vergoeding wegens afstand’ vermoed strafbeding ontmaskerd” (noot onder Cass. 28 april 2011), *Bank Fin.R.* 2012, 123-124, nrs. 3 en 6 en (in de rechtspraak) Gent 28 maart 2007, *NJW* 2008, 32, noot.

²⁹. Cass. 8 december 1988, nr. 8206, *Arr.Cass.* 1988-89, 427, *Pas.* 1989, I, 389, noot; Cass. 6 december 1996, C.94.0202.N, *Arr.Cass.* 1996, 1169, *Pas.* 1996, I, 1241, *AJT* 1997-98, 102, noot R. PASCARIELLO, *RW* 1998-99, 680; Cass. 22 oktober 1999, C.98.0134.F, *Arr.Cass.* 1999, 1318, *Pas.* 1999, I, 1373, *JLMB* 2000, 476, *RCJB* 2001, 103, noot I. MOREAU-MARGRÈVE, *RW* 2001-02, 1502, *TBBR* 2001, 552, *TBH* 2000, 181; Cass. 30 maart 2001, C.00.0062.N, *Arr.Cass.* 2001, 566, *Pas.* 2001, I, 560; Cass. 6 september 2002, C.000150.N, *Arr.Cass.* 2002, 1737, *Pas.* 2002, I, 1546, *RABG* 2003, 637, *RW* 2004-05, 300, noot, *TBBR* 2004, 106. Ook: Cass. 28 april 2011, C.10.0117.F, *Pas.* 2011, I, 1191, *Bank Fin.R.* 2012, 120, noot J. BAECK, *JLMB* 2011, 1017, *TBBR* 2013, 88, noot P. WERY.

³⁰. Zie bv. in vorige voetnoot aangehaalde cassatiearresten van 22 oktober 1999 en van 6 september 2002. Voor de volledigheid: dit onderscheid brengt tevens met zich mee dat de bepalingen uit de lijst van onrechtmatige bedingen opgenomen in art. VI.83 WER die strafbedingen aangaan, evenmin van toepassing zijn op opzeggingsbedingen opgenomen in contracten gesloten met consumenten (zie bv. Vred. Beveren 21 april 2015, *T.Vred.* 2015, (484), 488, noot R. STEENNOT, 493. Steennot brengt ook pistes onder de aandacht die wel kunnen worden gevolgd). Dit gaat ook op voor de onrechtmatige bedingen uit art. XIV.50 WER in contracten gesloten tussen beoefenaars van een vrij beroep en consumenten.

³¹. R. KRUTHOF *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)”, *TPR* 1994, 683, nr. 359; R. PASCARIELLO, “De verbrekingsvergoeding als tegenprestatie voor het eenzijdig beëindigingsrecht van de schuldenaar” (noot onder Cass. 6 december 1996), *AJT* 1997-98, 104-105.

³². O.m. ook: Rb. Hasselt 23 mei 2002, *TBBR* 2004, 228; C. DELFORGE, “L’unilatéralisme et la fin du contrat” in P. WERY (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 137, nr. 150; S. STIJNS, “Contractualisering”, *RW* 2001-02, 1270-1271, nr. 30.

³³. Antwerpen 27 november 2006, *RW* 2008-09, 1770, noot J. DE CONINCK, 1774, nr. 3 en verwijzingen aldaar; Bergen 22 oktober 2003, *TBBR* 2005, 100, noot H. SCHELHAAS; Bergen 6 september 2007, *JT* 2007, 875; Gent 28 maart 2007, *NJW* 2008, 32, noot; Luik 23 maart 2009, *TBH* 2009, 905, noot O. VANDEN BERGHE; Rb. Hasselt 23 mei 2002, *TBBR* 2004, 228; Vred. Beveren 21 april 2015, *T.Vred.* 2015, (484) 488.

³⁴. Voor een ander verschilpunt: F. VERMANDER, *Opzegging van overeenkomsten*, 2014, 771, nr. 961.

³⁵. J. HERBOTS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1988-1994)”, *TPR* 1997, 832-833, nr. 269; I. MOREAU-MARGRÈVE, “Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d’une somme d’argent?” (noot onder Cass. 22 oktober 1999), *RCJB* 2001, i.h.b. 139; R. PASCARIELLO, “De verbrekingsvergoeding als tegenprestatie voor het eenzijdig beëindigingsrecht van de schuldenaar” (noot onder Cass. 6 december 1996), *AJT* 1997-98, 105-106; K. VAN RAEMDONCK, “Einde van de omzeiling van het verbod op stafbedingen via de bedongen vergoeding voor de uitoefening van een contractueel eenzijdig verbrekingsrecht bij overeenkomsten met opeenvolgende prestaties?” (noot onder Brussel 12 december 1995), *RW* 1996-97, 987-989, nr. 6; E. WYMEERSCH, “Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten” in X, *Liber Amicorum E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 925-926, nr. 7.

³⁶. F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, i.h.b. 781 *et seq.* en verwijzingen aldaar. Zie en vgl. recent ook: J. BAECK, “Als ‘vergoeding wegens afstand’ vermoed strafbeding ontmaskerd” (noot onder Cass. 28 april 2011), *Bank Fin.R.* 2012, 124 *et seq.*

³⁷. De rechter is niet gebonden door de kwalificatie die partijen aan hun beding hebben gegeven: F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 773-774 en verwijzingen in vn. 2681 aldaar.

wellicht eerder uitzonderlijke gevallen³⁸ zal de rechter vaststellen dat partijen de gemeenschappelijke bedoeling hadden een strafbeding op te nemen in hun contract³⁹. Na herkwalificatie in een strafbeding kan de rechter dan desgevallend het overeengekomen bedrag toch matigen op grond van artikel 1231, § 1 BW. Maar zelfs indien de rechter vaststelt dat partijen daadwerkelijk een opzeggingsbeding op het oog hadden, kan een rechterlijke controle en remediëring nog steeds plaatsvinden. Zo is het in beginsel mogelijk om opzeggingsbedingen te toetsen aan de vereisten van de openbare orde en goede zeden. De rechtsleer ziet mogelijkheden in deze piste om overdreven opzeggingsvergoedingen aan te pakken. Men denkt hierbij in het bijzonder aan de situatie dat de rechter vaststelt dat het beding toelaat dat de schuldeiser op een onrechtmatige wijze speculeert op een vroegtijdige beëindiging van het contract, wat hem meer voordeel zou opleveren dan de normale uitvoering ervan⁴⁰. Zo stelt Stijns dat zij het eens kan zijn “*met de vaststelling dat wanneer het om een onrechtmatige speculatie gaat van de schuldeiser van de vergoeding, dit in strijd is met de openbare orde en men dit opzeggingsbeding als een private straf kan vernietigen*”⁴¹. Bij het vooropstellen van deze piste laat men zich inspireren

door het cassatiearrest van 17 april 1970⁴², het mijlpaalarrest inzake (de beteugeling van) buitensporige strafbedingen vóór de wettelijke tussenkomst van 23 november 1998⁴³. Men verdedigt dat ook opzeggingsbedingen en -vergoedingen moeten kunnen worden getoetst in het licht van artikel 6 BW en van de artikelen 1131 en 1133 BW⁴⁴. De sanctie voor buitensporige opzeggingsbedingen is dan in beginsel wel de nietigheid van het beding⁴⁵. Vanden Berghe wijst erop dat de rechtspraak eerder weigerachtig is om de wanverhouding tussen de opzeggingsvergoeding en de potentiële schade ten gevolge van de opzegging te beschouwen als strijdig met de openbare orde⁴⁶.

De piste van het verbod op rechtsmisbruik wordt ook naar voren geschoven voor de aanpak van buitensporige opzeggingsvergoedingen. Deze invalshoek biedt alvast een interessant perspectief voor de aanpak van buitensporige bedongen opzeggingsvergoedingen. De sanctie voor rechtsmisbruik bestaat, volgens het Hof van Cassatie, in het opleggen van de normale uitoefening van het recht of in het herstel van de schade die door het misbruik is teweeggebracht⁴⁷. De rechter beschikt dus over een matigingsbevoegdheid⁴⁸ in het

³⁸ S. STIJNS, “Contractualisering”, *RW* 2001-02, 1275, nr. 43; O. VANDEN BERGHE, “Het toepassingsgebied van artikel 1231 B.W. betreffende overdreven strafbedingen: een kritische analyse”, *TBBR* 2004, 76, nr. 37.

³⁹ Wijst erop dat de vraag of een conventioneel bedongen vergoeding een strafbeding uitmaakt of niet, een uitleggingsvraag is: J. BAECK, “Als ‘vergoeding wegens afstand’ vermoed strafbeding ontmaskerd” (noot onder Cass. 28 april 2011), *Bank Fin.R.* 2012, 123, nr. 4.

⁴⁰ Men vindt in dit verband ook de stelling dat het opzeggingsbeding geen private straf mag uitmaken. Zie F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 774-775, nr. 964.

⁴¹ S. STIJNS, “Contractualisering”, *RW* 2001-02, 1275, nr. 43. Bv. ook: K. VAN RAEMDONCK, “Einde van de omzeiling van het verbod op strafbedingen via de bedongen vergoeding voor de uitoefening van een contractueel eenzijdig verbrekingsrecht bij overeenkomsten met opeenvolgende prestaties” (noot onder Brussel 12 december 1995), *RW* 1996-97, 988 (vermeldt het argument van “private straf” afzonderlijk van “speculeren op vroegtijdige eenzijdige beëindiging”); A. VAN OEVELEN, “Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen”, *RW* 1994-95, 804, nr. 25 (vermeldt het argument van “speculatie”).

⁴² Cass. 17 april 1970, *Arr.Cass.* 1970, 754, *Pas.* 1970, I, 711, *JT* 1970, 545, *RCJB* 1972, 454, noot I. MOREAU-MARGREVE, *Rev.not.b.* 1972, 217, *TBH* 1970, 701, noot DEBACKER.

⁴³ Ook vóór de wetswijziging van 1998 gold dat een strafbeding een vergoedende functie had/diende te hebben. Destijds was de sanctie voor buitensporige strafbedingen de nietigheid op grond van de art. 6, 1131 en 1133 BW. Zie: S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 183-184, nr. 257. De wetgever heeft in 1998 bepaald dat de sanctie voor buitensporige strafbedingen voortaan de matiging is. Zie verder: J. BAECK, “Sanctionering van overdreven strafbedingen” (noot onder Cass. 6 december 2002), *RABG* 2003, 649, nr. 5.

⁴⁴ In die zin in de rechtspraak: Brussel 12 december 1995, *RW* 1996-97, 985, noot K. VAN RAEMDONCK (het hof vermeldt zowel de argumenten van speculatie op vroegtijdige beëindiging, als van private/burgerlijke straf); (vermeldt art. 1131 en 1133 BW) Antwerpen 2 september 1997, *Limb.Rechtsl.* 1997, (226) 230, noot A. VAN DER GRAESEN; (erkent de piste) Gent 19 november 2014, *NJW* 2016, (225) 226, noot P. BRULEZ; (vermeldt de piste) Vred. Grimbergen 30 november 2005, *T.Huur* 2007, 93. In de doctrine: H. SCHELHAAS, “Opzegbeding versus strafbeding” (noot onder Bergen 22 oktober 2003), *TBBR* 2005, 104 en vn. 13 aldaar; M.-P. NOËL, “La délimitation des règles applicables aux clauses de dédit” (noot onder Brussel 1 juni 2004), *JLMB* 2005, 1499; O. VANDEN BERGHE, “Het toepassingsgebied van artikel 1231 B.W. betreffende overdreven strafbedingen: een kritische analyse”, *TBBR* 2004, 71, nrs. 24-25.

⁴⁵ J. DE CONINCK, “Over schade- en opzegbedingen: waarom de ene bedongen forfaitaire (schade)vergoeding de andere niet is. Waarom niet eigenlijk?” (noot onder Antwerpen 27 november 2006), *RW* 2008-09, 1775, nr. 4. In twee recente arresten heeft het Hof van Cassatie aanvaard dat overmatige, nietige concurrentiebedingen (soms) toch gedeeltelijk overeind kunnen blijven (waardoor het beding dus niet geheel nietig moet worden verklaard): Cass. 23 januari 2015, C.13.0579.N, *Pas.* 2015, I, 211, *DAOR* 2015, afl. 115, 18, noot D. MERTENS, *NJW* 2015, 913, noot C. LEBON, *JT* 2015, noot, *TBBR* 2016, 187, noot F. PEERAER, *TBH* 2015, 471, *TBO* 2015, 199, *TRV* 2015, 459, noot B. BELLEN en Cass. 25 juni 2015, C.14.0008.F, *JLMB* 2015, 1305, noot, *JT* 2015, 727, noot S. LAGASSE, *NJW* 2015, 914, noot C. LEBON, *TBBR* 2016, 187, noot F. PEERAER, *TBH* 2015, 925. De mogelijke toepassing van deze rechtspraak op overmatige en nietig bevonden opzeggingsvergoedingen werd hier niet bestudeerd, maar deze rechtspraak lijkt de deur te openen voor een maatregel die neerkomt op een vorm van matiging van de bedongen vergoeding.

⁴⁶ O. VANDEN BERGHE, “Take or pay clauses naar Belgisch contractenrecht”, *TBH* 2009, 864, nr. 10, verwijzend naar de cassatierechtspraak. Eerder: O. VANDEN BERGHE, “Het toepassingsgebied van artikel 1231 B.W. betreffende overdreven strafbedingen: een kritische analyse”, *TBBR* 2004, 71, nrs. 24-25 (“(...) *schijnt de huidige rechtspraak dus niet geneigd te zijn het vergoedende karakter te vereisen van andere bedingen dan strafbedingen, o.m. van opzegbedingen*”).

⁴⁷ Cass. 16 december 1982, nr. 6720, *Arr.Cass.* 1982-83, 518, *Pas.* 1983, I, 472. Ook in latere arresten wordt dit bevestigd, o.m.: Cass. 8 februari 2001, C.98.0470.N, *Arr.Cass.* 2001, 245, *Pas.* 2001, I, 244, *JT* 2002, 475, *RW* 2001-02, 778, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 6 januari 2011, C.09.0624.F, *Arr.Cass.* 2011, 41, *Pas.* 2011, I, 44, *TBBR* 2012, 388, noot P. BAZIER, *TBO* 2011, 109.

⁴⁸ L. GEUDENS, *Het verbod op rechtsmisbruik in contracten*, Brugge, die Keure, 2014, 103, nr. 128; S. STIJNS, “Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, 112, nr. 39.

geval hij het bestaan van rechtsmisbruik bij de uitoefening van contractuele rechten heeft vastgesteld. Ook wanneer een opgezegde partij de (zeer hoge) bedongen opzeggingsvergoeding vordert, kan de rechter – op vordering van de opzeggende partij, die schuldenaar is van de vergoeding – matigen, indien hij oordeelt dat de opgezegde partij, de schuldeiser van de vergoeding, het recht op de opzeggingsvergoeding heeft misbruikt⁴⁹. De opgezegde partij (bv. de opgezegde aannemer) heeft door de opzegging en krachtens het opzeggingsbeding wel een recht op de bedongen opzeggingsvergoeding, maar de rechter zou kunnen oordelen dat, gelet op de concrete omstandigheden, deze partij misbruik maakt van haar recht deze vergoeding te vorderen. Als sanctie kan een matiging van het bedrag worden aanvaard. Deze matiging gebeurt dan nog steeds niet op grond van artikel 1231, § 1 BW dat enkel strafbedingen betreft, maar als geëigende sanctie in het kader van de beteugeling van rechtsmisbruik. Het is op de grond van rechtsmisbruik dat de rechtbank van eerste aanleg te Henegouwen, afdeling Charleroi, overging tot matiging van de bedongen opzeggingsvergoeding tot 1.500 EUR (i.p.v. meer dan 6.000 EUR).

Uiteraard dient de feitenrechter die overweegt om tot matiging van het bedongen bedrag over te gaan op grond van schending van het verbod op rechtsmisbruik, de logica van de rechtsmisbruikcontrole te respecteren⁵⁰. De rechter dient hierbij na te gaan of het recht werd uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en bezorgde persoon⁵¹. De rechter zal de beoordeling (moeten) concretiseren rekening houdend met de omstandigheden van het geval⁵². Hierbij zou bijvoorbeeld ook de werkelijke, door de opgezegde partij geleden schade of het werkelijke nadeel voor deze partij, mee in rekening kunnen worden gebracht⁵³.

De rechter zou in bepaalde gevallen zelfs verder kunnen gaan dan het louter herleiden van de bedongen opzeggings-

vergoeding tot een lager bedrag. Het Hof van Cassatie heeft reeds geoordeeld dat wanneer de abusieve rechtsuitoefening betrekking heeft op de toepassing van een contractueel beding, het herstel erin kan bestaan dat aan de schuldeiser het recht wordt ontzegd om op dat beding een beroep te doen⁵⁴. Het cassatiearrest betrof een strafbeding. Mede door de algemene bewoordingen van het arrest wordt verdedigd dat dit ook kan worden toegepast op andere bedingen, zoals opzeggingsbedingen⁵⁵. De rechter die vaststelt dat het opzeggingsbeding met een zeer hoge opzeggingsvergoeding, abusievelijk in werking werd gesteld, zou dan in lijn met voormeld arrest eventueel kunnen oordelen dat aan de schuldeiser (bv. de opgezegde aannemer, die de bedongen opzeggingsvergoeding vordert) het recht moet worden ontzegd om zich in de gegeven omstandigheden op het opzeggingsbeding te beroepen⁵⁶.

De rechtsmisbruikcontrole is een piste die tot bevredigende resultaten kan leiden wanneer de opzeggende partij geconfronteerd wordt met het verzoek van de opgezegde partij om tot betaling van een zeer hoge/onredelijk hoge bedongen opzeggingsvergoeding over te gaan. In het kader van de beteugeling van rechtsmisbruik, kan de rechter immers het bedongen bedrag matigen. Nochtans merkt Vanden Berghe op dat de rechtsmisbruikcontrole voor exorbitante niet-strafbedingen, zoals opzeggingsbedingen, niet steeds de inhoudelijk meest passende controle is. Ingeval de vergoeding bedongen in een opzeggingsbeding exorbitant hoog is, is het soms het beding zelf dat problematisch is en niet zozeer de wijze van uitoefening van het beding door de opgezegde partij. Het is nochtans dat laatste wat bij een rechtsmisbruikcontrole wordt getoetst. Bij een rechtsmisbruikcontrole is (de geldigheid van) het beding zelf eigenlijk niet (langer) in het geding⁵⁷. De rechtsmisbruikcontrole kan in dergelijke gevallen dan inderdaad een lapmiddel worden genoemd⁵⁸.

⁴⁹. Zie verwijzingen bij F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 778, vn. 2695 aldaar.

⁵⁰. Wijst ook op het verschil tussen de rechtsmisbruikcontrole en de controle in het licht van art. 1231 BW: J. DE CONINCK, “Over schade- en opzegbedingen: waarom de ene bedongen forfaitaire (schade)vergoeding de andere niet is. Waarom niet eigenlijk?” (noot onder Antwerpen 27 november 2006), *RW* 2008-09, 1775, nr. 4.

⁵¹. Dit verwijst naar het algemene criterium om tot rechtsmisbruik te besluiten, zie i.h.b.: Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31, *Pas.* 1972, I, 28, *RCJB* 1976, 300, noot P. VAN OMMESLAGHE. Er werden in de cassatierechtspraak ook bijzondere criteria erkend. Zie verder o.m.: S. STIJNS, *Verbintenisrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 66-67, nr. 90; A. DE BOECK en F. VERMANDER, “Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsuitoefening aan banden gelegd” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 39, nr. 12.

⁵². J. DE CONINCK, “Over schade- en opzegbedingen: waarom de ene bedongen forfaitaire (schade)vergoeding de andere niet is. Waarom niet eigenlijk?” (noot onder Antwerpen 27 november 2006), *RW* 2008-09, 1775, nr. 4. Voert bv. een rechtsmisbruikcontrole uit, maar besluit niet tot rechtsmisbruik in het voorliggende geval: Antwerpen 27 november 2006, *RW* 2008-09, 1770, noot J. DE CONINCK, 1775, nr. 4.

⁵³. Zie: Vred. Grimbergen 30 november 2005, *T.Huur* 2007, (93) 96. Dit lijkt ook het geval in het geannoteerde vonnis van de rechtbank van eerste aanleg (“*Que ce montant excède manifestement les inconvénients subis par l’agence (...) suite à la rupture du contrat (...).*”).

⁵⁴. Cass. 8 februari 2001, C.98.0470.N, *Arr. Cass.* 2001, 245, *Pas.* 2001, I, 244, *JT* 2002, 475, *RW* 2001-02, 778, noot A. VAN OEVELEN.

⁵⁵. S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’inexécution ou de vice de formation” in J.-F. GERMAIN (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2008, 373, nr. 35; P. WÉRY, “Les sanctions de l’abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l’inexécution d’une obligation contractuelle” in X, *Mélanges Philippe Gerard*, Brussel, Bruylant, 2002, 140, nr. 12.

⁵⁶. Deze redenering vindt men bv. in: Vred. Grimbergen 30 november 2005, *T.Huur* 2007, 93.

⁵⁷. S. STIJNS, “Contractualisering”, *RW* 2001-02, 1281, nr. 58.

⁵⁸. O. VANDEN BERGHE, “Het toepassingsgebied van artikel 1231 B.W. betreffende overdreven strafbedingen: een kritische analyse”, *TBBR* 2004, 71-72, nr. 26.

B. Tweede knelpunt: de (ir)relevantie van de door de opgezegde partij tijdens de uitvoering van het contract gemaakte fouten ten aanzien van de integrale verschuldigheid van de bedongen opzeggingsvergoeding

8. In deze titel gaan wij ervan uit dat de bedongen opzeggingsvergoeding niet buitensporig is (zie: eerste knelpunt). De vraag die hier rijst is of de feitenrechter het bedrag bedongen ten titel van opzeggingsvergoeding kan verminderen op grond van de overweging dat (ook) de opgezegde partij, schuldeiser van de bedongen opzeggingsvergoeding, fouten heeft gemaakt tijdens de uitvoering van het contract. Een dergelijke vraag lag ten gronde aan het cassatiearrest van 11 september 2015. Het Hof lijkt deze vraag alvast ontkenkend te beantwoorden. Het Hof van Cassatie overweegt dat het bestreden arrest, dat oordeelt dat de verweerder (de opdrachtgever) het contract heeft opgezegd, vervolgens niet, zonder miskennis van de bindende kracht van artikel 7 van het contract en zonder schending van artikel 1134, eerste lid BW, de (bedongen) opzeggingsvergoeding tot de helft kan herleiden op grond van het motief dat de eiseres (de aannemer) geen aanspraak kan maken op de volledige vergoeding van de schade wegens een gezamenlijke fout van de opdrachtgever en de aannemer.

9. Het cassatiearrest lijkt alvast te bevestigen dat partijen in een aannemingscontract in beginsel vrij de hoogte van de opzeggingsvergoeding kunnen bepalen in een opzeggingsbeding (als modulering van art. 1794 BW). Als contractuele afspraak bindt een opzeggingsbeding de partijen (en ook de rechter kan de inhoud van het contract in principe niet wijzigen). Het Hof van Cassatie brengt dit uitgangspunt onder de aandacht, wanneer het Hof uitdrukkelijk verwijst naar de bindende kracht van contracten (*in casu* van art. 7 van het contract) en naar artikel 1134, eerste lid BW. Dit oordeel sluit op zich aan bij de eerdere cassatierechtspraak. Hoger wezen wij er reeds op dat het, volgens het Hof, in de regel niet toekomt aan de rechter om de verhouding tussen het overeengekomen bedrag (aan opzeggingsvergoeding) en de schade die door de opzegging kan worden veroorzaakt, te beoordelen. Dit arrest maakt duidelijk dat ook fouten van de opgezegde partij op zich niet volstaan om het bedrag aan

opzeggingsvergoeding dat de opzeggende partij dient te betalen aan die opgezegde partij, te herleiden.

Dit lijkt op het eerste gezicht onbillijk. Het is wrang te zien dat de opzeggende opdrachtgever de volledige bedongen opzeggingsvergoeding dient te betalen aan de opgezegde aannemer, terwijl de aannemer foutief heeft gehandeld en mogelijk belangrijke schade heeft veroorzaakt voor de opzeggende opdrachtgever.

Het cassatiearrest verdient evenwel bijval. Dat aan de aannemer fouten te verwijten zijn, kan in principe geen grond zijn tot het herleiden van de bedongen opzeggingsvergoeding. Wanneer een partij een (aannemings)contract opzegt, kiest zij voor een “foutonafhankelijk” parcours⁵⁹. Met een opzegging wenst een partij zich voor de toekomst te bevrijden uit de contractband, in principe om redenen die haar eigen zijn. Deze partij zal doorgaans wel bepaalde redenen kunnen aanduiden voor haar opzeggingsbeslissing (bv. financiële perikelen die de voorgenomen renovatiewerken onhaalbaar maken), maar in beginsel zijn deze motieven juridisch irrelevant⁶⁰ en zij dienen ook vreemd te zijn aan een foutmotief. De opzegging kan in die zin een neutrale beëindigingswijze worden genoemd. Deze neutraliteit dient te worden doorgetrokken naar de bedongen opzeggingsvergoeding. Hoewel een bedongen opzeggingsvergoeding minstens gedeeltelijk een schadevergoedende functie kan vervullen⁶¹, is het in de kern de tegenprestatie van het recht tot opzeggen en kadert het in deze neutrale opzeggingsfiguur. Indien partijen een opzeggingsvergoeding hebben bepaald voor het geval de opdrachtgever opzegt, dan is deze vergoeding ook effectief verschuldigd wanneer de opdrachtgever opzegt. *Pacta sunt servanda* ... In principe, en onder voorbehoud van wat in het eerste knelpunt werd uitgewerkt⁶², komt het niet toe aan de feitenrechter om de opzeggingsvergoeding te herleiden, zelfs niet als aan de aannemer fouten kunnen worden verweten. Indien de rechter hiermee rekening zou mogen houden bij de beoordeling van de vordering van de opgezegde partij tot betaling van de bedongen vergoeding, dan brengt men via een achterpoortje het foutmotief toch weer binnen in de figuur van opzegging. Dit is o.i. niet wenselijk⁶³. Een discussie over fouten of foutieve gedragingen van de wederpartij, zelfs op het niveau van de bedongen opzeggingsvergoeding, tilt de figuur uit het neutrale domein⁶⁴.

⁵⁹. Zie verwijzingen in: F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, vn. 2135.

⁶⁰. Zie ook: T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, 129, nr. 108.

⁶¹. Het dekt (deels) de schade die de opgezegde partij lijdt/kan lijden ten gevolge van de regelmatige opzegging.

⁶². Het Hof van Cassatie had mogelijk anders geoordeeld indien de appelrechter via de piste van het verbod op rechtsmisbruik was gegaan. De fouten van de aannemer zouden theoretisch als concrete omstandigheid van het geval mee in overweging kunnen worden genomen bij de beoordeling van het al dan niet abusievelijke karakter van de vordering van de opgezegde aannemer. Wij menen evenwel dat ook hier fouten best geen hoofdrol spelen. Zie: F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 187-188, nr. 230.

⁶³. Wij menen dat dit opgaat voor wat betreft de *bedongen* opzeggingsvergoeding zowel in het gemeen recht als in het aannemingsrecht. Nochtans is de situatie in het aannemingsrecht enigszins ambigu wanneer partijen geen forfaitaire opzeggingsvergoeding hebben bedongen in hun contract, maar wanneer een vergoeding verschuldigd is op grond van art. 1794 BW. Art. 1794 BW schrijft voor dat ook de winstderving van de aannemer moet worden vergoed. Men verdedigt dat het hierbij gaat om de *concrete* winst, wat betekent “*dat er rekening moet worden gehouden met de ongerechtvaardigde kosten die de aannemer maakt of fouten die hij zou hebben moeten herstellen (...)*” (W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, 2003, 1116, nr. 1186). Een discussie over fouten is er niet uitgesloten.

⁶⁴. Wij hebben dit eerder ook verdedigd, althans in principe, inzake de opzeggingstermijn. Zie: F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 641 *et seq.*

10. Deze oplossing is niet *per se* onbillijk. Het Belgisch recht biedt andere opties aan de opdrachtgever die wordt geconfronteerd met fouten van de aannemer. Deze hoeft niet steeds (alleen) de piste van opzegging te volgen om het contract beëindigd te zien. Hoewel de werkelijkheid soms genuanceerder zal zijn, maken wij hierna een onderscheid tussen twee hypothesen.

11. De eerste situatie is deze waarin de opdrachtgever geconfronteerd wordt met ernstige fouten van de aannemer en hij om die reden het contract niet verder wenst te zetten. De opdrachtgever zou, bijvoorbeeld omwille van strategische redenen⁶⁵, perfect kunnen kiezen voor de piste van opzegging, waarbij hij het contract beëindigt zonder opgave van redenen of toch zonder foutmotief op te geven. De opdrachtgever zal dan wel de opzeggingsvergoeding die desgevallend werd bedongen, moeten betalen aan de opgezegde aannemer⁶⁶. Geconfronteerd met ernstige fouten van de wederpartij, opteert de opdrachtgever doorgaans nochtans beter voor de ontbinding wegens wanprestatie. Deze laatste piste is, in tegenstelling tot deze van opzegging, net wel bedoeld om fouten van de wederpartij te sanctioneren en biedt voordelen voor de opdrachtgever die het slachtoffer is van de wanprestatie van de aannemer. Indien het aannemingscontract wordt ontbonden door de rechter op grond van artikel 1184 BW of buitengerechtelijk wordt ontbonden wegens wanprestatie van de aannemer⁶⁷, kan de opdrachtgever desgevallend bijkomende schadevergoeding vorderen van de aannemer voor de geleden schade⁶⁸. Bovendien zal de opdrachtgever in deze situatie niet de bedongen opzeggingsvergoeding moeten betalen, aangezien hier dan geen uitwerking wordt gegeven aan het opzeggingsbeding waardoor de opzeggingsvergoeding niet verschuldigd wordt.

12. Een tweede hypothese betreft de situatie waarin er weliswaar bepaalde fouten zijn gemaakt door de aannemer, maar deze niet de reden vormen voor de beëindiging van het contract door de opdrachtgever. Dit lijkt het geval in de zaak die tot het cassatiearrest heeft geleid. Blijkbaar zegde de

opdrachtgever daar op omdat hij door financiële problemen het renovatieproject niet kon voortzetten. De (eerder beperkte) gebreken in het uitgevoerde werk en fouten⁶⁹ van de aannemer waren er blijkbaar niet de reden, het motief voor de beëindiging door de opdrachtgever van het contract. In dergelijk geval zal een opzegging een correcte piste zijn om het aannemingscontract beëindigd te zien. Dit betekent ook hier dat de opdrachtgever de gevolgen van de keuze voor opzegging zal moeten dragen en bijvoorbeeld de bedongen opzeggingsvergoeding zal moeten betalen. Dit is logisch en overigens niet onbillijk, althans indien men toestaat dat de opdrachtgever zich ook nog keert tegen de aannemer voor de begane fouten voorafgaand aan de opzegging. Traditioneel wordt dit nochtans niet toegelaten.

Klassiek verdedigde men dat wanneer de opdrachtgever het aannemingscontract opzegt op grond van artikel 1794 BW, hij een keuze maakt waaraan hij zich dient te houden. Indien er al bepaalde fouten te verwijten waren aan de aannemer, laat de opdrachtgever door de opzegging van het contract de mogelijkheid aan zich voorbijgaan om hiervoor ontbinding wegens wanprestatie en/of schadevergoeding te vorderen⁷⁰. Er zou een wezenlijk onderscheid bestaan tussen de opzegging op grond van artikel 1794 BW en het leerstuk van de ontbinding en de daaraan gekoppelde schadevergoeding⁷¹. Er bestaat inderdaad een belangrijk onderscheid tussen voormelde figuren, maar dit verklaart de onmogelijkheid van een cumul niet. In de doctrine die nader ingaat op de grondslag van de onverenigbaarheid van beide pistes, vindt men vooral de gedachte terug dat een partij die kiest voor de opzegging haar rechten voortvloeiend uit artikel 1184 BW heeft verwerkt⁷².

Een meer genuanceerd standpunt is nochtans mogelijk. De opzegging is een beëindiging voor de toekomst. Het laat het verleden onverlet. Fouten begaan tijdens de uitvoering van het contract en vóór de opzegging, worden dan ook niet *per se* uitgewist door de opzegging. Deze fouten kunnen dus, minstens theoretisch, nog steeds een grond opleveren voor een ontbinding wegens wanprestatie en/of schadevergoe-

⁶⁵. Bv., indien hij twijfelt of de wanprestatie wel ernstig genoeg is voor een ontbinding wegens wanprestatie (zie *infra*) en hij snel onder het contract uit wil zonder verdere discussie.

⁶⁶. Geconfronteerd met de vordering van de opgezegde aannemer tot betaling van de bedongen opzeggingsvergoeding, probeert de opdrachtgever dan soms op zijn stappen terug te keren door te beweren dat hij in werkelijkheid heeft ontbonden wegens een wanprestatie van de aannemer en dus niet heeft opgezegd. Een dergelijk verweer zal weinig kans op slagen hebben: M. DUPONT, "L'article 1794 du Code civil: volte-face impossible?" (noot onder Bergen 21 juni 2004), *TBBR* 2007, 233, nr. 12.

⁶⁷. Men aanvaardt de buitengerechtelijke ontbinding op grond van een uitdrukkelijk ontbindend beding. We gaan niet in op de discussie of de buitengerechtelijke ontbinding buiten elk contractueel beding om werd aanvaard door het Hof van Cassatie. Zie hierover, recent: W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 197-202.

⁶⁸. D. VAN DRIESSCHE, "De keuze tussen verbreking en ontbinding in aannemingscontracten: 'Bezint eer ge begint'" (noot onder Kh. Dendermonde 10 mei 2007), *TBBR* 2008, 617, nr. 25.

⁶⁹. Geringe fouten zullen hoe dan ook moeilijk tot een geslaagde vordering tot gerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie leiden. Hiervoor zijn in beginsel ernstige wanprestaties vereist (W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 197). Ook een buitengerechtelijke ontbinding op grond van een uitdrukkelijk ontbindend beding zal veelal niet kunnen indien er slechts kleine fouten zijn aan te duiden.

⁷⁰. Zie bv. T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, 91-92, nr. 72; C. DELFORGE, "L'unilatéralisme et la fin du contrat" in P. WÉRY (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 133, nr. 134. Zie verder, de verwijzingen opgenomen in: F. VERMANDER, *Opzegging*, 2014, 184-186, nrs. 227-228.

⁷¹. In die zin over de klassieke opvatting: W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, 2003, 1044, nr. 1110.

⁷². X. DIEUX, "Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application" (noot onder Cass. 4 september 1980), *RCJB* 1981, 533-534, vn. 28. Ook: S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 630-631, nr. 489.

ding. Deze stelling vindt steun in de recentere rechtsleer. Zo is Goossens een cumul van opzegging (voor de toekomst) en schadevergoeding (voor fouten in het verleden) niet ongenegen. Hij geeft aan dat de toekenning van een schadevergoeding nog mogelijk is (ondanks de opzegging), tenzij de opdrachtgever hiervan afstand heeft gedaan (of het werk heeft aanvaard)⁷³.

Wij treden het genuanceerde standpunt bij. Het betekent dat de opzeggende opdrachtgever niet *per se* zelf opdraait voor alle schade die de aannemer voor de opzegging heeft veroorzaakt. Het moet, althans in beginsel, mogelijk zijn voor de opdrachtgever om voor fouten begaan door de aannemer in het verleden (voor de opzegging), nog een vordering tot schadevergoeding in te stellen. Dit standpunt houdt ook rekening met de werkelijkheid. We keren terug naar het voorbeeld van de bouwheer die het voorgenomen bouwproject niet langer kan financieren. Deze bouwheer zal dan wellicht moeten opzeggen op grond van artikel 1794 BW, tenzij er ook ernstige wanprestaties te verwijten zijn aan de aannemer die een vordering tot ontbinding van het contract zouden kunnen ondersteunen. De (noodzakelijke) keuze voor opzegging betekent doorgaans echter niet dat deze opdrachtgever de spons wil vegen over het verleden of niet meer wil ageren tegen (beperkte) fouten van de aannemer. Het een sluit het ander niet noodzakelijk uit. Een opzegging en een vordering tot schadevergoeding zijn ook juridisch niet per definitie onverenigbaar (zie *supra*), maar men moet wel – zoals Goossens voorstelt – steeds nagaan of er desgevallend een afstand van recht heeft plaatsgevonden door de opzeggende opdrachtgever. Afstand van recht wordt niet vermoed. Goossens stelt dan ook terecht: “*De niet-cumul is nu niet langer een starre regel maar moet in het licht van de concrete omstandigheden worden beoordeeld.*”⁷⁴.

Dat een cumul in principe mogelijk is, neemt niet weg dat de opdrachtgever die het contract beëindigd wil zien, doordacht te werk moet gaan. Hij draagt wel degelijk de gevolgen van zijn keuze. Indien er werkelijk ernstige fouten te verwijten zijn aan de aannemer, blijft de piste van de ontbinding wegens wanprestatie in beginsel de beste optie. Maar de moderne benadering die een cumul mogelijk maakt, laat wel toe dat de opdrachtgever die opzegt, om welke reden dan ook, in bepaalde gevallen nog een schadevergoeding kan krijgen van de aannemer voor fouten in het verleden begaan door deze aannemer. De rechter zal deze schadevergoeding beoordelen en begroten op grond van het contractuele aansprakelijkheidsregime, want het is – in tegenstelling tot de opzeggingsvergoeding – een schadevergoeding voor contractuele tekortkomingen van de aannemer. De eventuele toekenning van schadevergoeding aan de opdrachtgever wist echter de opzegging niet uit en evenmin, in voorkomend geval, de verplichting voor de opdrachtgever tot betaling van de bedongen opzeggingsvergoeding. Beide bedragen kunnen vervolgens wellicht wel worden gecompenseerd (ten belope van het laagste bedrag), maar het is duidelijk dat de opdrachtgever nog steeds, minstens in bepaalde mate, de gevolgen van zijn keuze voor opzegging draagt. De hiervoor geschetste werkwijze houdt dus in dat de opzegging en de vordering tot schadevergoeding afzonderlijk worden gehouden en beoordeeld, maar wel kunnen worden gecumuleerd. Dit lijkt juridisch overigens zuiverder dan de werkwijze die het hof van beroep in het bestreden arrest toepaste, met name waar het hof het bedrag van de gevorderde opzeggingsvergoeding zonder meer ging herleiden op grond van fouten begaan door de aannemer. Of het Hof van Cassatie ook deze redenering volledig onderschrijft, is op grond van het geannoteerde arrest niet duidelijk. Wordt (hopelijk) snel vervolgd.

⁷³ W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, 2003, 1045, nr. 1110. Ook in die zin: D. VAN DRIESSCHE, “De keuze tussen verbreking en ontbinding in aannemingscontracten: ‘Bezint eer ge begint’” (noot onder Kh. Dendermonde 10 mei 2007), *TBBR* 2008, i.h.b. 620, nr. 36; M. DUPONT, “L’article 1794 du Code civil: volte-face impossible?” (noot onder Bergen 21 juni 2004), *TBBR* 2007, 234, nr. 13.

⁷⁴ W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, 2003, 1045, nr. 1110. De auteur geeft het voorbeeld dat de opzeggende partij bij opzegging een voorbehoud heeft gemaakt.